



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 136/02

Verkündet am:  
11. September 2003  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:           nein

BGHR:           ja

§ 139 ZPO

Zur Hinweispflicht nach § 139 ZPO bei widersprüchlichem Parteivortrag.

BGH, Urteil vom 11. September 2003 - VII ZR 136/02 - OLG Nürnberg  
LG Regensburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 26. Oktober 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Vollstreckungsgegenklage einschließlich des Feststellungsantrags gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen und der Widerklage gegen die Kläger stattgegeben hat.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Parteien streiten über die Auslegung und die Abwicklung eines Prozeßvergleichs und über die sich aus dem Vergleich ergebenden steuerrechtlichen Folgen.

II.

1. Die Beklagte zu 1 dieses Verfahrens hatte die Kläger dieses Verfahrens vor dem Landgericht R. auf der Grundlage eines Architektenvertrages auf Schadensersatz in Höhe von 1.300.485,38 DM verklagt. Mit ihrer Widerklage gegen die Beklagte zu 1 und den Beklagten zu 2 hatten die Kläger ausstehendes Architektenhonorar in Höhe von 77.269,77 DM verlangt.

Der Rechtsstreit wurde durch einen gerichtlichen Vergleich beendet, der wie folgt lautet:

"1. Die Beklagten verpflichten sich als Gesamtschuldner, an die Klägerin 250.000 DM (i.W. Zweihundertfünfzigtausend Deutsche Mark) zu bezahlen nebst 6,5 % Zinsen hieraus seit 01.03.1995.

2. Den Beklagten wird nachgelassen, diesen Betrag wie folgt zu erbringen:

a) Die Beklagten verpflichten sich, gegenüber dem Finanzamt R. den in Ziffer 1) genannten Vergleichsbetrag als Betriebsausgabe nach Anweisung des Herrn H. R. geltend zu machen und diesem die dafür erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Der den Beklagten hieraus eventuell resultierende Ertragssteuervorteil steht der Klägerin zu. Der Steuervorteil wird entweder erbracht durch Abtretung eventueller Steuererstattungsansprüche oder direkte Zahlung an die Klägerin bei Fälligkeit einer eventuell reduzierten Steuernachzahlung.

Die Abtretung muß auf amtlichem Formular erfolgen. Die Klägerin nimmt hiermit diese Abtretung an.

Diese Abtretung erfolgt hinsichtlich eines Teilbetrages aus Ziffer 1) in Höhe von 50.000 DM an Erfüllungs Statt, unabhängig von der tatsächlichen Höhe des Steuervorteils.

b) Den Beklagten wird weiterhin nachgelassen, den Betrag von 200.000 DM in fünf Raten, nämlich drei Raten zu je 40.000 DM und zwei Raten zu je 42.000 DM incl. Zinsen für die Ratenzahlung zu bezahlen.

Die erste Rate ist fällig am 30.12.1998; die nächsten Raten sind fällig zum 30.09.1999, 30.09.2000, 30.09.2001 und 30.09.2002.

c) Wenn die Beklagten die in b) genannten Raten jeweils fristgemäß und vollständig erbringen, dann werden die in Ziffer 1 genannten Zinsen auf die Hauptsache erlassen. Wenn dagegen die Beklagten mit einer Rate gemäß b) ganz oder teilweise länger als zwei Wochen in Rückstand geraten, dann ist sofort der zu 200.000 DM noch fehlende Restbetrag zur Zahlung fällig zuzüglich 6,5 % Zinsen hieraus seit 01.03.1995.

3. ..."

2. Anschließend entstand zwischen den Parteien Streit über den Inhalt der Nr. 2 a) des Vergleichs. Die Parteien stritten darüber, in welcher Höhe die Kläger Rückstellungen in ihre Bilanz einzustellen hätten. Der Beklagte zu 2 setzte seine Auffassung, daß Rückstellungen in Höhe von 405.000 DM erforderlich seien, unter Hinweis auf das ihm im Vergleich eingeräumte Weisungsrecht und unter Androhung gerichtlicher Schritte durch.

3. Das Finanzamt R. erließ auf der Grundlage dieser Bilanzierung Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 1997 und 1995. Die Beklagte zu 1 erhielt aufgrund dieser Veranlagung insgesamt 110.044,79 DM.

4. Die Kläger zahlten entsprechend der Regelung Nr. 2 b) des Vergleichs die am 30. Dezember 1998 und am 30. September 1999 fälligen Raten an die Beklagte zu 1. Die am 30. September 2000 fällige Rate in Höhe von 40.000 DM bezahlten sie nicht. Auf die am 1. Oktober 2001 fällige Rate zahlten sie lediglich 27.310,21 DM.

5. Die Kläger sind der Ansicht, daß die nicht erfüllten Forderungen durch Aufrechnung erloschen seien. Die Beklagte zu 1 habe einen Betrag von 54.689,79 DM ohne Rechtsgrund erlangt. Die vom Beklagten zu 2 erzwungene Bilanzierung von 405.000 DM als Rückstellung widerspreche dem Vergleich und sie sei auch steuerrechtlich unzulässig. Wäre die Bilanzierung entsprechend der Vereinbarung in dem Vergleich erfolgt, wären nur Steuervorteile in Höhe von 55.355 DM entstanden.

### III.

1. Die Kläger haben Vollstreckungsgegenklage gegen beide Beklagte erhoben und folgende Anträge gestellt:

1. Die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich beim Landgericht R. vom 3.3.1998 (Az. 4 0 1558/95) ist über den als bezahlt geltenden Betrag von 50.000 DM und über geleistete Zahlungen in Höhe von 80.000 DM hinaus wegen weiterer 54.689,79 DM unzulässig.

2. Es wird festgestellt, daß die am 30.9.2000 fällige Vergleichsrate gemäß Ziffer 2 b) des Vergleichs als bezahlt gilt und die am 30.9.2001 fällige Vergleichsrate in Höhe von 42.000 DM mit lediglich noch 27.310,21 DM noch offen ist.

2. Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt; die Beklagte zu 1 hat Widerklage mit folgendem Antrag erhoben:

Die Kläger zu 1 und 2 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Beklagte zu 1 196.985,03 DM nebst 6,5 % Zinsen aus 120.000 DM seit 18.11.2000 und 4 % Zinsen aus 10.620,03 DM seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

#### IV.

1. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen:

Nach dem Inhalt des Prozeßvergleichs hätten die Kläger nur einen Betrag von 250.000 DM als Betriebsausgabe geltend machen sollen. Folglich habe die Beklagte zu 1 nur Anspruch auf Steuervorteile in Höhe von 55.355 DM gehabt. Um den darüber hinaus gehenden Betrag sei sie zu Unrecht bereichert.

2. Die Berufung der Beklagten hatte weitgehend Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 92.689,79 DM nebst Zinsen stattgegeben. Mit ihrer Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Senat hat die Revision insoweit angenommen, als das Berufungsgericht die Vollstreckungsgegenklage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen und der Widerklage gegen die Kläger stattgegeben hat.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision der Kläger ist im Umfang der Aufhebung begründet. Sie führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2. Auf den Rechtsstreit sind die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anwendbar.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die Vollstreckungsgegenklage einschließlich des Feststellungsantrags gegen die Beklagte zu 1 mit im wesentlichen folgenden Erwägungen als unbegründet abgewiesen:

Die zulässige Klage sei unbegründet, weil den Klägern ein aufrechenbarer Anspruch nicht zustehe oder zugestanden habe. Schon der eigene Vortrag der Kläger genüge nicht, um einen derartigen Anspruch schlüssig darzulegen.

a) Das ergebe sich schon aus dem Vortrag der Kläger im Schriftsatz vom 29. August 2001, mit dem sie eine Berechnung ihrer Steuerberaterin, der S. GmbH vorgelegt hätten. Danach sei den Klägern auch dann ein Steuervorteil in Höhe von 115.732 DM entstanden oder er wäre erreichbar gewesen, wenn sie in ihrer Bilanz nur Rückstellungen in Höhe von 250.000 DM gebildet hätten. An diesem Vortrag müßten sich die Kläger festhalten lassen, denn nur dort werde durch Einbeziehung der Ausführungen der S ... GmbH, der Steuerberaterin der Kläger, vom 13. Juni 2001 der Versuch unternommen, den aus der Sicht der Kläger zutreffende Steuervorteil nachvollziehbar darzulegen, in dem

für ein bestimmtes Steuerjahr die Steuerlast mit der Rückstellung und die Steuerlast ohne die Rückstellung verglichen werden.

b) Unterstellt, die Kläger seien an das Rechenwerk ihrer Steuerberater nicht gebunden, ergebe sich dasselbe Ergebnis. Die Kläger hätten nicht vorgebracht, wie sie zu der Behauptung gekommen seien, der Ertragssteuervorteil bei einer Rückstellung von 250.000 DM betrage 55.355 DM. Die Behauptung sei nicht nachvollziehbar. Aus den Auskünften des Finanzamts R. ergebe sich, daß der Betrag von 55.355 DM aus der Summe des zu versteuernden Einkommens des Beklagten zu 2, dessen Ehefrau und der Beklagten zu 1 für das Jahr 1997 ergebe. Diese Summe sei kein erzielbarer Steuervorteil.

c) Unter diesen Umständen sei die Erklärung der Kläger "unbehelflich", die von ihnen vorgelegte Berechnung der S. GmbH sei lediglich eine Reaktion auf die Berufungsbegründung der Beklagten und deren Berechnung gewesen und keine Darlegung der ihnen durch Rückstellungen in Höhe von 250.000 DM zugeflossene Steuervorteile.

d) Die Klage könne auch aus einem weiteren Grund keinen Erfolg haben. Aus dem Vortrag der Kläger würden sich nicht alle Voraussetzungen des von ihnen geltend gemachten Anspruchs aus § 812 BGB ergeben. Der Betrag in Höhe von 54.689,79 DM, den die Beklagte zu 1 zu Unrecht erhalten haben sollte, hätten die Kläger im Rechtssinne nicht an die Beklagte zu 1 geleistet. Außerdem seien sie nicht auf deren Kosten entreichert. Es spreche im Gegenteil mehr dafür, daß eine Leistung des Finanzamts an die Beklagte zu 1 vorliege, da die Kläger ihre Steuererstattungsansprüche an die Beklagte zu 1 abgetreten hätten.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht den Vortrag der Kläger als un-schlüssig gewürdigt.

a) Das Berufungsgericht hat aus dem Schriftsatz der Kläger vom 21. September 2001 und der Anlage zu diesem Schriftsatz rechtsfehlerhaft gefolgert, daß die Kläger ihren bisherigen Sachvortrag hätten in der Weise ändern wollen, daß ihnen die aufgerechnete Forderung nach ihrem eigenen Vortrag nicht zusteht.

(1) Die Kläger haben bis zu dem genannten Schriftsatz zur Begründung ihrer Gegenforderung vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß ein Steuervorteil von 55.355 DM erreichbar gewesen wäre, wenn in die Bilanz als Betriebsausgabe die Vergleichssumme in Höhe von 250.000 DM eingestellt worden wäre. Mit der mit dem Schriftsatz vom 21. September 2001 vorgelegten Berechnung der S.-GmbH, nach der durch eine bilanzierte Rückstellung in Höhe von 250.000 DM ein Steuervorteil in Höhe von 115.732 DM erreichbar gewesen wäre, haben die Kläger neue Tatsachen vorgetragen, die ihrem bisherigen Vortrag widersprachen, weil aufgrund dieses Vortrags im Unterschied zu dem ursprünglichen Klagvortrag den Klägern eine Gegenforderung nicht zustehen würde.

(2) Angesichts dieser Lage hätte das Berufungsgericht nicht ohne einen Hinweis auf den widersprüchlichen Vortrag und dessen mögliche Folgen für die Gegenleistung zu Lasten der Kläger unterstellen dürfen, daß die Kläger ihren Sachvortrag mit der Folge ändern wollten, daß die Gegenforderung nach ihrem eigenen Vortrag unbegründet ist.

(3) Der unterlassene Hinweis gem. § 139 ZPO war entscheidungserheblich. Die Kläger haben bereits in ihrem nachgelassenen Schriftsatz darauf hin-

gewiesen, daß sie mit dem Schriftsatz vom 21. September 2001 ihren ursprünglichen Vortrag nicht hätten ändern wollen. Das Berufungsgericht hätte aufgrund dieser Klarstellung die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen, um seinen Verstoß gegen § 139 ZPO auszugleichen.

(4) Da die Kläger den Verfahrensfehler des Berufungsgerichts gerügt und vorgetragen haben, daß sie auf einen entsprechenden Hinweis die durch den Schriftsatz vom 21. September 2001 begründeten Zweifel an ihrem Sachvortrag geklärt hätten, begründet das Verfahren des Berufungsgerichts einen revisionsrechtlich beachtlichen Verfahrensfehler.

b) Der ursprüngliche Sachvortrag der Kläger zu den Anspruchsvoraussetzungen der Gegenforderung ist hinreichend substantiiert und damit schlüssig:

(1) Die Kläger haben die ihnen bekannten und unter Beweis gestellten Tatsachen vorgetragen, aus denen sich nach ihrer Ansicht ein Erstattungsbeitrag in Höhe von 55.355 DM ergab. Zu einer detaillierten Darlegung der steuerrechtlichen Lage waren sie nicht verpflichtet.

(2) Soweit das Berufungsgericht eine Ergänzung des Vortrags der Kläger für erforderlich erachtet hat, hätte es den Klägern durch einen Hinweis nach § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, ihren Vortrag zu ergänzen. Diesen Hinweis, der aus der Sicht des Berufungsgerichts erforderlich war, hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht erteilt.

Hat das erstinstanzliche Gericht den Vortrag des Klägers als schlüssig angesehen, darf der Kläger darauf vertrauen, daß das Berufungsgericht ihm seine davon abweichende Auffassung rechtzeitig durch einen Hinweis nach § 139 ZPO mitteilt (ständige Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 25. Mai 1993

- XI ZR 141/92, NJW-RR 1994, 566; Urteil vom 16. Mai 2002 – VII ZR 197/01, NJW-RR 2002, 1437).

### III.

1. Das Berufungsgericht hat der Widerklage mit folgenden Erwägungen im wesentlichen stattgegeben:

Die Beklagte zu 1 verlange zu Recht von den Klägern als Gesamtschuldern die Bezahlung des aus dem Vergleich vom 3. März 1998 noch offenen Restbetrages in Höhe von 92.689,79 DM nebst Zinsen, da die Aufrechnung der Kläger, wie ausgeführt, nicht durchgreife.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung ebenfalls nicht stand. Sie beruhen auf denselben Verfahrensfehlern wie die Entscheidung über die Klage.

### IV.

1. Nach der Zurückverweisung wird das Berufungsgericht klären müssen, welche Steuererstattungen die Beklagte zu 1 aufgrund des Vergleichs beanspruchen kann.

Nach dem Inhalt der vergleichsweisen Regelung steht der Beklagten zu 1 nur der Steuervorteil zu, der den Klägern daraus entsteht, daß sie die Vergleichssumme in Höhe von 250.000 DM als Betriebsausgabe gegenüber dem Finanzamt geltend machen. Nicht hingegen sollen Steuererstattungsansprüche ihrerseits als Rückstellungen angesetzt werden und zu weiteren der Beklagten

zu 1 zufließenden steuerlichen Vorteilen führen. Der Vergleich sieht auch nicht vor, daß der Beklagten zu 1 die Steuervorteile zustehen sollen, die den Klägern möglicherweise dadurch entstehen, daß die streitige Schadensersatzforderung für den Zeitraum vor Abschluß des Vergleichs von ihnen als Rückstellung gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht wird.

Umstände, die es rechtfertigen würden, den Vergleich dahingehend ergänzend auszulegen, daß der Beklagten zu 1 auch diese Steuervorteile zustehen sollen, ergeben sich weder aus den Feststellungen des Berufungsgerichts noch aus dem Sachvortrag der Parteien.

2. Eine Auslegung des Vergleichs dahingehend, daß der Beklagten zu 1 etwaige Steuervorteile aus Rückstellungen zustehen sollen, ist schon deshalb nicht möglich, weil dieses Regelungsziel nur mit einer komplexen Vergleichsregelung erreicht worden wäre. Die Parteien hätten die Veranlagungszeiträume festlegen müssen. Sie hätten ferner regeln müssen, wie die steuerrechtlichen Folgen zu berücksichtigen sind, die sich aus der Auflösung der Rückstellung ergeben, die nach dem Vergleichsabschluß erforderlich wurde.

3. Da der Beklagten zu 1 aufgrund des Vergleiches lediglich die Steuervorteile zustehen, die den Klägern dadurch entstehen, daß sie die Vergleichssumme als Betriebsausgabe geltend machen, war R., der Beklagte zu 2, nur zu Anweisungen aufgrund des Vergleichs berechtigt, die dazu dienen, die steuerliche Berücksichtigung der Vergleichssumme als Betriebsausgabe zu gewährleisten.

Eine vertragswidrige Anweisung des Beklagten zu 2 muß die Beklagte zu 1 sich nach § 278 BGB zurechnen lassen, weil der Beklagte zu 2 insoweit ihr Erfüllungsgehilfe ist.

4. Soweit die Beklagte zu 1 Steuervorteile erhalten hat, die ihr nicht zustehen, oder soweit den Klägern ein Nachteil dadurch entstanden sein sollte, daß das Finanzamt Nachzahlung von ihnen verlangt hat, weil die Beklagte zu 1 vom Finanzamt Zahlungen erhalten hat, die auf einer vertragswidrigen Weisung des Beklagten zu 2 beruhen, steht den Klägern gegenüber der Beklagten zu 1 ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung zu.

Dressler

Thode

Hausmann

Kuffer

Kniffka