

INHALT:

Editorial Seite 158

GI Aktuell Seite 158

Wiedereinsetzung Seite 161

Antragsfrist / Urteilszustellung
(BGH, Beschl. v. 15.1.2001 - II ZB 1/00)

Steuerberaterhaftung Seite 163

Einschaltung eines Spezialisten / Verantwortungsbereich
des Allgemeinberaters / Doppelauftrag? / Steuerfreie
Entnahme gemäß § 52 Abs. 15 Satz 10 EStG a.F.
(BGH, Urt. v. 4.5.2000 - IX ZR 142/99)

Anwaltshaftung Seite 169

Kündigungsschutzklage / Kleinbetriebseinwand /
Zwei Betriebe, gemeinsamer Betrieb / Unterlassene
Belehrung des Anwalts
(BGH, Urt. v. 18.11.1999 - IX ZR 420/97)

Steuerberaterhonorar Seite 176

Anspruch auf Rückzahlung des Mandanten? / Schriftform,
§ 4 Abs. 1 StBGebV / Deklaratorisches Schuldanerkenntnis /
Gesetzwidriges Ausgangsgeschäft / Forderung auf
Rechnungserstellung
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.1999 - 13 U 21/99)

Steuerberaterhaftung Seite 180

Fehlerhafte Bilanz / Wareneinsatz, Warenendbestand incl.
Einfuhrumsatzsteuer / Kosten für Fachanwalt für Steuerrecht
und Wirtschaftsprüfer / Kein Steuerschaden
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.10.1998 - 13 U 39/96)

GI Leitsätze Seite 182



Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

Die **Berechnung der Wiedereinsetzungsfrist** wegen versäumter Berufungsfrist beginnt mit dem Erkennen der Säumnis. Der BGH hat nun entschieden, dass es hierfür nicht nur auf die **Kenntnis der Partei** oder ihres **Prozessbevollmächtigten** ankommt, sondern auch das Erkennen der Urteilszustellung durch den **Verkehrsanwalt** der Partei für den Beginn der Wiedereinsetzungsfrist genügt. Hier war Letzterem der Kostenfestsetzungsbeschluss und die Vollstreckungsandrohung ohne Sicherheitsleistung übersandt worden. Für den BGH waren das „klare Signale“ für eine erfolgte Zustellung des Urteils.

Zur **Steuerberaterhaftung** und der **Abgrenzung der Verantwortungsbereiche** des allgemeinen Steuerberaters bei **zusätzlicher Einschaltung eines „Spezialisten“** hat sich der BGH geäußert. Grundsätzlich muss das Gutachten des Spezialisten nicht nachgeprüft werden. Auch über Vor- und Nachteile der von diesem vorgeschlagenen Lösungswege ist nicht zu beraten. Probleme entstehen bei einer Doppelbeauftragung, wenn der allgemeine Berater die Durchführung der begutachteten Maßnahme begleitend berät. Hier hat der BGH die Pflichtwidrigkeit festgestellt, weil der zeitliche Ablauf der vorgeschlagenen Lösung in Kenntnis des Steuerberaters steuerschädlich geändert wurde und dieser seiner Hinweispflicht auf die Steuerschädlichkeit nicht nachkam.

Einen interessanten Fall zur **Anwaltshaftung** beim **arbeitsrechtlichen Mandat** hatte der BGH zu entscheiden. Der Anwalt hatte nicht hinreichend ordnungsgemäß hinterfragt, ob das Unternehmen 10 oder 11 Arbeitnehmer hatte. Er hatte insbesondere dem Mandanten nicht erklärt, dass damals – § 23 KSchG a.F. – Lehrlinge, Teilzeitkräfte und GmbH-Geschäftsführer nicht mitzählten. Er vertraute ohne eigene Nachforschungen den Angaben des Mandanten. Im Kündigungsschutzprozess unterblieb deshalb der **Kleinbetriebseinwand**, der bei ordnungsgemäßer Sachverhaltsaufklärung erkannt worden wäre.

Das OLG Düsseldorf musste sich mit der **fehlenden Schriftform einer Honorarvereinbarung** befassen. Es stellt fest, dass die mangelnde Form durch Zahlung nur geheilt wird, wenn dem Mandanten der Formmangel und dessen Rechtsfolgen bekannt sind. Eine Rückforderung von Honorar komme im Übrigen nur dann in Betracht, wenn die gezahlte Vergütung höher ist als die gesetzlich geschuldete. Der Mandant kann durch **Nachforderung der Berechnung die Überzahlung** ermitteln. Dieser Anspruch besteht so lange, wie der Berater verpflichtet ist, die Handakten aufzubewahren.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Aktuell

BFH: Verwertungsverbot für Erkenntnisse aus einer Telefonüberwachung im Besteuerungsverfahren

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in einem Verfahren wegen Aufhebung der Vollziehung einer Arrestanordnung entschieden, dass Aufzeichnungen, die unmittelbar aus einer Telefonüberwachung in einem Strafverfahren resultieren, nicht im Besteuerungsverfahren verwertet werden dürfen (Beschluss vom 26.2.2001 – VII B 265/00).

Im Streitfall hatte ein Amtsgericht die Überwachung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs der Antragstellerin und ihres Ehemannes angeordnet, weil der Verdacht bestand, dass im Rahmen einer kriminellen Vereinigung mit der Einfuhr von Betäubungsmitteln, dem Schmuggel von Zigaretten und anderen Straftaten hohe Gewinne erwirtschaftet worden seien. Gestützt auf die Erkenntnisse der Telefonüberwachung ordnete das Hauptzollamt den dinglichen Arrest in das Vermögen der Antragstellerin zur Sicherung von Einfuhrabgaben an. Das Finanzgericht hob auf einen entsprechenden Antrag im vorläufigen Verfahren die Vollziehung der Arrestanordnung auf. Die dagegen eingelegte Beschwerde wies der BFH nun als unbegründet zurück.

Bei der im Aussetzungsverfahren gebotenen summarischen Prüfung sah der BFH ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Arrestanordnung. Für einen Eingriff in das nach Art. 10 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) geschützte Fernmeldegeheimnis, das auch dann weiter gelte, wenn bereits eine staatliche Stelle von einem Fernmeldevorgang Kenntnis erlangt habe, bestehe keine Rechtsgrundlage.

§ 100a der Strafprozessordnung (StPO) ermächtigt ausschließlich die Strafverfolgungsbehörden zur Telefonüberwachung in bestimmten Strafverfahren, sei darüber hinaus aber keine Befugnisnorm i.S.d. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG für einen Eingriff der Steuerbehörden in das Fernmeldegeheimnis.

Auch die Abgabenordnung enthalte weder eine eigenständige Rechtsgrundlage für eine Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses noch eine Vorschrift, die die Verwertung von Aufzeichnungen zulässt, die auf der Grundlage des § 100a StPO gewonnen worden sind.
(BFH, Beschl. v. 26.2.2001 – VII B 265/00)

Pressemitteilung d. BFH v. 12.4.2001

BGH: Bundesgerichtshof zur Wirksamkeit von Klauseln in Lebensversicherungsverträgen

Der für das Versicherungsrecht zuständige IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat über die Wirksamkeit mehrerer Klauseln in den Allgemeinen Bedingungen der kapitalbildenden Lebensversicherung entschieden. Ein Verbraucherverband hatte die Klausel zur Überprüfung nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) gestellt, zu denen auch Allgemeine Versicherungsbedingungen gehören.

1. Der Bundesgerichtshof hat eine **Klausel für unwirksam erklärt**, mit der das beklagte Versicherungsunternehmen die **Folgen einer Kündigung des Vertrages** durch den Versicherungsnehmer regelt. Auch enthält diese Klausel Regelungen für den Fall, dass der Versicherungsnehmer die Versicherung zwar aufrechterhalten, aber keine weiteren Beiträge mehr zahlen möchte.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Klausel für den Versicherungsnehmer nicht hinreichend durchschaubar ist. Darin liegt ein **Verstoß gegen das Transparenzgebot** und somit eine **unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers i.S.d. § 9 AGBG**.

Der Bundesgerichtshof hat beanstandet, dass der Versicherungsnehmer der Klausel nicht ausreichend die wirtschaftlichen Nachteile entnehmen kann, die er bei einer Kündigung des Versicherungsvertrages oder einer Beitragsfreistellung in Kauf nehmen muss. Zwar hätte der Versicherungsnehmer einer ihm zur Verfügung gestellten Tabelle mit Schwierigkeiten entnehmen können, dass er z.B. bei einer Kündigung in den ersten beiden Jahren nichts ausgezahlt bekommt, seine Beiträge also in vollem Umfang verloren sind. Dies genügt aber den Anforderungen nicht, die an die Klarheit Allgemeiner Versicherungsbedingungen zu stellen sind.

2. Dieselben Erwägungen gelten bei der Beurteilung einer Klausel, die sich mit der Frage befasst, **wie die Kosten für den Abschluss des Vertrages, z.B. auch eine etwaige Provision des Agenten, erhoben und ausgeglichen werden**. Auch diese Klausel hat der Bundesgerichtshof für unwirksam erklärt, weil der Versicherungsnehmer die ihn treffenden wirtschaftlichen Nachteile nicht hinreichend erkennen konnte.

3. Eine weitere Klausel hat der gerichtlichen Kontrolle standgehalten. Diese befasst sich mit der **Überschussermittlung und -beteiligung**. Der klagende Verbraucherverein hielt diese Regelungen für unwirksam, weil sie keinen Aufschluss darüber gäben, wie der verteilungsfähige Überschuss zu ermitteln sei, welchen Anteil am Überschuss das Versicherungsunternehmen an den Versicherungsnehmer auszuschütten habe und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Überschussbeteiligung geltend machen könne.

Dass der Überschuss nach den Vorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes, des Handelsgesetzbuches und den dazu erlassenen Rechtsverordnungen ermittelt werde, worauf das Unternehmen in der Klausel hinweist, sage dem Versicherungsnehmer nichts.

Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber darauf abgehoben, dass das Versicherungsunternehmen in der Klausel die Quellen aufzeigt, aus denen Überschüsse erzielt werden können. Darüber hinaus ist in der Klausel hinreichend deutlich darauf hingewiesen, dass der künftig zu erzielende Überschuss unterschiedlich hoch ausfallen kann. Zu weiteren Erläuterungen ist das Unternehmen nicht verpflichtet.

Der Bundesgerichtshof hat darauf hingewiesen, **dass einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer die vom Gesetz vorgegebenen Bilanzierungsregeln einschließlich der in ihnen liegenden Spielräume nicht verdeutlicht werden können**. Insgesamt liegt in der Klausel keine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers, so dass sie nicht gegen § 9 AGBG verstößt.

4. Mit einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tag (IV ZR 138/99) hat der Bundesgerichtshof eine Klausel ebenfalls über die **Kündigung und Beitragsfreistellung in Allgemeinen Lebensversicherungsbedingungen** eines anderen Unternehmens für **unwirksam** erklärt.

Diese Klausel unterscheidet sich im Wortlaut etwas von der oben erwähnten Klausel des anderen Falles. Sie ist aber ebenfalls intransparent und deshalb nach § 9 AGBG unwirksam. (BGH, Urt. v. 9.5.2001 – IV ZR 121/00 u. IV ZR 138/99)

Pressemitteilung d. BGH v. 9.5.2001

BFH: Besteuerung von Aktienoptionen als Arbeitslohn

Im Rahmen moderner Vergütungssysteme räumen Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern vielfach **nicht handelbare Optionen auf den späteren Erwerb von Aktien („stock options“)** zu einem bestimmten Übernahmepreis ein. Gegenstand der steuerlichen Diskussion ist in diesem Zusammenhang vor allem die Frage danach, **zu welchem Zeitpunkt dem begünstigten Arbeitnehmer der in solchen Optionen liegende Wert zufließt**, ob im Zeitpunkt ihrer Gewährung (so genannte Anfangsbesteuerung) oder aber im Zeitpunkt ihrer Realisierung (so genannte Endbesteuerung).

Der I. Senat des BFH hat sich durch Urteile vom 24.1.2001 – I R 100/98 und I R 119/98 für die so genannte **Endbesteuerung** entschieden. **Im Zeitpunkt der Gewährung des Optionsrechts werde lediglich eine Chance eingeräumt.** Erst die Ausübung der Option führe zum Zufluss eines geldwerten Vorteils, vorausgesetzt, der Kurswert der Aktien übersteige den Übernahmepreis. Dieser Unterschiedsbetrag sei zu besteuern.

Allerdings werde das Optionsrecht regelmäßig nicht gewährt, um dadurch in der Vergangenheit erbrachte Leistungen abzugelten. Ziel der Optionseinräumung sei vielmehr eine zusätzliche besondere **Erfolgsmotivation für die Zukunft zur Steigerung des Unternehmenswertes („shareholder value“)**. Trotz der Endbesteuerung müsse daher der gesamte Zeitraum zwischen Gewährung und Ausübung des Optionsrechts als Erdienungszeitraum angesehen werden. Stehe das Besteuerungsrecht für die Einkünfte des begünstigten Arbeitnehmers in diesem Zeitraum aufgrund Abkommensrecht teilweise Deutschland und teilweise ausländischen Staaten zu, sei deswegen auch der durch Ausübung des Optionsrechts zugeflossene geldwerte Vorteil zeitanteilig aufzuteilen.

In dem Urteilsfall I R 119/98 betraf dies einen Arbeitnehmer, der nach Gewährung, aber vor Ausübung des Optionsrechts von der unbeschränkten in die beschränkte Steuerpflicht gewechselt war. In dem Urteilsfall I R 100/98 waren die Optionsgewinne eines Arbeitnehmers anteilig steuerbefreit, der zwischen Gewährung und Ausübung des Optionsrechts eine Auslands-tätigkeit ausgeübt hatte.
(BFH, Urt. v. 24.1.2001 – I R 100/98 u. I R 119/98)

Pressemitteilung d. BFH v. 23.5.2001

BGH: Neue Grundsätze zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts

Der u.a. für das Familienrecht zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über den Anspruch einer geschiedenen Ehefrau auf nachehelichen Aufstockungsunterhalt zu entscheiden. Die heute 50-jährige Klägerin, die mit dem Beklagten von 1968 bis 1997 verheiratet war, versorgte während der Ehe den Haushalt, betreute die 1979 geborene gemeinsame Tochter und war daneben halbtags als selbstständige Fußpflegerin tätig. Die Eheleute lebten in einem ihr gehörenden Haus, welches sie 1998 verkaufte. Nach Ablösung von Schulden und Zahlung eines Zugewinnausgleichs an den Beklagten verblieb ihr ein Restkapital, aus dem sie Zinsen erzielt. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts kann sie eine leichte vollschichtige Erwerbstätigkeit übernehmen.

Das Oberlandesgericht hat der Klägerin **nachehelichen Aufstockungsunterhalt** gemäß § 1573 Abs. 2 BGB zugesprochen. Um dem lebensstandarderhöhenden Wert der Haushaltsführung und Kindesbetreuung Rechnung zu tragen, hat es der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) nicht nur das bereinigte Erwerbseinkommen des Beklagten zugrunde gelegt, sondern auch das nach der Scheidung ersatzweise erzielte bzw. erzielbare Erwerbseinkommen der Klägerin aus der ihr zumutbaren vollschichtigen Tätigkeit sowie die Zins-einkünfte, die sie aus dem verbliebenen Kapital nach Verkauf ihres Hauses erzielt. Es hat für die Klägerin – im Ergebnis entsprechend der so genannten Differenzmethode – einen Unterhalt in Höhe der hälftigen Differenz zwischen den nach der Scheidung von beiden Ehegatten erzielten bzw. erzielbaren Einkünften errechnet.

Damit ist es von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abgewichen. Danach bestimmte sich in den Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehe kein Einkommen erzielt, sondern den Haushalt geführt und gegebenenfalls die Kinder betreut hat, das Maß seines Unterhalts grundsätzlich (nur) nach dem von dem unterhaltspflichtigen Ehegatten während der Ehe erzielten Einkommen. Insoweit **setzte die Ehescheidung einen Endpunkt mit der Folge, dass Einkünfte, die erst danach hinzukamen, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr bestimmten**, es sei denn, sie waren schon während der Ehe sicher zu erwarten.

Auf seinen so bemessenen Unterhaltsbedarf wurden eigene Einkünfte, die der unterhaltsberechtigten Ehegatte nach der Scheidung (und ohne dass dies ehezeitlich bereits zu erwarten war) erzielte, bedarfsdeckend angerechnet (so genannte Anrechnungsmethode), so dass sich im Ergebnis ein geringerer Unterhaltsbetrag ergab als nach der so genannten Differenzmethode.

Der XII. Zivilsenat hat das Urteil des Oberlandesgerichts – in Abänderung seiner bisherigen Rechtsprechung – im Ergebnis bestätigt. Ausgangspunkt seiner Erwägungen war, dass der Gesetzgeber die Haushaltsführung des nicht erwerbstätigen Ehegatten im Grundsatz der Erwerbstätigkeit des anderen Ehegatten gleichstellt und dass die das Maß des Unterhalts bestimmenden ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 BGB nicht nur durch die Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch den wirtschaftlichen Wert der Leistungen des anderen Ehegatten im Haushalt mitgeprägt werden. Der **eheliche Lebensstandard** erfährt hierdurch eine Verbesserung, weil dieser Ehegatte Dienst- und Fürsorgeleistungen erbringt, die andernfalls durch Fremdleistungen erkaufte werden müssten.

Da die ehelichen Lebensverhältnisse durch die Gesamtheit aller wirtschaftlich relevanten Faktoren mitbestimmt werden und alles umfassen, was während der Ehe für den Lebenszuschnitt der Ehegatten von Bedeutung ist, mithin auch den durch die häusliche Mitarbeit des nicht erwerbstätigen Ehegatten erreichten sozialen Standard, ist es aus dieser Sicht zu eng, **den Unterhaltsbedarf auch in den Fällen nur an den zum Zeitpunkt der Scheidung vorhandenen Barmitteln auszurichten, in denen der unterhaltsberechtigten Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit aufnimmt oder ausweitet und daraus Einkünfte bezieht.**

Da diese Tätigkeit gleichsam als **Surrogat für seine bisherige Familienarbeit** angesehen werden kann, ist es gerechtfertigt, das nunmehr erzielte Einkommen in die Unterhaltsbedarfsbemessung mit einzubeziehen, von Ausnahmen einer ungewöhnlichen, vom Normalverlauf abweichenden Karriereentwicklung abgesehen. Auf diese Weise ist die gebotene gleichmäßige Teilhabe beider Ehegatten an dem in der Ehe gemeinsam erreichten Lebensstandard gewährleistet.

(BGH, Urt. v. 13.6.2001 – XII ZR 343/99)

Pressemitteilung d. BGH v. 13.6.2001

Wiedereinsetzung

- Antragsfrist
 - Urteilszustellung
- (BGH, Beschl. v. 15.1.2001 – II ZB 1/00)

Leitsatz:

Die dem Korrespondenzanwalt einer Partei unbekannte Zustellung eines Urteils, von dessen Verkündung er weiß, wird für ihn grundsätzlich – mit der Folge des Beginns der Wiedereinsetzungsfrist gemäß § 234 Abs. 2 ZPO – erkennbar, wenn ihm der Kostenfestsetzungsbeschluss, erst recht, wenn ihm eine Vollstreckungsandrohung der Gegenseite (ohne Sicherheitsleistung) übermittelt wird.

Aus den Gründen:

I.

Die klagende GmbH gehört zu einer von dem Beklagten veräußerten Unternehmensgruppe und hat gegen ihn mit der Klage Erstattungsansprüche auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage geltend gemacht.

Das klageabweisende Urteil des Landgerichts vom 16.2.1998 wurde der erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin, Rechtsanwältin H., am 20.2.1998 zugestellt. Sie sandte es – gemäß ihrer eidesstattlichen Versicherung – am selben Tag an den Verkehrsanwalt der Klägerin, Rechtsanwalt M., weiter – unter Beifügung eines Begleitschreibens mit Hinweisen auf die Berufungsfrist sowie darauf, dass sie ohne ausdrückliche Weisung nichts veranlassen werde. Die Sendung ging bei Rechtsanwalt M. – nach dessen eidesstattlicher Versicherung – nicht ein.

Das Urteilsergebnis hatte er schon am 16.2.1998 bei dem Landgericht telefonisch abgefragt. Am 9.3.1998 übersandte ihm Rechtsanwältin H. den Kostenfestsetzungsantrag des Beklagten und am 2.4.1998 den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 19.3.1998 mit dem Anfügen, dass die festgesetzten Kosten zur Vermeidung einer Zwangsvollstreckung bis 15.4.1998 zu zahlen seien. Mit Schreiben vom 6.4.1998 bat Rechtsanwalt M. die Rechtsanwältin H. um Unterrichtung, falls der Beklagte die für eine Zwangsvollstreckung erforderliche Sicherheit geleistet habe.

Am 8.4.1998 übermittelte ihm Rechtsanwältin H. ein Schreiben der Prozessbevollmächtigten des

Beklagten vom 7.4.1998 mit der Aufforderung, die festgesetzten Kosten zur Vermeidung von Vollstreckungsmaßnahmen bis zum 21.4.1998 zu zahlen. Mit Telefax vom 16.4.1998 erbat Rechtsanwalt M. von den Prozessbevollmächtigten des Beklagten den Nachweis der Sicherheitsleistung und erhielt von dort am 17.4.1998 (Freitag) die Mitteilung, dass das zugrunde liegende Urteil inzwischen rechtskräftig sein dürfte.

Er antwortete darauf mit Schreiben vom 20.4.1998, das Urteil sei nach seiner Kenntnis bisher nicht zugestellt worden. Gleichzeitig übermittelte er seine Korrespondenz mit den Prozessbevollmächtigten des Beklagten per Telefax an Rechtsanwältin H., die ihn am Abend des 20.4.1998 über die Urteilszustellung vom 20.2.1998 informierte.

Das Berufungsgericht hat den am 4.5.1998 eingereichten Wiedereinsetzungsantrag und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Klägerin.

II.

Die gemäß §§ 238 Abs. 2 Satz 1, 519b Abs. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat zu Recht den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin wegen Verfristung gemäß § 234 Abs. 1 ZPO für unzulässig erachtet und ihre Berufung wegen Versäumung der Berufungsfrist des § 516 ZPO verworfen.

1. Gemäß § 234 Abs. 2 ZPO beginnt die Wiedereinsetzungsfrist mit dem Ablauf des Tages, an dem das Hindernis für die Einhaltung der primären Frist – hier der Berufungsfrist gemäß § 516 ZPO – behoben ist.

Im vorliegenden Fall lag nach dem Vortrag der Klägerin das Hindernis für die Einhaltung der Berufungsfrist darin, dass ihre Verkehrsanwälte die Zustellungsnachricht ihrer erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 20.2.1998 anscheinend nicht erhielten und deshalb von der Urteilszustellung bis zum Ablauf der Berufungsfrist keine Kenntnis hatten.

Ob bis dahin ein der Klägerin zuzurechnendes Verschulden der von ihr beauftragten Anwälte mitgewirkt hat (§ 233 ZPO), kann dahinstehen. Im Sinne von § 234 Abs. 2 ZPO „beheben“ ist ein Fristwahrungshindernis jedenfalls dann, wenn sein Fortbestehen nicht mehr als unverschuldet angesehen werden kann.

Das ist der Fall, sobald die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt die Versäumung hätte erkennen können und müssen (Senatsbeschl. v. 13.12.1999 – II ZR 225/98, NJW 2000, 592 m.w.N.). **Das gilt auch bei einem entsprechenden Verschulden eines von der Partei beauftragten Verkehrsanwalts** (vgl. BGH, Beschl. v. 10.10.1995 – XI ZB 17/95, VersR 1996, 606; v. 22.11.1990 – I ZB 13/90, MDR 1991, 676).

2. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hätte Rechtsanwalt M. bereits den ihm am 2.4.1998 übersandten Kostenfestsetzungsbeschluss, spätestens aber die ihm am 9.4.1998 zugegangene **Androhung der Vollstreckung durch die Prozessbevollmächtigten des Beklagten zum Anlass nehmen müssen, sich unverzüglich bei dem Landgericht oder bei Rechtsanwältin H. nach einer etwa erfolgten Zustellung des Urteils zu erkundigen** (vgl. Musielak/Grandel, ZPO 2. Aufl., § 234 Rdnr. 4; Zöller/Greger, ZPO 22. Aufl., § 233 Rdnr. 23, S. 694, jeweils m.w.N.).

Er wusste aufgrund seiner telefonischen Anfrage bei dem Landgericht, dass das Urteil am 16.2.1998 verkündet, der Verkündungstermin also nicht etwa verlegt worden war. **Ihm musste als Anwalt klar sein, dass ein verkündetes Urteil regelmäßig zunächst (durch die Geschäftsstelle) zur Zustellung hinausgegeben wird, bevor die Kostenfestsetzung (durch den Kostenbeamten) erfolgt.**

Es mag sein, dass gelegentlich von dieser Regel abgewichen oder auch ein Urteil vor vollständiger Abfassung – unter Verstoß gegen § 310 Abs. 2 ZPO – verkündet wird, wie die Klägerin vorträgt. Darauf darf sich ein Rechtsanwalt aber nicht ohne Vergewisserung verlassen, erst recht nicht darauf, dass ein Kostenfestsetzungsbeschluss sogar vor Abfassung des Urteils erlassen sein könnte.

Zumindest hätte Rechtsanwalt M. im weiteren Verlauf aus der mit Vollstreckungsandrohung verbundenen Mahnung der Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 7.4.1998 entnehmen können und müssen, dass diese – wie auch schon Rechtsanwältin H. in ihrem Schreiben vom 2.4.1998 – von der Vollstreckbarkeit des Urteils ohne die in ihm angeordnete Sicherheitsleistung (§ 708 Nr. 11 ZPO), mithin von der Rechtskraft des Urteils ausgingen, was ihn zur unverzüglichen Nachfrage noch am 9.4. oder spätestens am 14.4.1998 (Dienstag nach Ostern) hätte veranlassen müssen.

3. Unbehelflich ist die Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht hätte ihr vor Erlass des angefochtenen Beschlusses gemäß Art. 103 GG und § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, sich zu der allein auf das Verhalten von Rechtsanwalt M. abstellenden Beurteilungsweise zu äußern. Denn mit dieser Beurteilung musste die Klägerin schon aufgrund der von ihr selbst vorgetragenen Umstände und der Hinweise in den Schriftsätzen des Beklagten vom 30.7. und 16.12.1998 rechnen.

Eine zusätzliche Sachverhaltsaufklärung gemäß § 139 ZPO war und ist hier – anders als im Fall erkennbar unklarer oder ergänzungsbedürftiger Angaben (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 6.5.1999 – VII ZB 6/99, NJW 1999, 2284 m.w.N.) – nicht geboten.

Keiner Entscheidung bedarf hier, ob auch Rechtsanwältin H. ein (der Klägerin zuzurechnendes) Versäumnis insofern zur Last fällt, als sie die aus dem Schreiben des Rechtsanwalts M. vom 6.4.1998 ersichtliche Unkenntnis von der inzwischen eingetretenen Rechtskraft des Urteils nicht unverzüglich durch entsprechenden Hinweis behoben hat.

Steuerberaterhaftung

- Einschaltung eines Spezialisten
- Verantwortungsbereich des Allgemeinberaters
- Doppelauftrag?
- Steuerfreie Entnahme gemäß § 52 Abs. 15 Satz 10 EStG a.F. (BGH, Urt. v. 4.5.2000 – IX ZR 142/99)

Leitsätze:

1. Zur Verantwortlichkeit eines steuerlichen Beraters, der im Rahmen eines allgemeinen Beratungsauftrags ein Vorhaben „begleiten“ soll, zu dem der Mandant das Gutachten eines Steuerspezialisten eingeholt hat.
2. Will der Mandant ein Betriebsgrundstück mit Räumlichkeiten bebauen, die später von einem Angehörigen privat genutzt werden sollen, und hierbei die Steuervergünstigung gemäß § 52 Abs. 15 Satz 11 EStG a.F. in Anspruch nehmen, muss der Steuerberater ihn über die Risiken aufklären, die sich daraus ergeben können, dass eine Entnahme aus dem Betriebsvermögen schon vor Abschluss der Bauarbeiten angenommen werden kann.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin betrieb auf ihr gehörenden Grundstücken ein Café. Die Beklagten, die als Steuerberater in gemeinsamer Praxis tätig sind, berieten die Klägerin laufend in ihren steuerlichen Angelegenheiten.

Ende der achtziger Jahre beabsichtigte die Klägerin, das vorhandene Gebäude auszubauen und noch zu errichtende Räumlichkeiten ihrer Tochter, die „in den Betrieb aufgenommen“ werden sollte, zu Wohnzwecken zu überlassen.

Die Klägerin wollte die Entstehung eines steuerlichen Entnahmegewinns vermeiden und holte deshalb ein Gutachten der Steuerberatungsgesellschaft ... (im Folgenden: PW) ein. Diese nahm mit Schreiben vom 17.2.1989 zu den steuerlichen Auswirkungen des Vorhabens Stellung und schlug vor, wie folgt vorzugehen: Es sollte eine Kommanditgesellschaft – mit der Klägerin als Komplementärin und der Tochter als Kommanditistin – gegründet werden. Die Klägerin sollte den Gewerbebetrieb in die Kommanditgesellschaft einbringen, das – bei der Klägerin verbleibende – Grundeigentum entsprechend der künftigen Nutzung aufteilen und den auf die Tochter entfallenden Anteil (Wohnungseigentum) sodann auf diese schenkweise übertragen.

Zur Klärung der noch bestehenden steuerlichen Risiken empfahl die PW die Herbeiführung einer verbindlichen Auskunft der Finanzverwaltung. Auf einen entsprechenden Antrag der PW vom 22.3.1989 bestätigte das Finanzamt unter dem 2.6.1989, dass das Vorhaben ertragsteuerlich neutral sei. Das Finanzamt wies darauf hin, dass seine Auskunft nur bindend sei, wenn man sich an die darin zugrunde gelegte Vorgehensweise halte. Die PW griff diesen Hinweis in einem Schreiben an die Klägerin vom 5.6.1989, dem die Auskunft des Finanzamts beigelegt war, auf und bat um Beachtung, „dass die einzelnen Schritte wie dem Finanzamt geschildert verwirklicht werden“.

Über die Einschaltung der PW wurden die Beklagten von der Klägerin unterrichtet. Diese überließ ihnen die schriftliche Stellungnahme der PW vom 17.2.1989. Mit Schreiben vom 8.3.1989 äußerten sich die Beklagten hierzu.

Ob die Beklagten ihrerseits das Finanzamt anschrieben, um dessen verbindliche Auskunft herbeizuführen, ist zwischen den Parteien streitig. Am 4.7.1989 nahm der Beklagte zu 2)

an einer abschließenden Besprechung der Klägerin mit der PW über den Inhalt der Auskunft des Finanzamts und die weitere Vorgehensweise teil.

Ende 1989 schloss die Klägerin den Vertrag über die Gründung der Kommanditgesellschaft ab und ließ die Teilungserklärung beurkunden. Im Januar 1990 begann sie mit dem Bau der für die Tochter bestimmten Räumlichkeiten. Am 20.2.1990 erörterten die Klägerin und der Beklagte zu 1) den Stand der Angelegenheit. Das Ergebnis des Gesprächs wurde von den Beklagten mit Schreiben vom 22.2.1990 bestätigt. Darin erinnerten die Beklagten an den nunmehr – falls nicht bereits geschehen – als nächsten vorzunehmenden Schritt der Schenkung des Wohnungseigentums an die Tochter. Am 21.3.1990 übertrug die Klägerin das Wohnungseigentum. Die Wohnung wurde nach Fertigstellung von der Tochter bezogen.

Später erkannte das Finanzamt die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Tochter nicht als ertragsteuerneutral an, weil schon zuvor mit dem Bau begonnen worden sei. Darin sei bereits die Entnahme zu sehen. Im Zeitpunkt der Übertragung habe der gemäß § 52 Abs. 15 Satz 10 EStG a.F. erforderliche betriebliche Zusammenhang gefehlt. Die entsprechenden Steuerbescheide wurden bestandskräftig.

Die Klägerin beziffert den durch den steuerlichen Anfall des Entnahmegewinns entstandenen Schaden auf insgesamt 179.149 DM. Sie nimmt die Beklagten in Höhe dieses Betrages auf Schadenersatz wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung in Anspruch.

Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Für die Zeit vor dem 20.2.1990 könne den Beklagten die mangelnde Beratung über die nach dem Gutachten der PW und der Auskunft des Finanzamts zu unternehmenden Schritte nicht

vorgeworfen werden. Die Klägerin habe diesen Komplex aus dem mit den Beklagten bestehenden Beratungsverhältnis herausgenommen und insofern die PW als Spezialberaterin eingeschaltet. Unter diesen Umständen hätten die Beklagten die Klägerin allenfalls dann beraten müssen, wenn nach den Stellungnahmen der PW und des Finanzamts erkennbar noch Beratungsbedarf bestanden hätte. Dies sei bis zum 20.2.1990 nicht der Fall gewesen, weil die Beklagten so lange keine Anhaltspunkte dafür gehabt hätten, dass die Klägerin die Ausführungen der PW und die Auskunft des Finanzamts missverstanden habe.

Dies habe sich zwar am 20.2.1990 geändert. An diesem Tage hätten die Beklagten erfahren, dass die Klägerin mit dem Bau der für ihre Tochter vorgesehenen Wohnung begonnen habe, ohne zuvor die entsprechenden Miteigentumsanteile auf die Tochter übertragen gehabt zu haben. Auf die sich daraus ergebenden steuerlichen Konsequenzen, über die sich die Beklagten im Klaren gewesen seien, hätten sie die Klägerin hinweisen müssen. Dies hätten sie pflichtwidrig unterlassen.

Indessen stehe nicht fest, dass dadurch der eingetretene Schaden verursacht worden sei. Ob es am 20.2.1990 noch Möglichkeiten gegeben habe, die steuerlichen Nachteile zu vermeiden, könne offen bleiben. Denn die Klägerin, welche die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht für sich in Anspruch nehmen könne, habe nicht ausschließen können, dass sie zum damaligen Zeitpunkt in jedem Falle das Wohnungseigentum auf die Tochter übertragen und somit die Steuernachteile ausgelöst hätte.

II.

Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist nicht auszuschließen, dass die Beklagten ihre Pflichten schon im Sommer 1989 schuldhaft verletzt haben. Eine Pflichtverletzung könnte darin gesehen werden, dass die Beklagten die Klägerin damals nicht davor gewarnt haben, vor der Übertragung des Wohnungseigentums auf die Tochter mit dem Bau zu beginnen.

a) Beauftragt jemand, der sich laufend von einem Steuerberater beraten lässt, für ein bestimmtes Vorhaben einen Spezialisten mit der Erarbeitung eines steuerlichen Konzepts,

ist allerdings nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass der allgemeine Steuerberater das Konzept des Spezialisten eigenverantwortlich zu prüfen und den Mandanten über die Vorzüge und Nachteile zu beraten hat.

Ebenso wenig hat er die Ausführung dieses Konzepts zu überwachen. **Er muss den Mandanten vor der Verwirklichung des Konzepts nur warnen, wenn er erkennt, dass dieses an einem Mangel leidet, der für den Mandanten eine Gefahrenlage begründet, und annehmen muss, dass der Mandant diese Gefahr nicht kennt** (vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1997 - IX ZR 81/96, WM 1997, 1392, 1394; v. 9.7.1998 - IX ZR 324/97, WM 1998, 2246, 2247 - jeweils zur Anwaltshaftung). Für eine derartige Kenntnis der Beklagten ist im vorliegenden Fall nichts vorgetragen.

Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, dass die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagten seien in die steuerliche Beratung der Klägerin bezüglich der von ihr beabsichtigten und durchgeführten baulichen und betrieblichen Veränderungen nicht eingebunden gewesen, auf einer unzureichenden Ausschöpfung des Prozessstoffs (§ 286 ZPO) beruht. Das Berufungsgericht hat besondere Umstände, die darauf hindeuten, dass die Beklagten trotz Einschaltung der PW ein sich auf dieselbe Angelegenheit beziehendes Beratungsmandat hatten, entweder in ihrer Bedeutung verkannt oder überhaupt nicht berücksichtigt.

Das Berufungsgericht hat zwar nicht außer Acht gelassen, dass die Beklagten von der Klägerin über die Einschaltung der PW und deren unter dem 17.2.1989 abgegebene Stellungnahme unterrichtet worden sind und dass der Beklagte zu 2) an der Besprechung vom 4.7.1989, in der die Auskunft des Finanzamts und das weitere Vorgehen erörtert wurden, teilgenommen hat. Es hat diese Umstände aber für unerheblich gehalten, weil die Stellungnahmen der PW und des Finanzamts nicht „erkennbar erläuterungsbedürftig“ gewesen seien. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte es mit der Frage, ob ein Beratungsmandat bestand, nichts zu tun.

Nicht berücksichtigt hat das Berufungsgericht den eigenen Vortrag der Beklagten, im vorliegenden Fall sei von einer **Doppelbeauftragung** auszugehen: Neben dem aus Anlass des besonderen Problems hinzugezogenen Spezialisten seien sie – die Beklagten – „begleitend“ im Rahmen ihres allgemeinen Auftrags tätig geworden. Dass sich die „Begleitung“ gerade auf das hier in Rede stehende Vorhaben bezog, könnte sich

aus dem – ebenfalls unberücksichtigt gebliebenen – unwidersprochenen Vorbringen der Klägerin ergeben, die Beklagten seien mit deren Vorhaben bereits befasst gewesen, ehe sie die PW eingeschaltet habe.

Für dieses Vorbringen könnte ein Schreiben der Beklagten vom 8.3.1989 sprechen, dessen Nichtberücksichtigung die Revision rügt. Darin erklärten die Beklagten, sie stimmten „mit dem ... Gutachten (der PW) ... im Wesentlichen überein, zumal sich der Lösungsvorschlag ... mit dem von uns (Beklagten) seinerzeit unterbreiteten Vorschlag“ decke.

Daraus ergibt sich, dass die Beklagten die Klägerin in der Sache beraten haben und dass sie damit auch nach Vorliegen des Gutachtens der PW befasst geblieben sind. Immerhin haben sie inhaltlich zu dem Gutachten der PW – zustimmend – Stellung genommen.

Außerdem haben sie an der Umsetzung der Lösung mitgewirkt, die die PW entwickelt hatte und die angeblich auch den zuvor von den Beklagten gemachten Vorschlägen entsprach. Sie richteten unter dem Datum des 8.3.1989 eine Anfrage an das Finanzamt, um eine verbindliche Auskunft herbeizuführen, oder trugen sich – falls sie, wie sie im zweiten Rechtszug behauptet haben, die bereits vorbereitete Anfrage mit Rücksicht auf das gleichartige Schreiben der PW nicht abgeschickt haben sollten – doch mit einer entsprechenden Absicht. Schließlich nahmen die Beklagten an den ausgedehnten Besprechungen vom 4.7.1989 und 20.2.1990 teil.

b) Die Belehrungsbedürftigkeit der Klägerin hat das Berufungsgericht zu Unrecht verneint.

aa) Die steuerrechtliche Lage war verwickelt und risikobehaftet.

Die Klägerin wollte auf dem ihr gehörenden Grundstück für ihre Tochter angemessenen Wohnraum zur Verfügung stellen, zu diesem Zweck Wohnungseigentum bilden und dieses schenkweise übertragen. Da es sich um das Betriebsgrundstück handelte, war der Wert des Wohnungseigentums als Entnahmegewinn zu versteuern. Ausnahmsweise bleibt der Entnahmegewinn nach § 52 Abs. 15 Satz 11 EStG a.F. außer Ansatz, wenn der „Grund und Boden ... dadurch entnommen wird, dass auf diesem Grund und Boden die (selbst genutzte) Wohnung des Steuerpflichtigen oder eine Altenteilerwohnung errichtet wird“.

Im vorliegenden Fall musste die Tochter deshalb zunächst Mitunternehmerin werden.

Das konnte geschehen durch die Gründung einer Kommanditgesellschaft, in welche die Klägerin den Betrieb einbrachte, und Übernahme eines Kommanditanteils durch die Tochter. Als nächstes musste das betriebliche Grundvermögen in das Sonderbetriebsvermögen der Klägerin überführt und sodann auf alle Mitunternehmer aufgeteilt werden. Erst danach durfte die Tochter ihr Sonderbetriebsvermögen – das zuvor geschenkte Wohnungseigentum – entnehmen.

Sobald an dieser Reihenfolge etwas geändert wurde, geriet der Steuervorteil in Gefahr.

Insbesondere dann, wenn die Entnahme bereits zu einem Zeitpunkt erfolgte, bevor das Sonderbetriebsvermögen auf die Tochter übertragen war, musste die steuerliche Privilegierung scheitern.

Noch wesentlich gesteigert wurde das Risiko dadurch, dass es Schwierigkeiten bereiten konnte, den Zeitpunkt der Entnahme eindeutig zu bestimmen. **Eine Entnahme erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine Entnahmehandlung, die von einem Entnahmewillen getragen ist. Dazu reicht aber ein schlüssiges Verhalten des Steuerpflichtigen aus, durch das die Verknüpfung des Wirtschaftsguts mit dem Betriebsvermögen erkennbar gelöst wird** (BFHE 114, 189, 195; BFH, BStBl II 1985, 395, 396; BStBl II 1988, 418, 421; BFH/NV 1990, 424, 425).

Wird ein Betriebsgrundstück mit einem später privat genutzten Gebäude oder Gebäudeteil bebaut, ist die Entnahme spätestens mit dem Beginn der endgültigen Nutzung vollzogen (BFH/NV 1990, 424, 425). Der Bundesfinanzhof hat aber teilweise eine Entnahme auch schon in dem Zeitpunkt angenommen, in dem der Betriebsinhaber einem Angehörigen oder Gesellschafter die Bebauung des Betriebsgrundstücks zu eigenen Wohnzwecken gestattete (BFHE 148, 466, 468; BFH, BStBl II 1988, 418 ff).

Musste vor Errichtung des neuen Wohngebäudes ein Betriebsgebäude abgebrochen werden, hat es der Bundesfinanzhof nicht für ausgeschlossen gehalten, bereits in dem Abbruch eine Entnahme zu erblicken (BFHE 137, 317, 320). In anderen Entscheidungen hat der Bundesfinanzhof ausgesprochen, bei beabsichtigten Baumaßnahmen könne eine Entnahme schon vor (BFH/NV 1990, 424, 425) bzw. mit Baubeginn (BFH/NV 1993, 405, 406) angenommen werden.

Angesichts dieser – schon im Jahre 1989 erkennbaren – Rechtslage war es für die Klägerin **gefährlich, die Konzeption der von ihr vorzunehmenden Veränderungen auf der Meinung aufzubauen, die Entnahme sei erst mit der Fertigstellung des Bauvorhabens vollendet. Auf eben dieser Annahme beruhte jedoch die Planung der PW.** Sie hatte in ihrer Stellungnahme vom 17.2.1989 erklärt, sie gehe davon aus, „dass das Grundstück anteilig und die jeweilige Wohnung nach Fertigstellung der Baumaßnahme mit Einzug entnommen wird“.

bb) Dazu, ob die Gefahr für die Klägerin deutlich auf der Hand lag und ob sie die Reihenfolge der Schritte kannte, bei welcher die Gefahr vermieden wurde, hat sich das Berufungsgericht widersprüchlich geäußert:

Einerseits hat es ausgeführt, sowohl die Anfrage der PW als auch die Auskunft des Finanzamts hätten klar erkennen lassen, dass die Entnahme – die auch im Baubeginn habe gesehen werden können – der Vollziehung der Schenkung habe nachfolgen müssen; an der Notwendigkeit, die Reihenfolge der einzelnen Schritte einzuhalten, hätten also „vernünftigerweise kaum Zweifel bestehen“ können. Andererseits hat das Berufungsgericht eingeräumt, aus der Stellungnahme der PW und der Auskunft des Finanzamts habe sich möglicherweise „nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit ergeben, dass bereits der Baubeginn definitiv als Entnahme anzusehen sein würde“.

Tatsächlich bestand die vom Berufungsgericht teilweise angenommene Klarheit nicht. Zwar hatte die PW in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, die Fertigstellung sei „nach der Rechtsprechung der späteste Termin“. Es sei „durchaus eine frühere Entnahme denkbar, z.B. der Baubeginn“. Damit war aber die Gefahrenlage nicht ausreichend offen gelegt. Denn im selben Zusammenhang hatte die PW ausgeführt: „Sollten bei Baubeginn die Miteigentumsanteile an den Grundstücken als entnommen gelten, so ist die Entnahme ebenfalls steuerfrei nach den o.g. Vorschriften“. Diese Aussage konnte den Eindruck entstehen lassen, letztlich komme es nicht entscheidend darauf an, ob bereits der Baubeginn oder erst die Baufertigstellung als Entnahme zu qualifizieren sei.

Diesem Missverständnis konnten weitere Passagen der Stellungnahme Vorschub leisten. So schrieb die PW, „die Aufteilung“ (des Grundstücks in Miteigentum) sei „auch vor Baubeginn

möglich“. **Richtigerweise hätte gesagt werden müssen, dass Aufteilung und Übertragung zwingend vor Baubeginn zu erfolgen hatten.** Weiter hieß es in der Stellungnahme: „Nach erfolgter Aufteilung schenkt Ihre Mutter (Klägerin) Ihnen ... den Miteigentumsanteil“ und: „Die Bebauung kann durch die jeweiligen Eigentümer erfolgen, die gemeinschaftlich den Bauauftrag vergeben“. Diese Aussagen konnten ebenfalls dahin missdeutet werden, dass die Bebauung zwar nach der Neuordnung des Eigentums erfolgen konnte, aber nicht musste.

Bestand schon nach der Stellungnahme vom 17.2.1989 keine ausreichende Klarheit, so wurde die Klägerin durch die Anfrage der PW vom 22.3.1989 beim Finanzamt, von der die Klägerin alsbald Kenntnis erhielt, vollends in die Irre geführt. In der Anfrage hat die PW ihr Konzept anhand von Schritten entwickelt, die nacheinander vorgenommen werden sollten. Als erster Schritt sollte die Betriebsgesellschaft gegründet werden, als zweiter war – nach Teilung des Grundstücks – der Um- und Ausbau vorgesehen, und in einem dritten Schritt sollte die Klägerin das Wohnungseigentum ihrer Tochter schenken.

Diese Reihenfolge – auf der die PW mit Schreiben an die Klägerin vom 5.6.1989 noch besonders bestand – legte genau das Verhalten nahe, das die Klägerin später gezeigt und das ihren Schaden verursacht hat.

Durch die Auskunft des Finanzamts wurde die bestehende Unklarheit nicht beseitigt. Zwar ergab sich aus jener, dass die Übertragung auf die Tochter der Entnahme voranzugehen hatte; was unter der Entnahme zu verstehen war, blieb jedoch offen.

cc) Die Beklagten konnten nicht davon ausgehen, dass die Klägerin mit dem Bau erst nach Erledigung aller anderen Schritte anfangen würde.

Dass die Klägerin dies zunächst vorgehabt habe, dann aber anderen Sinnes geworden sei, haben die Beklagten selbst nicht behauptet. Der Inhalt der Anfrage der PW an das Finanzamt vom 22.3.1989, an die sich zu halten die PW die Klägerin noch eigens mit Schreiben vom 5.6.1989 aufgefordert hatte, legte – wie bereits ausgeführt – es umgekehrt nahe, dass die Klägerin schon vor der Übertragung des Wohnungseigentums mit dem Ausbau beginnen würde. Ob die Beklagten – wie zwischen den Parteien streitig ist – über den Baubeginn informiert wurden, ist unerheblich.

c) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagten zu keinem Zeitpunkt die Klägerin darüber aufgeklärt haben, sie dürfe erst nach Vollzug der anderen Schritte mit den Baumaßnahmen beginnen.

d) Falls die Beklagten eine Beratungspflicht traf, war die Verletzung dieser Pflicht schuldhaft. **Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten sie erkennen müssen, dass sich die Klägerin im Unklaren darüber befinden konnte, wann sie mit den Baumaßnahmen beginnen dürfe.** Die Problematik des Entnahmezeitpunkts bei der Bebauung von Betriebsgrundstücken wurde schon seinerzeit in den gängigen Erläuterungsbüchern behandelt (vgl. z.B. Schmidt/Heinicke, EStG 8. Aufl. 1989, § 4 Rdnr. 59 – Stichwort „Bebauung“ m.w.N.). Darüber hinaus mussten einerseits der ausdrückliche Hinweis im Gutachten der PW und andererseits die fehlsame Art und Weise, wie die PW das Problem behandelte, sowie die Unklarheit, mit der das Finanzamt sich dazu äußerte, die Aufmerksamkeit der Beklagten wecken.

e) Hätten die Beklagten die Klägerin beizeiten – sei es in der Besprechung vom 4.7.1989, sei es später vor Beginn der Bauarbeiten – in der gebotenen Weise aufgeklärt, **so kann der Beweis des ersten Anscheins** (vgl. BGHZ 123, 311, 315; BGH, Urt. v. 9.11.1995 – IX ZR 161/94, WM 1996, 71, 73; v. 10.12.1998 – IX ZR 358/97, WM 1999, 645, 646; v. 18.11.1999 – IX ZR 402/97, WM 2000, 35, 38; v. 18.11.1999 – IX ZR 153/98, WM 2000, 193, 196) **dafür sprechen, dass die Klägerin sich beratungsgerecht verhalten und erst nach Übertragung des Wohnungseigentums mit dem Bau begonnen hätte.** Dies wäre ihr ohne weiteres möglich gewesen. Dafür, dass der frühere Baubeginn Vorteile bot, die das steuerliche Risiko aufgewogen hätten oder sogar als minder gewichtig hätten erscheinen lassen, ist nichts vorgetragen.

2. Rechtsfehlerhaft ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Ursächlichkeit der für den 20.2.1990 angenommenen Pflichtverletzung lasse sich nicht feststellen, weil die Klägerin nicht habe ausschließen können, dass sie zum damaligen Zeitpunkt in jedem Falle das Wohnungseigentum auf die Tochter übertragen und somit die Steuernachteile ausgelöst hätte.

a) Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Beklagten seien zur Aufklärung der Klägerin über ihr fehlerhaftes Vorgehen verpflichtet gewesen, weil sie am 20.2.1990 erkannt hätten, dass die Klägerin von der durch das Finanzamt

vorgegebenen Reihenfolge abgewichen sei, und sich zudem über die steuerlichen Auswirkungen im Klaren gewesen seien, ist jedenfalls dann zutreffend, wenn es an dem fraglichen Tag noch möglich war, den Steuerschaden zu vermeiden. Ob diese Möglichkeit bestand, hat das Berufungsgericht offen gelassen.

Konnte der Steuerschaden noch abgewendet werden – zum Beispiel dadurch, dass die Klägerin die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Tochter unterließ –, war dieser Weg sicherer als der von den Beklagten eingeschlagene. Diese haben stillschweigend „auf das Prinzip Hoffnung gesetzt“, nämlich darauf vertraut, das Finanzamt werde den vorzeitigen Baubeginn entweder nicht bemerken oder „ein Auge zudrücken“. Die Beklagten haben nicht nur die Aufklärung über den sichereren Weg unterlassen, sondern die Klägerin sogar veranlasst, nunmehr die angeblich als „nächsten Schritt“ anstehende Eigentumsübertragung vorzunehmen.

b) Das Berufungsgericht hat gemeint, für die Kausalitätsprüfung komme es allein darauf an, ob die Klägerin bei richtiger Beratung von der Eigentumsübertragung auf die Tochter Abstand genommen hätte. Insofern könne sich die Klägerin nicht auf die Regeln des Anscheinsbeweises (Vermutung beratungsgerechten Verhaltens) stützen, weil nach der Lebenserfahrung nicht nur ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte. Die Klägerin hätte sich entscheiden müssen, ob sie von der vorgesehenen Übertragung auf ihre Tochter absah oder jene vornahm und deren mögliche Steuerschädlichkeit in Kauf nahm. Wie diese Entscheidung ausgefallen wäre, sei offen.

Diese Erwägungen rechtfertigen es – wie die Revision mit Recht rügt – nicht, von der Anwendung der Regeln des Anscheinsbeweises abzu-
sehen. Nach dem Sachverhalt, von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, bestand der vom Berufungsgericht ausgemachte Entscheidungskonflikt nicht. Es hat unterstellt, dass es – von der Klägerin aufgezeigte – Gestaltungsalternativen gab, welche die von der Klägerin erlittenen Steuernachteile vermieden hätten. Allen diesen Alternativen sei gemeinsam gewesen, dass die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Tochter unterblieb. Nach dem unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin hätte die Tochter jede Entscheidung mitgetragen, die den Steuernachteil vermieden hätte. Sie wäre insbesondere bereit gewesen, auf die Übertragung des Wohnungseigentums zu verzichten.

Da das Berufungsgericht diesen Beweis nicht erhoben hat, ist für die Revisionsinstanz von dem Vortrag der Klägerin auszugehen. Gab es aber einen sicheren Weg, die Steuernachteile zu vermeiden, und war die Tochter bereit, ihn mitzugehen, lag es nach der Lebenserfahrung nahe, dass die Klägerin den Beklagten, falls sie diese Möglichkeit vorgeschlagen hätten, gefolgt wäre.

Wenn der Klägerin, wie das Berufungsgericht gemeint hat, keine Beweiserleichterungen zustatten kämen, wäre dennoch die Beweiswürdigung zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin trotz richtiger Beratung die Eigentumswohnung auf die Tochter übertragen hätte. Denn die Klägerin habe bei ihrer Anhörung erklärt, nicht sagen zu können, wie sie sich verhalten hätte. Es spreche Einiges dafür, dass sie die Eigentumswohnung trotz des damit verbundenen steuerlichen Risikos auf die Tochter übertragen hätte, weil diese den Ausbau finanziert habe.

Das ist – wie die Revision zutreffend rügt – in zweifacher Hinsicht fehlerhaft. Zum einen hat das Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin außer Acht gelassen, dass die Tochter zur Vermeidung von Steuernachteilen auf die Übertragung der Eigentumswohnung verzichtet hätte. Zum anderen trifft die Prämisse des Berufungsgerichts, die Finanzierung sei Sache der Tochter gewesen, möglicherweise nicht zu.

Nach dem Inhalt des das Ergebnis der Anhörung wiedergebenden BerichterstatERVERMERKS hat das Berufungsgericht die Klägerin gefragt, „was sie getan hätte, wenn im Februar 1990 ... der Beklagte zu 1) ihr erklärt hätte, dass das von PW erarbeitete Steuerkonzept hinfällig sei“. Darauf hat die Klägerin geantwortet: „Dann hätte ich die 3. Etage nicht ausbauen können, weder ich noch der Betrieb hätten die finanziellen Mittel gehabt. Meine Tochter konnte das finanzieren; sie hätte die 3. Etage zu Ende bauen müssen.“

Daraus ergibt sich, dass die Tochter nur bei einem Scheitern des bisher zugrunde gelegten Steuerkonzepts (ertragsteuerneutrale Durchführung des Vorhabens) als Geldgeber hätte einspringen müssen. Davon, dass das Steuerkonzept gescheitert war, konnte aber nach dem – hier als richtig zu unterstellenden – Vortrag der Klägerin nicht ausgegangen werden, ging es doch gerade darum, die ertragsteuerneutrale Durchführung alternativ zu gestalten.

Anwaltshaftung

3. Das Landgericht hat ein **Mitverschulden** der Klägerin verneint. Das Berufungsgericht ist – von seinem Standpunkt aus konsequent – darauf nicht eingegangen.

Der Standpunkt des Landgerichts erweist sich als zutreffend. Für ein eigenes Verschulden der Klägerin ist nichts vorgetragen. Im Übrigen kann nach ständiger Rechtsprechung derjenige, der seine Vertragspflicht zur sachgerechten Beratung verletzt hat, gegenüber dem Schadenersatzanspruch des Geschädigten nach Treu und Glauben nicht geltend machen. Diesen treffe ein Mitverschulden, weil er sich auf die Beratung verlassen und dadurch einen Mangel an Sorgfalt gezeigt habe (BGHZ 134, 100, 114 f; Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung 1999, Rdnr. 1151 m.w.N.).

Ebenso wenig muss sich die Klägerin den – allerdings nicht zu bezweifelnden – Schadenbeitrag der PW als Mitverschulden zurechnen lassen, weil gegebenenfalls die PW und die Beklagten nebeneinander mandatiert waren und rechtlich selbstständig tätig geworden sind, jedenfalls die PW nicht den Auftrag hatte, die Beklagten zu überwachen oder einen von diesen begangenen Fehler zu beheben (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 163/96, WM 1997, 1901, 1903 m.w.N.).

III.

Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht – auch nicht im Sinne des vom Landgericht erlassenen Grundurteils – zur Entscheidung reif ist (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der unter II. 1. a) erwähnten Gesichtspunkte erneut zu prüfen haben, ob die Beklagten in die steuerliche Beratung der Klägerin bezüglich der von ihr geplanten und durchgeführten baulichen und betrieblichen Veränderungen eingebunden waren.

Jedenfalls dann, wenn das Berufungsgericht ein Beratungsmandat für den Zeitraum bis zum Baubeginn wiederum verneinen sollte, wird es der Frage nachgehen müssen, ob danach – insbesondere am 20.2.1990 – die steuerlichen Nachteile noch hätten abgewendet werden können. Gegebenenfalls wird es die Ursächlichkeit der für den 20.2.1990 angenommenen Pflichtverletzung neu untersuchen müssen.

- Kündigungsschutzklage
- Kleinbetriebseinwand
- Zwei Betriebe, gemeinsamer Betrieb
- Unterlassene Belehrung des Anwalts (BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 420/97)

Leitsatz:

Zur haftungsausfüllenden Kausalität, wenn ein Rechtsanwalt, der einen Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess vertritt, seinen Mandanten nicht über den Kleinbetriebseinwand i.S.d. § 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 KSchG belehrt.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht einen gepfändeten und zur Einziehung überwiesenen angeblichen Schadenersatzanspruch der A.-GmbH (im Folgenden: GmbH) gegen die beklagten, in einer Sozietät verbundenen Rechtsanwälte geltend mit der Begründung, der Beklagte zu 3) habe seine Vertragspflichten gegenüber der GmbH in zwei Arbeitsgerichtsprozessen schuldhaft verletzt.

Der Kläger war seit Januar 1991 bei der GmbH als Lackierer beschäftigt. Am 2. und 7.10.1991 sowie am 4.11.1991 kündigte die GmbH das Arbeitsverhältnis. Dagegen erhob der Kläger eine Kündigungsschutzklage. In jenem Rechtsstreit, in dem die GmbH durch die Beklagten vertreten war, wurde rechtskräftig festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigungen beendet worden ist. In einem weiteren Arbeitsgerichtsprozess wurde die GmbH, vertreten durch die Beklagten, rechtskräftig verurteilt, an den Kläger rückständigen Lohn von 48.659,12 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen.

Ein Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH wurde im Mai 1994 mangels Masse abgelehnt; die Gesellschaft wurde deswegen am 1.10.1996 im Handelsregister gelöscht.

Der Kläger ließ wegen seiner Titelforderung gegen die GmbH, wegen der gegen diese festgesetzten Vorprozesskosten von 4.275,47 DM sowie wegen Vollstreckungskosten von 7.113,42 DM einen angeblichen Schadenersatzanspruch der GmbH gegen die Beklagten im August 1994 und Februar 1995 pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Zur Begründung hat der Kläger geltend gemacht, die GmbH habe den Kündigungsschutzprozess verloren, weil der Beklagte zu 3) nicht den Kleinbetriebseinwand nach § 23 Abs. 1

Sätze 2, 3 des Kündigungsschutzgesetzes a.F. – KSchG – erhoben habe; darauf beruhe die Verurteilung der GmbH wegen des Lohnrückstandes.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr bis auf einen Teil der Zinsforderung stattgegeben. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache (§§ 564, 565 Abs. 2 ZPO).

Aus den Gründen:

I.

Die Klage ist zulässig.

1. Die Revision verneint zu Unrecht die Prozessführungsbefugnis des Klägers.

Die **Pfändung und Überweisung** ist wirksam geworden mit der Zustellung des entsprechenden Beschlusses an die Beklagten als Drittschuldner (§§ 829 Abs. 3, 835 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Nach unbeanstandeter tatrichterlicher Feststellung sind Pfändung und Überweisung ordnungsgemäß erfolgt. Wenn im vorliegenden Fall – gemäß der Behauptung der Beklagten – die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Schuldnerin – von den Beklagten irrig als Drittschuldnerin bezeichnet – versäumt worden ist, so hatte dies nicht die Unwirksamkeit der Pfändung zur Folge (vgl. *RG, JW 1900, 424, 426*). Dies gilt für die Zustellung des Überweisungsbeschlusses entsprechend (§ 835 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Die Überweisung ermächtigt den Kläger als Vollstreckungsgläubiger, eine Forderung der GmbH gegen die Beklagten einzuziehen und auf Leistung an sich selbst zu klagen (§ 836 Abs. 1 ZPO; vgl. *BGHZ 82, 28, 31*). Aus dieser Sachbefugnis ergibt sich zugleich das Prozessführungsrecht (*BGH, Urt. v. 24.11.1988 – IX ZR 210/57, NJW-RR 1989, 286, 287*).

2. Die Vollstreckung des Klägers in einen Schadenersatzanspruch der GmbH gegen die Beklagten geht nicht, wie die Revision meint, schon deswegen ins Leere, weil die GmbH gemäß § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 2.10.1934 – Löschungsgesetz – (*RGBl I, S. 914*) im Handelsregister gelöscht worden ist. Eine solche Forderung ist nicht mit dieser Löschung der GmbH untergegangen.

Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Löschung die Gesellschaft nicht endgültig beendet hat; vielmehr besteht diese trotz der Löschung fort, wenn sich nachträglich ergibt, dass sie noch Vermögen hat (vgl. § 2 Abs. 3 des Löschungsgesetzes; *BGHZ 48, 303, 307; BGH, Urt. v. 4.6.1957 – VIII ZR 68/56, WM 1957, 975; v. 10.2.1977 – II ZR 213/74, WM 1977, 581; v. 18.1.1994 – XI ZR 95/93, NJW-RR 1994, 542*). Dies ist der Fall nach dem insoweit maßgeblichen Vorbringen des Klägers, der als Vollstreckungsgläubiger einen vertraglichen Schadenersatzanspruch der GmbH gegen die Beklagten geltend macht, der vor der Löschung der GmbH entstanden sein soll.

II.

1. a) Die Begründetheit der Klage scheitert nicht schon daran, dass der Kläger aufgrund des zu seinen Gunsten ergangenen rechtskräftigen Urteils, das nach seinem Klagevortrag – entgegen seinem Vorbringen in den Vorprozessen – sachlich unrichtig ist, auf einen Schadenersatzanspruch der GmbH gegen die Beklagten zugreift, der darauf beruhen soll, dass die Vollstreckungsschuldnerin die Vorverfahren gegen den Kläger wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten zu Unrecht verloren hat (vgl. *BGH, Urt. v. 13.7.1982 – VI ZR 300/79, VersR 1982, 975, 976 f; v. 21.9.1995 – IX ZR 228/94, WM 1996, 35, 37*). Es ist weder behauptet noch festgestellt worden, dass die Zwangsvollstreckung eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 826 BGB ist, insbesondere dass der Kläger seinen Vollstreckungstitel durch unredliche Prozessführung erlangt hat. Dann ist der Kläger nicht gehindert, wegen seiner rechtskräftig zuerkannten Forderung in den letzten Vermögensgegenstand der Schuldnerin zu vollstrecken.

b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Begründetheit der Klage allein nach dem Rechtsverhältnis zwischen der GmbH als Vollstreckungsschuldnerin und den Beklagten als Drittschuldnern zu beurteilen ist (*BGH, Urt. v. 21.9.1995, a.a.O.*) und ein sich daraus ergebender Anspruch, der ursprünglich auf Befreiung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kläger gerichtet war, mit der Überweisung in eine Zahlungsforderung umgewandelt worden ist (*BGH, Urt. v. 13.7.1982, a.a.O., 976*). Die Beklagten als Drittschuldner können dem Kläger als Vollstreckungsgläubiger alle Einwendungen entgegenhalten, die ihnen gegen die GmbH als Vollstreckungsschuldnerin zustehen (vgl. *BGHZ 70, 313, 320*).

2. Das Berufungsgericht hat aufgrund rechtsfehlerfreier tatsächlicher Feststellungen zu Recht angenommen, dass der Beklagte zu 3) – **Fachanwalt für Arbeitsrecht** – seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag (§§ 611, 675 BGB) mit der GmbH im Kündigungsschutzprozess gegen den Kläger verletzt hat und für einen daraus entstandenen Schaden alle Beklagten als Gesamtschuldner haften (vgl. BGHZ 56, 355, 363; 70, 247, 249, 251 f; 124, 47, 48 f).

Das Berufungsgericht hat folgende Aussage des Zeugen B. – Alleingeschäftsführer und -gesellschafter der GmbH – für glaubhaft gehalten: Bei seinem Beratungsgespräch mit dem Beklagten zu 3) Anfang Oktober 1991 wegen der Kündigungsschutzklage sei über die Anzahl der Arbeitnehmer der GmbH gesprochen worden. Dabei sei auch erwähnt worden, dass der Zeuge das Einzelunternehmen R. betreibe. Der Beklagte habe ihn gefragt, ob die in der Klage angegebene Anzahl von zehn oder elf Arbeitnehmern stimme. Nach der Erklärung, dass der Kläger bei der GmbH beschäftigt sei, habe der Beklagte geäußert, dann komme es nur auf diese an.

Daraufhin habe der Zeuge zu den fünf vollschichtig beschäftigten Arbeitnehmern der GmbH die Lehrlinge, eine Aushilfskraft und sich selbst hinzugezählt und dem Beklagten gesagt, die GmbH habe zehn Arbeitnehmer. Die R. habe damals vier Aushilfskräfte und eine Teilzeitbeschäftigte gehabt; diese seien nicht für die GmbH tätig gewesen. **Der Beklagte habe dem Zeugen nicht erklärt, dass Lehrlinge, Teilzeitkräfte und Geschäftsführer – für den Kleinbetriebseinwand gemäß § 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 KSchG a.F. – nicht mitzählten.**

Die Verfahrensrügen der Revision gegen die auf diese Aussage gestützte tatrichterliche Feststellung wurden geprüft, greifen aber nicht durch (§ 565a ZPO). Das Berufungsgericht brauchte den Beklagten zu 3), dessen schriftliche und mündliche Angaben es in die Beweiswürdigung einbezogen hat, schon deswegen nicht gemäß § 448 ZPO als Partei zu vernehmen, weil dieser bei seiner Anhörung im Beweistermin (§ 141 ZPO) selbst nicht behauptet hat, er habe – gemäß seiner noch zu erörternden Vertragspflicht – dem Geschäftsführer der GmbH bei dem Beratungsgespräch erläutert, welche Arbeitnehmer für die Prüfung des Kleinbetriebseinwands mitzuzählen sind und welche nicht.

a) Aufgrund des festgestellten Sachverhalts hat das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt, nach

den Bekundungen des Zeugen sei dem Beklagten zu 3) vorzuwerfen, dass er B. nicht darüber aufgeklärt habe, welche Beschäftigten bei der Prüfung, ob ein **Kleinbetrieb** vorliege, zu berücksichtigen seien. **Von einem Unternehmer sei nicht ohne weiteres zu erwarten, dass er dies richtig beurteile. Ein Fachanwalt für Arbeitsrecht müsse insoweit für eine Klärung sorgen.** Dies habe der Beklagte versäumt.

Innerhalb seines Mandats hat der Rechtsanwalt seinen Auftraggeber umfassend und erschöpfend zu beraten. Dafür muss der Anwalt den Sachverhalt klären, den er seiner fachlichen Tätigkeit zugrunde zu legen hat, und prüfen, ob dieser geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen. In der Regel darf der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit **tatsächlicher Angaben seines Auftraggebers** ohne eigene Nachforschungen vertrauen, so lange er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit weder kennt noch kennen muss.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht für die Mitteilung von Rechtstatsachen und rechtlichen Wertungen, da solche Angaben eines rechtsunkundigen Mandanten unzuverlässig sind. Insoweit muss der Rechtsanwalt die zugrunde liegenden, für die rechtliche Prüfung bedeutsamen Umstände und Vorgänge klären. **Dafür genügt es regelmäßig, dass er seinen Mandanten befragt und von diesem einschlägige Unterlagen erbittet** (BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95, WM 1996, 1832, 1834 f).

Entsprechend dieser Vertragspflicht wollte der Beklagte zu 3) in seinem Beratungsgespräch mit dem Geschäftsführer der GmbH ermitteln, ob das Kündigungsschutzgesetz im Vorprozess anwendbar war. Dies war nicht der Fall, wenn der Kläger bei einem Kleinbetrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 KSchG a.F. beschäftigt war. Danach galten die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes über den allgemeinen Kündigungsschutz nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer – ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten – tätig waren.

Bei der Feststellung der Zahl dieser Arbeitnehmer waren nur diejenigen zu berücksichtigen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden überstieg. Ein mitarbeitender Geschäftsführer einer GmbH war nicht mitzuzählen (vgl. § 14 KSchG; LAG Hamm, LAGE § 23 KSchG Nr. 3; vgl. LAG Hamm, LAGE § 23 KSchG Nr. 6; LAG Frankfurt/M., BB 1988,

1122; Herschel/Löwisch, *KSChG* 6. Aufl., § 23 Rdnr. 6; Stahlhake/Preis, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis* 6. Aufl., § 23 Rdnr. 603; Kittner/Trittin, *Kündigungsschutzrecht* 2. Aufl., § 23 Rdnr. 18).

Schon diese rechtlichen Voraussetzungen eines **Kleinbetriebseinwands** gegen die Kündigungsschutzklage erforderten eine entsprechende Aufklärung des Geschäftsführers der GmbH durch den Beklagten zu 3). Ohne Erläuterung, welche Arbeitnehmer dafür – im maßgeblichen Zeitpunkt der Kündigung (*BAG, DB 1991, 500*) – mitzuzählen waren, durfte der Beklagte vom **rechtsunkundigen Geschäftsführer der GmbH** keine zuverlässige Antwort erwarten. Infolge der unterlassenen Unterrichtung war die Erklärung des Geschäftsführers, die GmbH habe zehn Arbeitnehmer, im Hinblick auf die rechtlichen Voraussetzungen eines Kleinbetriebs falsch. **Zwar hatte die Gesellschaft zehn Beschäftigte einschließlich des Geschäftsführers. Dieser sowie die drei Auszubildenden waren jedoch nicht mitzuzählen; ob die Aushilfe N. zu berücksichtigen war, ist noch zu erörtern.**

b) Die notwendige Klärung, ob die Voraussetzungen des Kleinbetriebseinwands erfüllt waren, verlangte vom Beklagten zu 3) weiterhin die Prüfung, ob die GmbH und das – dem Beklagten damals bekannte – Unternehmen R. Gerätevertrieb (fortan: R.) des Geschäftsführers der GmbH **einen gemeinsamen Betrieb** bildeten und deshalb die Beschäftigten in beiden Unternehmen bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 *KSChG* a.F. zusammenzurechnen waren (vgl. *BAG, DB 1984, 1684; 1991, 500*).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (a.a.O.; DB 1992, 231, jeweils m.w.N.) sind mehrere Unternehmen dann ein gemeinsamer, auch für das Kündigungsschutzrecht maßgeblicher Betrieb, wenn es sich um eine organisatorische Einheit handelt, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern unter Einsatz tatsächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. In erster Linie kommt es dabei auf die Einheit der Organisation an, weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung.

Regelmäßig ist ein einheitlicher Betrieb gegeben, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen **Betriebsmittel** für den oder die verfolgten arbeitstechnischen Zwecke **zusammengefasst,**

geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der Arbeitskräfte von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.

Soll der Betrieb von mehreren Unternehmen geführt werden, so müssen sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebs rechtlich verbunden haben. Eine entsprechende Vereinbarung kann auch stillschweigend geschlossen werden und sich aus den tatsächlichen Umständen ergeben. Wird nach den Umständen des Einzelfalls der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt, so deutet dies regelmäßig auf eine Führungsvereinbarung hin.

aa) Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten hatte der Beklagte zu 3) Anhaltspunkte für einen gemeinsamen Betrieb der GmbH und der R. Danach arbeiteten sieben bis neun Mitarbeiter der R. in den Räumen der GmbH, die ihrerseits mindestens vier vollschichtig tätige Mitarbeiter hatte. Beide Unternehmen leisteten nach der Behauptung der Beklagten „vergleichbare bis identische Arbeiten“ bei der Fahrzeuglackierung für Automobilhersteller und standen unter der einheitlichen Leitung des Geschäftsführers der GmbH.

bb) **Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte zu 3) dennoch den Geschäftsführer der GmbH beim Beratungsgespräch nach der (ersten) Kündigungsschutzklage im Vorprozess nicht darüber aufgeklärt hat, dass der Kleinbetriebseinwand auch davon abhing, ob die GmbH und die R. einen gemeinsamen Betrieb bildeten und welche Merkmale dafür ausschlaggebend waren.** Die Beklagten haben insoweit lediglich behauptet, „die daraus resultierende Problematik“ sei „eingehend mit dem Geschäftsführer B. erörtert“ worden.

Bei seiner Anhörung hat der Beklagte zu 3) nicht vorgebracht, er habe den Geschäftsführer der GmbH im vorstehenden Sinne belehrt. **Behauptet der Mandant eine pflichtwidrige Unterlassung des beauftragten Rechtsanwalts, so hat dieser im Einzelnen darzulegen, welche vertragsgerechte Aufklärung er vorgenommen haben will und wie der Mandant darauf reagiert hat** (*BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, 1323; v. 4.6.1996 – IX ZR 246/95, WM 1996, 1841, 1842 m.w.N.*). Eine solche Darlegung enthält das Vorbringen der Beklagten nicht. Der Zeuge B., dessen Aussage das Berufungsgericht für glaubhaft gehalten hat, hat bekundet, der Beklagte zu 3) habe ihn über die

Bedeutung eines gemeinsamen Betriebs für den Kleinbetriebseinwand nicht belehrt.

c) Hätte der Beklagte zu 3) nach der gebotenen Erläuterung vom Geschäftsführer der GmbH erfahren, dass die Voraussetzungen des Kleinbetriebseinwands erfüllt waren, so hätte er diesen nach dem **Gebot des sichersten Weges** in den Kündigungsschutzprozess einführen müssen, um die Mandantin vor einem voraussehbaren und vermeidbaren Prozessverlust zu bewahren (vgl. BGH, Urt. v. 21.9.1995 - IX ZR 228/94, WM 1996, 35, 40).

3. Die Pflichtverletzung des Beklagten zu 3) beruht auf **Fahrlässigkeit** (§ 276 BGB). Bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte der Beklagte zu 3) die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens erkennen und sich daraus ergebende Nachteile für die Mandantin vermeiden können.

4. Die Revision rügt jedoch mit Erfolg die tatrichterliche Feststellung, die schuldhaftes Pflichtverletzung des Beklagten zu 3) habe zum Verlust des (ersten) Kündigungsschutzprozesses und deswegen zur Verurteilung der GmbH im zweiten Arbeitsgerichtsverfahren gegen den Kläger geführt.

Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Hätte der Beklagte zu 3) den Geschäftsführer der GmbH pflichtgemäß belehrt, so hätte sich ergeben, dass die Voraussetzungen des Kleinbetriebseinwands gegeben gewesen seien. Die GmbH habe damals nach der glaubhaften Aussage des Zeugen B. in der Regel nicht mehr als fünf Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 KSchG a.F. beschäftigt.

Zwar sei der Zeuge nicht nach der Arbeitszeit der Aushilfe N. befragt worden. Es sei unstreitig gewesen, dass diese weniger als zehn Wochenstunden oder 45 Monatsstunden gearbeitet habe. Erst nach der Beweisaufnahme hätten die Beklagten dies bestritten. Dieses Bestreiten sei aber verspätet. Außerdem hätten die Beklagten darzulegen und zu beweisen, dass die GmbH mehr Arbeitnehmer als ein Kleinbetrieb beschäftigt habe. Die Beklagten hätten aber keinen Beweis dafür angetreten, dass die Aushilfe regelmäßig mehr als zehn Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich gearbeitet habe.

Die GmbH und die R. seien kein gemeinsamer Betrieb gewesen. Zwar sei die einheitliche Leitung ein bedeutsames Indiz für eine organisato-

rische Einheit. Nach dem unwiderlegten Klagevortrag hätten die Unternehmen jedoch völlig verschiedene Ziele verfolgt, die keine Kooperation und wechselseitige Abstimmung erfordert hätten; eine organisatorische Verzahnung sei weder notwendig gewesen noch praktiziert worden.

Der Kleinbetriebseinwand wäre bei ordnungsmäßigem Verhalten des Beklagten zu 3) im Vorprozess erhoben worden und hätte zur Abweisung der Kündigungsschutzklage geführt. Dann wäre die GmbH nicht im zweiten Vorprozess verurteilt worden.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Für den **haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen der anwaltlichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden**, der gemäß § 287 ZPO festzustellen ist, trägt der Mandant 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; BGH, Urt. v. 22.11.1983 - VI ZR 36/82, VersR 1984, 160, 161; v. 20.11.1984 - IX ZR 9/84, VersR 1985, 146, 147; v. 2.7.1987 - IX ZR 94/86, NJW 1987, 3255 f).

Danach war aufzuklären, ob bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers die **Voraussetzungen des Kleinbetriebseinwands** gegeben waren und bei Erhebung dieses Einwands im (ersten) Kündigungsschutzprozess dieser von der GmbH gewonnen und infolgedessen die Verurteilung dieser Gesellschaft im folgenden Vorprozess unterblieben wäre. Dabei ist nach dem Beweis des ersten Anscheins davon auszu-

gehen, dass der Geschäftsführer der GmbH nach Erläuterung der rechtlichen Voraussetzungen des Kleinbetriebseinwands den Beklagten zu 3) zutreffend unterrichtet hätte (vgl. BGH, Urt. v. 20.6.1996, a.a.O., 1835 m.w.N.).

b) Das Berufungsgericht ist nach dem vorliegenden Sach- und Streitstand zu Recht davon ausgegangen, dass bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers die GmbH, sollte sie damals mit der R. keinen gemeinsamen Betrieb gebildet haben, nicht mehr als fünf Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 Sätze 2, 3 KSchG a.F. – nämlich den Kläger und vier weitere vollschichtig tätige Personen – beschäftigt hat und deswegen ein Kleinbetrieb war.

Der Kläger hat – unter Beweisantritt – behauptet, die regelmäßige Arbeitszeit der Aushilfe N. habe weniger als zehn Stunden wöchentlich und 45 Stunden monatlich betragen. Das Berufungsgericht hat jedoch – entgegen der Meinung der Revision – zu Recht angenommen, dass die Beklagten beweisen müssen, die Aushilfe N. habe bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers regelmäßig mehr als zehn Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich gearbeitet. Der Arbeitnehmer hat im Kündigungsschutzprozess darzulegen und zu beweisen, dass i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt werden und deswegen kein Kleinbetrieb vorliegt (BAG, AP § 611 BGB – Hausmeister – Nr. 1).

Da der Kläger den vorliegenden Regressprozess aus der Stellung der GmbH als Mandantin gegen deren Prozessbevollmächtigte im Vorverfahren führt, haben die Beklagten die Darlegungs- und Beweislast des Gegners – hier des Klägers – im Vorprozess zu tragen. Sie haben im vorstehenden Sinne darzulegen und zu beweisen, dass die GmbH kein Kleinbetrieb war; gegebenenfalls könnte diese dann die beiden Vorprozesse – ohne eine schadenursächliche Pflichtverletzung der Beklagten – verloren haben.

Insoweit fehlen bisher Vorbringen und Beweisantritte der Beklagten. Dies kann während des weiteren Berufungsverfahrens noch nachgeholt werden. Dieser Darlegungs- und Beweislast können die Beklagten nachkommen, weil der Beklagte zu 3) die damaligen Verhältnisse der GmbH und der R. gekannt hat.

c) Die Revision beanstandet aber zu Recht die tatrichterliche Feststellung, nach dem unwiderlegten Klagevortrag seien die GmbH und die R.

kein gemeinsamer Betrieb gewesen; insoweit hat das Berufungsgericht wesentlichen Prozessstoff außer Acht gelassen (§ 286 ZPO). Falls bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers fünf Arbeitnehmern der GmbH solche der R. – nach der Behauptung der Beklagten 7) bis 9) – hinzuzuzählen wären, so wäre der Kleinbetriebseinwand entfallen. Dafür würde es ausreichen, dass gemäß der Aussage des Zeugen B. eine halbtags beschäftigte Kraft bei der R. tätig war.

Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass beide Unternehmen durch B. geleitet worden sind und dies auf eine einheitliche Organisation hindeutet; zumindest nach der tatsächlichen Übung hat B. allein die Aufgaben eines Arbeitgebers im sozialen und personellen Bereich wahrgenommen.

Nicht berücksichtigt hat das Berufungsgericht bei der erforderlichen Gesamtwürdigung folgende weitere Umstände, die für eine Zusammenarbeit der beiden Unternehmen und damit für einen gemeinsamen Betrieb sprechen können: Unstreitig war die R. in Betriebsräumen der GmbH tätig. Nach der Aussage des Zeugen B. hat R. zunächst Gerätebauteile hergestellt, die von Mitarbeitern der GmbH lackiert worden sind. Im September 1990 hat die GmbH begonnen, das Lackieren von Autos für Privatkunden abzubauen; stattdessen sind durch R. Autoteile für Automobilhersteller lackiert worden.

Die Beklagten haben unter Beweisantritt behauptet, die beiden Unternehmen hätten als Zulieferer der Autoindustrie Autos und Fahrzeugteile lackiert. Nach der Akte des Vorprozesses des Klägers gegen B. wegen rückständigen Lohns, die Gegenstand der Berufungsverhandlung gewesen ist und auf die die Beklagten Bezug genommen haben, hat B. vorgebracht, bis September 1992 habe die GmbH Lackierarbeiten für R. vorgenommen.

Da der Kläger den vorliegenden Regressprozess aus der Stellung der GmbH als Mandantin gegen deren Prozessbevollmächtigte im Kündigungsschutzverfahren führt, haben die Beklagten – anstelle des Klägers als Arbeitnehmer im Vorprozess – darzulegen und zu beweisen, dass GmbH und R. im Oktober 1991 ein gemeinsamer Betrieb waren und infolgedessen die GmbH kein Kleinbetrieb gewesen ist (vgl. BAG, DB 1984, 1684, 1685; 1991, 500, 501); gegebenenfalls hätte die GmbH die beiden Vorprozesse ohne schadenursächliche Pflichtverletzung der Beklagten verloren.

An diese Darlegungslast sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Es reicht in der Regel aus, dass äußere Umstände schlüssig dargelegt werden, die dafür sprechen, dass sich mehrere Unternehmen rechtlich über die Führung eines einheitlichen Betriebs geeinigt haben und dementsprechend arbeitstechnische Zwecke innerhalb einer organisatorischen Einheit unter einheitlicher Leitung fortgesetzt verfolgten (BAG, a.a.O.).

Diese Darlegungslast haben die Beklagten erfüllt. Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat der Kläger unter Beweisantritt dargelegt, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Annahme eines gemeinsamen Betriebs sprechen. Danach hat sich R. mit dem Bau eines Geräts zur Entfernung von Lack aus einer Lackierkabine befasst; die Unternehmen sind getrennt geleitet worden und haben füreinander keine Arbeiten ausgeführt. Diese Streitfrage bedarf noch der tatrichterlichen Aufklärung.

Daran ändert es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nichts, dass der Kläger behauptet hat, er hätte auf den Kleinbetriebseinwand der Arbeitgeberin im ersten Kündigungsschutzprozess nicht vorgetragen, dass GmbH und R. einen einheitlichen Betrieb bildeten, weil die R. ihm nicht bekannt gewesen sei und er keine Rechtskenntnisse habe. Hätte der Beklagte zu 3) nach vertragsgerechter Belehrung des Geschäftsführers der Arbeitgeberin erfahren, dass die Voraussetzungen eines Kleinbetriebseinwands nicht erfüllt waren, so hätte er diesen Einwand im Vorprozess unterlassen dürfen, ohne sich einer Pflichtverletzung schuldig zu machen.

d) Sollte festgestellt werden, dass der Kläger bei Kündigung seines Arbeitsverhältnisses in einem Kleinbetrieb beschäftigt gewesen ist, so wird das Berufungsgericht für den haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten zu 3) und dem geltend gemachten Schaden zu prüfen haben, ob die GmbH aufgrund eines Kleinbetriebseinwands die beiden Vorprozesse gegen den Kläger hätte gewinnen müssen.

Die Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz (§§ 1 ff KSchG) betreffen nur die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses (vgl. § 13 KSchG). Das Landesarbeitsgericht hat jedoch im Kündigungsschutzprozess des Klägers gegen die GmbH seine rechtskräftige Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht

durch die Kündigungen vom 2. und 7.10.1991 sowie vom 4.11.1991 beendet worden ist, ausschließlich darauf gestützt, dass ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung nicht gegeben gewesen sei.

Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob das Landesarbeitsgericht richtigerweise die Kündigungserklärungen hilfsweise auch als ordentliche Kündigungen des Arbeitsverhältnisses hätte werten und beurteilen müssen (vgl. BAG, NJW 1988, 581 f; Herschel/Löwisch, a.a.O., § 13 Rdnr. 25 ff; Stahlhacke/Preis, a.a.O., Rdnr. 332 ff; Kittner/Trittin, a.a.O., § 140 BGB Rdnr. 1 ff). **Dafür spricht, dass die Kündigung vom 2.10.1991 unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ausgesprochen worden ist.**

5. Sollte die GmbH die beiden Vorprozesse gegen den Kläger verloren haben, weil infolge der fahrlässigen Pflichtverletzung des Beklagten zu 3) der Kleinbetriebseinwand nicht erhoben worden ist, so hat die GmbH entgegen der Ansicht der Revision den geltend gemachten Schaden erlitten. Die Löschung der GmbH im Handelsregister steht nicht entgegen, wie bereits ausgeführt worden ist. **Auch die Schädigung einer vermögenslosen Person löst eine Ersatzpflicht aus** (BGH, Urt. v. 29.6.1972 - II ZR 123/71, NJW 1972, 1856, 1857; v. 10.10.1985 - IX ZR 153/84, NJW 1986, 581, 582 f).

6. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe außer Acht gelassen, dass die Beklagten gegen den eingeklagten Schadenersatzanspruch mit einem - bestrittenen - Gebührenanspruch aus Vorprozessen in Höhe von 11.760 DM aufgerechnet haben. Die Parteien haben jedoch in der Berufungsverhandlung erklärt, die in dieser Sache oder in anderer Sache angefallenen Gebühren der Beklagten sollten in diesem Rechtsstreit für die Entscheidung des Berufungsgerichts keine Rolle spielen.

Falls die Beklagten im weiteren Berufungsverfahren ihre Hilfsaufrechnung aufrechterhalten, so wäre diese nach § 804 Abs. 1, 2 ZPO i.V.m. §§ 404, 406, 412, 1275 BGB zu beurteilen (vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1971 - VIII ZR 162/70, NJW 1972, 428; v. 22.11.1979 - VII ZR 322/78, NJW 1980, 584, 585; Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO 21. Aufl., § 829 Rdnr. 111), vorausgesetzt, dass der Honoraranspruch gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 BRAGO einforderbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 2.7.1998 - IX ZR 63/97, WM 1998, 2243, 2246).

Steuerberaterhonorar

- Anspruch auf Rückzahlung des Mandanten?
 - Schriftform, § 4 Abs. 1 StBGebV
 - Deklaratorisches Schuldanerkenntnis
 - Gesetzwidriges Ausgangsgeschäft
 - Forderung auf Rechnungserstellung
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.1999 - 13 U 21/99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Mangel der Schriftform gemäß § 4 Abs. 1 StBGebV wird durch Zahlung nur geheilt, wenn der Mandant den Formmangel und dessen Rechtsfolgen kannte.
2. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis schließt alle tatsächlichen und rechtlichen Einwendungen für die Zukunft aus, die der Mandant bei Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er rechnen musste.
3. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses kann nicht gemäß § 812 Abs. 2 BGB rückgängig gemacht werden, weil sich später ausgeschlossene Einwendungen als begründet erweisen.
4. Der Mandant hat ein Recht auf Vorlage einer Honorarberechnung. So kann er feststellen, ob die gezahlte Vergütung höher ist als die gesetzlich geschuldete. Die Rechnung kann so lange angefordert werden, wie der Steuerberater verpflichtet ist, seine Handakten aufzubewahren.

Zum Sachverhalt:

Der Beklagte zu 1) ist Steuerberater, die Beklagten zu 2) und 3) waren seine Sozien. Die Beklagten zu 4) und 5) sind die Ehefrauen der Beklagten zu 1) und 2). Bis 1995 beriet der Beklagte zu 1) die Kläger jahrzehntelang in steuerlicher Hinsicht.

1969 erbte der Kläger zu 1) von seinem Vater einen landwirtschaftlichen Betrieb. Seit 1983 bewirtschafteten die Kläger den Hof in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft. Als 30.000 qm des Grundbesitzes als Bauland ausgewiesen wurden, lösten sie den Betrieb 1993 auf. Am 20./21.7.1994 überwiesen die Kläger 115.000 DM an die Beklagten zu 1) bis 3) sowie 345.000 DM an eine aus den Beklagten zu 4) und 5) bestehende GbR mbH (im Folgenden: M.). Grundlage hierfür waren Rechnungen vom 20.7.1994 „für verschiedene Beratungstätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufgabe und Verwertung Ihres

Hofes“ (Steuerberaterhonorar von 115.000 DM) und „über erbrachte Vermittlungsleistungen beim Verkauf Ihrer Hofgrundstücke“ (Maklerprovision der M. von 345.000 DM).

Am 14.5.1996 kam es zu einer Besprechung zwischen den Klägern und dem Beklagten zu 1), an der auch ihre damaligen Anwälte und der Mitarbeiter N. der Kläger teilnahmen. Der Zeuge N. fertigte ein Protokoll hierüber. Dort heißt es im Zusammenhang mit der Erörterung der Rechnungen über 460.000 DM: „Nach eindringlichen Fragen von Herrn R. ist nach Zustimmung der (Kläger) der Streitpunkt u. Rechnung (des Beklagten zu 1)) erledigt.“

Neben der Rückforderung der gezahlten Beträge zuzüglich Zinsen haben die Kläger zunächst den weiteren Antrag angekündigt, festzustellen, dass ein Anspruch des Beklagten zu 1) gegen sie in Höhe von 460.000 DM nicht besteht.

Die Kläger haben behauptet, den Rechnungen lägen in Wirklichkeit Provisionsforderungen wegen der angeblichen Mitwirkung des Beklagten zu 1) bei dem Verkauf ihrer Grundstücke zugrunde. Mit der M. habe es keine vertraglichen Beziehungen gegeben. Konkrete Tätigkeiten gebe es nicht. Bei der Besprechung vom 14.5.1996 sei es zu keiner Einigung gekommen.

(Anträge ...)

Die Beklagten zu 1), 2), 4) und 5) haben behauptet, den Rechnungen lägen entsprechende Vereinbarungen und Leistungen zugrunde. Die Einigung über das Steuerberatungshonorar habe ein Aufarbeiten aller Ansprüche aus den zurückliegenden Jahren vermeiden sollen. Die Beklagten haben ferner behauptet, bei der Besprechung vom 14.5.1996 hätten die Beteiligten die früheren Vereinbarungen bestätigt. Ferner haben sich die Beklagten auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Urteil vom 12.1.1999 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung komme nicht in Betracht, weil ein Rechtsgrund für die Zahlungen in einer am 14.5.1996 getroffenen Einigung zu sehen sei. Das Protokoll sei durch die Zeugenaussagen nicht widerlegt worden. Eine Erledigung des angekündigten Feststellungsantrages könne nicht festgestellt werden, weil hierfür von Anfang an das Feststellungsinteresse gefehlt habe. Allein eine

bloße Vermutung, der Beklagte zu 1) könne sich auf eigene Ansprüche berufen, reiche nicht aus.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Kläger mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie wiederholen und vertiefen ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und greifen insbesondere die Beweiswürdigung des Landgerichts an.

(Anträge ...)

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

I.

Den Klägern steht gegen die Beklagten zu 1) und 2) **kein Anspruch auf Rückzahlung von 115.000 DM aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB** zu. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist nicht bewiesen, dass die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt ist.

1. Allerdings vermochten die Vorlage der Steuerberatergebührenrechnung vom 20.7.1994 und die Überweisung des Rechnungsbetrages einen Rechtsgrund nicht in wirksamer Weise zu schaffen. Gegen den Kläger zu 2) bestanden keine einklagbaren Gebührenforderungen. **Es fehlte an der erforderlichen Schriftform gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 StBGebV**, so dass die von den Beklagten behauptete Vereinbarung gemäß §§ 125, 126 BGB nichtig war.

Der Formmangel ist durch die Überweisung nicht geheilt worden (§ 4 Abs. 1 Satz 4 StBGebV). Voraussetzung dafür ist, dass dem Mandanten der Formmangel und dessen Rechtsfolgen bekannt sind (OLG Düsseldorf, Gl 1994, 133, 134). Das war bei den Klägern unstreitig nicht der Fall. In Rechnung gestellt sind Leistungen für das Jahr 1994. Tatsächlich ging es den Beklagten aber um die Honorierung von verschiedenen Tätigkeiten seit 1962.

Die Rechnung war ohnehin nicht einforderbar und klagbar. Ein Gebührenwert und der Gebührensatz waren nicht angegeben (§§ 9, 21 Abs. 1 Satz 1, 10 Abs. 1 Satz 3 StBGebV). Die Gebührenforderungen, auf die sich die Beklagten beriefen, waren im Wesentlichen verjährt. Zu einer Stundungsabrede war nicht ausreichend vorgetragen.

2. Der Bereicherungsanspruch war nur ausgeschlossen, soweit die Kläger auf eine verjährte Forderung in Unkenntnis der Verjährung gezahlt hatten (§§ 813 Abs. 1 Satz 2, 222 Abs. 2 BGB). § 814 BGB stand dagegen einem Rückforderungsanspruch nicht entgegen, weil diese Vorschrift eine positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung voraussetzt. **Der Leistende muss wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, NJW 1997, 2381, 2382).** Das ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht.

3. Gleichwohl kommt ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht in Betracht. Die Kläger haben nämlich nicht bewiesen, dass es bei der Besprechung vom 14.5.1996 nicht zu einer Einigung über Honoraransprüche der Steuerberatersozietät in Höhe von 115.000 DM im Sinne eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch beide Kläger gekommen ist.

a) Ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** – ein konstitutives kommt schon mit Rücksicht auf das Fehlen der Schriftlichkeit der Erklärungen nicht in Betracht – **schließt alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur für die Zukunft aus, die der Schuldner bei der Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete oder rechnen musste (BGH, NJW 1998, 1492; 960; OLG Naumburg, NJW-RR 1995, 154).**

Eine unbestritten bestehende Forderung ist nicht Voraussetzung; das deklaratorische Anerkenntnis kann ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis als tatsächlich bestehend bestätigen und damit Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten der Parteien über den Anspruchsgrund und seine Rechtsgrundlage beenden. **Insoweit hat es eine potenziell konstitutive Wirkung (BGH, NJW 1976, 1259, 1260; NJW 1980, 1158).**

b) Für ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis im Sinne eines derartigen Schuldbestätigungsvertrages spricht der **Wortlaut des Protokolls der Besprechung vom 14.5.1996**. Dort heißt es – nach eingehender Erörterung der beiden Rechnungen und der dahinter stehenden Ansprüche –: „Nach eindringlichen Fragen von Herrn R. ist nach Zustimmung der (Kläger) der Streitpunkt u. Rechnung T. erledigt“.

Damit sind alle Einwendungen und Einreden nach Grund und Höhe des Rückforderungs-

anspruchs, auf die sich die Kläger damals berufen konnten, ausgeschlossen. Das Protokoll ist zeitnah von einem Mitarbeiter der Kläger, dem Zeugen N., gefertigt worden, der als Beruf „Dozent“ angibt. Gerade der Umstand, dass das Protokoll – wie die Kläger behaupten – **nur „internen“ Zwecken** diene, erhöhte seine Bedeutung für die Beweiswürdigung.

Bestätigt wird der Inhalt des Protokolls durch den Zeugen R. Nach seiner Aussage hat der Beklagte zu 1) das Zustandekommen der einzelnen Rechnungen erläutert. Er – der Zeuge R. – habe jeweils bei den Klägern nachgefragt, ob dies stimme, was sie bestätigten hätten. Auf seine Frage, warum eine Beanstandung erfolgt sei, habe einer der Kläger geantwortet, die Rechnung sei zu hoch. Er – der Zeuge R. – habe dann mit dem Zeugen B. eine hypothetische Berechnung auf der Grundlage einer Maklerprovision von 3% und Steuerberaterhonoraren seit 1962 vorgenommen. Hierbei habe er 64.000 DM für die Bilanzbuchhaltung und 54.000 DM für Steuererklärungen zugrunde gelegt. Man sei zu 460.000 DM gelangt.

Er habe die Kläger dann eindringlich gefragt, ob ein Abschluss in dieser Sache möglich sei. Der Zeuge N. habe noch Einwendungen bei einzelnen Positionen gehabt. Die Kläger hätten erklärt, dass die Sache erledigt sei. Dann sei man zum nächsten Punkt übergegangen.

Die Aussagen des Zeugen R. sind in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Greifbare Umstände, die ihre Richtigkeit in Frage zu stellen geeignet sein könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Aussagen der Zeugen N. und B. stellen das Protokoll und die Aussage des Zeugen R. nicht in Frage. Der Zeuge N. gibt bei seiner Vernehmung am 9.7.1998 an, nicht sagen zu können, ob es zu einer Einigung der Parteien gekommen sei. Der Kläger zu 1) habe gesagt, der Beklagte zu 1) solle für seine Tätigkeit etwas bekommen. Der Kläger zu 2) habe die Höhe der Rechnung beanstandet. Der Zeuge R. habe dann gefragt, ob die Sache erledigt sei.

Er – der Zeuge N. – habe die Vermittlungstätigkeit in Zweifel gezogen. Später habe er die steuerlichen Unterlagen zusammengestellt, weil diese hätten geprüft werden sollen. Deshalb sei nach seiner Meinung auch keine Einigung erzielt worden. Die Höhe sei offen gewesen, auch habe er teilweise Einwendungen erhoben.

Die Formulierung in dem Protokoll, die Streitpunkte seien „erledigt“, sei so zu verstehen, dass die Gespräche über den Punkt an dem Tag beendet worden seien.

Der Zeuge B. hat bei seiner ersten Vernehmung ausgesagt, die Streitpunkte seien – abweichend von dem Protokoll – nicht erledigt gewesen. Vielmehr hätten die im Raum stehenden Minimal- bzw. Maximalansprüche zunächst einmal einer weiteren Überprüfung unterzogen werden sollen. Der errechnete Betrag von 460.000 DM habe unter dem Vorbehalt gestanden, dass sich nicht etwaige Zahlungen in der Vergangenheit herausstellen würden, die dann Anrechnung hätten finden sollen. Das Protokoll des Zeugen N. habe sich als teilweise falsch herausgestellt. Er sei mit dem Zeugen aber dahin übereingekommen, dass dies mit Rücksicht auf den internen Gebrauch des Papiers unschädlich sei. Bei der zweiten Vernehmung hat er bekundet, der Klärungsversuch habe sich auch auf die Größenordnung der Forderungen bezogen.

Der Zeuge N. habe – auch mit Rücksicht auf Gegenforderungen – den Auftrag erhalten, die Unterlagen zusammenzustellen. Die Beteiligten hätten sich dahin geeinigt, alle Ansprüche zu bedienen, soweit sie noch offen seien. Die Kläger hätten noch gesagt, dass sie die Rechnung für wesentlich zu hoch hielten. Weder der Zeuge R. noch er selbst hätten gewusst, was komme. Bezüglich dieses Punktes sei das Gespräch dann vertagt worden. Weil sie nicht weitergekommen seien, sei es dann auch erst einmal erledigt gewesen. Der Streitpunkt sei erledigt gewesen.

Die Einigung habe darin bestanden, dass Gebühren zu zahlen seien, wenn denn Gebühren entstanden seien und eine Provision dem Grunde nach gerechtfertigt sei. Zur Einigung über die Höhe sei es aber mangels Vorliegens von Unterlagen nicht gekommen.

Die Aussagen der Zeugen B. und N. überzeugen den Senat nicht. Sie stehen nicht nur in Widerspruch zum Wortlaut des Protokolls, sondern sind auch in sich widersprüchlich. Von einer „Erledigung“ der Streitpunkte konnte sinnvoll nur die Rede sein, wenn die Ansprüche der Sozietät und der M. abschließend nach Grund und Höhe erörtert und damit außer Streit gestellt wurden. Darauf deutet noch die erste Aussage des Zeugen B. hin, in der nicht die geforderte Höhe des Steuerberaterhonorars, sondern nur die erfolgten und anzurechnenden Zahlungen in Zweifel gezogen werden.

Von einer vorbehaltenen Überprüfung der Forderungshöhe durch den Zeugen N. ist in der Niederschrift nicht die Rede. Dass hier noch weitere Abstimmungen zwischen den Parteien – nicht etwa zwischen den Klägern und ihren Beratern und Mitarbeitern – stattfinden sollten, lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen.

Anders ist dies, soweit die Niederschrift die weiteren Maßnahmen in den Streitpunkten „Grundstückstausch“ und „Wohnanlage R.“ erörtert. Von einer „Erledigung“ „nach Zustimmung der Kläger“ kann hiernach nur die Rede sein, wenn die Kläger ihre Einwendungen gegen die Ansprüche nach Grund und Höhe fallen gelassen haben (§§ 133, 157 BGB). Die Kläger weisen im Schriftsatz vom 28.4.1997 selbst darauf hin, dass der Beklagte zu 1) und sein Prozessbevollmächtigter, der Zeuge R., so überzeugend gewesen seien, dass die Kläger und ihr Anwalt die Waffen gestreckt hätten. Dann ist zwar ein Vergleich ausgeschlossen, zugleich aber ein Schuldbestätigungsvertrag zustande gekommen.

c) Die Kläger haben das Fehlen des Rechtsgrundes „deklaratorisches Schuldanerkenntnis“ nach dem voranstehend Gesagten nicht bewiesen. Sie waren darlegungs- und beweispflichtig für das Fehlen dieses Rechtsgrundes.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 1976, 1259, 1260) handelt es sich bei dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis um einen Vertragstypus eigener Art. Führt die Auslegung zu dem Ergebnis, dass das Schuldverhältnis ohne Rücksicht auf möglicherweise bestehende Einwendungen (und Einreden) festgelegt werden sollte oder dass der Schuldner zumindest auf bestimmte Einwendungen verzichten wollte, so **kann diese Parteivereinbarung nicht nach § 812 Abs. 2 BGB rückgängig gemacht werden, falls sich später das „bestätigte“ Schuldanerkenntnis als ursprünglich nicht bestehend oder eine ausgeschlossene Einwendung (Einrede) als an sich begründet herausstellen sollten** (BGH, NJW 1976, 1259, 1260).

So liegt der Fall auch hier. Deshalb geht das Beweisergebnis zum Nachteil der Kläger.

4. Dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis steht auch nicht entgegen, dass es sich auf ein **gesetzwidriges Ausgangsgeschäft** bezieht und die **Nichtigkeitsgründe** bei seiner Abgabe noch fortbestehen (BGHZ 104, 18, 24 f). Grundlage für die Bemessung der Steuerberatervergütung

waren nach der Aussage des Zeugen R. Forderungen von 64.000 DM für die Bilanzbuchhaltung und 54.000 DM für Steuererklärungen.

Dass sich dahinter auch Forderungen verbargen, die aus unerlaubter Rechtsberatung folgten (§§ 134 BGB, 1 Rechtsberatungsgesetz), liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Soweit die Beklagten im Schriftsatz vom 10.4.1997 Forderungen mit aufgeführt haben, die möglicherweise auf unerlaubte Rechtsberatung hindeuten könnten, steht nicht fest, dass diese Abrechnung Grundlage der Einigung bei der Besprechung vom 14.5.1996 war. Aus der Auflistung ergeben sich auch keine Hinweise auf frühere Maklertätigkeiten.

5. Schließlich dürfte eine Honorarrückforderung zumindest des Klägers zu 1) in jedem Falle daran scheitern, dass die Beklagten zu 1) bis 3) einen Anspruch auf Vergütung der Beratungsleistungen seit 1962 hatten und es in Höhe der gesetzlichen Vergütung in keinem Falle an einem Rechtsgrund fehlt. **Eine Rückforderung kommt insoweit nur in Betracht, als die gezahlte Vergütung höher ist als die gesetzlich geschuldete.** Das setzt voraus, dass der Auftraggeber darlegt, in welchem Umfang die gezahlten Beträge das dem Steuerberater zustehende und nach der Gebührenordnung berechnete Honorar übersteigen.

Ein begründeter Anlass, im Verhältnis zwischen Steuerberater und Auftraggeber von dem allgemeinen Grundsatz abzuweichen, dass der Gläubiger einer Forderung aus § 812 Abs. 1 BGB die Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch darlegen und beweisen muss, ist nicht gegeben. Denn der Mandant hat die Möglichkeit, eine etwaige Überzahlung auf andere Weise zu ermitteln. Der Auftraggeber hat es in der Hand, die Mitteilung der Berechnung zu verlangen, um so eine etwaige Überzahlung zu ermitteln.

Unterbleibt eine solche Forderung auf die Berechnung, dann kann die geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden. Das Nachforderungsrecht des Mandanten besteht so lange, wie der Berater verpflichtet ist, die Handakten aufzubewahren (OLG Düsseldorf, GI 1993, 203, 204; 1997, 23, 25).

Im Streitfall haben die Kläger die Überzahlung weder dargetan noch von dem Beklagten eine Mitteilung der Berechnung verlangt. Dass die Beklagten noch über die Handakten verfügen, liegt auf der Hand.

II.

Die Kläger können von den Beklagten zu 4) und 5) nicht die Rückzahlung von 345.000 DM aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB verlangen. Auch hier ist nicht bewiesen, dass es in der Besprechung vom 14.5.1996 nicht zu einem deklaratorischen Schuldanerkennnis hinsichtlich eines Anspruchs auf Maklerlohn durch die Kläger gekommen ist.

1. Es kann dahinstehen, ob es bis zur Vorlage der Rechnung vom 20.7.1994 und zur Überweisung des Rechnungsbetrages zum Abschluss eines Maklervertrages zwischen der M. und den Klägern gekommen ist und ob die übrigen Voraussetzungen für einen Provisionsanspruch in diesem Zeitpunkt gegeben waren. **Denn die Kläger haben jedenfalls auch hier nicht bewiesen, dass der Rechtsgrund „deklaratorisches Schuldanerkennnis“ im Sinne eines Schuldbestätigungsvertrages fehlte.**

Für ein deklaratorisches Schuldanerkennnis spricht hier ebenfalls die protokollierte Erklärung in der Besprechung vom 14.5.1996, der Streitpunkt M. sei – neben der Frage des Steuerberaterhonorars – „erledigt“.

Ausweislich des Protokolls hatte der Zeuge N. zuvor die Maklerprovision lediglich mit dem Hinweis auf fehlende Maklertätigkeit der vier Erwerber in Frage gestellt. Das deckt sich insoweit mit der Aussage des Zeugen. Darauf folgt der Satz: „Nach eindringlichen Fragen von Herrn R. ist nach Zustimmung der Herren S. der Streitpunkt u. Rechnung T. erledigt“.

Damit haben die Kläger alle Einwendungen gegen Grund und Höhe dieser Forderungen fallen gelassen, die sie zuvor – auch hinsichtlich der Vertragspartnerschaft der Beklagten zu 4) und 5) – geltend gemacht hatten.

Bestätigt wird der Protokollinhalt auch insoweit durch die Aussage des Zeugen R. Die Aussagen der Zeugen B. und N. widersprechen dem nicht. Die Frage der Maklerprovision sprechen die Zeugen kaum an; im Zentrum stehen die Angaben zum Steuerberaterhonorar. Ergänzend wird auf die Beweiswürdigung unter I. 3. b) verwiesen.

Auch dieses Beweisergebnis geht zum Nachteil der Kläger. Auf die Ausführungen unter I. 3. c) wird Bezug genommen.

2. **§ 181 BGB** greift nicht ein. Der Beklagte zu 1) ist bei der Besprechung vom 14.5.1996 als Vertreter der Beklagten zu 4) und 5) aufgetreten, nicht aber zugleich auch als Vertreter der – persönlich anwesenden – Kläger.

3. Das **Haustürwiderrufgesetz** führt nicht zum Fehlen eines rechtlichen Grundes. Denn ein etwaiges Widerrufsrecht der Kläger ist jedenfalls gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 Haustürwiderrufsgesetz erloschen, weil alle gegenseitigen Leistungen der Parteien seit langem vollständig erfüllt sind.

4. Das deklaratorische Schuldanerkennnis wird auch hier nicht dadurch in Frage gestellt, dass es sich auf ein **gesetzwidriges Ausgangsgeschäft** bezieht und die Nichtigkeitsgründe bei seiner Abgabe noch fortbestehen (*BGHZ 104, 18, 24 f*). **Verträge mit einem Makler, der sein Gewerbe ohne die gemäß § 34c Gewerbeordnung erforderliche Erlaubnis ausübt, verstoßen nicht gegen § 134 BGB** (*BGHZ 78, 269, 271 f*).

Dass der Beklagte zu 1) **standesrechtlich selbst nicht makeln durfte, bewirkt ohnedies nicht Nichtigkeit des Vertrages mit der M. gemäß § 117 Abs. 1 BGB. Denn das Umgehungsgeschäft ist kein Scheingeschäft**, weil die vereinbarten Rechtsfolgen ernsthaft gewollt sind (*Palandt/Heinrichs, BGB 58. Aufl., München 1999, § 117 Rdnr. 5*). **Das Makelverbot für den Steuerberater selbst (§ 57 StBG) bewirkt zudem keine Nichtigkeit eines Maklervertrages gemäß § 134 BGB** (*BGHZ 78, 263, 265 ff*). (...)

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Bilanz
 - Wareneinsatz, Warenendbestand incl. Einfuhrumsatzsteuer
 - Kosten für Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsprüfer
 - Kein Steuerschaden
- (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.10.1998 - 13 U 39/96*)

Leitsatz:

Sind dem Steuerberater Fehler unterlaufen, so hat er dem Mandanten die Kosten für die Einschaltung von Steuerexperten auch dann zu erstatten, wenn letztlich kein Steuerschaden entstanden ist.

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung der Klage in dem zuerkannten Umfang stattgegeben.

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Schadenersatzanspruch in Höhe von 21.464,40 DM aus positiver Vertragsverletzung, weil der Beklagte seine Pflichten als Steuerberater schuldhaft verletzt hat und dem Kläger dadurch ein Schaden in der genannten Höhe entstanden ist.

Die in erster und zweiter Instanz durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass dem Beklagten **bei der Erstellung der Bilanzen und der Steuererklärungen für den Kläger für die hier strittigen Jahre 1983 und 1984 Fehler unterlaufen sind.**

Nach dem Gutachten des Sachverständigen vom 26.5.1995 hat der Beklagte bei der Erstellung des Jahresabschlusses für 1983 steuerrechtliche Fehler begangen. Diese haben sich jedoch im Endergebnis nicht zu Lasten des Klägers ausgewirkt. Ein Schaden ist dem Kläger nach den Feststellungen des Sachverständigen insoweit nicht entstanden, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat. Diese Feststellung ist auch nicht angegriffen worden.

Anders ist es bei dem Jahresabschluss für 1984. Aufgrund des überzeugenden Gutachtens des Sachverständigen vom 26.5.1995 ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger wegen fehlerhafter Arbeitsleistungen des Beklagten für 1984 Steuern in Höhe von insgesamt 8.400 DM zu viel gezahlt hat. Der Sachverständige hat dazu ausgeführt, dass der vom Beklagten **festgestellte Gewinn von 49.750,17 DM für das Jahr 1984 nicht richtig** ist, da von ihm der Wareneinsatz mit 228.198,48 DM nicht richtig ermittelt worden ist.

Der Beklagte hat bei der Ermittlung des Wareneinsatzes einen **Warenanfangsbestand zum 1.1.1984 = Warenendbestand 31.12.1983 von 242.526,70 DM hinzugerechnet, obwohl der Warenendbestand lediglich 220.474,30 DM betrug.** Ferner hat der Beklagte bei der Ermittlung des Wareneinsatzes einen **Warenendbestand zum 31.12.1984 von 248.406,16 DM in Abzug gebracht, obwohl in diesem Betrag Einfuhrumsatzsteuer in Höhe von 26.174,30 DM enthalten war**, so dass lediglich 222.231,86 DM in Abzug zu bringen waren.

Durch den unrichtig ermittelten Wareneinsatz ist der Gewinn für das Jahr 1984 um 4.121,90 DM zu hoch ausgewiesen.

Außerdem hat der Beklagte Zollverbindlichkeiten lediglich mit dem bereits zum 31.12.1983 passivierten Betrag von 65.084,16 DM und nicht mit dem um 13.260,44 DM höheren Betrag von 78.898,92 DM berücksichtigt. Dies hat dazu geführt, dass der Gewinn um einen weiteren Betrag von 13.260,44 DM zu hoch ausgewiesen war.

Diese fehlerhafte Veranlagung des Beklagten führte zu einer Steuermehrbelastung von 8.400 DM.

Entgegen der Behauptung des Beklagten ist dieser Schaden nicht durch entsprechende Buchungen im Jahr 1985 ausgeglichen worden, wie sich aus dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen vom 16.4.1998 ergibt. Das führt der Sachverständige darauf zurück, dass die unrichtigen Bilanzansätze hinsichtlich des Warenendbestandes und hinsichtlich der Zollverbindlichkeiten zum 31.12.1984 in der Bilanz von Herrn ... nicht als Anfangsbestände vorgetragen wurden, sondern bereits im Jahr 1984 erfolgswirksam berichtigt wurden, was sich wegen der eingetretenen Bestandskraft nicht mehr in dem Einkommensteuerbescheid 1984 auswirken konnte.

Damit steht fest, dass dem Kläger durch die fehlerhafte Leistung des Beklagten ein endgültiger Schaden für das Jahr 1984 von 8.400 DM entstanden ist, den der Beklagte dem Kläger zu ersetzen hat.

Dem steht nicht die Behauptung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 9.9.1998 entgegen, der nachfolgende Berater habe offenbar die Berichtigung zu Unrecht erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen, obwohl er nach Aussage des Veranlagungsbeamten, der als Zeuge vernommen worden sei, die Möglichkeit zur Berichtigung in 1984 spätestens in 1985 gehabt hätte.

Soweit der Beklagte damit behaupten will, dass die entstandene Steuermehrbelastung für 1984 noch rechtzeitig in 1985 durch Berichtigung des von ihm erstellten Jahresabschlusses hätte ausgeglichen werden können, ist sein Vorbringen nicht nachvollziehbar. Denn der Beklagte hat bis einschließlich 1986 die Steuererklärungen für den Kläger erstellt. Sein Mandat endete erst 1988.

Wenn also eine rechtzeitige Berichtigung und damit eine Rückgängigmachung der entstandenen Steuer Mehrbelastung noch möglich gewesen wären, fragt sich, warum der Beklagte dies nicht selbst gemacht hat. Zumindest hätte er den Kläger auf eine solche Korrekturmöglichkeit eindeutig hinweisen müssen. Dass er dies getan hat, hat der Beklagte nicht behauptet.

Zutreffend ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass der Beklagte verpflichtet ist, **über den festgestellten steuerrechtlichen Schaden hinaus dem Kläger die von ihm auf-gebrachten Kosten für die Gutachten des Wirtschaftsprüfers in Höhe von 5.586 DM, der ... in Höhe von 5.198,40 DM und des Fach-anwalts für Steuerrecht in Höhe von 2.280 DM zu erstatten.**

Da der Kläger die erforderliche Sachkunde nicht besaß, war er berechtigt, zur Überprüfung der von dem Beklagten erstellten Jahresabschlüsse und Steuererklärungen und zur Feststellung des durch Fehler des Beklagten verursachten Schadens Steuerexperten einzuschalten.

Der Beklagte macht insoweit erfolglos geltend, dass, wenn überhaupt, er nur einen Teil dieser Kosten zu tragen habe, da dem Kläger nur ein Schaden für das Jahr 1984 entstanden sei. **Da der Beklagte nach dem Gutachten des Sach-verständigen auch im Jahr 1983 Fehler bei der Erstellung des Jahresabschlusses gemacht hat, bestand für den Beklagten Anlass, diese Fehler durch Steuerexperten überprüfen zu lassen, um festzustellen, ob ein Schaden entstanden ist.**

Das Gleiche gilt für die Jahre 1985 und 1986. Auch hier sind dem Beklagten Fehler bei der Erstellung der Steuererklärungen für den Kläger unterlaufen. Das ergibt ein Vergleich der ursprünglichen Steuerbescheide für die Jahre 1985 und 1986, die aufgrund der Steuererklärungen des Beklagten ergangen sind, und der berichtigten Steuerbescheide für die Jahre 1985 und 1986 vom 15.5.1990 und 30.4.1990, die aufgrund der Berichtigungen durch ... erlassen worden sind.

(...)

GI Leitsätze

Rechtsberatung/Factoring-Verträge/Forderungskäufe/Prospekthaftung/Prospektfehler

1. Factoring-Verträge fallen nicht unter das RBERG, weil sie entweder der Sache nach Kreditgeschäfte sind (unechtes Factoring) oder sich wegen der Übernahme des Delkredere-Risikos durch den Factor (echtes Factoring) nicht als einfacher Forderungskauf darstellen, der, soweit er geschäftsmäßig betrieben wird, der Erlaubnispflicht nach dem RBERG unterfällt.

2. „Geschäftsmäßig“ i.S.v. § 1 Abs. 1 der 5. AVO zum RBERG handelt nur der Forderungskäufer, der mit Wiederholungsabsicht vorgeht, also bei sich bietender Gelegenheit erneut Forderungen ankaufen will, um sie zu einem Bestandteil seines Erwerbs zu machen. Indiz für eine solche Absicht kann die Forderung eines Entgelts sein.

3. Es stellt einen relevanten, zum Schadenersatz verpflichtenden Prospektfehler dar, wenn in dem Prospekt, mit dessen Hilfe um Anleger für eine Publikumsgesellschaft geworben wird (hier: betreffend die Errichtung und die Verpachtung von Heizkraftwerken), eine den Initiator mittelbar begünstigende Klausel über die Verteilung des Liquidationserlöses verschwiegen und die Tragweite von die in Aussicht gestellte Mindestausschüttung sichernden Indexklauseln unvollständig dargestellt wird.

(BGH, Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 190/99, DStR 2001, 543)

Rechtsanwalt/Unterlassene Vollstreckung

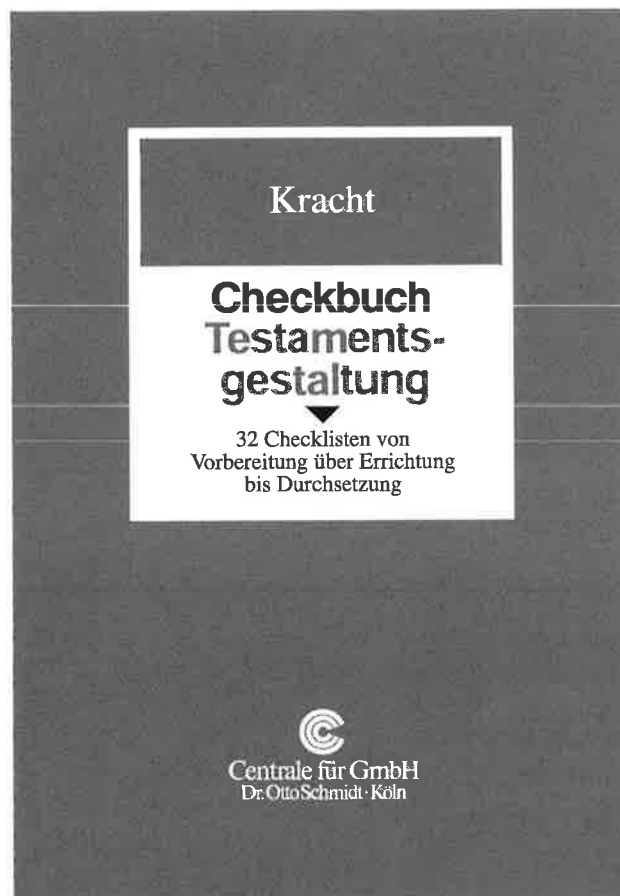
1. Erhält der Anwalt einer Klägerin, die ein gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erstritten hat, von der Bank der Beklagten unter Bezugnahme auf das Urteil eine Prozessbürgschaft, kann er diese grundsätzlich zurücksenden, ohne sich regresspflichtig zu machen.

2. Bei dieser Sachlage kann allerdings in Betracht kommen, dass der Anwalt die Klägerin darüber aufklären muss, dass die Bürgschaftserklärung ihr keine Sicherheit verschaffe, allerdings der Versuch unternommen werden könne, den tatsächlichen Willen der Beklagten zu erfragen, insbesondere die Möglichkeit abzuklären, ob an den Abschluss eines Vollstreckungsabkommens unter Einbeziehung der Bürgschaft als Sicherheit gedacht sei.

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.2.2000 – 7 U 249/98, n.rkr., OLG-Report 2000, 411)

Das erste Checkbuch für den letzten Willen.

Des Menschen Wille ist sein Himmelreich. Umso ärgerlicher, dass gerade der letzte Wille oft nicht zum Tragen kommt, weil er schlicht falsch formuliert wurde. Das passiert. Aber keinem Berater, der unser Checkbuch hat. 32 Checklisten leiten Sie sicher durch alle Möglichkeiten der Testamentsgestaltung, wie sie dem tatsächlichen Willen des Erblassers unter Berücksichtigung seiner individuellen Lebensverhältnisse entspricht. Punkt für Punkt checken Sie einfach alles ab, woran man denken muss, vergessen keine



Frage. Sie übersehen weder steuerliche Aspekte noch ein verdecktes Risiko. Sie ordnen alles richtig ein und gießen es schließlich in die richtige Form, wobei die Formulierungshilfen zu den gängigen Testamentsklauseln Sie wirksam unterstützen. Beim Thema "letzter Wille" sollten Sie daher immer als Erstes an dieses Checkbuch denken.

Kracht, Checkbuch Testamentsgestaltung. Herausgegeben von der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt. Bearbeitet von Dipl.-Finanzwirt Robert Kracht. 184 Seiten DIN A5, 2000, brosch. 59,60 DM/30,48 €. Für Mitglieder der Centrale für GmbH 49,60 DM/25,36 €. ISBN 3-504-64315-3

Fax-Bestellschein Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Köln **Fax: 0221 / 9 37 38-943**

- ☐ Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Kracht **Checkbuch Testamentsgestaltung** 59,60 DM/30,48 €. Für Mitglieder der Centrale für GmbH 49,60 DM/25,36 €. ISBN 3-504-64315-3
- ☐ Ich möchte mehr über die neue **Checkbuch-Reihe** für Berater wissen

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____

Preisstand: Juli 2001

Fristenorganisation: Berufungsbegründungsfrist • Organisationsanweisung • Einzelanweisung (BGH);
Fristenkontrolle: Allgemeine Weisung • Berufungsbegründungsfrist • Vorläufige Fristen (BGH);
Parteiverrat des Anwalts, § 356 StGB: „dieselbe Sache“ • Beistand für zwei Parteien • Anwalt ist Gesellschafter der Mandantin (BGH);
Honorar des Steuerberaters: Aufrechnung mit Honoraranspruch • Zweckgebundene Treuhandgelder •

Lohnabrechnung • Sozialversicherungsmeldung • Sozialversicherungsprüfung (OLG Düsseldorf);
Steuerberaterhaftung: Steuersparberatung • Darlegungslast • Herausgabe von Mandantenunterlagen (OLG Koblenz);
Wissentliche Pflichtverletzung des Notars: Versicherungsschutz • Treuhandauftrag • Persönliche Prüfung (OLG München)
und aktuelle Entscheidungen,
die von besonderer Bedeutung sind



In der Vergangenheit scheiterte die endgültige Liquidation von Unternehmen häufig an bestehenden Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung, wenn diese in Form der Pensionszusage oder der Unterstützungskasse geführt wurde.

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 eingeschlossen. Bestellungen nimmt der Herausgeber entgegen.