

INHALT:

Editorial	Seite 210
GI Aktuell	Seite 210
GI Leitsätze	Seite 212, 234
Steuerberaterhaftung Belehrungsbedürftigkeit / Anscheinsbeweis / Rechtspraxis der Finanzverwaltung / Gewerblicher Grundstückshandel (BGH, Urt. v. 22.2.2001 - IX ZR 293/99)	Seite 213
Notarhaftung Vorweggenommene Erbfolgeordnung / Vor- und Nacherben / Verfügungsrecht des Vorerben / Ausgleichspflicht der Miterben (BGH, Urt. v. 6.7.2000 - IX ZR 88/98)	Seite 217
Vertretung widerstreitender Interessen, § 43a BRAO Unterlassungsanspruch / Identität der Sachverhalte (OLG Hamburg, Urt. v. 19.10.2000 - 3 U 252/00)	Seite 222
Steuerberaterhaftung Vorteilsausgleich / Steuerersparnis / Zeichnung einer Schiffsbeteiligung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.2000 - 13 U 214/99)	Seite 225
Steuerberaterhonorar Kapitalgesellschaft mit zwei Geschäftszweigen / Grundstückshandel und Gaststätte / Mehrere Bilanzen erforderlich? / Abschlussvorarbeiten (OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.1999 - 13 U 228/98)	Seite 227
Steuerberaterhaftung Schaden / Schätzungen / Einvernehmen in Betriebsprüfung (LG Potsdam, Urt. v. 29.6.2000 - 3 O 417/99)	Seite 229
Lohnbuchhaltung Sozialversicherungsrechtliche Beratung / Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes / Kalkulationsschaden? (LG Limburg, Urt. v. 26.6.2000 - 1 O 433/99)	Seite 233



Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der BGH wiederholt, dass es für die Zulässigkeit der **Feststellungs-/Regressklagen** gegen Steuerberater oder Rechtsanwälte nicht auf die bloße Möglichkeit, sondern auf die **Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts** ankommt. Letzteres ist z.B. ab Ingangsetzung der Verjährungsfrist gegeben.

Zur **Notarhaftung** bei Betreuung einer vorweggenommenen Erbfolge bestätigt der BGH die Pflicht zur Belehrung über Beurkundungspflichten wegen § 313 BGB und über die erbrechtliche Tragweite in Bezug auf die Ausgleichspflicht unter Miterben.

Der Anwalt darf **nicht „in derselben Rechtssache“ beiden Parteien pflichtwidrig Rat erteilen** (§§ 356 StGB, 43a Abs. 4 BRAO, 3 Abs. 1 BO). Hiergegen verstößt er, wenn sich ein ihm unterbreiteter Sachverhalt auch nur teilweise mit dem ihm von einem anderen Mandanten unterbreiteten Komplex überschneidet (OLG Hamburg).

Hat der Mandant **aufgrund fehlerhafter Beratung zu wenig Steuern bezahlt** und nutzt er diese Liquidität zur Zeichnung einer Schiffsbeteiligung, muss er die dadurch erlangten Steuervorteile auf den behaupteten Zinsschaden anrechnen lassen (OLG Düsseldorf).

Gebühren wegen Abschlussvorarbeiten kann der Steuerberater nur in Ansatz bringen, wenn er die Buchführung **nicht** erstellt hat und diese mangelhaft oder unvollständig ist. In diesem Urteil weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass bei einer Kapitalgesellschaft, die eine Gaststätte und einen Grundstückshandel betreibt, **zwei Bilanzen und eine konsolidierte Bilanz zwar sinnvoll, aber nicht notwendig** sind.

Zu dem „Alltagsthema“ der **Zuschätzung** wiederholt das LG Potsdam in einer neuen Entscheidung, dass sie keinen **Schaden** des Mandanten darstellt. Will der Mandant diese Behauptung aufstellen, muss er eine ordnungsgemäße Gewinnermittlung vorlegen und der Zuschätzung gegenüberstellen. Hat er sich in der Betriebsprüfung mit dem **Prüfer über die Zuschätzung geeinigt**, spricht auch das für die Richtigkeit der Zuschätzung.

Dass die Belehrung oder Beratung sozialversicherungsrechtlicher Fragen nicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Lohnbuchhaltung gehört, bestätigt das LG Limburg. Es weist klarstellend darauf hin, dass **tarifliche Zusatzeinrichtungen** auch zu dem Bereich gehören, über den nicht belehrt wird. Der Mandant ist der Unternehmer und kennt den Tarifvertrag. Der Steuerberater würde sich andernfalls auf das Gebiet der Rechtsberatung begeben.

GI Aktuell

BVerfG: Zum Praxisschild des Zahnarztes/ Tätigkeitsschwerpunkt

Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG hat in zwei Fällen Urteile aufgehoben, mit denen Zahnärzten verboten worden war, ihren Tätigkeitsschwerpunkt „Implantologie“ auf dem Praxisschild zu verlautbaren.

1. Die Beschwerdeführer (Bf) sind Zahnärzte, denen vom Bundesverband der niedergelassenen implantologisch tätigen Zahnärzte in Deutschland e.V. (BDIZ) ein Zertifikat über den Nachweis besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der oralen Implantologie erteilt wurde. Sie sind seit vielen Jahren auf diesem Gebiet tätig und erwirtschaften ein Viertel oder sogar etwa die Hälfte des Honoraraufkommens mit implantologischen Leistungen. **Auf Briefbögen und dem Praxisschild führten sie den Zusatz „Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie“.**

Das Landesberufsgericht für Zahnärzte in Baden-Württemberg hat wegen berufsunwürdigen Verhaltens und eines Verstoßes gegen das berufsrechtliche Werbeverbot Geldbußen gegen die Bf verhängt.

2. Die Verfassungsbeschwerden (Vb) gegen diese Verurteilungen sind erfolgreich, weil die Urteile auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beruhen. **Das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung und das hierdurch veranlasste Werbeverbot, das eine gesundheitspolitisch unerwünschte Kommerzialisierung des Arztberufes vermeiden soll, rechtfertigen es nicht, alle Angaben und Zusätze auf dem Praxisschild außer den in der Berufsordnung ausdrücklich zugelassenen ohne Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck oder ihren Informationswert generell zu verbieten.** Auch Ärzten ist nicht jede werbende Maßnahme untersagt; verboten ist nur die berufswidrige Werbung.

Es besteht ein Interesse am Leistungsangebot eines Zahnarztes, sofern er sich spezialisiert hat. Die Berufsordnung erkennt dies an, indem Informationen gegenüber Kollegen ebenso erlaubt sind wie die Angabe von Interessenschwerpunkten gegenüber der Kammer. Zwar kommt dem Praxisschild eine größere Breitenwirkung zu, die Gefahr der Irreführung und der Verwechslung eines Tätigkeitsschwerpunkts mit einer Gebietsbezeichnung wächst hierdurch aber nicht. Die Patienten werden diese Angabe nach ihrem Wortlaut dahin verstehen, dass der



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

Zahnarzt insoweit über besondere Erfahrungen verfügt und nachhaltig tätig ist. Missverständnisse tauchen insbesondere dann nicht auf, wenn ein Arzt mit der Gebietsbezeichnung Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie den Tätigkeitsschwerpunkt mit dem Zusatz BDIZ der Gebietsbezeichnung anfügt. Auch wenn die Spezialisierung bei Zahnärzten nur selten vorkommen mag, gebietet es Art. 12 Abs. 1 GG, dass die Gerichte nicht durch Informationsverbote den Patienteninteressen zuwider auf eine Nivellierung in der Außendarstellung hinwirken.

Bei Auslegung und Anwendung der Normen ist allerdings dem berechtigten Interesse der Kammern an **Qualitätssicherung** Rechnung zu tragen. Dies setzt voraus, dass die **Selbstdarstellung** auf dem Praxisschild **überprüfbar** bleibt. Die Regelungen in der Berufsordnung über die zulässigen Angaben auf dem Praxisschild beruhen auf der Gemeinwohlbindung der Zahnärzte und der hiermit korrespondierenden Funktion der Kammern, einen Teil staatlicher Überwachung in Eigenverantwortung wahrzunehmen. Ein vollständiges Verbot der Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten ist zu Kontrollzwecken indes nicht erforderlich.

Ob nach Abwägung aller Belange nur eine beschränkte Zahl vorgegebener Leistungsangebote oder -schwerpunkte benannt werden darf, war vorliegend nicht zu entscheiden, **weil sich jedenfalls die Implantologie als Schwerpunkt tatsächlich herausgebildet hat und Mehrfachnennungen nicht im Streit sind**. An der nachhaltigen Tätigkeit der Bf auf dem von ihnen benannten Spezialgebiet bestanden keine Zweifel. (BVerfG, Beschl. v. 23.7.2001 – 1 BvR 873/00 u. 1 BvR 874/00)

Pressemitteilung d. BVerfG v. 31.7.2001

BFH: Tafelgeschäfte, Maßnahmen der Steuerfahndung und Bankengeheimnis

In einem neuerlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hatte der Bundesfinanzhof (BFH) Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Vorgehen der Steuerfahndung (Steufa) beim Aufspüren von Tafelgeschäften weiter zu präzisieren. Dabei ging es um die Frage, welche Prüfungs- und Kontrollrechte die Steufa hat, wenn sie bei Steuerfahndungsmaßnahmen im Bankbereich Tafelgeschäfte von Bankkunden feststellt, und insbesondere darum, ob die bei einer Bankdurchsuchung hierüber gewonnenen Unter-

lagen und Erkenntnisse in der Form von Kontrollmitteilungen an die Veranlagungsfinanzämter weitergegeben werden dürfen (Beschl. v. 15.6.2001 – VII B 11/00).

Im Streitfall wollte eine Sparkasse mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung **verhindern, dass das bei der Durchsuchung ihrer Geschäftsräume beschlagnahmte Kontrollmaterial über Tafelgeschäfte von der Steufa für Zwecke des Besteuerungsverfahrens im Wege von Kontrollmitteilungen ausgewertet würde**. Das FG lehnte diesen Antrag ab; die Beschwerde des Kreditinstituts hatte keinen Erfolg.

Der BFH bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, dass **die Inhaberschaft von Wertpapieren als solche einen strafrechtlichen Anfangsverdacht nicht begründen könne**, da diese Wertpapiere vom Gesetz zugelassen seien und legal erworben werden könnten. Wickele ein Kunde bei seinem Kreditinstitut indessen, wie im Streitfall, **Tafelpapiergeschäfte außerhalb seiner dort geführten Konten und Depots durch Bareinzahlungen und Barabhebungen anonym** ab, müsse er sich nicht nur fragen lassen, warum er dies tue, sondern müsse auch den (von ihm widerlegbaren) Anfangsverdacht ertragen, er habe mit dieser Art der Geschäftsabwicklung möglicherweise die Weiche für eine nachfolgende Steuerverkürzung oder Steuerhinterziehung stellen wollen.

Der im Streitfall somit bestehende Anfangsverdacht mache den Weg für weitere Nachforschungen der Steufa frei. Der einer Steuerstraftat verdächtige Bankkunde (nach dessen Tod auch sein Erbe) müsse selbst noch nach Eintritt eines Strafverfolgungshindernisses (z.B. Strafverfolgungsverjährung) mit einem Vorgehen der Steufa zwecks Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen rechnen, solange hinsichtlich des in Frage stehenden Steuerentstehungstatbestands noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten sei.

Der Anfangsverdacht beseitige auch die Schutzwirkung des so genannten Bankengeheimnisses (§ 30a Abs. 3 der Abgabenordnung). Dieses stehe im Streitfall der Auswertung des im Rahmen einer richterlichen Beschlagnahmeanordnung gewonnenen Materials durch Kontrollmitteilungen an die zuständigen Veranlagungsfinanzämter nicht im Wege.

(BFH, Beschl. v. 15.6.2001 – VII B 11/00)

Pressemitteilung d. BFH v. 2.8.2001

GI Leitsätze

BFH: Steuerberater ausnahmsweise ohne Gewinnerzielungsabsicht

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 31.5.2001 – IV R 81/99 die Berufstätigkeit eines selbstständigen Steuerberaters als so genannte Liebhaberei beurteilt und die erzielten Verluste nicht zum Ausgleich mit anderen positiven Einkünften zugelassen.

Der Kläger hatte sich nach seiner Pensionierung in der Finanzverwaltung als Steuerberater niedergelassen und außerdem eine Steuerberatungs-GmbH gegründet. Die meisten Mandate betreute der Kläger als Geschäftsführer der GmbH; **nur sechs bis neun Mandate nahm er als selbstständiger Steuerberater wahr.**

Von Anfang an ergaben sich aus der selbstständigen Tätigkeit nur Verluste, die das Finanzamt schließlich nicht mehr anerkannte. Vor dem Finanzgericht (FG) räumte der Kläger ein, die Praxis in erster Linie deshalb fortgeführt zu haben, um seinem Sohn nach Abschluss dessen Ausbildung die Möglichkeit zur Praxisübernahme offen zu halten.

Der BFH bestätigte die Auffassung des FG, der Kläger habe **keine Gewinnerzielungsabsicht** gehabt. Dies könne zwar nicht allein aus einer objektiv negativen Gewinnprognose für den Betrieb des Klägers geschlossen werden. Ein solcher Schluss sei nur gerechtfertigt, **wenn die Verlust bringende Tätigkeit typischerweise dazu bestimmt sei, der Befriedigung persönlicher Neigungen oder der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile außerhalb der einkommensteuerlich zu erfassenden Einkünfte zu dienen.**

Bei allen anderen Tätigkeiten, so auch bei der Tätigkeit als Steuerberater, spreche ein Anscheinsbeweis für das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht. Dieser sei hier aber dadurch widerlegt, dass **persönliche Gründe des Klägers für die Inkaufnahme der Verluste festgestellt worden seien.**

Damit **unterscheidet sich der Fall von dem eines Rechtsanwalts**, dessen überwiegend Verlust erzielende Tätigkeit der BFH in einem Urteil aus dem Jahr 1998 (Aktenzeichen: XI R 10/97) anerkannt hatte. Dort waren persönliche Gründe für das Hinnehmen der Verluste nicht erkannt worden.

(BFH, Urt. v. 31.5.2001 – IV R 81/99)

Pressemitteilung d. BFH v. 9.8.2001

Rechtsberatungsgesetz/Anwendungsbereich/Ausländischer Berater

1. Um einen lückenlosen Schutz der Rechtssuchenden sicherzustellen, ist es auch dann erforderlich, die Tätigkeit von ausländischen Rechtsberatern im Inland den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen, wenn diese im Geltungsbereich des Gesetzes keine Niederlassung oder Zweigstelle unterhalten.

2. Für die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes besteht jedoch dann keine Veranlassung, wenn sich der (Wohn-)Sitz des die Beratung oder Besorgung in Anspruch nehmenden Mandanten ebenfalls im Ausland befindet.

(OLG Stuttgart, Urt. v. 13.12.2000 – 3 U 169/00, OLG-Report 2001, 204)

Steuerneutrale Rückabwicklung einer Schenkung bei unerwartet hoher Schenkungsteuer

1. Schenkungsteuer hat nur Bestand, wenn die Schenkung nicht aufgrund eines Rückforderungsrechtes rückabgewickelt wurde (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

2. Das Rückforderungsrecht kann auch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Schenkungsversprechens entstehen. Zur Geschäftsgrundlage zählen z.B. die Vorstellungen der Beteiligten über die steuerlichen Folgen des Vermögensübergangs. Es ist nicht erforderlich, dass die Rückforderungsvereinbarung Gegenstand des Notarvertrages wurde.

(FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.3.2001 – 4 K 2805/99, FR 2001, 613 m. Anm. Dr. Gräfe)

Anstiftung des Mandanten/Falsche eidesstattliche Versicherung/Sozialhilfe

1. Mit vorsätzlich begangenen Straftaten – wie der Anstiftung zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung in Tateinheit mit Anstiftung zum versuchten Betrug – verletzt ein Rechtsanwalt zugleich Berufspflichten.

2. Eine solche Pflichtverletzung kann wegen des wirtschaftlichen Aspekts mit einem Verweis und einer Geldbuße, die in ihrer Koppelung eine anwaltsgerichtliche Maßnahme eigener Art darstellen, geahndet werden.

(AGH Saarbrücken, Urt. v. 12.3.2001 – AGH 9/00, OLG-Report 2001, 308)

Steuerberaterhaftung

- Belehrungsbedürftigkeit
 - Anscheinsbeweis
 - Rechtspraxis der Finanzverwaltung
 - Gewerblicher Grundstückshandel
- (BGH, Urt. v. 22.2.2001 - IX ZR 293/99)

Leitsätze:

1. Ein Urteil, dessen Tenor in sich selbst unauflösbar widersprüchlich ist, ist insgesamt aufzuheben (*Bestätigung von BGHZ 5, 240, 245 f.*).
2. Die auf dem gemeinsamen Bund-Länder-Erlass vom 20.12.1990 (*BStBl I 1990, 884*) und der diesem Erlass zugrunde liegenden Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs beruhende Praxis der Finanzverwaltung, bis zu drei Grundstücksverkäufe in einem Zeitraum von fünf Jahren (noch) nicht als gewerblichen Grundstückshandel einzustufen, ist in einem die Zeit dieser Handhabung betreffenden Anwalts- oder Steuerberaterregressprozess zu beachten (*vgl. BGH, Urt. v. 28.9.2000 - IX ZR 6/99, WM 2000, 2439, 2442*).

Zum Sachverhalt:

Eine aus den Klägern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwarb im Jahre 1989 von deren Vater dessen hälftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstückskomplex, der aus drei Häusern bestand und in insgesamt 144 Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt war. Die andere Hälfte hielt zunächst eine Frau F. treuhänderisch für die Kläger; im Jahre 1993 wurden auch diese Miteigentumsanteile formell auf die Kläger übertragen.

Ab Frühjahr 1991 erwogen die Kläger den Verkauf des Grundbesitzes. Ihr Vater nahm im Mai/Juni 1991 Kontakt mit dem Beklagten, einem Fachanwalt für Steuerrecht, auf. Mit Faxschreiben vom 15.11.1991 beauftragten die Kläger, vertreten durch den Kläger zu 1), den Beklagten, sie in den mit dem Verkauf der einzelnen Eigentumswohnungen zusammenhängenden steuerlichen Fragen zu beraten.

Der Beklagte schlug ihnen in seinem Antwortschreiben vom 21.11.1991 vor, das Immobilienobjekt entweder zum „Einlagewert“ in einen von der BGB-Gesellschaft zu unterhaltenden Gewerbebetrieb einzubringen oder zu einem entsprechenden Preis an eine zu diesem Zweck zu gründende GmbH zu verkaufen und sie dann auf dem Wohnungsmarkt abzusetzen.

Er setzte dabei voraus, dass die Kläger sich entschlossen hätten, die Wohnungen einzeln alsbald zu verkaufen, und dass sich deshalb die Versteuerung jedenfalls eines erheblichen Teils des Erlöses unter dem steuerlichen Gesichtspunkt des „gewerblichen Grundstückshandels“ nicht vermeiden lasse.

Am selben Tag, also am 21.11.1991, wurden notarielle Kaufverträge über die Veräußerung von zwei der 144 Eigentumswohnungen geschlossen. Bis Ende November 1993 wurden ca. 40 % der Wohnungen, der Rest wurde am 1.7.1996 veräußert. Am 15.10.1997 erließ das zuständige Finanzamt gegen die Kläger Gewerbesteuerbescheide für die Jahre 1990 bis 1992, in denen eine Gewerbesteuerschuld von insgesamt 245.097 DM festgesetzt wurde.

Die Kläger nehmen den Beklagten mit der Begründung, er habe sie in steuerlicher Hinsicht unzureichend beraten, auf Ersatz des ihnen nach ihrer Behauptung entstandenen Steuer Schadens in Anspruch. Sie machen ihm in erster Linie zum Vorwurf, dass er sie nicht darauf hingewiesen habe, dass es zur Vermeidung der Versteuerung des Veräußerungsgewinns erforderlich gewesen sei, mit dem Verkauf bis zum Ablauf von zehn Jahren nach dem Erwerb des Grundstückskomplexes abzuwarten.

Zumindest hätte sich, so haben sie geltend gemacht, die Versteuerung eines Teils des Veräußerungsgewinns durch Einbringung in eine von ihnen zu gründende GmbH & Co. KG vermeiden lassen.

Das Landgericht hat die zunächst erhobene Feststellungsklage abgewiesen. In der Berufungsinstanz haben die Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 205.431 DM zu verurteilen, und die Feststellung verlangt, dass der Beklagte ihnen auch den darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen habe, den er ihnen durch unsachgemäße Beratung zugefügt habe.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, den Klägern allen Schaden zu ersetzen, der ihnen aus der unsachgemäßen Beratung durch den Beklagten entstanden sei; hinsichtlich des Zahlungsantrags hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen und gleichzeitig festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, den Klägern „allen Schaden zu ersetzen“, der ihnen aus der unsachgemäßen Beratung durch den Beklagten entstanden sei oder noch entstehen werde. Ein solches Urteil ist, wie die Revision zu Recht rügt, unzulässig.

Die Urteilsformel ist in sich widersprüchlich, weil der Anspruch einerseits dem Grunde nach in vollem Umfang für bestehend erklärt, andererseits aber in Höhe der beziffert eingeklagten 205.431 DM den Klägern endgültig aberkannt worden ist. Dieser Widerspruch lässt sich – auch unter Heranziehung der Entscheidungsgründe – nicht durch Auslegung beseitigen.

Der Feststellungsausspruch kann nicht so verstanden werden, dass nur der Teil des Schadens zu ersetzen wäre, der den Betrag des Zahlungsantrags übersteigt. Eine solche Einschränkung enthält zwar der Feststellungsantrag der Kläger („sämtliche über Ziff. 1 hinausgehenden Schäden“). Diese Einschränkung hat das Berufungsgericht aber nicht in den Urteilstenor übernommen; dieser spricht vielmehr von „allem Schaden“. Dieses Hinausgehen über den Klageantrag lässt es, da auch die Entscheidungsgründe keinen Hinweis auf eine Beschränkung des Feststellungsausspruchs enthalten, nicht zu, eine solche dem Urteil durch Auslegung zu entnehmen.

Der Widerspruch lässt sich auch nicht dadurch auflösen, dass die Abweisung des Zahlungsantrags lediglich als zurzeit unbegründet zu verstehen wäre. Ausweislich der Entscheidungsgründe hat das Berufungsgericht nicht darauf abgestellt, dass die Schadenentwicklung noch nicht abgeschlossen sei. Es ist vielmehr offenbar davon ausgegangen, dass die Kläger den ihnen entstandenen Schaden – wenn auch teilweise anhand einer Prognose für die Zeit bis zum Ablauf der zehn Jahre, in denen sie zur Vermeidung aller Steuernachteile die Eigentumswohnungen nicht hätten verkaufen dürfen – hätten berechnen können und müssen. Jedenfalls hat das Berufungsgericht die Abweisung des Zahlungsantrags darauf gestützt, dass es an einer Darlegung der für die Schadenberechnung maßgebenden – positiven und negativen – Vermögensentwicklung fehle.

Das Urteil kann schließlich auch nicht in der Weise aufrecht erhalten werden, dass der Feststellungsausspruch als Grundurteil aufgefasst wird. In diesem Fall hätte der Zahlungsantrag nicht abgewiesen werden dürfen. Die Abweisung war aber aus der Sicht des Berufungsgerichts gerade geboten, weil die Klage insoweit betragsmäßig unsubstantiiert gewesen sei. In einem solchen Fall ist ein Grundurteil nicht zulässig.

Ein Urteil, dessen Tenor in sich selbst unauflösbar widersprüchlich ist, ist insgesamt aufzuheben, und zwar auch insoweit, als es zugunsten der Partei ergangen ist, die Revision eingelegt hat (BGHZ 5, 240, 245 f.).

II.

Das Berufungsurteil muss aus den Gründen zu I. aufgehoben werden. Da der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif ist, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Gegen die Zulässigkeit der Klage der Kläger zu 2) und 3) bestehen keine Bedenken mehr, nachdem sie in der Revisionsinstanz ihre Anschriften mitgeteilt haben.

2. Das Berufungsgericht hat offenbar gemeint, die bloße Möglichkeit der Schadenentstehung reiche für die **Zulässigkeit der Feststellungsklage** aus. **Das ist insofern nicht richtig, als in Fällen allgemeiner Vermögensschäden die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts dargetan werden muss** (BGH, Urt. v. 15.10.1992 – IX ZR 43/92, WM 1993, 251, 260).

Im vorliegenden Fall ist indessen ein Schaden in Form der Gewerbesteuerfestsetzungen durch die Bescheide vom 15.10.1997 bereits eingetreten. Damit ist die dreijährige Verjährungsfrist des damals noch geltenden § 51 (jetzt § 51b) BRAO für den gesamten Schaden einschließlich aller weiteren voraussehbaren Nachteile in Gang gesetzt worden (vgl. BGHZ 119, 69, 73; Urt. v. 18.12.1997 – IX ZR 180/96, WM 1998, 779, 780). Das begründet das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung.

3. Das Berufungsgericht hat eine **Pflichtverletzung des Beklagten** darin gesehen, dass er die **Kläger nicht auf die „zehnjährige Haltefrist“, die allein sie sicher vor einer Versteuerung des Veräußerungsgewinns hätte schützen können, hingewiesen habe.**

Der Beklagte hatte dazu ein von ihm an den Vater der Kläger gerichtetes Schreiben vom 4.6.1991 vorgelegt, in dem es heißt, wenn er (der Vater) „absolut sichergehen“ wolle, müsse er „die Häuser mindestens fünf, besser zehn Jahre behalten“. Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Vater der Kläger dieses Schreiben erhalten hat – die Kläger haben das bestritten –, jedoch gemeint, diese Auskunft sei nicht umfassend genug, weil sie keine Begründung für den erteilten Rat enthalte.

Auf diese Weise lässt sich, wie die Revision zu Recht rügt, ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten nicht begründen.

Dieser hat unter Beweisantritt behauptet, dass Ende Mai/Anfang Juni 1991 auch ein Telefongespräch zwischen ihm und dem Vater der Kläger stattgefunden habe, in dem er „nachdrücklich“ darauf hingewiesen habe, dass ein Einzelverkauf der Wohnungen vermieden werden müsse, wenn diese nicht „zehn Jahre zuvor durch Vermietung und Verpachtung genutzt“ würden.

Dieses Vorbringen ist so zu verstehen, dass den Klägern, die sich zu jenem Zeitpunkt „über ihren Vater“ an ihn, den Beklagten, gewandt hätten, dessen Auskunft bekannt gewesen sein soll. Darüber hinaus sollen die Kläger bereits infolge Beratung durch eine andere Steuerberatungsgesellschaft über die steuerrechtlichen Folgen eines sofortigen Einzelverkaufs der Wohnungen Bescheid gewusst haben.

Wenn es so war – das Berufungsgericht hat die Richtigkeit dieses gesamten Vorbringens nicht geprüft –, **brauchte der Beklagte die Kläger nicht nochmals auf die Bedeutung der Zehnjahresfrist hinzuweisen.** Er konnte dann vielmehr davon ausgehen, dass die Kläger trotz der ihnen bekannten Folgen, wie es in seinem Beratungsschreiben vom 21.11.1991 heißt, „nunmehr die Absicht“ verfolgten, die Wohnungen sofort einzeln zu verkaufen, und sich darauf beschränken, auf die Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, die bei Ausführung dieses Entschlusses bestanden.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte die Kläger unabhängig davon, was diese über die Bedeutung der Zehnjahresfrist bereits wussten, darüber belehren müssen, weil das nach dem Schreiben der Kläger vom 15.11.1991 zu seinem Auftrag gehört habe, kann nicht geteilt werden.

Es wäre eine rein formale, sachlich nicht gerechtfertigte Betrachtung, den Beklagten für verpflichtet zu halten, den Klägern eine Auskunft zu erteilen, deren sie nicht mehr bedurften, weil ihnen das Ergebnis bereits bekannt war.

4. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Kläger den Rat, mit dem Einzelverkauf der Wohnungen bis zum Ablauf von zehn Jahren nach Anschaffung des Grundstückskomplexes zu warten, befolgt hätten, wenn der Beklagte ihn ihnen nach seiner Beauftragung durch das Schreiben vom 15.11.1991 erteilt hätte. Der Behauptung des Beklagten, die Kläger seien aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse zum alldingigen Verkauf gezwungen gewesen, sei nicht nachzugehen, weil die dazu vom Beklagten benannten Zeugen nicht gewusst hätten, dass die Einhaltung der Frist von zehn Jahren zu einer erheblichen Steuerersparnis geführt hätte.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, die **Ursächlichkeit einer etwaigen Pflichtverletzung** des Beklagten für den eingetretenen Schaden zu begründen. **Den Ursachenzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Beratung und dem beim Auftraggeber eingetretenen Schaden hat dieser zu beweisen (BGHZ 123, 311, 313 ff).**

Das gilt auch für die Frage, wie sich der Auftraggeber bei richtiger Beratung verhalten hätte. Insoweit kommen ihm zwar, da es sich dabei um die **haftungsausfüllende Kausalität** handelt, **Beweiserleichterungen** zu Hilfe. Es gilt nicht § 286, sondern § 287 ZPO (BGH, Urt. v. 25.11.1999 - IX ZR 332/98, WM 2000, 197, 198 m.w.N.).

Außerdem kann dem Mandanten die Beweisführung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises erleichtert sein. Das gilt indessen nur, wenn ein bestimmter Rat geschuldet war und es in der gegebenen Situation unvernünftig gewesen wäre, diesen Rat nicht zu befolgen (BGHZ 123, 311, 314 f).

Die Regeln des Anscheinsbeweises sind unanwendbar, wenn **unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht kommen** und die Aufgabe des Beraters lediglich darin besteht, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 10.12.1998 - IX ZR 358/97, WM 1999, 645, 646).

Ob es für die Kläger vernünftig war, mit dem Verkauf bis zum Jahre 1999 (zehn Jahre nach der Anschaffung im Jahre 1989) abzuwarten, hängt vom Ergebnis der Abwägung aller damit verbundenen Vor- und Nachteile ab, zu denen es bisher an einem ausreichenden Vortrag der Kläger fehlt. Erst wenn er nachgeholt wird, kann es auf die Behauptung des – nicht beweispflichtigen – Beklagten ankommen, die Kläger hätten die Wohnungen in absehbarer Zeit veräußern müssen, weil die finanzierenden Banken sie dazu gedrängt hätten.

Sollte sich eine Beweiserhebung dazu als erforderlich erweisen, dann wird eine Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugen nicht mit der vom Berufungsgericht genannten Begründung abgelehnt werden können, die Zeugen hätten die steuerlichen Auswirkungen nicht gekannt. Darin läge eine vorweggenommene Beweiswürdigung; eine solche ist erst möglich, wenn die Umstände, die für das Für und Wider eines sofortigen oder eines erst späteren Verkaufs von Bedeutung waren, entsprechend dem Vortrag der Parteien umfassend geklärt sind.

5. Die Revision meint, die **Ursächlichkeit einer mangelhaften Beratung** für die eingetretenen steuerlichen Nachteile sei schon deswegen zu verneinen, weil bereits der Verkauf der ersten beiden Wohnungen im November 1991 den Tatbestand des gewerblichen Grundstückshandels erfüllt habe. Die Kläger hätten die beiden Wohnungen in der Absicht verkauft, das Objekt insgesamt zu veräußern.

Die Kläger haben dies tatsächlich selbst so vortragen. Trotzdem war damit für sie die Möglichkeit, die Einstufung ihrer gesamten jenen Grundstückskomplex betreffenden Tätigkeit als eine solche gewerblicher Art zu vermeiden, noch nicht verloren.

Der Bundesfinanzhof unterscheidet in einer langjährigen Rechtsprechung beim Halten und Verkauf von Grundstücken private Vermögensverwaltung von gewerblichem Grundstückshandel aus Gründen der „gebotenen Vereinfachung“ durch eine zahlenmäßige und durch eine zeitliche Begrenzung, wobei grundsätzlich höchstens drei Grundstücksverkäufe in einem Zeitraum von fünf Jahren als private Vermögensverwaltung und eine darüber hinausgehende Veräußerung von Grundstücken als gewerbliches Handeln eingestuft wird (BFHE 148, 480, 482 = BB 1987, 665, 666; BFHE 186, 236, 241 = BB 1998, 1777, 1778).

Die Finanzverwaltung hat sich diese schematische Abgrenzung in einem gemeinsamen Bundesländer-Erlass vom 20.12.1990 (BStBl I 1990, 884) zu Eigen gemacht.

Es trifft zwar, wie die Revision zu Recht betont, grundsätzlich zu, dass die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand nur indizielle Bedeutung haben (BFHE 171, 31, 36; BFHE 178, 86, 92 = DB 1995, 1892 f; BFHE 186, 236, 241 = BB 1998, 1777, 1778). **In der steuerlichen Praxis ist hieraus aber im Wesentlichen nur der Schluss gezogen worden, dass auch beim Verkauf von mehr als drei Objekten im Einzelfall private Vermögensverwaltung gegeben sein könne** (vgl. BFHE 165, 498, 501 ff = BB 1992, 252, 253).

Beim Verkauf von weniger als vier Einheiten ist eine Einstufung der Tätigkeit als gewerbliche nur in Fällen, in denen jemand „sich dazu entschließt, sein Kapital in der Weise einzusetzen, dass er laufend Grundstücke bei jeder geeigneten Gelegenheit erwirbt und mit Gewinn wieder verkauft, ihm dies jedoch nur in (bis zu) drei Fällen möglich ist“ (BFHE 171, 31, 37), sowie in Fällen erwogen worden, in denen er Bauten zum Zweck der Weiterveräußerung selbst errichtet (vgl. BFH, BB 1998, 1143, 1144 m.w.N.; BFHE 186, 236, 242 = BB 1998, 1777, 1778).

Jedenfalls war im Jahre 1991 nicht damit zu rechnen, dass Finanzverwaltung und Finanzgerichte im Fall der Kläger, die die Wohnhäuser nicht selbst errichtet hatten, bereits den Verkauf von zwei Eigentumswohnungen als gewerblichen Grundstückshandel einstufen würden.

Nach einer etwaigen Absicht, noch weitere Objekte zu verkaufen, wurde, wenn es bei dem Verkauf von zwei Einheiten blieb, aufgrund der typisierenden Betrachtungsweise nicht gefragt. **Eine solche Rechtspraxis ist im Regressprozess zu beachten** (BGH, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 6/99, WM 2000, 2439, 2442, zum Abdruck in BGHZ bestimmt).

Daraus, dass hier die für dieses Verfahren geltenden Beweisführungsgrundsätze anzuwenden sind (BGHZ 133, 110, 113 ff), ergibt sich nichts anderes; denn es geht hier nicht um die Beweisführung, sondern darum, wie im Jahr 1991 die Regel der Drei-Objekt-Grenze gehandhabt wurde.

Notarhaftung

- Vorweggenommene Erbfolgeordnung
- Vor- und Nacherben
- Verfügungsrecht des Vorerben
- Ausgleichspflicht der Miterben
(BGH, Urt. v. 6.7.2000 - IX ZR 88/98)

Leitsatz:

Zur notariellen Betreuung der Vorwegnahme einer Erbfolge.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt vom beklagten Notar Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzungen.

Am 1.3.1992 kamen die Mutter des Klägers und deren sieben Kinder in Gegenwart des Beklagten überein, das Vermögen der Mutter, bestehend aus zwei bebauten Grundstücken, Ackerland und Bargeld, zur Vorwegnahme der Erbfolge den Kindern zu gleichen Teilen zu übertragen; zumindest die beiden Kinder, die die bebauten Grundstücke erwarben, sollten Ausgleichszahlungen erbringen.

Am 15.4.1992 beurkundete der Beklagte eine „Vollmacht“ der Mutter des Klägers, die u.a. lautet:

„Ich erteile hiermit für mich und meine Erben meinem Sohn ...

Vollmacht

den nachstehenden Grundbesitz ... zu erwerben, zu verkaufen und aufzulassen sowie alle Erklärungen vor Notar, Gericht und Behörden abzugeben, die zur Umschreibung des Kaufgegenstandes auf den Erwerber erforderlich sind, insbesondere auch an Dritte, Geschwister und sonstige Personen zu übertragen.

Der Bevollmächtigte ist berechtigt, Untervollmacht zu erteilen.

Zur schenkungsweisen Veräußerung berechtigt die Vollmacht nicht.

Der Bevollmächtigte wird von den einschränkenden Bestimmungen aus § 181 BGB befreit.“

Am 13.8.1992 beurkundete der Beklagte einen „Schenkungsvertrag“, in dem die Mutter des Klägers, vertreten durch dessen Bruder, auf-

grund der Vollmacht vom 15.4.1992 dem Kläger – ebenfalls vertreten durch diesen Bruder – ihr Ackerland schenkweise zu Eigentum übertrug. In diesem Vertrag heißt es u.a.:

„Der Notar wird beauftragt, alle zu diesem Vertrag erforderlichen Genehmigungen einzuholen und diese Urkunde durchzuführen.“

Der Kläger genehmigte diesen Vertrag am 19.10.1992. Die Mutter des Klägers (fortan auch: Erblasserin oder Witwe) verstarb am 23.1.1993. Sie wurde durch ihre sieben Kinder zu gleichen Teilen beerbt.

Die Genehmigung des Vertrages vom 13.8.1992 nach der Grundstücksverkehrsordnung wurde am 28.7.1994 erteilt. Im August 1994 teilte das Grundbuchamt dem Beklagten mit, der Grundbucheintragung des Klägers gemäß diesem Vertrag stehe entgegen, dass die von der Erblasserin erteilte Vollmacht nicht zur schenkweisen Veräußerung berechtige. Davon unterrichtete der Beklagte mit Schreiben vom 2.9.1994 den Bruder des Klägers, der diesen bei Vertragsschluss vertreten hatte. Zwei Miterben verweigerten die Genehmigung des Vertrages.

Die Klage auf Schadenersatz in Höhe von 67.510 DM zzgl. Zinsen hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§§ 564, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO); von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird Gebrauch gemacht.

Aus den Gründen:

Der Amtshaftungsanspruch gegen den beklagten Notar ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gemäß § 839 BGB, sondern nach § 18 Abs. 1 VONot i.V.m. § 19 BNotO zu beurteilen (vgl. BGH, Urt. v. 15.1.1998 - IX ZR 4/97, WM 1998, 783, 784).

I.

1. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des beklagten Notars unterstellt, die sich nach dem Zusammenhang des Berufungsurteils auf – vom Kläger in den Vorinstanzen geltend gemachte – Fehler des Beklagten anlässlich der Beurkundung des Schenkungsvertrages vom 13.8.1992 bezieht.

Nach dem Klagevortrag, von dem im Revisionsverfahren mangels tatrichterlicher Feststellungen auszugehen ist, hat der Beklagte eine ihm gegenüber dem Kläger obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

Der Beklagte hat die Vollmacht der Mutter des Klägers vom 15.4.1992 mit der Einschränkung beurkundet, dass sie nicht zur schenkweisen Veräußerung von Grundeigentum berechtigt, obwohl nach der Behauptung des Klägers am 1.3.1992 auf Anregung des Beklagten die unentgeltliche Übertragung des Ackerlandes an den Kläger vereinbart worden war (§ 17 BeurkG). Außerdem hat der Beklagte den Schenkungsvertrag vom 13.8.1992 nicht durch die Mutter des Klägers genehmigen lassen, obwohl der Beklagte das nach dem – durch die Urkunde gestützten – Klagevortrag übernommen hatte.

2. Die Revision rügt mit Erfolg die Annahme des Berufungsgerichts, es fehle an der haftungsausfüllenden Kausalität, denn der Kläger habe „einen eventuellen Anspruch dem Grunde nach, auf jeden Fall der Höhe nach nicht schlüssig dargetan“. Da der Kläger Miterbe zu 1/7-Anteil geworden sei, habe er für einen Schaden den Umfang des gesamten Nachlasses darlegen müssen; dies habe er versäumt. Eine Vereinbarung der Miterben über die Auseinandersetzung des Nachlasses habe den Kausalverlauf unterbrochen.

Für den haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen einer Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden ist festzustellen, was geschehen wäre, wenn der Beklagte sich pflichtgerecht verhalten hätte, und wie die Vermögenslage des Klägers dann wäre. Dies hat der Kläger für seinen Schadenersatzanspruch darzulegen und gemäß § 287 ZPO zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.1995 – IX ZR 104/94, WM 1996, 30, 31; v. 21.11.1996 – IX ZR 220/95, WM 1997, 325, 326).

a) Gemäß den Regeln des Beweises des ersten Anscheins (vgl. dazu BGH, Urt. v. 27.5.1993 – IX ZR 66/92, WM 1993, 1513, 1516) ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass – die Richtigkeit des Klagevortrags unterstellt – die Erblasserin zur Verwirklichung ihrer Absicht, im Einvernehmen mit ihren Kindern dem Kläger die beiden Grundstücke ohne Ausgleichszahlung zu übertragen, **nach entsprechender Belehrung durch den Beklagten die Vollmachtsurkunde auch auf eine Schenkung erstreckt und den Schenkungsvertrag auf Anfrage des Beklagten genehmigt hätte.**

Dann wäre der Kläger als Eigentümer der Grundstücke im Grundbuch eingetragen worden, nachdem dieser dem Vertrag am 19.10.1992 zugestimmt hatte und die Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung erteilt worden war. Die Miterben hätten den Vertrag nach dem Tode der Erblasserin erfüllen müssen (§§ 1967, 2058 BGB).

b) Der Kläger hat entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts schlüssig dargelegt, dass er infolge der geltend gemachten Amtspflichtverletzungen des Beklagten im Zusammenhang mit dem Schenkungsvertrag einen erstattungsfähigen Schaden erlitten hat.

Ein Geschädigter soll im Wege des Schadenersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können; der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein ersatzfähiger Nachteil (BGHZ 124, 86, 95 m.w.N.).

aa) Der Wirksamkeit lebzeitiger Verfügungen der Erblasserin über ihr Vermögen stand das gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres – am 8.4.1980 verstorbenen – Ehemannes vom 28.11.1974 nicht entgegen.

Das Berufungsgericht hat das Testament ohne Begründung dahin gewertet, dass die Erblasserin Vorerbin und ihre Kinder Nacherben sein sollten. Die fehlende Auslegung kann der Senat nachholen. Das gemeinschaftliche Testament ist dahin auszulegen, dass der Überlebende Erbe des Verstorbenen und die gemeinsamen Kinder Schlusserven mit gleichen Anteilen werden sollten. Die Eheleute haben in ihrer letztwilligen Verfügung das beiderseitige Vermögen als Einheit angesehen; dieses sollte grundsätzlich mit dem Tode des länger Lebenden als Gesamtnachlass auf die Kinder übergehen (vgl. RGZ 113, 234, 240; BGHZ 22, 364, 366; BayObLGZ 66, 49, 61 u. 408, 417).

Die testamentarische Wiederverheiratsklausel ist gegenstandslos geblieben und beeinträchtigte deswegen die Rechtsstellung der Witwe nicht (vgl. BGHZ 96, 198, 204). Je nachdem, ob das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches oder das des am 1.1.1976 in Kraft getretenen Zivilgesetzbuches (ZGB) der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik anzuwenden ist (vgl. § 2 Abs. 2, § 8 EZGB; Art. 235 §§ 1, 2 EGBGB; BGHZ 124, 270, 271 ff; 128, 302, 303; 131, 22, 26; Palandt/Edenhofer, BGB 59. Aufl.,

Einl. 5 vor § 1922; Art. 235 §§ 1, 2 EGBGB jeweils Rdnr. 1 ff; Leipold, in: MünchKomm-BGB 3. Aufl., Bd. 9 Erbrecht, Einl. Rdnr. 227 ff, 262 ff; Bd. 11 Art. 235 Rdnr. 13 ff), war die Witwe in unterschiedlicher Weise an die wechselbezüglichen Verfügungen i.S.d. § 2270 Abs. 1, 2 BGB nach dem Tode ihres Ehemannes gebunden.

Nach § 390 Abs. 2 ZGB konnte sie über den Nachlass durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei verfügen. **Bei Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches stand ihr - wie einem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser (§ 2286 BGB) - grundsätzlich ebenfalls ein freies Verfügungsrecht unter Lebenden zu, doch konnte bei einem Missbrauch dieses Verfügungsrechts ein betroffener Schlusserbe einen Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung des § 2287 BGB erlangen** (BGHZ 82, 274, 276 ff; vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1988 - IVa ZR 166/87, FamRZ 1989, 175; v. 21.6.1989 - IVa ZR 302/87, NJW 1989, 2389, 2390 f; Schubert, JR 1982, 155; Kuchinke, JuS 1988, 853; Musielak, FamRZ 1989, 176).

Da die Voraussetzungen eines solchen Missbrauchs im Streitfall nicht dargetan sind, kann die Frage, welches Recht Anwendung findet, im gegenwärtigen Zeitpunkt auf sich beruhen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die sieben Kinder, die nicht gegen die Pflichtteilsstrafklausel des Testaments verstoßen haben, nach beiden Rechtsordnungen als Schlusserben das von ihrer Mutter hinterlassene Vermögen zu gleichen Anteilen erwarben (§ 1922 BGB; § 363 Abs. 1 ZGB).

bb) Der Kläger ist nach seinem Vorbringen durch die behaupteten Beurkundungsfehler des Beklagten geschädigt worden. Die Grundstücke, die dem Kläger schenkweise übereignet werden sollten, hatten nach seiner Behauptung einen Wert von insgesamt 111.475 DM. Demgegenüber hat der Kläger nach seinem Vortrag bei der Auseinandersetzung des Nachlasses nur einen Anteil von 1/5 an diesen Grundstücken, der bei dem behaupteten Grundstückswert 22.295 DM entspricht, sowie 41.670 DM erhalten. Danach ergibt sich aus einem Beurkundungsfehler des Beklagten ein Vermögensverlust des Klägers in Höhe von 47.510 DM.

Daran ändert nichts, dass die Vereinbarung der Witwe und ihrer Kinder vom 1.3.1992 über eine Vorwegnahme der Erbfolge (vgl. dazu BGHZ 113, 310; BGH, Urt. v. 1.2.1995 - IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350; Palandt/Edenhofer, a.a.O., Einl. 7 zu § 1922) **bei ihrer Wirksamkeit möglicher-**

weise eine Ausgleichspflicht unter den Miterben zur Folge gehabt hätte (vgl. §§ 2050 Abs. 3, 2052 BGB; BGHZ 82, 274, 278). Denn die Vereinbarung war unwirksam; sie hätte der notariellen Beurkundung bedurft, weil sie eine Verpflichtung zur Übertragung und zum Erwerb von Grundstücken enthielt (§§ 125, 313 BGB).

Der dargelegte Schaden kann entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung des Beklagten nicht behoben werden, indem der Kläger die Miterben, die die Genehmigung des Schenkungsvertrages verweigert haben, auf Zustimmung verklagt. Die Revisionserwiderung meint, dieser Vertrag sei wirksam gewesen, weil die Erblasserin entgegen der Vollmachtsurkunde den Vertreter der Vertragspartner zur schenkweisen Übertragung des Ackerlandes an den Kläger im Rahmen der Vereinbarung vom 1.3.1992 bevollmächtigt habe und diese Vollmacht nach § 167 Abs. 2 BGB formfrei wirksam gewesen sei.

Aus der Absicht der Erblasserin, die Erbfolge vorwegzunehmen und dabei dem Kläger nach dessen Behauptung das Ackerland zu schenken, kann nicht zwingend auf eine solche Vollmacht geschlossen werden, weil die Erblasserin am 15.4.1992 eine Vollmacht beurkunden ließ, die nicht zu einer schenkweisen Übertragung berechtigte. Dementsprechend hat der Beklagte vorgetragen, die Erblasserin habe keine Vollmacht zur Schenkung von Grundstücken erteilen wollen.

Der Schaden des Klägers entfällt nach seinem Vorbringen auch nicht wegen eines Ausgleichsanspruchs gegen Miterben aus §§ 2050 Abs. 3, 2052 BGB. Der Kläger hat nicht behauptet, die Erblasserin habe bei der Zuwendung der Hausgrundstücke an zwei Kinder eine rechtswirksame Ausgleichung angeordnet, die den Vermögensverlust wettmache (vgl. Dütz, in: MünchKomm-BGB, a.a.O., § 2050 Rdnr. 31).

c) Die Zustimmung des Klägers zu der Auseinandersetzung des Nachlasses hat nach dem Klagevortrag den Ursachenzusammenhang zwischen den behaupteten Amtspflichtverletzungen des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden des Klägers entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht unterbrochen.

Der Kläger hat behauptet, die Miterben hätten im Januar 1995 einen Vertrag zur Auseinandersetzung des Nachlasses geschlossen, um allen Miterben möglichst gleiche Anteile zu verschaffen. Danach sei der Nachlass auf die Miterben

mit Ausnahme der beiden Geschwister, die bebaute Grundstücke von der Erblasserin erworben haben, so verteilt worden, dass die bedachten fünf Miterben jeweils 1/5 der im Vertrag vom 13.8.1992 bezeichneten Grundstücke sowie bestimmte Geldbeträge erhalten hätten.

Da ein solcher **Vertrag nichtig** ist, weil er nicht gemäß § 313 Satz 1 BGB beurkundet worden ist (§ 125 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1965 - V ZR 116/64, MDR 1966, 227), hat der Kläger bei der Auseinandersetzung der Miterben kein Recht aus seiner Erbenstellung aufgegeben, so dass schon aus diesem Grunde der haftungsrechtliche Ursachenzusammenhang zwischen den behaupteten Amtspflichtverletzungen und dem geltend gemachten Schaden erhalten geblieben ist.

Das ist jedoch auch dann der Fall, wenn der Vertrag nach § 313 Satz 2 BGB geheilt oder auf sonstige Weise unumkehrbar vollzogen worden ist. Der Kläger hat der einvernehmlichen Auseinandersetzung des Nachlasses zugestimmt, weil sie nach seiner Behauptung gemäß dem Testament der Eltern eine gleiche Beteiligung der Miterben an dem dargelegten Gesamtwert des Nachlasses angestrebt hat. Nach dem Vorbringen des Klägers gehörten zum Nachlass seiner Mutter der Wert des Ackerlandes in Höhe von 111.475 DM sowie „Barvermögen“ von insgesamt 195.000 DM einschließlich der Ausgleichszahlungen derjenigen Geschwister, die durch Verträge mit der Erblasserin Grundstücke erworben hatten.

Das einer Schwester des Klägers zu Lebzeiten der Mutter übereignete Grundstück, das nach der Behauptung des Klägers einen Wert zwischen 350.000 bis 500.000 DM haben soll, gehörte nicht zum Nachlass. Das Grundstück, das die Erblasserin an einen Bruder des Klägers übertragen hat und das ebenfalls einen solchen Wert haben soll, fiel wirtschaftlich ebenfalls nicht mehr in den Nachlass, weil die vertragliche Verpflichtung der Erblasserin durch die Miterben zu erfüllen war (§§ 1967, 2058 BGB).

Der Kläger durfte sich herausgefordert fühlen, zur Klärung einer verworrenen, nach seinem Vorbringen durch Amtspflichtverletzungen des Beklagten hervorgerufenen Rechtslage einer Auseinandersetzung des Nachlasses, die eine gleiche Beteiligung der Miterben am Nachlass anstrebte, zuzustimmen. Außerdem bestand dafür ein rechtfertigender Anlass, weil eine einvernehmliche Auseinandersetzung einem Erbteilungsrechtsstreit vorbeugte, so dass das Vorgehen des

Klägers keine ungewöhnliche Reaktion auf die behaupteten Amtspflichtverletzungen des Beklagten war (vgl. BGH, Urt. v. 10.5.1990 - IX ZR 113/89, NJW 1990, 2882, 2883).

d) Der geltend gemachte Schaden ist - ausgehend vom Vorbringen des Klägers - dem Beklagten haftungsrechtlich zuzurechnen. **Es liegt nicht außerhalb aller Lebenserfahrung, dass eine Schenkung von Grundstücken, die infolge eines Beurkundungsfehlers des Notars unwirksam ist, nach dem Tode des Schenkers von dessen Erben nicht genehmigt wird und deswegen dem Beschenkten die Zuwendung entgeht.** Eine solche adäquate Schadenfolge fällt bei wertender Betrachtung in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht, weil diese auch auf die Durchführung des Schenkungsvertrages abzielte (vgl. BGH, Urt. v. 8.7.1993 - IX ZR 222/92, WM 1993, 1992, 1996, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 123, 178; v. 11.7.1996 - IX ZR 116/95, WM 1996, 2074, 2077).

II.

Das angefochtene Urteil ist nicht aus einem anderen Grund richtig (§ 563 ZPO). Vielmehr sind tatrichterliche Feststellungen erforderlich.

1. Der Kläger hat die bisher geltend gemachten - fahrlässigen - Amtspflichtverletzungen des Beklagten im Zusammenhang mit der Beurkundung der Vollmacht vom 15.4.1992 und des Schenkungsvertrages vom 13.8.1992 unter Beweisantritt schlüssig dargelegt, wie bereits ausgeführt worden ist.

Dem entsprechenden Klagevortrag ist der Beklagte in rechtserheblicher Weise entgegengetreten. Eine schadenursächliche Amtspflichtverletzung des Beklagten entfällt, wenn - gemäß seinem Vorbringen - die Erblasserin keine Vollmacht zur Schenkung von Grundstücken erteilen wollte und den Vertrag vom 13.8.1992 wegen inzwischen eingetretener Geschäftsunfähigkeit nicht mehr genehmigen konnte (vgl. § 104 Nr. 2, §§ 105, 177 Abs. 1 BGB).

Der Kläger hat die Amtspflichtverletzung gemäß § 286 ZPO zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 11.3.1999 - IX ZR 260/97, WM 1999, 1324, 1326).

b) Sollte sich insoweit ein Schadenersatzanspruch des Klägers ergeben, so hat der Kläger **keine anderweitige Ersatzmöglichkeit**, die demselben Tatsachenkreis entsprungen ist, aus dem sich die Schadenhaftung des Notars ergibt,

und begründete Aussicht auf Erfolg bietet (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO; vgl. BGH, Urt. v. 22.6.1995 - IX ZR 122/94, WM 1995, 1883, 1885; v. 19.10.1995 - IX ZR 104/94, WM 1996, 30, 32).

Selbst wenn dem Kläger gegen seinen Bruder, der die Vertragspartner beim Abschluss des Schenkungsvertrages vertreten hat, ein Anspruch aus § 179 BGB zustehen sollte, so wäre dieser keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im vorstehenden Sinne, weil der Vertreter in den Schutzbereich des § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO einbezogen war und bei einer Inanspruchnahme durch den Kläger seinerseits einen Rückgriffsanspruch gegen den Beklagten hätte (vgl. BGHZ 56, 26, 31 ff; Senatsbeschl. v. 10.12.1998 - IX ZR 244/97, BGHR-BNotO, § 19 Abs. 1 Satz 2 - Subsidiarität 4).

Auch die Miterben haften dem Kläger nicht. Da die Vereinbarung vom 1.3.1992 unwirksam ist, waren die Miterben nicht verpflichtet, den Schenkungsvertrag zu genehmigen.

c) Ein solcher Amtshaftungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten wäre auch **nicht verjährt** (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 852 BGB).

Die dreijährige Verjährungsfrist für einen solchen Anspruch **beginnt erst dann, wenn der Geschädigte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt** (vgl. dazu BGHZ 102, 246, 248 f; BGH, Urt. v. 24.6.1993 - IX ZR 84/92, NJW 1993, 2741, 2743 f; v. 2.7.1996 - IX ZR 299/95, WM 1996, 2071, 2074).

aa) Der Kläger hat durch die geltend gemachten Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Schenkungsvertrag einen Schaden erlitten, als seine Mutter am 23.1.1993 verstarb, so dass sie den vom Beklagten beurkundeten Schenkungsvertrag nicht mehr genehmigen konnte.

Ein früherer Schadeneintritt ist insoweit nicht anzunehmen wegen der - vom Kläger bestrittenen - Behauptung des Beklagten, die Erblasserin sei nach dem 13.8.1992 geschäftsunfähig gewesen; der Beklagte, der die Voraussetzungen der Verjährung darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1980 - VIII ZR 237/78, WM 1980, 532, 534), hat keinen Beweis für dieses Vorbringen angetreten.

An der Verschlechterung des Vermögens des Klägers infolge des Todes der Erblasserin ändert nichts die rechtliche Möglichkeit, dass die Miterben den Schenkungsvertrag hätten genehmi-

gen können (§§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1, 1922, 2032, 2040 Abs. 1 BGB). Bis zur Verweigerung der Genehmigung durch zwei Miterben war nur unsicher, ob der bei wertender Betrachtung bereits eingetretene Schaden bestehen blieb und damit endgültig wurde (vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1992 - IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 650 f; v. 17.6.1999 - IX ZR 100/98, WM 1999, 1642, 1643).

bb) Der Kläger hat unter Beweisantritt behauptet, er habe von den Beurkundungsfehlern erst durch seinen Bruder erfahren, nachdem dieser das Schreiben des Beklagten vom 2.9.1994 erhalten habe. Davon ist auszugehen, da der Beklagte nicht schlüssig dargelegt hat, dass der Kläger zu einem früheren Zeitpunkt von dem Schaden und dessen Urheber erfahren hat. Selbst wenn sich der Kläger, wie der Beklagte geltend gemacht hat, den Kenntnisstand seines Bruders zurechnen lassen müsste, so hat auch dieser erst mit dem Schreiben des Beklagten vom 2.9.1994 eine entsprechende Kenntnis erlangt.

cc) Danach ist die Verjährung mit Zustellung der Amtshaftungsklage am 30.10.1996 rechtzeitig unterbrochen worden (§§ 209 Abs. 1, 211, 217 BGB, 253 Abs. 1 ZPO).

d) Sollte sich ein Schadenersatzanspruch des Klägers wegen eines Beurkundungsfehlers dem Grunde nach ergeben, so wird das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO festzustellen haben, ob der Kläger durch die geltend gemachten Amtspflichtverletzungen den dargelegten Schaden erlitten hat; auch insoweit ist der Beklagte dem Klagevortrag entgegengetreten.

2. In erster Linie wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob nach dem bisher unberücksichtigten Vortrag des Klägers dessen gesamter Schadenersatzanspruch gerechtfertigt ist.

a) Der Kläger hat unter Beweisantritt vorgebracht, der beklagte Notar habe es übernommen, die von der Erblasserin und ihren Kindern am 1.3.1992 vereinbarte Vorwegnahme der Erbfolge in eine geeignete rechtliche Form zu bringen sowie entsprechende Verträge vorzubereiten und für deren Vollzug zu sorgen. Bei Richtigkeit dieses Vorbringens, dem der Beklagte bisher nicht widersprochen hat, hat dieser eine umfassende Rechtsbetreuung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO übernommen. Seine Aufgabe hat dann darin bestanden, für eine auftragsgerechte und zuverlässige Rechtsgestaltung zu sorgen;

§ 17 BeurkG gilt sinngemäß (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1992 - IX ZR 260/91, WM 1993, 260, 261 f.).

Die aus einer Betreuungstätigkeit folgenden Amtspflichten hat der Beklagte nach dem vorliegenden Sach- und Streitstand fahrlässig verletzt. **Er hat die Beteiligten nicht darauf hingewiesen, dass ihre Vereinbarung vom 1.3.1992 der notariellen Beurkundung gemäß § 313 BGB bedurfte. Außerdem hat er die Beteiligten nicht über die erbrechtliche Tragweite ihres Vorhabens, insbesondere über Art und Umfang einer Ausgleichspflicht unter den Miterben, belehrt (§§ 2050 Abs. 3, 2052, 2056 BGB; vgl. BGHZ 82, 274, 278).**

Da in den Vorinstanzen das Vorbringen des Klägers bisher nicht unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt erörtert worden ist, ist den Parteien Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern.

b) Sollte danach der Klagevortrag in diesem Sinne zu verstehen sein und sich als richtig herausstellen, so ist nach den Regeln des Anscheinsbeweises davon auszugehen, dass die Beteiligten nach pflichtgemäßer Belehrung durch den Beklagten ihre Vereinbarung vom 1.3.1992 hätten beurkunden lassen sowie Art und Höhe der Ausgleichsleistungen unter den Miterben sachgerecht festgelegt hätten. Allein ein solches Verhalten wäre dem Zweck und Inhalt ihrer Vereinbarung dienlich gewesen.

c) Der Kläger hat schlüssig dargelegt, dass ihm aus der Verletzung einer Betreuungspflicht des Beklagten ein Schaden in Höhe seines Klageanspruchs entstanden ist. Danach sollte er aufgrund der Vereinbarung vom 1.3.1992 das Ackerland im Wert von 111.475 DM und eine Zuzahlung von 20.000 DM erhalten. Tatsächlich sind ihm nach seiner Behauptung ein anteiliger Grundstückswert von 22.295 DM sowie Bargeld von 41.670 DM – einschließlich der zugesagten Zahlung von 20.000 DM – zugeflossen. Der Unterschiedsbetrag entspricht der hauptsächlichen Klagesumme.

Der haftungsrechtliche Ursachenzusammenhang ist nicht durch die Zustimmung des Klägers zu der Auseinandersetzung des Nachlasses im Januar 1995 unterbrochen worden; insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

d) Bei Verletzung einer Betreuungspflicht gemäß § 24 Abs. 1 BNotO haftet der Beklagte dem Kläger, der einer der Auftraggeber war, primär (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO).

e) Auch ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung einer Betreuungspflicht ist nicht verjährt (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 852 BGB). Selbst wenn der daraus folgende Schaden schon mit der Nichtbeurkundung der Vereinbarung vom 1.3.1992 eingetreten sein sollte, so hat der Kläger Kenntnis von dem Schaden und dessen Urheber frühestens im September 1994 erlangt, so dass die Verjährung durch die Klageerhebung im Oktober 1996 unterbrochen wurde.

Vertretung widerstreitender Interessen, § 43a BRAO

– Unterlassungsanspruch
– Identität der Sachverhalte
(OLG Hamburg, Urt. v. 19.10.2000 - 3 U 252/00)

Leitsatz:

Der gegen einen Rechtsanwalt gerichtete Unterlassungsanspruch, eine Mandantin (hier: Musikproduzentin) in einem Prozess zu vertreten, ist aus § 43a Abs. 4 BRAO mangels Vorliegens „widerstreitender Interessen“ im Sinne dieser Vorschrift nicht begründet. Eine (auch nur teilweise) Identität der Lebenssachverhalte ist nicht gegeben, wenn der Rechtsanwalt, der die Musikproduzentin ständig vertritt, einerseits für diese und einen Künstler gemeinsam gegen den Angriff eines Dritten (hier: betreffend die Tonträgerproduktion unter Mitwirkung der Musikproduzentin und des Künstlers) verteidigt und andererseits wegen eines anderen Projekts des Künstlers gegen diesen wiederum als Anwalt der Musikproduzentin vorgeht.

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller ist Komponist, Texter, Musiker und Sänger. Der Antragsgegner ist Rechtsanwalt. Der Antragsgegner ist als Rechtsanwalt ständiger Berater und Vertreter der u.a. als Musikproduzentin tätigen P.-GmbH. Er vertrat neben der P.-GmbH auch den Antragsteller von Februar 1999 bis August 2000 als Rechtsanwalt in einer Rechtssache gegen die D.-GmbH.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass der Antragsgegner die P.-GmbH seit Juli 2000 in derselben Rechtssache gegen seine – des Antragstellers – Interessen vertritt.

Er nimmt deswegen den Antragsgegner im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Unterlassung in Anspruch.

Die zulässige Berufung des Antragsgegners hat in der Sache Erfolg. Demgemäß ist das angefochtene Urteil abzuändern und die einstweilige Verfügung unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags aufzuheben. (...)

Aus den Gründen:

I.

Der Unterlassungsantrag zu 1) ist nach Auffassung des Senats teilweise unzulässig und im Übrigen nicht begründet.

1. Der verallgemeinerte Unterlassungsantrag (gesamter erster Absatz, der mit den Worten „im Rahmen seiner Tätigkeit ...“ beginnt) ist zu unbestimmt und demgemäß unzulässig.

a) Der den Streitgegenstand festlegende Unterlassungsantrag muss – wie jeder Verfügungs- bzw. Klageantrag – hinreichend bestimmt sein (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), andernfalls kann sich die beklagte Partei nicht erschöpfend verteidigen (BGH v. 28.11.1996 – I ZR 197/94, MDR 1997, 964 = GRUR 1997, 767 – Brillenpreise II; WRP 1998, 169 – Auto '94, jeweils m.w.N.).

Das betreffende Urteil muss den Umfang der Rechtskraft eindeutig kennzeichnen und für das Vollstreckungsverfahren eine zweifelsfreie Grundlage bilden. Wendungen, die den Verbotsumfang unscharf beschreiben oder nicht eindeutig bezeichnete ähnliche Verletzungsformen mit einbeziehen oder letztlich dem Zwangsvollstreckungsverfahren die Prüfung überlassen, was der beklagten Partei nach dem Titel verboten ist, sind unzulässig (BGH v. 29.2.1996 – I ZR 6/94, MDR 1996, 929 = GRUR 1996, 796 – Setpreis; GRUR 1998, 471 – Modenschau im Salvatorkeller; WRP 1998, 42 – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; WRP 1998, 169 – Auto '94, jeweils m.w.N.).

b) Entsprechend diesen Grundsätzen ist der verallgemeinerte Unterlassungsantrag wegen Unbestimmtheit unzulässig.

2. Der verbleibende „insbesondere“-Teil des Unterlassungsantrages (ab dem zweiten Absatz beginnend mit den Worten: „Das betrifft insbesondere ...“) ist entsprechend den unter 1.

dargestellten Grundsätzen zu unbestimmt und demgemäß unzulässig, soweit er auf den verallgemeinerten Obersatz des ersten Absatzes im Verbotsausspruch Bezug nimmt und damit dem Antragsgegner als Rechtsanwalt untersagt werden soll, Interessen „sonstiger Dritter“ – ausgenommen die Interessen der P.-GmbH, vgl. dazu unter I. 3. – zu vertreten.

Mangels näherer Bestimmung der „sonstigen Dritten“ wird – zumindest indirekt – wiederum an die Identität bzw. Teilidentität der Lebenssachverhalte angeknüpft, die sich abstrakt nicht definieren lässt. Daran ändert der Umstand, dass im „insbesondere“-Teil des Antrages einzelne Lebenssachverhalte aufgeführt sind, nichts. Denn zu unbestimmt bleibt die Frage, welche damit (teilweise) identischen Lebenssachverhalte betreffend „sonstige Dritte“ gemeint sein sollen. Auf die vorstehenden Ausführungen wird im Übrigen Bezug genommen.

3. Der „insbesondere“-Teil des Unterlassungsantrages ist, soweit er in Anknüpfung an den Obersatz die Vertretung der Interessen der P.-GmbH durch den Antragsgegner als Rechtsanwalt betrifft, nach Auffassung des Senats jedenfalls nicht begründet. (...)

Der Unterlassungsantrag ist jedenfalls unbegründet, weil der Antragsgegner als Rechtsanwalt keine „widerstreitenden Interessen“ i.S.d. § 43a Abs. 4 BRAO vertreten hat und vertritt, soweit er nunmehr die Prozessvertretung der P.-GmbH wahrnimmt, die ihrerseits im einstweiligen Verfügungsverfahren zunächst vor dem LG F. und inzwischen vor dem LG M. gegen den hiesigen Antragsteller vorgeht, dessen Interessen der Antragsgegner zuvor in der gemeinsamen „Verteidigung“ des Antragstellers und der P.-GmbH gegenüber dem noch zu erörternden Angriff der D.-GmbH vertreten hat.

a) Gemäß § 43a Abs. 4 BRAO darf der Anwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten. „Widerstreitende Interessen“ im Sinne dieser Vorschrift sind gegeben, wenn sie aus demselben Sachverhalt gegenläufig abzuleiten sind. Das ergibt sich aus der Zusammenschau der Norm mit den entsprechenden straf- und berufsrechtlichen Bestimmungen.

Wegen Parteiverrats gemäß § 356 StGB ist ein Anwalt zu bestrafen, welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten „in derselben Rechtssache“ beiden Parteien durch Rat und Beistand pflichtwidrig dient.

Nach § 3 Abs. 1 der anwaltlichen Berufsordnung (BO) darf der Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise i.S.d. §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war. Mehrere Regelungen in §§ 45, 46 BRAO knüpfen für die Versagung der anwaltlichen Berufstätigkeit ebenfalls an andere Tätigkeiten in derselben Rechtssache bzw. in derselben Angelegenheit an.

Aus dem Umstand, dass sich das Merkmal „in derselben Rechtssache“ in § 43a Abs. 4 BRAO nicht befindet, ist nicht etwa abzuleiten, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift das Vertretungsverbot über die bisherige Regelung ausweiten wollte. Dem berufsrechtlichen Begriff der „widerstreitenden Interessen“ ist somit ihre Ableitung aus einem zumindest teilweise identischen Lebenssachverhalt immanent.

Überschneidet sich der von dem einen Mandanten dem Anwalt unterbreitete Sachverhalt mit den daraus resultierenden materiellen Rechtsverhältnissen auch nur teilweise mit dem Tatsachenkomplex, der dem Anwalt von einem anderen Klienten anvertraut worden ist, darf er die sich daraus ergebenden rechtlichen Interessen nicht gegenläufig wahrnehmen (Henssler/Prütting/Eylmann, Bundesrechtsanwaltsordnung 1997, § 43a BRAO Rz. 126 m.w.N.).

Wenn der zugrunde liegende historische Vorgang, der in den Verfahren eine Rolle spielt, zumindest teilweise identisch ist, liegt „dieselbe Rechtssache“ auch dann vor, wenn der Streitstoff in verschiedenen Verfahren verhandelt wird. Es muss sich nicht um denselben Anspruch handeln, Änderungen des rechtlichen Blickwinkels oder Wandlungen des Rechtsverhältnisses sind nicht entscheidend, solange nur eine Teilidentität des historischen Vorgangs erhalten bleibt.

So ist z.B. „dieselbe Rechtssache“ angenommen worden, wenn der Anwalt den Drittschuldner im Prozess gegen den Schuldner vertreten hat und nun ein Tätigwerden für den Pfändungsgläubiger gegen ihn in Rede steht (BayObLG, NJW 1959, 2224); Entsprechendes gilt, wenn der Anwalt einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erwirkt hat und nun den Drittschuldner gegen den Gläubiger vertritt (BGH, AnwBl 1966, 397).

Ein einheitlicher Lebenssachverhalt ist ferner die Erbengemeinschaft und ihre Auseinandersetzung, auch wenn sich daraus verschiedene Ansprüche ergeben können (BayObLG v. 26.7.1989 - RReg. 3 St 50/89, NJW 1989, 2903); hat der Anwalt nach einem Verkehrsunfall den Fahrer verteidigt, darf er Geschädigte gegen den Haftpflichtversicherer des Fahrers nicht vertreten (BayObLG v. 29.9.1994 - 5 St RR 60/94, BRAK 1995, 129 = NJW 1995, 606; vgl. noch Henssler/Prütting/Eylmann, Bundesrechtsanwaltsordnung 1997, § 43a BRAO Rz. 127; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch 22. Aufl., § 356 StGB Rz. 5 m.w.N.).

Fehlt es aber an einer Identität der Lebenssachverhalte, so darf der Anwalt zeitlich nacheinander oder auch gleichzeitig für und gegen dieselbe Partei tätig werden, auch wenn es sich um einen gleichartigen Sachverhalt handelt, so darf er z.B. den Hauseigentümer gegen den einen Mieter und einen anderen Mieter gegen denselben Hauseigentümer vertreten (Henssler/Prütting/Eylmann, Bundesrechtsanwaltsordnung 1997, § 43a BRAO Rz. 128 m.w.N.).

b) Vorliegend ist gemäß diesen Grundsätzen von einer (auch nur teilweisen) Identität der Lebenssachverhalte nach Auffassung des Senats nicht auszugehen. (...)

Entgegen dem LG reicht es für die Anwendung von § 43a BRAO nicht aus, dass der Künstlervertrag P. die rechtliche Grundlage dafür gewesen ist, dass der Tonträger „N.“ unter Mitwirkung u.a. des Antragstellers und der P-GmbH veröffentlicht wurde und dass die Produktion dieses Tonträgers zum einen die Inanspruchnahme des Antragstellers durch die D-GmbH aus dem Künstlervertrag D. zur Folge hatte und zum anderen wegen der insoweit gleichgerichteten Interessen die Motivation dafür begründete, dass der Antragsgegner für den Antragsteller und für die P-GmbH gemeinsam gegenüber der D-GmbH anwaltlich tätig wurde.

Der maßgebliche, rechtlich relevante Lebenssachverhalt betraf – soweit es für das Verhältnis zwischen dem Antragsgegner und dem Antragsteller bedeutsam ist – ausschließlich jene Inanspruchnahme des Antragstellers durch die D-GmbH (Ansprüche aus Gesetz und aus dem Künstlervertrag D.).

Von jenem Lebenssachverhalt ist der andere zu trennen, der den Künstlervertrag P. betrifft, bei dem der Antragsgegner unwiderlegt stets nur auf Seiten der P-GmbH und nicht etwa auch für

den Antragsteller anwaltlich tätig geworden ist. Zu dem Lebenssachverhalt aus dem Künstlervertrag P. wiederum gehört die vorliegend beanstandete Prozessvertretung und/oder rechtliche Argumentation des Antragsgegners zugunsten der P.-GmbH; insoweit wird der Antragsteller aus dem Künstlervertrag P. wegen des Projekts „S.M.“ gerichtlich in Anspruch genommen.

Selbstverständlich handelt es sich insoweit um unterschiedliche Interessenlagen, weil die P.-GmbH (und damit auch der Antragsgegner mit seiner anwaltlichen Tätigkeit) in einem Fall mit dem Antragsteller gegen die D.-GmbH zusammensteht und in dem anderen Fall gegen den Antragsteller vorgeht. Das reicht aber nicht dazu aus, um die beiden Lebenssachverhalte auch nur als teildidentisch i.S.d. § 43a BRAO anzusehen.

II. (...)

Steuerberaterhaftung

- Vorteilsausgleich
- Steuerersparnis
- Zeichnung einer Schiffsbeteiligung
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.2000 – 13 U 214/99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die durch die Zeichnung einer Schiffsbeteiligung erlangten Steuervorteile muss sich der Mandant als Vorteil bei der Schadenberechnung anrechnen lassen.
2. Schadenersatz wegen überhöhter Einkommensteuer betrifft nicht die Erwerbs-, sondern die Privatsphäre und ist nicht zu versteuern.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Dem Kläger ist durch die fehlerhafte Beratung des Beklagten im Ergebnis kein Schaden entstanden.

1. Unstreitig haftet der Beklagte dem Kläger aus positiver Vertragsverletzung des zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatungsvertrages auf Schadenersatz, weil er die von ihm übernommene Buchführung von 1992 bis 1996 stets nach bilanzrechtlichen Gesichtspunkten erstellt hat,

statt eine Einnahme-/Überschussrechnung vorzunehmen, und deshalb die Steuerbescheide für 1992 bis 1995 eine falsche Grundlage erhielten.

2. Hierdurch ist dem Kläger infolge Steuernachforderungen unstreitig ein Zinsschaden von 7.951 DM (9.134 DM abzüglich ohnehin geschuldeter und im zweiten Rechtszug nicht angegriffener 1.183 DM) entstanden. Ferner hat er aufgrund der fehlerhaften Beratung unstreitig zusätzliche Steuerberatungskosten in Höhe von 850,77 DM und 8.627,76 DM zu tragen.

3. Im zweiten Rechtszug unstreitig und nicht mehr angegriffen ist ein Abzug wegen Vorteilsausgleichung in Höhe von 5.715,49 DM. In dieser Höhe hat der Kläger durch die Berücksichtigung der als Schaden anzusetzenden Zinsen und des gezahlten Nachberaterhonorars Steuern für 1997 erspart.

4. Auch in Höhe des danach verbleibenden Schadens von 11.714,04 DM, welcher allein Gegenstand der Berufung ist, **muss sich der Kläger im Wege der Vorteilsausgleichung die Steuerersparnis anrechnen lassen, die er in Höhe von 17.782,26 DM durch die Zeichnung der Schiffsbeteiligung erlangt hat.**

Voraussetzung für die Anrechnung eines Vorteils ist, dass zwischen ihm und dem schädigenden Ereignis ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht und dass die Anrechnung dem Zweck des Schadenersatzes entspricht (*ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, u.a. BGHZ 91, 206, 209 f; 74, 103, 113 f*). **Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein** (BGHZ 91, 206, 210 m.w.N.; BGH, NJW 1997, 2378). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

a) Das den Schaden verursachende Ereignis hat nach dem regelmäßigen Verlauf zu dem Vorteil des Klägers geführt. Hätte der Beklagte eine einfache Einnahme-/Überschussrechnung erstellt, **so hätte der Kläger die erst 1997 erfolgte Zahlung von Einkommen- und Kirchensteuer sowie Solidaritätszuschlag und ohnehin geschuldeter Zinsen (21.654,07 DM) für 1992 aufgrund des Steuerbescheides vom 23.11.1994 bereits bis zum 27.12.1994 erbringen müssen.**

Dies hätte zur Folge gehabt, dass er die Schiffsbeteiligung in Höhe von 30.000 DM nicht gezeichnet hätte und ihm die entsprechenden steuerlichen Vorteile für 1994 nicht zugeflossen

wären. Der Betrag von 22.000 DM, den er nach seinem eigenen Vorbringen im Schriftsatz vom 28.6.2000 am 21.12.1994 auf die Schiffsanleihe gezahlt hat, hätte ihm nicht zur Verfügung gestanden, so dass ihm die erforderlichen Mittel gefehlt hätten. An der Ursächlichkeit des schadenstiftenden Ereignisses für den Vorteil des Klägers kann hiernach kein Zweifel bestehen.

Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe ebenso gut auf den Erwerb eines Pkw verzichten oder Fahrzeug und Schiffsbeteiligung mit Darlehen finanzieren können. Dies steht nicht in Übereinstimmung mit der Ursachenkette, die sich aus seinem eigenen Vorbringen ergibt.

Das Fahrzeug erwarb der Kläger – wie sich aus der von ihm selbst vorgelegten Rechnung vom 14.6.1994 ergibt – bereits etwa sechs Monate vor der Zeichnung der Schiffsanleihe. **Anhaltspunkte, die etwa auf die Absicht des Klägers hindeuten könnten, die Schiffsbeteiligung ohne Rücksicht auf vorhandene Liquidität einzugehen und hierdurch über den Kapitaleinsatz hinaus fortdauernde Zinsbelastungen auf sich zu nehmen, sind weder vorgetragen noch erkennbar.**

Der Entschluss des Klägers zur Zeichnung der Beteiligung war vorhersehbare Folge der fehlerhaften steuerlichen Beratung und unterbricht – entgegen seiner Ansicht – den adäquaten Ursachenzusammenhang zu dem steuerlichen Vorteil nicht.

b) Die Anrechnung der Steuervorteile entspricht auch dem Zweck des Schadenersatzes. Infolge der Schädigung ersparte Steuern muss sich der Geschädigte grundsätzlich auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen (BGHZ 79, 337, 347; 53, 132, 134; 74, 103, 114; BGH, NJW 1984, 2524). **Das gilt auch für die Nutzung der für die Steuerzahlung erforderlichen Geldsumme infolge fehlerhafter steuerlicher Beratung** (BGH, StB 1983, 143; AG Düsseldorf, StB 1986, 160; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 3. Aufl. 1998, Rdnr. 668).

Steuervorteile sind nur dann nicht anzurechnen, wenn der Geschädigte die Ersatzleistung wiederum versteuern muss und der darin liegende Nachteil den Vorteil in etwa ausgleicht (BGH, NJW 1990, 571; BGHZ 53, 132, 137; 74, 103, 113 ff, 116; 79, 337, 347; BGH, NJW 1984, 2524; NJW-RR 1988, 788, 789; 856, 857; NJW-RR 1989, 1102, 1103 f; vgl. NJW-RR 1986, 1102, 1103 f).

Den geltend gemachten Schaden muss der Kläger aber nicht versteuern. Gegenstand seiner Forderung im zweiten Rechtszug ist der ihm nach steuerlicher Berücksichtigung der Verspätungszinsen und des gezahlten Nachberaterhonorars im Jahre 1987 verbleibende Schaden, mithin der Nettoschaden. **Jeder Schadenersatz, der wegen überhöhter Einkommensteuerfestsetzung zu leisten ist, dient dem Ausgleich einer Vermögensseinbuße, die nicht in der Erwerbssphäre, sondern in der Privatsphäre eingetreten ist** (BFH, NJW 1998, 3735, 3736). Der streitgegenständliche Nettoschaden bewirkt zweifelsfrei eine Vermögensseinbuße in der Privatsphäre, weil dem Kläger dieser Betrag nicht mehr zur beliebigen Verwendung zur Verfügung steht. **Eine Betriebseinnahme stellt er nicht dar.**

c) **Durch den Zweck der Steuervergünstigung ist die Vorteilsausgleichung nicht ausgeschlossen.** Die Rechtsprechung hat dies in den Fällen angenommen, in denen allein der steuerpflichtige Geschädigte begünstigt werden sollte, etwa wenn Härten vermieden werden sollen, die in der Regel durch erhöhte Steuerbelastungen infolge einer Zusammenballung von außerordentlichen Einkünften geschehen (BGH, NJW 1993, 1643; vgl. NJW 1986, 245). Diese Erwägung trifft im Streitfall nicht zu.

Die vom Gesetzgeber vorrangig bezweckte Förderung des Schiffbaues lässt es nicht als unbillig erscheinen, dass hieraus erzielte steuerliche Vorteile einen Steuerberater entlasten, dessen fehlerhafte Beratung dem Steuerpflichtigen erst die Liquidität verschafft hat, die er zur Zeichnung des Kommanditanteils verwenden konnte.

d) Soweit sich der Kläger darauf beruft, der steuerliche Vorteil aus der Beteiligung werde durch die Reduzierung des Kapitalkontos mehr als aufgehoben, vermag dies die Vorteilsausgleichung nicht in Frage zu stellen. Die Steuerersparnis, die durch die Verlustzuweisung bewirkt worden ist, verbleibt in jedem Falle als anrechenbarer Vorteil (BGHZ 74, 103, 114).

Dass die Kommanditeinlage steuerrechtlich als verloren anzusehen sein mag, führt nur dazu, dass sich das Einkommen des Steuerpflichtigen – etwa durch Insolvenz des Unternehmens – nicht nochmals um diesen Betrag vermindern kann. Im Gegenteil kann eine auf diese Weise bewirkte Auflösung des negativen Kapitalkontos zu einer Gewinnerzielung führen, welche eine Steuerpflicht bewirkt (BGHZ 74, 103, 114).

Dass dies hier der Fall war und die steuerlichen Vorteile des Klägers zunichte gemacht hat, ist jedoch bisher weder behauptet noch ersichtlich. Vielmehr gibt der Kläger im Schriftsatz vom 28.6.2000 an, die Beteiligung werde nach wie vor gehalten; in den Jahren 1998 und 1999 sei es zu keiner Ausschüttung gekommen. Von einer Insolvenz kann hiernach nicht die Rede sein.

Steuerberaterhonorar

- Kapitalgesellschaft mit zwei Geschäftszweigen
 - Grundstückshandel und Gaststätte
 - Mehrere Bilanzen erforderlich?
 - Abschlussvorarbeiten
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.1999 - 13 U 228/98)

Leitsätze (d. Red.):

1. Betreibt eine Kapitalgesellschaft eine Gaststätte und einen Grundstückshandel, sind zwei Bilanzen mit Gewinn- und Verlustrechnung und eine konsolidierte Bilanz zwar sinnvoll, aber nicht erforderlich.

2. Abschlussvorarbeiten i.S.d. § 35 Abs. 3 Steuerberatergebührenverordnung kann nur der Steuerberater in Rechnung stellen, der die Buchführung nicht erstellt hat.

3. Soll der Steuerberater die Bilanz auf der Basis der vom Mandanten gefertigten Buchführung erstellen, können Abschlussvorarbeiten anfallen, wenn die Buchführung fehlerhaft und unvollständig ist. Der Steuerberater muss den Mandanten über die Mängel der Buchführung, seine notwendige Mehrarbeit und die dadurch verursachte Vergütung vor der Leistungserbringung belehren.

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin war steuerberatend für die Beklagte tätig, die einen Grundstückshandel betreibt und darüber hinaus für die Zeit vom 1.3.1990 bis zum 31.8.1991 den Betrieb einer Gaststätte übernommen hatte.

Die Klägerin hat erstinstanzlich von der Beklagten Zahlung von insgesamt 39.261,43 DM Steuerberaterhonorar zzgl. Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 29.9.1998 die Beklagte zur Zahlung von 23.381,69 DM verurteilt, die Klage aber in Höhe von 15.879,74 DM abgewiesen und in Bezug auf die Zinsforderung noch weitere Beweiserhebungen für angezeigt gehalten.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin den Klageanspruch nur noch in Höhe von 10.599,69 DM zzgl. 13 % Zinsen seit dem 18.2.1998 weiter. In diesem Betrag enthalten sind die Beträge von 2.122,93 DM und 2.312,76 DM, um die das Landgericht die Rechnungen betreffend die Abschlussarbeiten für die Jahre 1990 und 1991 gekürzt hat, sowie der Gesamtbetrag von 6.164 DM für die Abschlussvorarbeiten 1990 und 1991. Mit Schriftsatz vom 16.11.1999 macht die Klägerin hilfsweise den Differenzbetrag von 1.668,95 DM zwischen dem durch das Landgericht zuerkannten Betrag und der ihrer Meinung nach zutreffenden Rechnungssumme geltend.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Die Berufungserweiterung vom 16.11.1999 ist indes nicht zulässig, weil das Vorbringen verspätet ist (§ 519 ZPO).

Die Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen höheren als den durch das Landgericht zugesprochenen Honoraranspruch für die von ihr für die Beklagte durchgeführten Jahresabschlussarbeiten zum 31.12.1990 und zum 31.12.1991. Die Abschlussvorarbeiten für diese beiden Jahre kann die Klägerin ebenfalls nicht verlangen.

1. Jahresabschlussarbeiten

- a) für das Jahr 1990 über noch 2.121,93 DM
- b) für das Jahr 1991 über noch 2.312,76 DM

Die Klägerin hat sowohl für die Gaststätte als auch für den Grundstückshandel der Beklagten eine Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung und eine „konsolidierte Bilanz“ erstellt. Außerdem enthalten die Jahresabschlüsse jeweils einen Erläuterungsteil.

Das Landgericht hat zu Recht die Gesamtbeträge zu a) und zu b) von 8.183,12 DM auf 6.061,19 DM bzw. von 8.971,26 DM auf 6.658,50 DM gekürzt. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts. Entgegen der Auffassung der Klägerin war es nämlich **nicht erforderlich, aus Gründen der Bilanzklarheit unterschiedliche Bilanzen zu**

erstellen, wie die durch das Landgericht hinzugezogene Sachverständige in ihrem Gutachten vom 26.9.1995 überzeugend dargestellt hat und sich zudem aus dem Rechtsgedanken des § 265 HGB ergibt.

Wenn eine Kapitalgesellschaft bei Betätigung in mehreren Geschäftszweigen verschiedenen Gliederungsvorschriften (z.B. KWG oder VAG) unterfällt, und dann nur eine, nämlich die den tatsächlichen Verhältnissen am ehesten entsprechende Gliederung zugrunde zu legen und gegebenenfalls nach der anderen zu ergänzen hat (vgl. Baumbach/Duden, HGB 28. Aufl., Anm. 4 zu § 265 HGB), hätte es vorliegend ausgereicht – wie die Sachverständige überzeugend ausgeführt hat –, dass zum Jahresabschluss der GmbH der Kontennachweis, ein Anlageverzeichnis und die Aufschlüsselung des Kontokorrents hinzugefügt worden wären.

Wenn die Erstellung der unterschiedlichen Bilanzen auch nach den Ausführungen der Sachverständigen sinnvoll ist, bedeutet dies jedoch nicht zwangsläufig, dass unterschiedliche Bilanzen bei mehreren Geschäftszweigen derselben GmbH erforderlich sind.

2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Zahlung des Betrages von insgesamt 6.164 DM für **Abschlussvorarbeiten** 1990 und 1991, die sie durch die Anlage der entsprechenden Rechnungen zum Schriftsatz vom 21.1.1999 dokumentieren will. **Denn ein Honorar für Abschlussvorarbeiten (§ 35 Abs. 3 StBGebV) kann nur verlangt werden, wenn die Buchführung nicht von dem mit den Abschlussarbeiten beauftragten Steuerberater erstellt wurde. Ansonsten zählen diese Leistungen zur ordnungsgemäßen Erledigung des Buchführungsauftrages** (vgl. *Senatsurt. v. 25.3.1993 – 13 U 134/92, GI 1993, 419, 420*).

Dem Vortrag der Parteien kann nicht eindeutig entnommen werden, dass die Klägerin nicht auch mit den Buchführungsarbeiten für den Grundstückshandel beauftragt war. Zunächst ergibt sich aus den – zulässigerweise im Prozess hinsichtlich der Anforderungen des § 9 StBGebV (Einzelangaben) nachgebesserten (vgl. *Senatsurt. v. 10.12.1998 – 13 U 231/97, GI 1999, 71*) – Rechnungen über insgesamt 6.164 DM nicht, dass die Abschlussvorarbeiten nur den Grundstückshandel betreffen. Dass die Klägerin indes auch Buchführungsarbeiten ausgeführt hat, folgt aus den Rechnungen betreffend die Finanz- und Lohnbuchführung für die Gaststätte.

Wenn diese Rechnungen auch die Gaststätte betreffen, ist doch von Bedeutung, dass der Aussage der vom Landgericht vernommenen Zeugin, Mitarbeiterin der Beklagten, eine Differenzierung zwischen den Buchführungsarbeiten für die Gaststätte und den Grundstückshandel nicht zu entnehmen ist. Die Zeugin hat in ihrer Aussage bezüglich ihrer Arbeit, die in der Vorbereitung und Weiterleitung der Buchführungsunterlagen an die Steuerberaterin bestand, keinen Unterschied zwischen der Buchführung für den Grundstückshandel und die Gaststätte gemacht.

Aber selbst wenn die Buchführungsarbeiten betreffend den Grundstückshandel nicht zum Auftrag der Klägerin gehört haben sollten, war diese nicht berechtigt, ohne vorherige Absprache mit der Beklagten den vereinbarten Inhalt und Umfang des Mandats auszudehnen und Buchführungsarbeiten für den Grundstückshandel vorzunehmen, wie sie es ausweislich der Anlagen zum Schriftsatz vom 21.1.1999 wohl getan und als Abschlussvorarbeiten in Rechnung gestellt hat.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann ausnahmsweise für die Mehrarbeit des Beraters ein über den ursprünglichen Vertrag hinausgehendes Entgelt geschuldet werden, sofern die Buchführung des Auftraggebers fehlerhaft und unvollständig ist und der Steuerberater sie neu vornehmen muss, um seine eigene Auftragsarbeit – hier die Abschlussarbeiten – ordnungsgemäß erledigen zu können (vgl. *BGH, GI 1996, 6 = WM 1996, 73 ff*). In einem solchen Fall kann der Mehraufwand des Steuerberaters nicht mehr als unselbstständige Vorarbeit für die durch die entsprechende Gebühr abgegoltene Vertragsleistung angesehen werden, sondern ist als **eigenständige weitere Angelegenheit** zu bewerten, die eine gesonderte Gebühr auslösen kann.

Doch darf der Steuerberater nicht einseitig den Vertragsinhalt ändern, sondern muss den Mandanten informieren, bevor er nicht vereinbarte Leistungen erbringt und dafür eine Vergütung verlangt. Diese Hinweispflicht stellt eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgende **vertragliche Nebenpflicht** dar (vgl. *BGH, a.a.O., u. OLG Frankfurt, Stbg 1997, 513*).

Dass sie die Beklagte vor Ausführung der Vorbereitungsarbeiten für die Jahresabschlüsse auf die von ihr vorzunehmenden umfangreichen Arbeiten hingewiesen hat, hat die Klägerin nicht vorgetragen. (...)

Steuerberaterhaftung

- Schaden
- Schätzungen
- Einvernehmen in Betriebsprüfung
(LG Potsdam, Urt. v. 29.6.2000 - 3 O 417/99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Zuschätzungen durch die Betriebsprüfer begründen keinen Schaden des Mandanten.
2. Zur Darlegung eines Schadens durch Zuschätzungen muss eine ordnungsgemäße Gewinnermittlung vorgelegt werden.
3. Wird in der Schlussbesprechung Einvernehmen zwischen Betriebsprüfer und Mandant hergestellt, deutet dies auf die Richtigkeit der Zuschätzung.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger begehren Rückerstattung überhöht erhobener Steuerberatergebühren sowie Regress wegen Schlechterfüllung des Steuerberatervertrages.

Die Klägerin zu 1) war in den Jahren 1991 und 1992, der Kläger zu 2) im Anschluss hieran Inhaber eines Einzelhandels mit Leder- und Taschenerwaren in B. In den Jahren 1991 und 1992 betreute die Beklagte die Klägerin zu 1), von Januar 1993 bis April 1997 den Kläger zu 2) steuerlich. Der klägerische Betrieb bedurfte weder nach handelsrechtlichen Vorschriften noch nach § 141 AO der Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gemäß §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG.

Da der Betrieb zur Voranmeldung der Umsatzsteuer verpflichtet war, wurden auf Anraten der Beklagten im Hinblick auf die vorzunehmende Gewinnermittlung durch Einnahme-/Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG zum einen, die Aufzeichnungspflichten gemäß § 22 UStG und zum anderen eine vereinfachte Buchführung praktiziert. Die Kläger erstellten hierbei Kassenbücher und reichten die Belege bei der Beklagten monatlich ein, die diese prüfte und kontierte. Die Buchführung erfolgte per EDV, wobei Konten nicht ausgedruckt, wohl aber Journale erstellt wurden.

Die Beklagte nahm die vollständige Verbuchung der Kasse und auch der Bank vor und erstellte hieraus die Umsatzsteuervoranmeldungen. Zu-

gleich ermittelte sie daraus für die Einkommensteuererklärungen den Gewinn. Ihren monatlichen Gebührenrechnungen legte die Beklagte jeweils die Rahmengebühr des § 33 Abs. 1 StBGebV zugrunde und hierbei gemäß § 11 StBGebV als Satz den Mittelwert, 7/10. In den Jahren 1991 und 1992 beglich die Klägerin zu 1) die Gebührenrechnungen in Höhe von insgesamt 6.029,57 DM brutto in voller Höhe, in dem anschließenden Zeitraum bis April 1997 der Kläger zu 2) in voller Höhe von 15.789,73 DM brutto.

Beginnend mit dem 20.5.1997 führte das Finanzamt B. im klägerischen Betrieb eine Betriebsprüfung durch, die sich auf die Umsatz-, die Einkommen- und die Gewerbesteuer und hierbei jeweils auf die Jahre 1991 bis 1995 bezog. Die Beklagte betreute die Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht mehr.

In seinen Prüfungsberichten stellte das Finanzamt nicht aufgeklärte Kassenfehlbeträge fest und rügte aufgrund dieses Mangels die Buchführung als nicht ordnungsgemäß. Zum Teil resultierten die Kassenfehlbeträge daraus, dass die Kläger mit Scheck bezahlte Verkäufe nicht als Betriebseinnahmen erfassten, sie bei der Kassenbuchführung dennoch als Ausgang berücksichtigten, so dass sie dem Bankkonto gutgeschrieben wurden.

Trotz Rückrechnung dieser nicht erfassten Schecks blieben weitere Kassenfehlbeträge, die im Rahmen der Betriebsprüfung nicht aufgeklärt werden konnten. Diese Fehlbeträge traten als Kassendifferenz nur deshalb nicht auf, weil aufgrund zwischen den Parteien in Streit stehender Umstände in jeweiliger Höhe Privateinlagen in die Kassenberichte eingetragen wurden. Allein aufgrund von Zuschätzungen, die das Finanzamt wegen dieser nicht aufgeklärten Kassenfehlbeträge vornahm, machen die Kläger Regressansprüche geltend.

Für den Zeitraum 1991 und 1992, also bezogen auf die Klägerin zu 1), schätzte das Finanzamt Einnahmen von 28.000 DM hinzu, woraus für sie eine um 3.438,68 DM erhöhte Umsatzsteuer resultiert. Bezogen auf den Zeitraum 1993 bis 1995, also für den Kläger zu 2), erfolgten Zuschätzungen von Einnahmen in Höhe von 38.000 DM, was eine um 4.956,45 DM erhöhte Umsatzsteuer zur Folge hatte. Anlässlich einer am 30.7.1997 durchgeführten Schlussbesprechung, an der auch der neue Steuerberater der Kläger teilnahm, erzielten diese mit dem Finanzamt Einigung im Sinne des Prüfberichts.

Diese allein auf die Umsatzsteuer bezogenen Mehrsteuern fordern die Kläger in voller Höhe neben den gesamten in den Jahren 1991 bis 1997 entrichteten Steuerberaterhonoraren ein.

Zum reklamierten Regressanspruch machen sie geltend, die Beklagte habe gegen ihre Mängel-feststellungs- und Belehrungspflicht verstoßen. Erst im Dezember 1996 habe die Beklagte erstmals ordnungsgemäße Hinweise zu einer Kassensführung gegeben und zu diesem Zeitpunkt auf fehlerhafte Kasseneintragungen hingewiesen. Zuvor habe eine entsprechende Überwachung überhaupt nicht stattgefunden.

Insoweit behaupten die Kläger, dass sowohl die Kassenberichte als auch hierauf beruhend die Buchführung mangelhaft gewesen seien. Formell fehlerhaft sei gewesen, dass einzelne Eintragungen im Kassenbuch zunächst mit Bleistift vorgenommen und später überschrieben worden seien. Kasseneinnahmen und -ausgaben seien nicht täglich, sondern in größeren Zeitabschnitten festgehalten worden. Zudem seien Eintragungen teilweise ohne Datum vorgenommen worden und darüber hinaus zeitlich ungeordnet, nämlich unter Aufführung zuerst der Einnahmen, dann der Ausgaben.

Diese formellen Mängel hätten eine derart ungeordnete Buchführung zur Folge, dass es selbst einem sachverständigen Dritten in einer angemessenen Frist nicht möglich sei, sich einen Überblick über die Geschäftsvorfälle zu verschaffen. Da – was unstrittig ist – Kontenausdrucke, die die in die jeweiligen Konten eingegangenen Geschäftsvorfälle ausweisen, nicht angefertigt wurden, lasse sich ohne vollständige Neuherstellung einer Buchführung nicht nachvollziehen, welche Belege in die einzelnen Positionen der Einnahme-/Überschussrechnung eingeflossen seien.

Sachlich fehlerhaft sei neben der Nichterfassung mit Scheckzahlung getätigter Verkäufe als Einnahmen das Einbringen von Privateinlagen zur Vermeidung einer Kassendifferenz. Insoweit behaupten die Kläger, es sei die Beklagte gewesen, die durch das Einbringen fiktiver Privateinlagen den Kassensaldo stimmig gerechnet habe. Soweit die Eintragung solcher Privateinlagen die Unterschrift der Kläger tragen, sei dieses auf ausdrückliche Anweisung der Beklagten erfolgt.

All diese Mängel hätten es letztendlich unmöglich gemacht, Bareinnahmen und Barausgaben nachzuvollziehen, was Ursache für die vor-

genommenen Hinzuschätzungen gewesen sei. Tatsächlich hätten sie, die Kläger, die Tageseinnahmen vollständig aufgezeichnet, so dass die Zuschätzungen voll umfänglich die Steuerschuld zu Unrecht erhöhten.

Die von der Betriebsprüfung festgestellten Fehlerbeträge entbehrten jedoch nicht jeder Grundlage, hätten insbesondere auch den Feststellungen des neuen Steuerberaters entsprochen, weshalb man, auch steuerstrafrechtliche Konsequenzen fürchtend, dem Betriebsprüfungsbericht mit dem neuen Steuerberater zugestimmt habe. Bei ordnungsgemäßer Buchführung wäre es möglich gewesen, die verbliebenen Kassenfehlerbeträge vollständig zu erklären und insoweit den Gegenbeweis gegen die Hinzuschätzungen zu erbringen.

In der Höhe habe sich der Regressanspruch nicht auf nachzuentrichtende Umsatzsteuer zu beschränken. Vielmehr seien die Kläger aufgrund des um die Hinzuschätzung erhöhten Umsatzes zudem gesamtschuldnerisch zur Erbringung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von 15.647,22 DM, bezogen auf den Zeitraum 1991 bis 1995, veranlagt worden, für die die Beklagte aus den genannten Gründen ebenfalls in vollem Umfang einzustehen habe. (...)

Zum reklamierten Anspruch auf Erstattung geleisteten Steuerberaterhonorars machen die Kläger geltend, von der Beklagten nicht darauf hingewiesen worden zu sein, im Sinne der Gewinnermittlungsart der §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG nicht buchführungspflichtig zu sein. Zwar sei eine solche auch nicht vereinbart oder erstellt worden, sondern die unstrittig erfolgte Einnahme-/Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG.

Die Kläger meinen, die Erstellung einer solchen Einnahme-/Überschussrechnung stelle keine Buchführung i.S.d. § 33 der StBGebV dar, der eine doppelte Buchführung im Sinne der Gewinnermittlungsart der §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG voraussetze. Allenfalls könne die Beklagte eine Mittelgebühr nach § 33 Abs. 2 StBGebV verlangen, also 3,5/10. § 33 Abs. 1 sei auch aufgrund der vorgetragenen Mängel und des Nichterstellens der Konten, die das Kernstück jeder Buchführung darstellten, nicht einschlägig.

Die Kläger, die die Beklagte mit Schreiben vom 2.3.1999 ohne Nennung eines genauen Betrages zur Prüfung einer Bereitschaft zum Schadenausgleich aufforderten, beantragen, ...

Die Beklagte beantragt, ... Sie hält ihre Gebührenrechnungen, insbesondere unter Zugrundelegung einer Mittelgebühr gemäß § 33 Abs. 1 StBGebV, für rechtens.

Die Klage ist unbegründet. Die Kläger haben weder Anspruch auf Erstattung der aufgrund der Hinzuschätzungen festgesetzten Mehrsteuern noch auf Rückerstattung geleisteter Honorarzah-
lungen.

Aus den Gründen:

Die Kläger können Erstattung der festgesetzten Mehrsteuern bereits aufgrund ihres eigenen Vortrages nicht verlangen. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Dienstvertrages gemäß § 611 BGB besteht bereits dem Grunde nach nicht.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch ein nicht speziell mit einer Buchprüfung betrauter Steuerberater **im Rahmen seiner vertraglichen Nebenpflichten seinem Mandanten etwaige Mängel der Buchführung mitzuteilen und ihn auf etwaige wegen dieser Mängel drohende Schäden hinzuweisen hat, soweit sie im Rahmen seiner vertraglichen Tätigkeit anhand dessen Grundaufzeichnungen bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennbar sind** (vgl. BGH, WM 1971, 1206; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 3. Aufl. 1998, Rdnr. 302).

Aus der behaupteten Verletzung dieser Mängel-feststellungs- und Belehrungspflicht können auch dienstvertragliche Schadenersatzpflichten des Steuerberaters resultieren (vgl. BGH, a.a.O., sowie BGH, DB 1973, 520 u. DB 1974, 1616), auch wenn das ordnungsgemäße Führen der Grundaufzeichnungen als einfacher buchungstechnischer Vorgang zunächst Sache des Mandanten ist, von dem verlangt werden kann, dass er sich als gewerblich Tätiger Kenntnisse über die mit seinem Gewerbe zusammenhängenden steuerlichen Pflichten verschafft (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 713, 714).

Der Vortrag der Kläger lässt nicht erkennen, inwieweit konkret darzulegende Pflichtverletzungen der Beklagten Steuernachforderungen gegen sie zur Folge hatten. Ihre nach Jahren und Steuerarten differenzierende Aufstellung lässt nicht erkennen, in welcher Weise und in welcher Höhe Steuernachforderungen gegen sie gestellt wurden. Soweit sie zur Vervollständigung auf die Betriebsprüfungsberichte ver-

weisen, ist dieses gerade nicht ausreichend (vgl. LG Aachen, StB 1981, 71). **Weder die Betriebsprüfungsberichte noch der klägerische Sachvortrag im Übrigen lassen erkennen, auf welchen Ansätzen die Hinzuschätzungen beruhten.**

Auch der Vortrag, die von der Beklagten zu überwachende Buchführung sei derart ungeordnet, dass sie einem außenstehenden Dritten, selbst wenn er sachverständig ist, innerhalb angemessener Zeit einen Überblick nicht ermögliche, ist völlig unbestimmt. Zudem ist er widersprüchlich im Hinblick darauf, dass nach weiterem klägerischen Vorbringen das Finanzamt durchaus in der Lage war, Hinzuschätzungen vorzunehmen. Es ist weder vorgetragen noch sonst wie ersichtlich, dass diese Schätzung losgelöst von der durch die Beklagte zu verantwortenden Buchführung erfolgt wäre. **Das Finanzamt ist in seinen Schätzungsansätzen nämlich keineswegs frei. Vielmehr hat es die Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, die sich ergeben hätten, wenn die Unterlagen einwandfrei gewesen wären** (vgl. LG Lüneburg, DStR 1974, 483, 484; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 574 m.w.N.). Dass das Finanzamt dieser Verpflichtung zuwider gehandelt hätte, etwa verfahrenswidrig eine überhöhte Schätzung mit dem Ziel einer Bestrafung der Kläger vorgenommen hätte, ist weder vorgetragen noch sonst wie ersichtlich.

Weiterhin haben die Kläger nicht einmal schlüssig vorgetragen, dass ihnen überhaupt ein Schaden entstanden ist. Nach oben Ausgeführten haben Zuschätzungen in aller Regel tatsächliche Grundlagen und sind darauf zurückzuführen, dass tatsächliche gehabte Einnahmen steuerlich nicht erfasst wurden (so auch LG Aachen, a.a.O.). Die Darlegungslast dafür, dass ein Schaden entstanden ist, tragen die Kläger. Eine entsprechende Anwendung von § 282 BGB mit der Folge, dass die Beklagte, wenn ihr eine Pflichtverletzung zur Last fallen sollte, dartun und beweisen musste, es sei kein Schaden entstanden, kommt nicht in Betracht (vgl. LG Lüneburg, a.a.O.; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 574).

Ein ersatzfähiger Schaden der Kläger wäre nur dann entstanden, wenn sie die zu ihren Lasten bei der Betriebsprüfung geschätzten Betriebs-einnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt hätten und somit eine Steuerpflicht in dem durch die Zuschätzungen bedingten Umfang nicht bestanden hätte (vgl. LG Düsseldorf, DStR 1980, 693, 694). Hierzu fehlt es an konkretem Vortrag.

Es wäre an den Klägern gewesen darzulegen, welche Gewinne genau abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich hätten versteuert werden müssen. Hierzu wäre eine ordnungsgemäße Gewinnermittlung vorzulegen gewesen (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 574).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die durch einen Steuerberater fachkundig beratenen Kläger die **Hinzuschätzungen in der Schlussbesprechung letztlich anerkannt haben. Dieses Einverständnis hätten sie wohl kaum abgegeben, wenn sie der Ansicht gewesen wären, die vorgenommenen Schätzungen liefen ihren Interessen zuwider** (so auch LG Düsseldorf, a.a.O.; LG Lüneburg, a.a.O.; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 576) oder entbehrten jeder Grundlage. Die behauptete Motivlage der drohenden strafrechtlichen Konsequenzen ist angesichts des auch im Steuerstrafrecht grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips nicht nachvollziehbar.

Nach alledem sieht sich die Kammer selbst unter Berücksichtigung des § 287 ZPO nicht in der Lage, die allgemeine Überzeugung zu gewinnen, dass überhaupt ein der Beklagten zurechenbarer Schaden entstanden ist, geschweige denn, seinen Betrag zu schätzen.

Die Kläger haben nach ihrem eigenen Vorbringen auch keinen Anspruch auf **Rückerstattung bereits entrichteter Gebühren**. Der reklamierte Anspruch ist insbesondere nicht nach den Grundsätzen der Leistungskondition, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, zuzusprechen. Der Vortrag der Kläger lässt nicht erkennen, dass die Entrichtung der Honorarrechnungen ohne rechtlichen Grund erfolgt wäre.

Die Kläger haben nicht schlüssig vorgetragen, dass die Beklagte den Gebührentatbestand des § 33 Abs. 1 StBGebV zu Unrecht zugrunde gelegt hätte. Die in § 33 normierten Gebührentatbestände beschränken sich nicht auf eine Buchführung im Sinne des Betriebsvermögensvergleichs gemäß §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG. „Selbstverständlich rechnen zu dem in Betracht kommenden Leistungsspektrum auch Buchführungsleistungen, die hinsichtlich ihrer Ergebnisermittlung nicht in einen Jahresabschluss mit Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung (zuzüglich Anhang) einmünden, sondern etwa in eine Überschussrechnung (Ermittlung der Einkünfte nach §§ 25 und 27)“ (so wörtlich: Eckert/Böttcher, StBGebV 2. Aufl. 1989, § 33 Rdnr. 2).

Angesichts des Umfanges der von der Beklagten durchgeführten Arbeiten sieht die Kammer nicht, welchen anderen Gebührentatbestand als diese Generalposition sie sonst hätte zugrunde legen sollen. Auf ein bloßes Kontieren von Belegen, das der von den Klägern angeführte Gebührentatbestand des § 33 Abs. 2 StBGebV erfasst, sei es durch Aufschrift des Buchungssatzes auf den Belegen, durch Eintragung in Buchungslisten oder durch EDV-Erfassung, beschränkte sich die Tätigkeit der Beklagten nach dem Vorbringen der Kläger nicht.

Auch aus der Begründung, die Beklagte habe ihre Vertragspflichten nur unzureichend erfüllt, lässt sich ein Rückerstattungsanspruch nicht herleiten. Das folgt nach Obigem bereits daraus, dass es an einem konkreten Vortrag zur geltend gemachten Pflichtverletzung fehlt. Im Rahmen des Anspruchs auf Erstattung der monatlich erfolgten Abrechnungen hätten die Kläger im Einzelnen darlegen müssen, in welchem Monat eine Pflichtverletzung einer bestimmten Art erfolgt ist. Hinzu kommt auch hier das Fehlen eines nachvollziehbaren Vortrages zu einer Schadenfolge.

Schließlich stellen die an den Steuerberater gezahlten Gebühren das Entgelt für die ausgeführten Arbeiten dar, sind also, dem Wesen des Dienstvertrages entsprechend, erfolgsunabhängig (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 578).

Weiterhin dringen die Kläger auch mit der Begründung, die Beklagte sei ihnen deshalb zur Rückerstattung verpflichtet, weil sie sie nicht darauf hingewiesen haben, im Sinne der Gewinnermittlungsart der §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG nicht buchführungspflichtig zu sein, nicht durch. Nach ihrem eigenen Vorbringen ermittelte die Beklagte den Gewinn gerade nicht durch Betriebsvermögensvergleich. Der Umstand alleine, dass sie den Gebührentatbestand des § 33 Abs. 1 StBGebV zugrunde legte, bedeutet nicht, dass sie eine doppelte Buchführung in Rechnung gestellt hätte, da, wie dargelegt, diese Vorschrift auch Buchführungsleistungen, die in eine Einnahme-/Überschussrechnung einmünden, erfasst.

Denkbar schließlich bleibt, dass die Beklagte innerhalb des § 33 Abs. 1 StBGebV unter Verstoß gegen § 11 StBGebV mit der Einforderung der Mittelgebühr **den Rahmensatz** falsch wählte. Dieser Möglichkeit war jedoch nicht nachzugehen, da der Vortrag der Kläger hierzu keinen Ansatz bietet. Allein das Fehlen ausgedruckter

Konten und das Erstellen einer Einnahme-/Überschussrechnung anstatt einer doppelten Buchführung lässt keinen Rückschluss auf Fehler in der Anwendung des Gebührenrahmens zu, auf den eine Vielzahl von Gegebenheiten Einfluss hat, etwa auch die Zahl der Buchungen, der Schwierigkeitsgrad des Kontierens sowie der Zustand der Aufzeichnungen und Belege des Auftraggebers.

Es ist nicht Sache der Beklagten, sondern der einen falschen Rahmensatz monierenden und deshalb Rückzahlungsansprüche geltend machenden Kläger, im Einzelnen zu dem von ihnen für angemessen gehaltenen Rahmensatz vorzutragen. (...)

Lohnbuchhaltung

- Sozialversicherungsrechtliche Beratung
- Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes
- Kalkulationsschaden?

(LG Limburg, Urt. v. 26.6.2000 - 1 O 433/99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Zur Lohnbuchhaltung gehört die Fertigung der Lohnabrechnung, d.h. die Feststellung der sich nach den Sozialversicherungsgesetzen ergebenden Arbeitnehmeranteile zur Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung, und deren Berücksichtigung bei der Berechnung des Nettolohns. Zu den Aufgaben gehört es nicht, Prüfungen sozialversicherungsrechtlicher Fragen vorzunehmen oder zu beraten. Die „Fakten“ werden i.d.R. vom Mandanten vorgegeben.

2. Es ist ungewöhnlich, dass nicht die Stundensätze angesetzt werden, die „der Markt hergibt“.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger betrieb gemeinsam mit einem Malermeister namens Ba. die Be. + Ba. GbR. Der Kläger verfügte über keine kaufmännischen Kenntnisse. Die Beklagte war ab dem 1.1.1995 beauftragt, die Lohnabrechnungen für die Be. + Ba. GbR durchzuführen. Zuvor war die Be. + Ba. GbR von dem Steuerberater L. betreut worden. Im Januar 1995 übergab Frau P. Be. der Beklagten sämtliche Personalunterlagen sowie die Abrechnung des Jahres 1994, die noch von dem Steuerberater L. erstellt worden waren, an die Beklagte.

In der Folgezeit wurden keine Beiträge an die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes geleistet. Die Zusatzversorgungskasse macht mittlerweile zur Geschäfts-Nr. ... des Arbeitsgerichts ... für die Jahre 1995 und 1996 ausstehende Beiträge zur Zusatzversorgungskasse in Höhe von 16.647,43 DM geltend.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Beklagte hätte ihn darauf hinweisen müssen, dass Beiträge zur Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes hätten gezahlt werden und bei der Lohnbuchhaltung hätten berücksichtigt werden müssen. Er behauptet, im Fall eines Hinweises hätte er seinen Stundenlohn entsprechend kalkuliert und die höheren Stundensätze, die am Markt durchsetzbar gewesen seien, an die Bauherren weitergegeben. (...)

(Anträge ...)

Die Beklagte behauptet, die Ehefrau P. Be. des Klägers sei zu diesem Zeitpunkt kaufmännische Angestellte gewesen und habe die kaufmännischen Dinge geregelt. Sie habe im Auftrag des Klägers und des Herrn Ba. bzw. der GbR im Wesentlichen die Kontakte und die Besprechungen mit der Beklagten geführt. Bei der Mandatsübernahme zu Beginn 1995 habe ein umfangreiches Gespräch mit den Eheleuten Be. stattgefunden, in dem wiederum Frau Be. das Wort geführt habe.

Bei der Übernahme des Mandats sei dem Zeugen S. aufgefallen, dass im Gesellschaftsvertrag als Gesellschafter der Meister Ba. genannt war, der aber Meister für Maler- und Lackiererhandwerk ist. Die Tätigkeit der Firma demgegenüber sei im Gesellschaftsvertrag mit Wärme-, Kälte- und Schallisolation benannt gewesen.

Herr S. habe aus der Betreuung anderer Firmen gewusst, dass auch ZVK-Beiträge anfallen könnten. Aus diesem Grund habe er bei der Erstellung der Lohnabrechnung nachgefragt, wie es sich mit den ZVK-Beiträgen verhalte, d.h. wohin diese abzuführen seien.

Ihm sei auch aufgefallen, dass der Steuerberater L. bis Ende 1994 keine Abführung von ZVK-Beiträgen veranlasst habe. Auf Nachfrage habe Frau Be. erklärt, dass lediglich Trockenbauarbeiten ausgeführt würden, bei Herrn L. bereits keine Beiträge geltend gemacht werden sollten und solche Beiträge auch nicht anfielen. Die Beklagte habe so abrechnen sollen, wie es bisher der Steuerberater L. durchgeführt habe.

Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass der Steuerberater, der mit der Lohnbuchführung und Lohnabrechnung beauftragt ist, Prüfungen und Beratungen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht vorzunehmen habe; schließlich habe der Mitarbeiter S. auch auf Bedenken hingewiesen. (...)

Die Klage ist nicht begründet. Dem Kläger stehen keine Ansprüche gegenüber der Beklagten wegen der Schlechterfüllung des Auftrags, die Lohnbuchhaltung für 1995 und 1996 zu führen, zu.

Aus den Gründen:

Es gehört im Anschluss an die zitierte Entscheidung des Landgerichts Limburg a.d. Lahn vom 2.5.1986 zu den Befugnissen und Aufgaben des Steuerberaters, der für den Mandanten die Lohnbuchführung und **Lohnabrechnung fertigt, die nach den einschlägigen Sozialversicherungsgesetzen sich ergebenden Arbeitnehmeranteile zur Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung festzustellen und bei der Ermittlung des Nettolohns zu berücksichtigen.**

Zu seinen Aufgaben gehört es nicht, Prüfungen sozialversicherungsrechtlicher Art vorzunehmen oder insoweit zu beraten.

Dieses Gebiet und auch dasjenige der tariflichen Zusatzversorgungseinrichtungen sind eigenständige Gebiete, die nicht von einem Steuerberater zu berücksichtigen sind, wenn er nicht gerade mit der Klärung dieser Frage betraut worden ist. Die Beklagte war mit Buchhaltungstätigkeit beauftragt, wobei die Fakten von den Mandanten vorgegeben waren.

Soweit die Beklagte keine Prüfungs- und Beratungspflicht trifft, ist auch keine Hinweispflicht gegeben.

Das Gericht vermag nicht die Einschätzung des Klägers zu teilen, dass der Steuerberater, der mit der Lohnbuchhaltung beauftragt ist, auf solche Dinge hinweisen muss, die ihm bei der Durchführung seiner Aufgaben ins Auge springen müssen. Diese Rechtsauffassung, die mit der Formulierung „ins Auge springen müssen“ auch eine Haftung für fahrlässig übersehene Gesichtspunkte statuieren will, setzt gedanklich die Bejahung einer Prüfungspflicht voraus, die aus den genannten Gründen zu verneinen ist.

Nach den vorstehenden Ausführungen kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, dass der Kläger auch die Kalkulation seiner Stundensätze, die Veränderung dieser Stundensätze durch die Beiträge zur Zusatzversorgungskasse und die Möglichkeit der Durchsetzung der erhöhten Preise am Markt derzeit nicht ausreichend dargestellt hat.

Die für die Jahre 1995 und 1996 angegebenen Stundensätze von 50 und von 56 DM erscheinen „aus der Luft gegriffen“, ohne dass die Kalkulation näher erläutert wäre. Eine genauere Darstellung der internen Kostenstruktur wäre insbesondere aus dem Grund erforderlich gewesen, da sich der Kläger eines Stundensatzes berühmte, der ca. 20 DM unter den Stundensätzen eines Konkurrenten liege. **Es erscheint ungewöhnlich, dass nicht versucht worden sein soll, die Stundensätze anzusetzen, die „der Markt hergibt“.**

Es kommt hinzu, dass der Kläger ausweislich seiner Bezugnahme auf die Anlage ... die Erstattungen der ULAK bereits in Abzug gebracht hat. Der Umfang von Erstattungen dürfte jedoch, die Kalkulation der Stundensätze zu Jahresbeginn vorausgesetzt, für das nachfolgende Jahr noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit abzu- sehen sein, so dass insoweit nicht zu erkennen ist, wie der Kläger diesen Gesichtspunkt bei der Ermittlung seines Stundensatzes berücksichtigt hat. Der Kläger hat auch nicht dargestellt, dass er den behaupteten Stundensatz von 50 bzw. 56 DM tatsächlich bei den Endkunden in Rechnung gestellt hat. (...)

GI Leitsätze

Steuerberater/Berufsbezeichnung/„NL“

1. Die Bezeichnung „NL-Steuerberater in NL“ ist auch im Falle einer Niederlassung als Belastingadviseur in den Niederlanden irreführend. Sie entspricht zudem nicht den Anforderungen des § 3 Nr. 4 StBerG neuer Fassung.

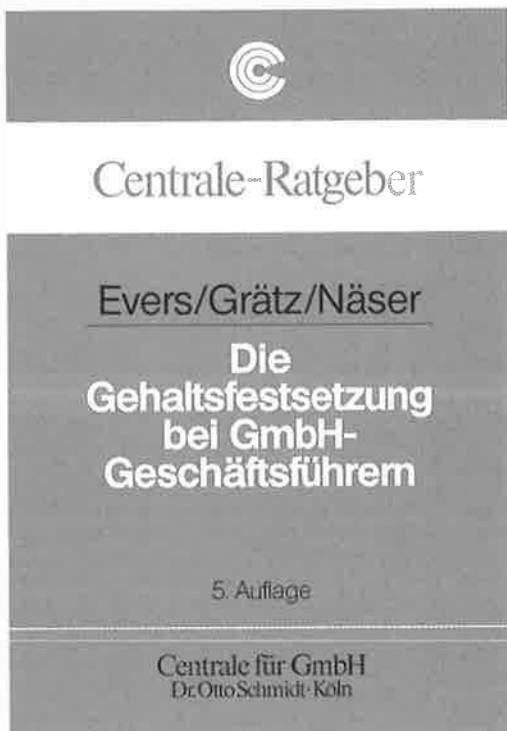
2. Die nicht auf entsprechender beruflicher Qualifikation beruhende Bezeichnung „Buchführungshilfe“ ist unzulässig, wenn nicht zugleich darauf hingewiesen wird, dass Gegenstand der Dienstleistung nur das Buchen laufen der Geschäftsvorfälle einschließlich Kontieren ist.

(OLG Frankfurt, Urt. v. 5.10.2000 - 6 U 97/98, OLG-Report 2000, 337)

Statt Gehaltspoker:

Verlassen Sie sich lieber auf fundierte Information!

**Der praxisnahe Leitfaden für • GmbH-Geschäftsführer •
GmbH-Gesellschafter • und deren Berater**



Von Dipl.-Ökonom Dr. Heinz Evers, Dipl.-Ökonom
Dr. Frank Grätz und Dipl.-Kfm. Christian Näser,
5. überarbeitete Auflage 2001, 157 Seiten DIN A5,
brosch. **79,60 DM/ab 1.1.02 39,80 € [D]**.
Für Mitglieder der Centrale für GmbH
69,90 DM/ab 1.1.02 34,80 € [D].
ISBN 3-504-63063-9

■ Von praktischem Nutzen

- Die Gehaltsfestsetzung für GmbH-Geschäftsführer in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung wird für Sie durchschaubar.
- Die Höhe und Zusammensetzung der Vergütung lässt sich mit ihren verschiedenen Komponenten und Einflussgrößen zuverlässig bestimmen.
- Daten, Fakten und Statistiken aus der Unternehmenspraxis (Kienbaum) geben Ihnen wichtige Orientierungshilfen zur optimalen Gehaltsfindung, und das unter Berücksichtigung des aktuellen Zahlenmaterials.

■ Aus dem Inhalt

- Einflussgrößen der Bezüge
- Grundgehalt/variable Bezüge (Tantiemen)
- Betriebliche Altersversorgung
- Dienstwagen
- Gehaltsfortzahlung bei Krankheit und Tod/ Unfallversicherung
- Wettbewerbsverbot
- Angemessenheit der Bezüge bei Gesellschafter-Geschäftsführern
- Besonderheiten in der GmbH & Co. KG

■ Die Autoren

Dipl.-Ökonom **Dr. Heinz Evers** ist Geschäftsführer der Kienbaum Management Consultants GmbH und leitet gemeinsam mit Dipl.-Kfm. **Christian Näser** die Kienbaum Vergütungsberatung. Beide sind Herausgeber der jährlichen Vergütungsstudien für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder und in Fragen der Gehaltsfestsetzung gutachterlich tätig. Dipl.-Ökonom **Dr. Frank Grätz** ist selbständiger Unternehmensberater.

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

www.centrale.de

BESTELLSCHEIN Fax: 02 21 / 9 37 38 - 943

Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht

☐ Evers/Grätz/Näser, **Die Gehaltsfestsetzung bei GmbH-Geschäftsführern** brosch.

79,60 DM/ab 1.1.02 39,80 € [D].

☐ Für Mitglieder der Centrale für GmbH **69,90 DM/ab 1.1.02 34,80 € [D]**.

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Datum

Unterschrift

Preisstand: Juli 2001

GI

Verjährung, Anwaltsregress,
§ 51b BRAO: Prozessfehler,
Berufungsbegründungsfrist • Wieder-
einsetzungsverfahren • Belehrungs-
pflicht über Verjährungsfrist (BGH);
Steuerberaterhaftung: Domicil-
gesellschaft Liechtenstein • Be-
lehrungspflichten (OLG München);
Honoraranspruch des Rechtsanwalts:
Zeitgebühr • Aufzeichnungen •
Schlüssige Darlegung im Honorar-
prozess (OLG Karlsruhe);

Anwaltschaftung: Garantie • Doppel-
seitiger Treuhandvertrag • Sach-
walterhaftung (OLG Hamm);
Steuerberatungsvertrag und Honorar-
anspruch: Kündigung des Mandats
durch Steuerberater • Honorar für
nicht erbrachte Leistung • Rahmen-
satz • Gegenstandswert • Neue
Bilanzierungsmethode (LG Duisburg)

und aktuelle Entscheidungen,
die von besonderer Bedeutung sind



Erstmalig bieten wir Ihnen als
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer
oder Rechtsanwalt die Gelegenheit
zum Direktabschluss einer Berufs-
unfähigkeitsabsicherung mit verein-
fachter Gesundheitsprüfung an.
Seit dem 1.1.2001, mit dem Wegfall
der Berufsunfähigkeitsrente für
unter 40-Jährige in der Gesetzlichen
Rentenversicherung, ist das Thema
der Berufsunfähigkeit aktueller

denn je. Sie als Steuerberater oder
Rechtsanwalt sind in der Regel zwar
Mitglied eines leistungsstarken be-
rufsständischen Versorgungswerkes,
aber reicht diese Grundversorgung
wirklich aus?

Nutzen Sie die Gelegenheit zur
Ergänzung Ihrer bestehenden Berufs-
unfähigkeitsabsicherung und
schicken Sie uns den beiliegenden
Vorschlag am besten gleich zurück.

IMPRESSUM

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

Herausgeber:

Gerling
Marketing Freie Berufe
50597 Köln
Telefon: (02 21) 1 44-53 54
Telefax: (02 21) 1 44-51 55

Redaktion:

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

Erscheinungsweise:

12-mal im Jahr, jeweils am
10. des Monats

Verlag:

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

Layout und Satz:

Type Connection,
Bonner Straße 48, 50374 Erftstadt

Druck:

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

Bezugsmöglichkeiten:

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