



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 293/99

Verkündet am:  
22. Februar 2001  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

BGB § 675; ZPO §§ 256, 559 Abs. 1

- a) Ein Urteil, dessen Tenor in sich selbst unauflösbar widersprüchlich ist, ist insgesamt aufzuheben (Bestätigung von BGHZ 5, 240, 245 f).
  
- b) Die auf dem gemeinsamen Bund-Länder-Erlaß vom 20. Dezember 1990 (BStBl. I 1990, 884) und der diesem Erlaß zugrunde liegen-

den Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs beruhende Praxis der Finanzverwaltung, bis zu drei Grundstücksverkäufe in einem Zeitraum von fünf Jahren (noch) nicht als gewerblichen Grundstücks-handel einzustufen, ist in einem die Zeit dieser Handhabung betreffenden Anwalts- oder Steuerberaterregreßprozeß zu beachten (vgl. BGH, Urt. v. 28. September 2000 - IX ZR 6/99, WM 2000, 2439, 2442).

BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 - IX ZR 293/99 - OLG München

LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Juni 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

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. November 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. November 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 hatten, 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. November 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. Juli 1996 veräußert. Am 15. Oktober 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 Steuerschadens 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 las-

sen. 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.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### 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 zur Zeit unbegründet zu verstehen wäre. Ausweislich der Entscheidungsgründe hat das Berufungsgericht nicht darauf abgestellt, daß die Schadensentwicklung 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 Schadensberechnung 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 Schadensentstehung reiche für die Zulässigkeit der Feststellungsklage aus.

Das ist insofern nicht richtig, als in Fällen allgemeiner Vermögensschäden die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts dargetan werden muß (BGH, Urt. v. 15. Oktober 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. Oktober 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. Dezember 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. Juni 1991 vorgelegt, in dem es heißt, wenn er (der Vater) "absolut sicher gehen" 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. November 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. November 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. November 1991 erteilt hätte; der Behauptung des Beklagten, die Kläger seien aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse zum alsbaldigen 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. November 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. Dezember 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 vorgetragen. 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 lang-

jährigen 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 Bund-Länder-Erlaß vom 20. Dezember 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. September 2000 - IX ZR 6/99, WM 2000, 2439, 2442, zum Abdr. in BGHZ best.). 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.

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer

Raebel