



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 37/05

vom

9. März 2006

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 542 Abs. 1, §§ 543, 544

Geht das Berufungsgericht irrtümlich von einer zulassungsfreien Revision aus, entscheidet der Bundesgerichtshof im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde über die Zulassung der Revision.

BGH, Beschluss vom 9. März 2006 - IX ZR 37/05 - OLG Düsseldorf

LG Wuppertal

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Vill, Cierniak und die Richterin Lohmann

am 9. März 2006

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Januar 2005 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 862.773,14 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Das von dem Beklagten eingelegte Rechtsmittel ist als Nichtzulassungsbeschwerde zu behandeln; die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.
- 2 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig.
- 3 a) Das Rechtsmittel ist gemäß § 544 ZPO statthaft. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht ausdrücklich zugelassen. Es hat vielmehr am Ende der Entscheidungsgründe ausgeführt, die Revision sei gemäß § 543 ZPO a.F.

(wohl: § 546 ZPO a.F.) "ohne weiteres zulässig". Hierbei hat es die Übergangsvorschrift des § 26 Nr. 7 EGZPO übersehen. Danach sind für die Revision die am 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften nur dann weiter anzuwenden, wenn die letzte mündliche Verhandlung vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden ist. Dies ist hier nicht der Fall; die mündliche Verhandlung ist am 16. Dezember 2004 geschlossen worden.

4 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Revision in einem solchen Fall nicht für zugelassen zu erachten.

5 aa) In vergleichbarer Weise stellte sich das Problem für das alte Recht, wenn das Berufungsgericht die Frage der Zulassung der Revision nicht geprüft hatte, weil es irrtümlich von einer zulassungsfreien Revision ausgegangen war. In einem solchen Fall war die Revision als statthaft zu behandeln, damit das Revisionsgericht anstelle des Berufungsgerichts überprüfen konnte, ob die Sache revisionswürdig war. Das geschah im Wege der Annahmeprüfung, die sich allerdings darauf beschränkte, ob die Sache grundsätzliche Bedeutung hatte (§ 546 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO a.F.) oder das Berufungsurteil von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes abwich und auf dieser Abweichung beruhte (§ 546 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO a.F.; vgl. BGHZ 90, 1, 3 f; 98, 41, 43 f; BGH, Beschl. v. 25. Oktober 1995 - XII ZR 7/94, NJW-RR 1996, 316). Der Umstand, dass diese Entscheidung vom Bundesgerichtshof anstelle des nach dem Gesetz dafür (allein) zuständigen Oberlandesgerichts getroffen wurde, war verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfGE 66, 331, 336; BGHZ 98, 41, 44).

6 bb) Es ist kein Grund ersichtlich, diesen Fall nach neuem Recht anders zu behandeln. Sowohl nach dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des ZPO-Re-

formgesetzes als auch auf der Grundlage des jetzt geltenden Rechts kann die Partei eine sachliche Überprüfung des von ihr mit der Revision anzufechtenden Urteils nur dann erreichen, wenn die Revisionswürdigkeit der Sache wenigstens einmal geprüft und bejaht worden ist. Das geltende Recht kennt eine zulassungsfreie, kraft Gesetzes statthafte Revision nicht mehr. Der Irrtum des Berufungsgerichts führt aber auch nicht zur Annahme einer zugelassenen Revision. Unter der Geltung des § 546 ZPO a.F. eröffnete die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bejahte Statthaftigkeit der Revision die am Maßstab des § 554b ZPO a.F. ausgerichtete Prüfung, ob die Sache revisionswürdig war. Diese Prüfung ermöglicht nunmehr gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1, § 544 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, dass hierüber der Bundesgerichtshof entscheidet, zumal dieser in Fällen der Nichtzulassung - anders als früher - zu einer sachlich deckungsgleichen Prüfung der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO ohnehin berufen ist.

7 b) Der Beklagte hat daher zu Recht das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde vorsorglich eingelegt; es ist statthaft. Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der - unter eine zulässige innerprozessuale Bedingung gestellten - Beschwerde gemäß § 544 Abs. 1 und 2 ZPO, § 26 Nr. 7 EGZPO sind erfüllt.

8 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; auch erfordert weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

- 9 a) In der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist geklärt, dass die Vereinbarung einer Umsatzprovision nur im Ausnahmefall nicht zur Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung führt (BFHE 124, 164, 167, 168). Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn sich die Vereinbarung auf einen Zeitraum bezieht, in dem ein Leistungsanreiz durch eine gewinnabhängige Provision nicht vermittelt werden kann (Aufbauphase des Unternehmens), die Vereinbarung zeitlich beschränkt ist, und nicht einen Geschäftsführer in seiner Gesamtverantwortung für das Unternehmen betrifft (BFH BStBl II 1999, 321 m.w.N.). Von diesen Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist das Berufungsgericht bei der Entscheidung des ihm unterbreiteten Einzelfalls rechtsfehlerfrei ausgegangen.
- 10 b) Das Berufungsgericht hat eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anstellungsvertrags vom 3. Januar 1983 festgestellt; die von der Nichtzulassungsbeschwerde hierzu dargelegten Gründe erfordern nicht die Zulassung der Revision. Daher kommt es auf die Frage, ob der Beklagte im Rahmen eines Dauermandats für die Klägerin tätig war, nicht an.
- 11 c) Zu der Frage, ob der Beklagte im Wege des Vorteilsausgleichs die Abtretung eines Anspruchs der Klägerin gegen ihren Gesellschafter-Geschäftsführer aus § 812 BGB verlangen könne, legt die Nichtzulassungsbeschwerde nicht dar (§ 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO), dass der Beklagte sich in den Tatsacheninstanzen hierauf berufen hat; die in Bezug genommenen Aktenstellen ergeben dies nicht. Ein Hinweis des Berufungsgerichts gemäß § 139 ZPO war nicht veranlasst.

12 3. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

Fischer

Raebel

Vill

Cierniak

Lohmann

Vorinstanzen:

LG Wuppertal, Entscheidung vom 31.08.1999 - 5 O 207/98 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.01.2005 - I-13 U 175/99 -