

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 165/82

URTEIL

Verkündet am

19. September 1984

Hellmann

Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Firma W [REDACTED] G [REDACTED] mbH & Co,
Am E [REDACTED], H [REDACTED],
2. der W [REDACTED] G [REDACTED] gesellschaft mbH,
ebenda,
3. des kaufmännischen Angestellten und Rechtsanwalts
Dr. Max A. F [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

1. Herrn Dr. Otto D [REDACTED], B [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße [REDACTED],
L [REDACTED]-A [REDACTED],
2. Frau Elisabeth D [REDACTED], wohnhaft ebenda,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1984

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 8. Juli 1982 mit der Maßgabe aufgehoben, daß das Berufungsgericht nur noch über die zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Vermittlungsgebühr zu entscheiden hat.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer von drei Wohnungen im Ferienpark H[REDACTED]. Durch einen im Jahre 1970 abgeschlossenen Verwaltungsvertrag haben sie der Beklagten zu 1), die damals als Dr. Max F[REDACTED] & Co. firmierte und deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 3) war, die Verwaltung dieser Wohnungen übertragen. Im Verwaltungsvertrag heißt es u.a.:

§ 1 Vertragsgegenstand

(1) Der Unternehmer beauftragt die Firma mit der gesamten alleinigen Geschäftsführung für den Beherbergungsbetrieb. Die Firma führt die Geschäfte namens und für Rechnung des Unternehmers, insbesondere gehören hierzu folgende Geschäfte und Maßnahmen:

- a) Gewerbeanmeldung, Erfüllung der steuerlichen Buchführungspflichten einschließlich Erstellung des Jahresabschlusses
- b) Abgabe und Entgegennahme der zur Sicherstellung der gewerblichen Nutzung des Wohnungseigentums erforderlichen Erklärungen im Verhältnis zu den Behörden, insbesondere Durchführung der steuerlichen Maßnahmen unter Einschluß der Steuererklärungen
- c) Abschluß und Durchführung von Beherbergungsverträgen, auch mit Unternehmen des gewerblichen Fremdenverkehrs
- d) Säuberung und Instandhaltung der Räume und des Inventars
- e) Abschluß der erforderlichen Versicherungsverträge, insbesondere Haftpflichtversicherung ...

(2) Die Firma ist ermächtigt, die vorstehenden Aufgaben, soweit dieses tunlich erscheint, auf



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geeignete Personen, Firmen oder Organisationen zu übertragen.

(3) Die Firma hat die Aufgaben nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen. ...

.....

§ 4 Vergütung

(1) Für ihre Tätigkeit erhält die Firma eine Nettovergütung von 5 v.H. der Brutto-Einnahmen des Unternehmers zuzüglich MWSt monatlich, gleichgültig ob eine Vermietung stattfindet oder nicht. ...

.....

(5) Bei einer Steigerung des derzeitigen Lebenshaltungsindex für einen Vier-Personen-Haushalt mittleren Einkommens um mehr als 10 Punkte, kann die Firma eine angemessene Erhöhung der in Abs. 1 genannten Mindestvergütung verlangen.

.....

§ 8 Jahresabschluß, steuerliche Abwicklung

(1) Mit den in § 1 Abs. 1 a) und b) genannten Aufgaben wird

Dr. Alfons T. [REDACTED]
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater
[REDACTED]
C. [REDACTED]
Tel. [REDACTED]

beauftragt.

Ausgenommen von den, dem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater übertragenen Aufgaben bleibt jedoch die Erstellung der laufenden Aufzeichnungen der Einnahmen und Ausgaben des Gewerbebetriebs. Dies ist Aufgabe der Firma, die sie allerdings delegieren darf. Mit der Beauftragung und Bevollmächtigung von Herrn Dr. T. [REDACTED] erklärt sich der Unternehmer ausdrücklich einverstanden.

.....

§ 9 Dauer des Vertrages

(1) Der Vertrag beginnt mit dem 1.9.1970.

(2) Der Vertrag läuft bis zum 31. Dezember 1975. Danach verlängert er sich um jeweils drei Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres durch eingeschriebenen Brief von einem der Vertragspartner gekündigt wird.

.....

Am 22. Juni 1972 schlossen alle Wohnungseigentümer des Ferienparks H[REDACTED] einen Pool-Vertrag ab. Dieser enthielt u.a. folgende Bestimmungen:

§ 1 Interessengemeinschaft

(1) Die Beherbergungsunternehmer im Ferienpark H[REDACTED] vereinigen sich hiermit zu einer Interessengemeinschaft.

(2) Die Interessengemeinschaft führt die Bezeichnung "Beherbergungs-Pool Ferienpark H[REDACTED]".

(3) Der Sitz der Interessengemeinschaft befindet sich im Gemeinschaftszentrum des Ferienparks H[REDACTED].

(4) Die Interessengemeinschaft ist eine Innengesellschaft.

§ 2 Zweck der Interessengemeinschaft

Gegenstand der Interessengemeinschaft sind die Poolung der im Ferienpark H[REDACTED] erzielten Betriebsergebnisse zwischen den dort tätigen Beherbergungsunternehmen sowie sonstige Maßnahmen zum Interessenausgleich zwischen den Mitgliedern.

Später schied der Beklagte zu 3) als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) aus. An seine Stelle trat die Beklagte zu 2). Diese Rechts-

änderungen wurden am 30. November 1972 in das Handelsregister eingetragen. Der Beklagte zu 3) wurde Kommanditist der Beklagten zu 1) und Geschäftsführer der Beklagten zu 2).

Mit Wirkung vom 1. November 1975 wurde die Verwaltung des Ferienparks anstelle der Beklagten zu 1) der neu gegründeten H[REDACTED] GmbH & Co. Verwaltungs KG übertragen. Der Beklagte zu 3) wurde Geschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser Gesellschaft, die Wohnungseigentümer Kommanditisten.

Bei einer im Jahre 1976 durchgeführten Betriebsprüfung wurden vom Finanzamt erhebliche Mängel der von der Beklagten zu 1) geführten buchhalterischen Grundaufzeichnungen festgestellt. Das Finanzamt verlangte deshalb von der Kläger einen Teil der ihnen gewährten Investitionszulagen zurück. Es erhöhte die von den Klägern zu zahlende Selbstverbrauchssteuer und schätzte den Gewinn, den die Kläger aus der Vermietung der Appartements im Ferienpark H[REDACTED] erzielt hatten; auch hierdurch ergab sich für sie eine steuerliche Mehrbelastung.

Mit der vorliegenden Klage haben die Kläger von den Beklagten als Gesamtschuldnern Ersatz des Schadens verlangt, der ihnen nach ihrer Auffassung durch die Buchführungsfehler der Beklagten zu 1) entstanden sind und die sie wie folgt berechnen:

- 7 -

Investitionszulage	5.678,80 DM
Selbstverbrauchssteuer	402,18 DM
Gewinnzuschätzungen des Finanz-	
amtes	<u>1.458,-- DM</u>
	7.538,98 DM

Ferner begehrten sie die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz des weiteren Schadens.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Hiergegen haben die drei Beklagten Berufung eingelegt. In der Berufungsinstanz stellte sich heraus, daß die Beklagte zu 1) am 26. April 1978 und die Beklagte zu 2) am 17. November 1978 im Handelsregister gelöscht worden waren. Die Kläger erklärten die Klage gegenüber diesen beiden Beklagten sowie den Feststellungsantrag in der Hauptsache für erledigt. Die Beklagten widersprachen der Erledigungserklärung mit der Behauptung, die Klage sei von Anfang an unbegründet gewesen.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert. Hinsichtlich eines Teilbetrages von 2.285,60 DM hat es die Klage gegen sämtliche Beklagten abgewiesen. Im übrigen hat es die Klage, soweit sie gegen die Beklagten zu 1) und 2) gerichtet war, in der Hauptsache für erledigt erklärt. Den Beklagten zu 3) hat es zur Zahlung von 5.253,38 DM nebst Zinsen verurteilt. Den Feststellungsantrag hat es ebenfalls für erledigt erklärt.

Mit der (zugelassenen) Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte den Klägern gegenüber zu einer ordnungsgemäßen Buchführung verpflichtet gewesen sei. Es verweist insoweit auf § 1 Abs. 1 a des Verwaltungsvertrages, in dem bestimmt war, daß der Beklagten u.a. die Erfüllung der steuerlichen Buchführungspflichten oblag. Durch die in § 8 des Vertrages vorgesehene Beauftragung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Dr. T. sei die von der Beklagten übernommene Verpflichtung jedenfalls insoweit nicht berührt worden, als sie sich auf die Grundaufzeichnungen bezog; denn die Herstellung dieser Aufzeichnungen habe nicht zum Wirkungskreis von Dr. T. gehört; es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob Dr. T. im übrigen Erfüllungsgehilfe der Beklagten gewesen sei. Die Übertragung der steuerlichen Buchführungspflicht auf die Beklagte sei wirksam vereinbart worden. Einen Verstoß gegen das Verbot geschäftsmäßiger Besorgung fremder Steuerangelegenheiten (§ 107 a RAO) enthalte der Vertrag nicht. Es sei bereits fraglich, ob die Beklagte fremde Steuerangelegenheiten besorgt habe; gegen eine solche Annahme spreche, daß die Beklagte

für die einzelnen Wohnungseigentümer keine getrennten Kassen geführt habe. Auf jeden Fall sei die Beklagte als Verwalterin fremden Vermögens nach § 197 a (gemeint ist offenbar § 107 a) Abs. 2 Nr. 4 RAO zur Hilfeleistung in Steuersachen hinsichtlich des verwalteten Vermögens befugt gewesen.

Die Revision versucht in erster Linie darzutun, daß entgegen den vom Berufungsgericht geäußerten Zweifeln die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 107 a Abs. 1 RAO vorgelegen hätten. Ob diese Ansicht zutreffend ist, kann offen bleiben; das Berufungsgericht hat es auf diesen Gesichtspunkt nicht entscheidend abgestellt. Die Zulässigkeit der getroffenen Vereinbarung ergibt sich auf jeden Fall aus § 107 a Abs. 2 Nr. 4 RAO. Daß der Beklagten zu 1) die Verwaltung fremden Vermögens übertragen worden war und daß die von ihr zu erledigenden Buchhaltungsarbeiten die Verwaltung dieses Vermögens betrafen, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden.

Da somit ein Verstoß gegen § 107 a RAO nicht vorliegt, kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit das in dieser Vorschrift angeordnete Buchführungsprivileg für die steuerberatenden Berufe verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl. dazu BVerfGE 54, 301 = NJW 1981, 33).

2. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß die von der Beklagten zu 1) übernommene Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung gegenüber den Klägern und nicht etwa gegenüber einer aus allen oder vielen Wohnungseigentümern zusammengesetzten Gesellschaft bestand. An dem Verwaltungsvertrag, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, waren außer den beiden Klägern keine anderen Wohnungseigentümer beteiligt; die Beklagte konnte daher durch ihn nur vertragliche Beziehungen zu den Klägern begründen. An dieser Rechtslage hat auch der Poolvertrag vom 22. Juni 1972 nichts geändert. Durch ihn sollte, wie in § 1 Abs. 4 ausdrücklich hervorgehoben wird, nur eine Innengesellschaft begründet werden. Aus dem Parteivortrag ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß etwa die Vertragsschließenden den Begriff der Innengesellschaft verkannt hätten und in Wirklichkeit eine Außengesellschaft begründen wollten. Die Qualifizierung als Innengesellschaft entspricht vielmehr in jeder Hinsicht der damaligen Interessenlage, dem Zweck des Poolvertrages und den in ihm enthaltenen Einzelregelungen. Das Wesen einer Innengesellschaft besteht darin, daß im Rechtsverkehr nur die einzelnen Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft als solche auftreten; Ansprüche gegenüber Dritten können daher nur zu Gunsten einzelner Gesellschafter begründet werden.

Daß die Gründung der Innengesellschaft ein Scheingeschäft gewesen sei, durch das die Gründung

einer Außengesellschaft verdeckt wurde, haben die Beklagten nicht schlüssig dargelegt. Dazu genügt nicht die Behauptung, es sei eine Vermietung der Wohnungen "für gemeinschaftliche Rechnung" gewollt gewesen. Es macht gerade das Wesen der Innengesellschaft aus, daß die Geschäfte zwar nicht im gemeinsamen Namen, wohl aber für gemeinsame Rechnung betrieben werden.

3. Das Berufungsgericht entnimmt aus den Betriebsprüfungsberichten, daß die Beklagte zu 1) die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung verletzt habe. Die Berichte seien für das Zivilgericht nicht bindend und von ihm frei zu würdigen. Es fehle jedoch jeder Anhaltspunkt dafür, daß die in ihm getroffenen Feststellungen unzutreffend gewesen seien.

Im Betriebsprüfungsbericht vom 10. Dezember 1976 (Bl. 16 d.A.) werden schwerwiegende Mängel der Kassenaufzeichnungen festgestellt. Aus ihm ergibt sich insbesondere, daß nicht zeitnah gebucht worden ist. Eine laufende Abstimmung des tatsächlichen Geldbestandes mit dem buchmäßigen Bestand hat nicht stattgefunden. Kassenbestände wurden grundsätzlich nur zum Monatsende, zum Teil überhaupt nicht ausgewiesen. Additionen sind lediglich mit Bleistift vorgenommen worden. Um den in den Monaten Juni und Juli 1972 entstandenen Fehlbetrag auszugleichen, sind fiktive Kasseneingänge in Höhe von 21.400,- DM nachgebucht worden. Für die Monate August bis Oktober 1972 weisen die Kassenaufzeichnungen einen Kassenfehlbetrag von 44.639,- DM auf.

Daß eine solche Art der Verbuchung den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung nicht entsprach, daß also die Beklagte zu 1) ihre Buchführungspflicht objektiv verletzt hat, bedarf keiner weiteren Begründung.

4. Bei der Prüfung der Frage, ob die Beklagte zu 1) schuldhaft gehandelt hat, ist ein objektiver Maßstab anzulegen (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es kommt demnach nicht darauf an, ob die für die Beklagte zu 1) handlungsberechtigten Personen und die von ihr mit der Führung des Kassenbuchs beauftragten Personen die für diese Aufgabe erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hatten. Entscheidend ist vielmehr allein, ob eine für diese Aufgabe hinreichend qualifizierte Kraft bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt die genannten Fehler vermieden hätte. Daran kann, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, kein vernünftiger Zweifel bestehen.

5. Zu der Frage des kausalen Zusammenhangs zwischen der von der Beklagten zu 1) begangenen schuldhaften Vertragsverletzung und der Verwerfung der Buchhaltung durch die Finanzbehörden führt das Berufungsgericht aus:

Das Finanzamt habe die Buchführung verworfen und es habe auch steuerliche Konsequenzen daraus gezogen. Das sei für das Berufungsgericht verbindlich. Dieses könne also nicht etwa unterstellen,

daß das Finanzamt die Buchführung nicht verworfen hätte. Es sei auch unerheblich, ob die Buchführung zu Recht verworfen worden sei oder ob vielleicht die Mängel eine Verwerfung nach Steuerrecht nicht gerechtfertigt hätten. Es stehe aber fest, daß die zivilrechtlichen Buchführungsmängel die Verwerfung der Buchführung verursacht hätten. Ohne diese Mängel wäre es nicht zu einer Verwerfung gekommen. Es sei auch in keiner Weise ungewöhnlich, daß Buchführungsmängel zu einer Verwerfung und schließlich zu steuerlichen Konsequenzen führten. Die Folgen fielen in den Schutzbereich der übernommenen Buchführungspflicht (BU Tz. 5.1 und 5.2 - S. 15). An anderer Stelle (Tz. 8.1 BU S. 25) wird die Buchführung als sowohl zivil- wie steuerrechtlich mangelhaft bezeichnet. Diese Ausführungen sind nicht leicht zu verstehen; sie haben in der Tat auch bei den Revisionsklägern zu Mißverständnissen geführt. Im Ergebnis ist die Auffassung des Berufungsgerichts jedoch zutreffend. Dazu ist zu bemerken:

a) Nach dem Verwaltungsvertrag oblag der Beklagten zu 1) u.a. "die Erfüllung der steuerlichen Buchführungspflichten". Das, was die Beklagte zu 1) den Klägern schuldete, war somit eine den steuerlichen Anforderungen entsprechende Buchführung; die in dieser Hinsicht bestehenden Pflichten waren daher mit denen gegenüber der Steuerbehörde identisch.

Es kann auch nicht als richtig anerkannt werden, daß hinsichtlich der Führung des Kassenbuchs Unterschiede zwischen der "zivilrechtlichen" (richtiger: handelsrechtlichen) und der steuerrechtlichen Buchführungspflicht bestünden. Nach § 38 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Nach § 160 RAO (jetzt § 140 AO 1977) hat er die ihm nach dem Handelsgesetzbuch obliegende Buchführungspflicht auch im Interesse der Besteuerung zu erfüllen. Infolge der in § 160 RAO enthaltenen Verweisung auf die handelsrechtlichen Vorschriften gelten im steuerrechtlichen Bereich hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie im Handelsrecht. Mit Recht betont daher der Bundesfinanzhof, daß die Frage, ob eine Buchführung ordnungsgemäß ist, sich nicht danach beurteile, ob ihre Ergebnisse unverändert der Besteuerung zugrunde gelegt werden können, sondern danach, ob sie den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und den allgemeinen Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung entsprechen (StBl 1953 III 117; StBl 1953 III 357).

Was insbesondere die Führung des Kassenbuchs angeht, so stimmen die handelsrechtlichen und steuerlichen Anforderungen weitgehend überein. Erforderlich ist, daß in den Aufzeichnungen alle tatsächlich erfolgten - aber auch nur die tatsächlich

erfolgten - Kassenein- und ausgänge festgehalten werden. Sie müssen mit dem richtigen Datum und mit dem richtigen Betrag eingetragen werden. Um diesen Anforderungen zu genügen, muß die Verbuchung alsbald nach dem Geschäftsvorfall erfolgen, da eine spätere Rekonstruktion in vielen Fällen unmöglich oder mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, auf jeden Fall aber die Gefahr von Buchungsfehlern begründet (RGSt 39, 217, 219; 47, 311, 312; jetzt § 43 Abs. 2 HGB). Die Art und Weise, in der die Beklagte zu 1) Kassenaufzeichnungen führte, entsprach daher weder den handelsrechtlichen noch den steuerrechtlichen Erfordernissen.

b) Nach der ursprünglichen, hier anzuwendenden Fassung des Investitionszulagengesetzes (Bundesgesetz vom 18.8.1969 - BGBl. I, 1211, § 1 Abs. 3 Nr. 2) setzte die Gewährung der Investitionszulage eine ordnungsgemäße Buchführung beim Empfänger voraus. Stellte sich nachträglich heraus, daß die Buchhaltung den Anforderungen nicht genügte, so war die Investitionszulage zurückzufordern. Ebenso waren nach § 217 Abs. 2 Satz 2 RAO die Besteuerungsgrundlagen zu schätzen, wenn die Bücher und Aufzeichnungen, die ein Steuerpflichtiger nach den Steuergesetzen zu führen hatte, unvollständig oder formell oder sachlich unrichtig waren. Daß das Finanzamt im vorliegenden Fall die Investitionszulage zurückforderte und die Einkünfte schätzte, war demnach nicht nur die adäquate, sondern sogar die rechtlich notwendige Folge der festgestellten Buchhaltungsmängel.

6. Die Beklagten machen geltend, die Investitionszulage hätte auch dann zurückgefordert werden müssen, wenn die Buchhaltung ordnungsgemäß geführt gewesen wäre, da auch die sonstigen Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage nicht vorgelegen hätten. Damit erheben die Beklagten, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, den Einwand der Reserveursache, für den der Schädiger beweispflichtig ist (Senatsurteil v. 29.9.1982 - IVa ZR 309/80 - NJW 1983, 1053 = WM 1983, 35 = VersR 1983, 177 unter Ziff. I 4 a). Nach ihrer Auffassung hätte den Klägern keine Investitionszulage bewilligt werden dürfen, weil sie mit der Vermietung von Eigentumswohnungen im Ferienpark H[REDACTED] keine gewerbliche Tätigkeit betrieben hätten. Das Berufungsgericht hat sich mit Recht dieser Auffassung nicht angeschlossen.

a) Unrichtig ist zunächst die von den Beklagten vertretene Ansicht, die Betriebsprüfer hätten, da die Investitionszulage bereits wegen der Buchhaltungsmängel zurückzufordern war, keine Veranlassung gehabt zu prüfen, ob die Kläger als Gewerbetreibende anzusehen waren. Diese Frage war nicht nur für die Gewährung der Investitionszulage, sondern auch für die Art der Besteuerung der Einkünfte aus dem Ferienpark H[REDACTED] von Bedeutung. Wenn die Kläger keine Gewerbetreibenden waren, wären diese Einkünfte nicht als solche aus Gewerbebetrieb, sondern als solche aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern gewesen. Die Betriebsprüfer haben jedoch die Behandlung der Ein-

künfte als solche aus Gewerbebetrieb und die Anwendung der hierfür geltenden steuerlichen Vorschriften ausdrücklich gebilligt (vgl. Betriebsprüfungsbericht Tz. 9 c, 13, 17, 18 - Bl. 731, 732 d.A.). Da bei der Berechnung der Einkommenssteuerschuld von einem Gewerbebetrieb der Kläger und der anderen Wohnungseigentümer ausgegangen wurde, konnten sie bei der Prüfung des Anspruchs auf Investitionszulage schwerlich die Ansicht vertreten, es liege kein Gewerbebetrieb vor. Da sich die Finanzbehörden in diesem Punkt auf einen für die Kläger günstigen Rechtsstandpunkt gestellt haben, erscheint es zweifelhaft, ob es insoweit überhaupt noch auf die objektive Rechtslage ankommt (vgl. BGHZ 79, 223).

b) Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es hier jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat die objektive Rechtslage geprüft und ist dabei zu dem zutreffenden Ergebnis gekommen, daß die Finanzbehörden nicht berechtigt waren, die Investitionszulage aus anderen Gründen als dem der mangelhaften Buchhaltung zurückzufordern. Das Berufungsgericht verweist darauf, daß das Finanzamt die Investitionszulage nach eingehender Erörterung der rechtlichen Problematik und in voller Kenntnis aller tatsächlichen Umstände bewilligt hat. Es meint, daß unter diesen Umständen "ein Widerruf wegen fehlender Gewerbeeigenschaft nachträglich kaum noch möglich gewesen" sei (BU S. 21 unter Ziff. 5.4 e). Eine nähere Begründung für diese Ansicht gibt es allerdings nicht; insbesondere fehlt im Berufungsurteil eine

Erörterung der Frage, nach welchen gesetzlichen Vorschriften sich die Aufhebung eines Investitionszulagenbescheides richtet. Dazu ist zu bemerken:

Nach § 3 Abs. 5 Satz 1 des Investitionszulagengesetzes in seiner ursprünglichen Fassung (Art. 1 des Bundesgesetzes vom 18. August 1969, BGBl. I 1211) war dann, wenn nach der Auszahlung der Investitionszulage festgestellt wurde, daß die Voraussetzungen für ihre Gewährung nicht oder nur zum Teil vorgelegen haben, die Zulage insoweit zurückzuzahlen, als sie zu Unrecht gewährt worden war. Irgendwelche Einschränkungen der Rückzahlungspflicht sah das Gesetz nicht vor. Seinem Wortlaut nach scheint es die Rückforderung von keiner anderen Voraussetzung abhängig zu machen als von der, daß die Zulage zu Unrecht bewilligt worden war, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der bei der Bewilligung unterlaufene Fehler auf rechtlichem oder tatsächlichem Gebiet lag. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hatte jedoch die mit § 3 Abs. 5 Satz 1 des Investitionszulagengesetzes wörtlich übereinstimmende Bestimmung des § 19 Abs. 6 des Berlinförderungsgesetzes (i.d.F. vom 26. Juli 1962 BGBl. I, 492) dahin verstanden, daß nur ein Tatsachen-, nicht aber ein Rechtsirrtum die Rückforderung begründe (VG Berlin EFG 1965, 523). Wenn der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Rechtsprechung die Formulierung des Berlinhilfegesetzes in das Investitionszulagengesetz übernommen hat, so hat er damit zu erkennen gegeben, daß dieses Gesetz in gleichem Sinne verstanden werden solle. Demgemäß hat auch die Recht-

sprechung der Finanzgerichte eine Rückforderung der Investitionszulage nur bei einem Tatsachen-, nicht aber bei einem Rechtsirrtum des bewilligenden Finanzamts für zulässig gehalten (FG Berlin EFG 1972, 574; FG Kassel EFG 1973, 87; FG Berlin EFG 1974, 246; vgl. auch FG Hamburg EFG 1977, 36). Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an (vgl. dazu auch Hermann-Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftssteuer, § 3 InvZulG a.F. Rdn. 3; Vbdg mit § 19 Berlinförderungsgesetz Rdn. 50).

c) Obwohl das Berufungsgericht eine Rückforderung der Investitionszulage wegen fehlender Gewerbetätigkeit schon aus verfahrensrechtlichen Gründen für unzulässig hielt, ist es in eine Prüfung der Frage eingetreten, ob die Zulage mit Recht bewilligt worden ist; es hat diese Frage bejaht. Der Senat hat die diesbezüglichen Rechtsausführungen des Berufungsgerichts überprüft und für zutreffend befunden. Auf sie kommt es jedoch aus den oben dargelegten Gründen nicht an. Der Senat sieht deshalb von näheren Ausführungen zu diesem Punkt ab.

7. In den Vorinstanzen ist eingehend die Frage erörtert worden, ob die Kläger persönlich oder durch den Steuerberater Dr. T. [REDACTED] die Buchführung der Beklagten zu 1) "genehmigt" hätten. Diese Fragestellung ist nicht richtig. Die Schadensersatzpflicht, die die Beklagte zu 1) wegen der Mängel der Buchhaltung trifft, könnte einmal dann entfallen, wenn die Kläger sie von

der Erfüllung der vertraglich übernommenen Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchhaltung entbunden hätten, zum anderen dann, wenn sie nachträglich die Schadensersatzverpflichtung erlassen hätten. Daß in diesem Sinne irgendwelche ausdrückliche Erklärungen abgegeben worden seien, wird von keiner Seite behauptet. Die Beklagten berufen sich lediglich darauf, daß der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer Dr. T. [REDACTED] die von der Beklagten zu 1) geführten Grundaufzeichnungen unbeanstandet den von ihm selbst auszuführenden Buchhaltungs- und Bilanzierungsarbeiten zugrunde gelegt habe.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob Dr. Theilmann zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Kläger befugt war. Wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt, spricht der Regelungszusammenhang des Verwaltervertrages dafür, daß die Erledigung aller buchhalterischen und steuerlichen Aufgaben Sache der Beklagten zu 1) war, die dabei lediglich sich des Steuerberaters Dr. T. [REDACTED] als Erfüllungsgehilfen bedienen durfte und bedienen sollte; soweit im Vertrag von einer Bevollmächtigung die Rede ist, ist offenbar nur an eine Vertretung gegenüber den Finanzbehörden gedacht. Selbst wenn man ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen den Klägern und Dr. T. [REDACTED] annehmen wollte, würde es an jedem Anhaltspunkt für die Annahme fehlen, der letztere sei zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Kläger in ihren vertraglichen Beziehungen zur Beklagten zu 1) bevollmächtigt worden, er sei insbesondere er-

mächtigt gewesen, der Beklagten zu 1) Schuldverbindlichkeiten gegenüber den Klägern zu erlassen und sie von der Einhaltung vertraglicher Verpflichtungen zu entbinden.

In der Tat läßt sich aus dem Verhalten des Steuerberaters Dr. T. ein hierauf gerichteter rechtsgeschäftlicher Wille nicht entnehmen. Daß er die Grundaufzeichnungen, die die Beklagte zu 1) zu führen hatte, unbeanstandet den von ihm auszuführenden Buchhaltungsarbeiten zugrunde legte, kann verschiedene Gründe haben: Es kann sein, daß er die Buchführungsmängel nicht erkannte. Es kann auch sein, daß er keine Möglichkeit sah, die Mängel nachträglich zu beheben. Im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß eine Partei sich der ihr zustehenden Rechte begeben will; bei der Prüfung, ob in dem Verhalten der Partei eine stillschweigende Aufgabe von Rechtspositionen zu sehen ist, sind daher strenge Anforderungen zu stellen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Senats für die befreiende Schuldübernahme (Urt. v. 20.10.1982 - IVa ZR 81/81 - LM BGB § 414 Nr. 9 = NJW 1983, 678); es gilt in noch stärkerem Maße für den Erlaß einer Forderung oder für die Entbindung von vertraglichen Sorgfaltspflichten, zumal dann, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, für den Vertragspartner von besonderer Bedeutung sind (vgl. RG Soerg Rspr. 1919, BGB § 133 Nr. 10; vgl. auch Krüger-Nieland/Zöllner in BGB-RGRK 12. Aufl. § 133 Rdn. 35). Danach fehlt es im vorliegenden Fall bereits an der schlüssigen Darlegung einer

stillschweigenden Verzichtserklärung, so daß es auf tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr ankommt.

8. Das Berufungsgericht verneint ein mitwirkendes Verschulden der Kläger. Es nimmt an, daß die Kläger nach dem Verwaltungsvertrag nicht gehalten waren, die Buchführungsarbeiten der Beklagten zu 1) zu überwachen. Diese Auslegung ist vom Revisionsgericht nur im beschränkten Umfang nachprüfbar; sie ist naheliegend und nicht durch Rechtsfehler beeinflußt. Die Kläger traf daher auch nicht die Verpflichtung, einen Steuerberater mit der Überwachung der Buchhaltungsarbeiten der Beklagten zu 1) zu beauftragen. Schon aus diesen Gründen erscheint der Einwand des mitwirkenden Verschuldens unbegründet. Ob und in welchem Umfang Dr. T. [REDACTED] den Klägern gegenüber zur Überwachung der Arbeiten der Beklagten zu 1) verpflichtet war, kann dahingestellt bleiben; es kann auch unerörtert bleiben, ob er in dem Zeitpunkt, in dem er erstmals die Buchungsmängel erkannt hat oder erkennen konnte, noch die Möglichkeit hatte, auf ihre Behebung hinzuwirken.

9. Durch die Gründung der H. [REDACTED] GmbH & Co. Verwaltungs KG haben die Kläger ihre Aktivlegitimation nicht verloren. Es wird nicht behauptet, daß sie die - in ihrer Person entstandene - Schadensersatzforderung in die GmbH & Co. abgetreten hätten. Von selbst versteht sich dies nicht.

10. Der den Klägern gegen die Beklagte zu 1) zustehende Schadensersatzanspruch ist nicht verjährt. Der zwischen den Wohnungseigentümern und der Beklagten zu 1) abgeschlossene Verwaltungsvertrag war ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hatte (§ 675 BGB); für die Ansprüche, die sich aus der Verletzung der durch einen solchen Vertrag begründeten Pflichten ergeben, sieht das Gesetz keine besonderen Verjährungsfristen vor; es gilt daher die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren. Der von den Beklagten vertretenen Ansicht, es sei neben dem Verwaltungsvertrag noch ein besonderer, auf die Herstellung von buchhalterischen Grundaufzeichnungen gerichteter Werkvertrag anzunehmen, kann nicht gefolgt werden. Wer fremdes Vermögen verwaltet, wird in den meisten Fällen gehalten sein, über die mit der Vermögensverwaltung verbundenen Einnahmen und Ausgaben sowie über die sonstigen Vermögensbewegungen Aufzeichnungen zu führen, sei es, um einer steuerlichen Buchführungspflicht zu genügen, sei es, um später gegenüber dem Vertragspartner abrechnen zu können. Diese Tätigkeit wird von der Verkehrsauffassung als ein unselbständiger Teil der Vermögensverwaltung angesehen. Davon sind ersichtlich auch im vorliegenden Fall die Vertragsparteien ausgegangen; denn sie haben die Buchführungspflicht im Rahmen des Verwaltungsvertrages geregelt. Für eine Anwendung der Werkvertragsvorschriften, insbesondere des § 638 BGB, ist deshalb kein Raum.

Die Beklagten meinen, für die Schadensersatzansprüche gegen den Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. T. gelte eine Verjährungsfrist von sechs Monaten; auf diese könne sich auch die Beklagte zu 1) im Verhältnis zu den Klägern berufen. Diese Ansicht ist unzutreffend selbst wenn die "Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften" (Bl. 139 d.A.), auf die sich die Beklagten berufen, wirksam zum Bestandteil eines Vertrages zwischen den Klägern und Dr. T. gemacht worden wären (vgl. dazu Senatsurteil vom 29. September 1982 - IVa ZR 309/80 - NJW 1983, 1053 = WM 1983, 35 unter Ziffer II 3), so wären sie nur im Verhältnis zwischen den Klägern und dem Steuerberater, nicht aber im Verhältnis zwischen den Klägern und der Beklagten zu 1) anwendbar. Es ist zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt, möglich, daß Vertragsparteien zu Gunsten eines Dritten die gesetzliche Verjährungsfrist abkürzen oder für Klagen gegenüber diesen Dritten eine im Gesetz nicht vorgesehene Ausschlußfrist bestimmen (§ 328 BGB). Dafür, daß zwischen den Klägern und dem Wirtschaftsprüfer Dr. T. eine solche Vereinbarung zu Gunsten der Beklagten zu 1) zustande gekommen wäre, fehlt es jedoch im Parteivortrag an jedem Anhaltspunkt.

II.

Das Berufungsgericht berechnet den zu ersetzenden Schaden mit 5.766,20 DM. Die hierfür gegebene Begründung

enthält keinen Rechtsfehler, durch den die Beklagten beschwert sein könnten.

1. Die den Klägern entgangene Investitionszulage beziffert das Berufungsgericht mit 5.678,80 DM. Dies ist nach dem Parteivortrag zutreffend und wird von der Revision nicht beanstandet.

2. Das Berufungsgericht meint, für die Zuschätzungen in Höhe von 1.458,- DM sei die Verwerfung der Buchführung unerheblich. Ob diese, für die Beklagten günstige Annahme zutreffend ist, ist hier nicht zu prüfen, da die Kläger keine Anschlußrevision eingelegt haben.

3. Die Kläger verlangen Ersatz der von ihnen zu zahlenden Selbstverbrauchssteuer in Höhe von 402,18 DM. Das Berufungsgericht hält den Anspruch in Höhe von 87,50 DM für begründet. Es hat nicht übersehen, daß die Zahlung der zusätzlichen Selbstverbrauchssteuer von 87,50 DM weitere steuerliche Auswirkungen haben kann. Es verkennt auch nicht, daß Steuervorteile bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sind. Eine genaue Aufklärung aller hierfür erheblichen Umstände hält es jedoch im Anschluß an BGHZ 53, 132 und das Urteil des VII. Zivilsenats vom 22. März 1979 - VII ZR 259/77 - WM 1979, 530 nicht für erforderlich. Die Revision beanstandet dies; sie sieht hierin eine Verletzung von § 286 ZPO. Dabei übersieht sie jedoch, daß der Tatrichter über die Höhe des Schadens nicht nach

§ 286, sondern nach § 287 ZPO zu entscheiden hat (BGHZ 84, 244, 253). Seine Entscheidung ist hiernach rechtsfehlerfrei.

III.

1. Den von den Beklagten erhobenen Gegenanspruch auf erhöhte Verwaltervergütung hat das Berufungsgericht ihnen in Höhe von 512,82 DM zugebilligt. Damit hat es ihrem Begehren in vollem Umfang Rechnung getragen. Ausweislich des Tatbestandes haben die Beklagten nur in dieser Höhe mit einem Anspruch auf Verwaltervergütung aufgerechnet.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht hätte "übersehen", daß die Wohnungseigentümer für die Verwaltungsgebühr gesamtschuldnerisch haften. Die Gesamtforderung der Beklagten zu 1) belaufe sich daher auf 107.800,- DM. Damit nehmen die Beklagten eine in der Revisionsinstanz unzulässige Erhöhung der zur Aufrechnung gestellten Forderung vor.

2. Nach § 4 Abs. 3 des Verwaltungsvertrages sollte die Beklagte zu 1) eine weitere Vergütung in Form einer Vermittlungsgebühr beim Abschluß von Beherbergungsverträgen erhalten, soweit keine Reiseveranstalter beteiligt waren. Diese Vergütung hat die Beklagte zu 1) während der Dauer ihrer Verwaltungstätigkeit nicht geltend gemacht; sie beziffert sie jetzt mit 1.199.200,- DM.

Mit ihr rechnet sie (hilfsweise) gegenüber dem Klageanspruch auf. Das Berufungsgericht ist aufgrund der Aussagen der Zeugen S. [REDACTED] und V. [REDACTED] zu der Überzeugung gelangt, daß die Beklagte zu 1) auf diesen Anspruch "verzichtet", d.h. den Wohnungseigentümern die bereits entstandenen Provisionsverpflichtungen erlassen und mit ihnen für die Zukunft einen Wegfall der Provisionspflicht vereinbart habe. Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht die Aussagen dieser Zeugen weder in der Sitzungsniederschrift noch im Tatbestand noch in einem Berichterstattevermerk festgehalten hat. Im letzten Satz des Tatbestandes (BU Seite 8) wird zwar auf "den Vermerk über die Beweisaufnahme vom 10.6.1982" hingewiesen; es scheint, daß damit ein Vermerk des Berichterstatte's gemeint ist. Ein solcher Vermerk befindet sich jedoch nicht bei den Akten; da die Blattzahlen keine Lücken aufweisen, ist auch nicht anzunehmen, daß er nachträglich aus den Akten entfernt worden wäre.

Nach der heutigen Fassung der §§ 160 Abs. 3 Nr. 4, 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist die Aussage eines vor dem Berufungsgericht vernommenen Zeugen zu protokollieren, wenn das zu erlassende Urteil der Revision unterliegt. Ob dies auch dann gilt, wenn der Streitwert eindeutig unter der Revisionsgrenze liegt, die Möglichkeit einer Revisionszulassung aber nicht ausgeschlossen werden kann, ist zweifelhaft. Ungeklärt ist auch, ob in einem solchen Fall die Partei gehalten ist, die Nichtprotokollierung zu rügen, um nicht das Rügerecht nach

§ 295 Abs. 1 ZPO zu verlieren. Einer Entscheidung dieser Fragen bedarf es jedoch nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes ist in den Fällen, in denen eine vor dem Berufungsgericht gemachte Zeugenaussage nicht protokolliert wurde, ihr Inhalt im Tatbestand festzuhalten; es genügt auch, wenn im Tatbestand auf einen vom Berichterstatter gefertigten und zu den Akten gebrachten Vermerk verwiesen wird. Dabei muß die Wiedergabe so erfolgen, daß sie sich deutlich von der Beweiswürdigung abhebt und ihr gesamter Inhalt erkennbar ist, soweit er irgendwie für die Entscheidung von Bedeutung sein kann. Daß das Berufungsgericht so, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist, im Rahmen der Entscheidungsgründe auch auf die Zeugenaussagen einging, genügt nicht.

Aus dem Urteil ist nicht ersichtlich, welchen Inhalt die Aussage des Zeugen Dr. K. hatte. Aber auch hinsichtlich der namentlich genannten Zeugen ist dem Urteil nicht hinreichend zu entnehmen, daß es den entscheidungserheblichen Inhalt ihrer Bekundungen erkennbar gemacht habe.

In einem solchen Fall ist das mit der Revision angefochtene Urteil von Amts wegen aufzuheben (BGHZ 40, 84); es bedarf deshalb auch keiner Prüfung, ob die von der Revision erhobene Rüge ausgeführt ist. Da sich der Verfahrensmangel nur auf den zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Vermittlungsgebühr ausgewirkt hat, ist die Aufhebung des Berufungsurteils auf diesen Teil zu beschränken.

IV.

1. Für die Verbindlichkeit der Beklagten zu 1) haften die Beklagten zu 2) und 3) als deren persönlich haftende Gesellschafter. Bezüglich der Beklagten zu 2), die bis zur Löschung der beiden Gesellschaften im Handelsregister Gesellschafterin der Beklagten zu 1) war, ist dies unproblematisch. Einer Erörterung bedarf lediglich die Frage, ob der Beklagte zu 3), der zu einem früheren Zeitpunkt aus der Gesellschaft ausschied, für die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachte Schadensersatzforderung mithaftet. Das Berufungsgericht stellt in dieser Hinsicht im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 36, 224, 228; 82, 209) und des Bundesarbeitsgerichts (JZ 1978, 152) nicht auf den Zeitpunkt der Schadensentstehung oder der Pflichtverletzung, sondern auf den des Abschlusses des Vertrages ab. Es verkennt nicht, daß möglicherweise eine andere Beurteilung geboten sein könnte, wenn bei einem Dauerschuldverhältnis nach dem Ausscheiden des in Anspruch genommenen Gesellschafters das Vertragsverhältnis fortgesetzt wird, obwohl den verbleibenden Gesellschaftern eine Kündigung möglich gewesen wäre; es stellt zutreffend fest, daß nach dem unstreitigen Parteivortrag ein solcher Fall hier nicht gegeben war. Insoweit werden von der Revision auch keine Beanstandungen vorgebracht.

2. Nach § 159 HGB verjähren Ansprüche gegen ausgeschiedene Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft innerhalb von fünf Jahren nach Eintragung des

Ausscheidens im Handelsregister. Diese Verjährungsvorschrift greift zugunsten des Beklagten nicht ein, weil er Kommanditist geblieben ist und zudem Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wurde (BGHZ 78, 114). Im übrigen wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Verjährung auch dann nicht eingetreten, wenn der Beklagte zu 3) völlig aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre.

Dr. Hoegen

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter