

38
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 839 F1, K; AbgO § 250 ff; EGO § 139 Abs. 3

Die abgabenrechtliche Regelung, die dem bereits im Einspruchsverfahren obsiegenden Steuerpflichtigen einen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen für einen Vertreter nicht gewährt, ist ohne sachlich-rechtliche Bedeutung für einen Anspruch auf Ersatz solcher Kosten, der auf eine Amtspflichtverletzung des tätig gewordenen Steuerbeamten gestützt wird.

BGH, Urt. v. 6. Februar 1975 - III ZR 149/72 OLG Schleswig
LG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 149/72

URTEIL

Verkündet am

6. Februar 1975

Schorm,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes S [REDACTED] - H [REDACTED] ver-
treten durch den Präsidenten der Oberfinanzdirektion
K [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Paulsen und Gürich-

gegen

den Kaufmann Kai B [REDACTED], L [REDACTED]-T [REDACTED],
G [REDACTED] Weg [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1975 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Kreft sowie der Richter Dr. Beyer, Gähtgens, Dr. Krohn und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 6. Oktober 1972 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Lübeck vom 20. Mai 1970 wird zurückgewiesen, soweit seine Klage in Höhe von 2.460,-- DM (Ersatz von Zeitaufwand) nebst Zinsen abgewiesen ist.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im November 1964 führte der damalige Steueroberinspektor W. [REDACTED] als Betriebsprüfer des Finanzamts L. [REDACTED] in dem Lebensmitteleinzelhandelsgeschäft



des Klägers in T [REDACTED] eine Betriebsprüfung für die Jahre 1959 bis 1963 durch.

In seinem Prüfungsbericht kam der Betriebsprüfer zu dem Ergebnis, daß der Kläger die tatsächlichen Wareneingänge und Umsätze in seinen Büchern nicht vollständig erfaßt habe. Der Prüfer begründete dies u.a. mit dem Umfang der eingelösten Rabattmarken und der Lage des Betriebes im Brennpunkt des Kurbades T [REDACTED] als Saisonbetrieb.

Aus diesen Gründen verwarf der Prüfer die formell ordnungsgemäße Buchführung des Klägers. Davon ausgehend, daß der Rücklauf an Rabattmarken im Verhältnis zum Umsatz pro Jahr höchstens 2 % betragen habe, nahm er eine entsprechende Schätzung der Umsätze vor.

Das Veranlagungsfinanzamt erließ in Auswertung des Ergebnisses der Betriebsprüfung gegen den Kläger mehrere Steuerbescheide, aus denen sich eine Nachzahlungsverpflichtung von 54.809,10 DM ergab. Der Kläger legte, vertreten durch die Steuerbevollmächtigten Dr. M [REDACTED] und B [REDACTED], Einspruch gegen die Steuerbescheide ein. Im Laufe des Einspruchsverfahrens führte ein zweiter Prüfer erneut eine Betriebsprüfung bei dem Kläger durch. In seinem Prüfungsbericht gelangte er u.a. zu dem Ergebnis:

"... . Es haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Steuerpflichtige in der Saison Aushilfskräfte beschäftigt hat, die nicht im Lohnbuch aufgezeichnet sind. Zur Erzielung der vom Vorprüfer unterstellten Umsätze wären aber weitere Verkaufskräfte erforderlich gewesen. Für die Rohgewinnentwicklung und den Kfz-Aufwand hat der Steuerpflichtige

ausreichende Begründungen gegeben. Der Rabattmarkenrücklauf ist zwar für rentable Verhältnisse ungewöhnlich, liegt aber durchaus im Rahmen der Lebensmittelgeschäfte in Schleswig-Holstein. Allein auf Grund des nur für den Saisonbetrieb ungewöhnlichen Rabattmarkenrücklaufs können Umsätze und Reingewinn nicht freigeschätzt werden, vielmehr ist die Buchführung für den Prüfungszeitraum als beweiskräftig anzuerkennen".

Aufgrund dieses Berichts hob das Finanzamt die Steuerbescheide auf.

Der Kläger hat von dem beklagten Land als Dienstherrn des Betriebsprüfers W. aus dem Gesichtspunkt der schuldhaften Amtspflichtverletzung Ersatz seiner für die Durchführung des Einspruchsverfahrens gemachten Aufwendungen in einer Höhe von 5.668,30 DM nebst Zinsen verlangt. Er hat behauptet, W. habe ihn unter Mißbrauch seines Amtes durch leichtfertige Unterstellungen schädigen wollen. Zumindest habe er in grober Weise die Anforderungen mißachtet, die an eine sorgfältige und unvoreingenommene Betriebsprüfung zu stellen seien.

Das beklagte Land ist der Klage entgegengetreten. Es hat erwidert, der Betriebsprüfer W. habe nach den durch die Prüfung gewonnenen Erkenntnissen davon ausgehen können, daß die Buchhaltung des Klägers sachlich unrichtig sei. Das Ergebnis der zweiten Betriebsprüfung erkläre sich allein daraus, daß der Kläger in der Begründung des Einspruchs neue, bisher nicht bekannte Tatsachen vorgebracht habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat den Klageanspruch für gerechtfertigt erklärt. Mit der zugelassenen Revision begehrt das beklagte Land in erster Linie die Abweisung der Klage als in dem gewählten Rechtsweg unzulässig, hilfsweise ihre sachliche Abweisung. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß über den geltend gemachten Ersatzanspruch im Zivilrechtsweg zu entscheiden sei. Die Revision hält das für unzutreffend, weil hier ein Kostenerstattungsanspruch im Zusammenhang mit einem steuerlichen Rechtsbehelf erhoben werde. Diese Auffassung teilt der erkennende Senat nicht.

Der Finanzrechtsweg ist (u.a.) eröffnet für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten über (bestimmte) Abgabenangelegenheiten (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 FGO). Der hier geltend gemachte Anspruch ist aber kein abgabenrechtlicher. Nach dem tatsächlichen Klagevorbringen, worauf abzustellen ist (vgl. BGHZ 31, 115, 121), handelt es sich um einen sachlich-rechtlichen (Haupt-) Anspruch auf Auslagenerstattung aus dem Gesichtspunkt schuldhafter Amtspflichtverletzung, nicht um einen abgabenrechtlichen (Neben-) Anspruch "im Gewande eines Amtshaftungsanspruchs" (vgl. RGZ 140, 84; 146, 257). Solche Ansprüche gehören in den Zivilrechtsweg (vgl. BGHZ 21, 359, 360; 39, 77; BGH MDR 1962, 641; Eyer-mann/Fröhler VwGO 6. Aufl. § 162 Rdn. 13). Das würde

selbst dann gelten, wenn im steuerrechtlichen Beschwerdeverfahren auch über die Erstattung der dem Steuerpflichtigen erwachsenen Auslagen für Bevollmächtigte zu entscheiden wäre (vgl. BGH DVBl. 1956, 95).

II.

In sachlicher Hinsicht macht die Revision vorweg geltend: Der Ausschluß der Erstattung von Auslagen des Steuerpflichtigen für Bevollmächtigte im sog. "isolierten" steuerrechtlichen Vorverfahren, wie er der Reichsabgabenordnung (§§ 250 ff AO) und der Finanzgerichtsordnung (§ 139 Abs. 3 FGO) zu entnehmen sei, müsse auch bei der Anwendung des § 839 BGB beachtet werden. Insoweit sei der Schutzbereich dieser Norm entsprechend eingeschränkt. Dem kann nicht gefolgt werden.

§ 139 Abs. 3 S. 3 FGO, der die Erstattung notwendiger Auslagen für im "Vorverfahren" zugezogene Bevollmächtigte vorsieht, findet keine (auch nicht entsprechende) Anwendung, wenn das Begehren des Steuerpflichtigen sich bereits im Einspruchsverfahren endgültig erledigt (BFH BStBl 1971 II 714, 715). Mit diesem Inhalt entspricht die Vorschrift der in § 162 Abs. 2 S. 2 VwGO für das verwaltungsrechtliche Vorverfahren getroffenen Regelung (BVerwGE 22, 281; BVerfGE 27, 175 = NJW 1970, 133; vgl. auch Senatsurteil vom 19. September 1974 - III ZR 12/73 = NJW 1975, 52, 54). Andererseits fehlt in den §§ 250 ff AO eine Bestimmung, die dem bereits im Einspruchsverfahren obliegenden Steuerpflichtigen einen **a b g a b e n r e c h t - l i c h e n** Anspruch auf Erstattung seiner Vertreterkosten

gibt (BVerfG aaO; Kühn/Kutter, AO 11. Auflage § 250 Anm. 2; Hohlfeld, BB 1966, 489). Daraus können aber keine Folgerungen für den Anwendungsbereich des § 839 BGB gezogen werden. Eine dem Steuerpflichtigen günstige Einspruchsentscheidung muß nicht, wie es für eine Haftung aus § 839 BGB vorausgesetzt wird, darauf beruhen, daß der angefochtene Steuerverwaltungsakt rechtswidrig ist. Trotz des in § 204 AO festgelegten Legalitätsprinzips kann die Entscheidung im Vorverfahren durch Erwägungen mitbestimmt sein, die im Ergebnis Zweckmäßigkeitserwägungen gleichzustellen sind (vgl. hierzu näher BVerfG aaO). Der Umstand, daß die Prüfung nicht auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beschränkt ist, verbietet es, dem Abgaben-Verfahrensrecht insoweit die Bedeutung einer auch in den Bereich des materiellen Schadensersatzrechts hineinwirkenden abschließenden Regelung beizumessen. Darin liegt der wesentliche Unterschied zu der von der Revision angeführten Entscheidung BGHZ 24, 263, in der angenommen wurde, daß die in §§ 471, 397 StPO enthaltene Regelung über die Erstattung der Kosten der Nebenklage im Verhältnis zwischen dem Nebenkläger und dem Angeklagten abschließend in dem Sinne sei, daß allein der Prozeßerfolg über die Kostenlast entscheiden solle (aaO S. 267). Ein solcher Grundsatz läßt sich für die Erstattung der Vertreterkosten des Einspruchsverfahrens den §§ 250 ff AO nicht entnehmen (so bereits BGH MDR 1962, 641 zu § 316 AO a.F.).

III.

1. Das Berufungsgericht hat den Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Kläger durch den Betriebsprüfungsbericht des Prüfers Weidemann erlitten hat, dem Grunde nach

für gerechtfertigt erklärt. Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt: Der Betriebsprüfer W. habe die Buchführung des Klägers nicht anerkannt, obwohl bei einer gewissenhaften Prüfung ein Anlaß zu schwerwiegenden Bedenken gegen die Richtigkeit der Angaben des Klägers in seinen Steuererklärungen für die Jahre 1960 bis 1963 nicht vorgelegen habe.

Der Ausgangspunkt des Prüfers, der Betrieb des Klägers sei ein "typischer Saisonbetrieb", dessen Umsätze in den Monaten Juli bis August auf das Drei- bis Vierfache der sonstigen Monats-Umsätze stiegen, sei im Tatsächlichen nicht hinreichend belegt. Selbst wenn man davon ausgehe, daß das Geschäft an einer von Kurgästen und Fährschiffsbenutzern zum Einkauf bevorzugten Stelle liege, reiche dies nicht für die Feststellung aus, der Betrieb des Klägers gehöre zu den umsatzmäßig besonders begünstigten Saisongeschäften. Auch der (innere) Betriebsvergleich mit den Umsatzangaben für die Jahre 1955 bis 1958 rechtfertige eine solche Annahme nicht, da in den späteren Jahren die Umsatzsteigerungen nicht sehr weit unter denen der früheren Jahre gelegen hätten. Im übrigen hätten mit den in den Lohnlisten ausgewiesenen 8 ständigen Verkaufskräften derartige Umsatzsteigerungen nicht bewältigt werden können. Der im Geschäft des Klägers festgestellte hohe Rabattmarkenrücklauf von 2,28 bis 2,69 % könne schon damit zu erklären sein, daß der Kläger in weiterem Umfang als vergleichbare Mitbewerber auf seine Waren Rabatt gewährt habe. Zusammenfassend lasse sich zwar feststellen, daß im Betrieb des Klägers

die Umsatzsteigerung in den Saisonmonaten gerade während des Prüfungszeitraums auffallend gering gewesen sei und der Rücklauf der Rabattmarken über dem Durchschnitt anderer Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte gelegen habe. Diese Umstände hätten es jedoch nicht gerechtfertigt, schwerwiegende Zweifel gegen die sachliche Richtigkeit der Buchführung des Klägers zu erheben.

Bei der Durchführung der Prüfung habe der Betriebsprüfer Weidemann fahrlässig gehandelt. Bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte er erkennen können, daß die Voraussetzungen für eine Verwerfung der formell ordnungsmäßigen Buchführung des Klägers nicht vorgelegen hätten. Vor allem dann, wenn die Einwendungen des Klägers gegen die Annahme, das Geschäft sei ein typischer Saisonbetrieb, hinreichend - auch von Amts wegen, § 204 AO - geprüft worden wären, hätten sich gegen die Bücher des Klägers keine schwerwiegenden Bedenken erheben lassen.

2. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die Verwerfung einer formell ordnungsmäßigen Buchhaltung überspannt. Außerdem habe es Tatsachen unberücksichtigt gelassen, denen für die Frage, ob ein Anlaß bestanden habe, die sachliche Richtigkeit der Buchhaltung anzuzweifeln, wesentliche Bedeutung zukomme.

Die Revision hat im Ergebnis Erfolg.

IV.

1. Der Betriebsprüfer entscheidet nicht über den Steueranspruch; er hat nur als Ermittlungsgehilfe des

Finanzamts Besteuerungsgrundlagen zu beschaffen (BFH BStBl 1961 III 290; 1963 III 23; § 1 Abs. 1 Betriebsprüfungsordnung (Steuer) - BpO (St) - BStBl 1966 I 46). Für die von ihm getroffenen tatsächlichen Feststellungen trägt der Betriebsprüfer die Verantwortung (Becker/Riewald/Koch, AO 9. Aufl. § 162 Anm. 8 unter "Betriebsprüfungsbericht"). Dagegen ist das Veranlagungsfinanzamt an eine vom Betriebsprüfer vertretene Rechtsauffassung nicht gebunden; es kann anders würdigen und im Zuge der Auswertung des Prüfungsberichts eine unrichtige Rechtsauffassung richtigstellen, weil über den Steueranspruch erst bei der Veranlagung entschieden wird (BFH BStBl 1963 III 212/3). Eine Haftung des Steuerprüfers aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung kommt hiernach nur insoweit in Betracht, als der Betriebsprüfer unzutreffende Besteuerungsgrundlagen feststellt, die vom Veranlagungsfinanzamt bei der Entscheidung über den Steueranspruch ausgewertet werden. Die Verpflichtung des Betriebsprüfers, die Besteuerungsgrundlagen nur unter den Voraussetzungen des Gesetzes und im Rahmen des gesetzlich Zulässigen festzustellen, stellt eine Amtspflicht auch gegenüber dem Steuerpflichtigen dar (vgl. Senatsurteil vom 16. Januar 1961 - III ZR 217/59 = VersR 1961, 533; vgl. auch RGZ 165, 257, 259).

2. Bücher und Aufzeichnungen des Steuerpflichtigen, die - wie hier - den formellen Anforderungen des § 162 AO entsprechen, haben die Vermutung ordnungsmäßiger Führung für sich und sind, wenn nach den Umständen des Falles kein Anlaß besteht, ihre sachliche Richtigkeit zu beanstanden, der Besteuerung zugrunde zu legen (§ 208 AO). Ob ein solcher

Anlaß vorliegt, die sachliche Unrichtigkeit der formell ordnungsmäßigen Buchführung anzunehmen, ist nach den jeweils gegebenen Umständen verschieden zu beantworten. Umstände, die in dem individuellen Betrieb vorliegen und das Betriebsergebnis **u n w a h r s c h e i n l i c h** machen (z.B. ein aus der Buchführung sich ergebender unwahrscheinlich niedriger Rohgewinnsatz), können eher zu einer Verwerfung der Buchführung und damit zu einer Schätzung gem. § 217 AO führen als Umstände, die nur den in anderen Betrieben gewonnenen allgemeinen Erfahrungen entnommen sind (BFH BStBl 1970 II 460; BStBl 1964 III 381). Die sich aus § 208 AO ergebende Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit der Buchführung kann im Einzelfall widerlegt sein, wenn der buchmäßige Umsatz von dem Ergebnis ähnlicher Betriebe und den Erfahrungen der Steuerbehörden so wesentlich abweicht, daß es ausgeschlossen ist, der Steuerpflichtige habe nur die gebuchten Umsätze ausgeführt; das ist erfahrungsgemäß anzunehmen, wenn der Umsatz um mindestens 10 % hinter dem vergleichbarer Betriebe zurückbleibt (BFH BStBl 1953 III 323; RFH RStBl 1936, 996; Becker/Riewald/Koch AO 9. Aufl. § 208 Anm. 2 Abs. 3; Kühn/Kutter AO 11. Aufl. § 217 Anm. 5b; Tipke/Kruse AO 6. Aufl. § 217 Rdn. 3a).

3. Hier stand im Mittelpunkt der Prüfung, ob das Geschäft des Klägers zu den "typischen Saisonbetrieben" gehört, die nach der Erfahrung der Steuerbehörden in den Saisonmonaten Juni bis August wesentlich höhere Umsätze erzielen. Das Berufungsgericht würdigt das lediglich unter der Fragestellung, ob angenommen werden könne, das Geschäft des Klägers habe in der Saison das "Drei- bis Vierfache" des Umsatzes im Monat Februar erzielt. Das ist zu eng. Ein

Anlaß, die Buchführung zu verwerfen, bestand, wie vorstehend dargelegt, schon dann, wenn der äußere Betriebsvergleich eine mindestens 10 %-ige Abweichung von dem Umsatz solcher Betriebe erkennen ließ, die dem Geschäft des Klägers nach Lage, Zuschnitt und Angebot vergleichbar waren. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Betriebsprüfer die insoweit wesentlichen Tatsachen ohne begründeten Anhalt angenommen hat. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob bei einer nach § 217 AO zulässigen Schätzung von dem Drei- bis Vierfachen des ausgewiesenen Umsatzes im Monat Februar hätte ausgegangen werden können. Das war nicht vom Betriebsprüfer sondern vom Veranlagungsfinanzamt zu entscheiden (vgl. oben IV 1).

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Betrieb des Klägers an einer Stelle liege, die zur maßgeblichen Zeit von Kurgästen und Benutzern der Fährschiffe von und nach Skandinavien zum Einkauf bevorzugt worden sei. Trifft das zu, so durfte der Betriebsprüfer das Unternehmen des Klägers jedenfalls als "Saisonbetrieb" ansehen. Ob fremde Betriebe, die nach Lage, Zuschnitt und Angebot mit einem s o l c h e n Geschäft verglichen werden können, in der Saison erfahrungsgemäß um mindestens 10 % höhere Umsätze als die vom Kläger ausgewiesenen haben, ist vom Tatrichter bisher nicht ermittelt. Die Folgerung des Berufungsgerichts, der Betriebsprüfer hätte zum Vergleich nur solche Einzelhandelsgeschäfte heranziehen dürfen, deren Umsatzsteigerung in den Saisonmonaten etwa der des Klägers entspreche, nicht aber Betriebe, die im T ~~raum~~ Raum "besonders viele

Durchreisende und Kurgäste" bedienten, ist in Ansehung der gemachten tatsächlichen Unterstellung über die Lage des klägerischen Unternehmens nicht haltbar: Wenn der Betrieb an einer von Kurgästen und Fährschiffbenutzern "zum Einkauf bevorzugten" Stelle liegt, ist ohne Darlegung weiterer Gründe nicht erkennbar, worin die wesentlich günstigere Wettbewerbssituation der ausgewerteten Vergleichsbetriebe begründet sein soll. Ohne eine Klärung des Sachverhalts in dieser Richtung läßt sich auch nicht feststellen, welche wesentlichen Erkenntnisse der Betriebsprüfer den vorhandenen Unterlagen hätte entnehmen oder sich sonst hätte verschaffen können (vgl. Berufungsurteil S. 29).

Der erkennende Senat vermag die hiernach wesentlichen Tatsachen auch nicht selbst festzustellen. Immerhin fällt es aber auf, daß in den Jahren 1955 bis 1958 und auch nach 1963 die saisonalen Umsatzsteigerungen in dem geprüften Unternehmen mit 100 bis 125 % erheblich höher waren als die Buchungsergebnisse für den Prüfungszeitraum. Die Darstellung des Klägers in der Einspruchsbegründung, er habe wegen zunehmender Konkurrenz knapper als vorher kalkulieren müssen, erklärt diese Umsatzentwicklung während der Saison nicht ohne weiteres. In diesen Zusammenhang gehört auch, daß der Rabattmarkenrücklauf im Geschäft des Klägers, wenn man von einem "Saisonbetrieb" ausgeht, im Vergleich zu anderen Travemünder Betrieben dieser Geschäftssparte ungewöhnlich hoch war (vgl. den Betriebsprüfungsbericht des zweiten Prüfers). Diese

aus dem äußeren Betriebsvergleich gewonnene Feststellung kann auch die Annahme nahelegen, daß eine Nichtteilnahme an den Auswirkungen der Saison, wie sie bei vergleichbaren Fremdbetrieben zu beobachten ist, ungewöhnlich wäre (vgl. dazu das vom Landgericht eingeholte Gutachten des Sachverständigen Schubert).

4. Bei dem jetzigen Prozeßstand kann ein V e r - s c h u l d e n des Betriebsprüfers W [REDACTED] nicht ausgeschlossen werden.

Eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung von Steuerbeamten bei der Durchführung einer Betriebsprüfung kommt allerdings nicht in Betracht, wenn ein Kollegialgericht das Vorgehen des Betriebsprüfers in allen entscheidenden Punkten ausdrücklich als rechtmäßig und als in Übereinstimmung mit den zu beachtenden gesetzlichen Vorschriften (Art. 208, 204 AO) stehend angesehen hat (vgl. Senatsurteil vom 16. Januar 1961 - III ZR 217/59 = VersR 1961, 533 - zu Art. 217 AO). Das ist hier aber nicht der Fall.

Das Berufungsgericht meint, das Landgericht habe (ersichtlich) die Klage nur wegen fehlenden Verschuldens des Betriebsprüfers W [REDACTED] abgewiesen. Das mag, wie die Revision rügt, unzutreffend sein. Das Landgericht hat in den Gründen seines Urteils u.a. ausgeführt, W [REDACTED] habe bei sorgfältiger und unvoreingenommener Prüfung

der ihm bekannten Umstände "nicht ... erkennen können und müssen", daß die Voraussetzungen für eine Verwerfung der Buchführung nicht vorgelegen hätten; der äußere Betriebsvergleich nach Lage und Art des Geschäfts habe nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Geschäftsunterlagen und Vergleichsmöglichkeiten zu "zutreffenden" Ergebnissen geführt; der Kläger sei auch bei der Schlußbesprechung nicht in der Lage gewesen, die (berechtigten) Einwendungen des Betriebsprüfers W[REDACTED] gegen die sachliche Richtigkeit der Buchführung zu entkräften.

Bei dieser Würdigung ist das Landgericht aber nicht von einem vollständigen Sachverhalt ausgegangen. Es hat namentlich nicht festgestellt, ob das Geschäft des Klägers tatsächlich ein wegen seiner Ortslage bevorzugter "Saisonbetrieb" ist, der auch nach seinen sonstigen betrieblichen Merkmalen mit solchen Unternehmen verglichen werden kann, deren Umsatz in den Saisonmonaten um mindestens 10 % höher ist als der vom Kläger buchmäßig ausgewiesene. Die für den angestellten äußeren Betriebsvergleich wesentlichen Tatsachen sind somit nicht aufgeklärt worden.

V.

1. In Höhe eines Betrages von 2.460 DM nebst Zinsen ist der Rechtsstreit jedoch aus anderen Gründen entscheidungsreif. Der Kläger fordert diesen Betrag mit

der Begründung, er habe insgesamt 123 Stunden aufwenden müssen, um die für ihn nachteiligen Folgen der ersten Betriebsprüfung abzuwenden; dieser Zeitaufwand sei pro Stunde mit 20 DM zu bewerten.

Der Standpunkt des Klägers, der zeitweise Ausfall seiner Arbeitskraft für das Unternehmen sei ein zu ersetzender Vermögensschaden, kann nicht gebilligt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs löst der bloße (zeitweise) Verlust der abstrakten Fähigkeit zum Erwerb nach bürgerlichem Haftpflichtrecht noch keinen Ersatzanspruch aus. Ein Selbständiger kann hiernach für ausgefallene "Arbeitsstunden" im eigenen Geschäft eine Vergütung nicht beanspruchen. Es bedarf jeweils im Einzelfall des Nachweises, daß der zeitweise Ausfall der Erwerbsfähigkeit zum Verlust bisher bezogener Einnahmen geführt hat oder daß sonst zu erwartende, gegebenenfalls gesteigerte Gewinne nicht gemacht werden konnten (vgl. BGHZ 54, 45, 52 ff. m.w.Nachw.). Diese Voraussetzungen für die Zubilligung eines Ersatzes liegen nach der Klagebegründung nicht vor.

2. Das Berufungsurteil ist hiernach in vollem Umfang aufzuheben. Soweit das Landgericht die auf Ersatz des Zeitaufwands (nebst Zinsen) gerichtete Klage abgewiesen hat, ist die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Im Übrigen ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen, das sowohl über die Kosten des Revisionsverfahrens als auch über die des Berufungsverfahrens insgesamt zu entscheiden hat.

Kreft Richter Dr. Beyer ist beurlaubt Gähtgens
 und verhindert, seine Unter-
 schrift beizufügen.

Kreft

Dr. Krohn

Dr. Tidow