

/

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 276 Hb, 675

Der Grundsatz, daß derjenige, der einen zur umfassenden Belehrung und Aufklärung Verpflichteten auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, für dieses Unterlassen die Beweislast trägt, gilt auch gegenüber einem Rechtsbeistand und Wirtschaftsberater, der im Rahmen eines Sanierungsauftrags die umfassende rechtliche und betriebswirtschaftliche Beratung des Unternehmers bei der Gründung einer Auffanggesellschaft übernommen hat.

BGH, Urt. v. 2. April 1987 - IX ZR 68/86 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 68/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
2. April 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Rudolf D[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED]-J[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],

g e g e n

Otto Bu[REDACTED], I[REDACTED] Weg [REDACTED], Ba[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 12. Februar 1986 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg vom 11. Januar 1985 wegen eines Betrages von 39.632,99 DM zuzüglich 13,5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1982 zurückgewiesen worden ist.

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

Tatbestand

Der Beklagte war Inhaber eines Bauunternehmens, das sich 1975 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Der Kläger war Rechtsbeistand und Wirtschaftsberater und unterhielt ein Büro für Wirtschaftsförderung und Unternehmens-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



management. Er erbot sich, das Unternehmen des Beklagten zu sanieren. Durch Vertrag vom 1. April 1976 bestellte ihn der Beklagte zum Treuhänder seines Unternehmens. Er übertrug ihm die Geschäftsführung, die Durchführung der Umschuldungs- und Sanierungsmaßnahmen sowie die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über ein Treuhandkonto und verpflichtete sich, Unternehmensentscheidungen nur mit seiner Zustimmung zu fällen. Die Vergütung des Klägers regelten die Parteien in einer Zusatzvereinbarung vom 16. Juni 1976.

Der Kläger vereinbarte mit den Gläubigern des Beklagten ein Zahlungsmoratorium. Ferner riet er dem Beklagten, zur Fortführung des Bauunternehmens eine Auffanggesellschaft zu gründen und aus deren Erträgen die Schulden des Einzelunternehmens abzutragen. Seinem Vorschlag gemäß gründeten die Parteien durch Gesellschaftsvertrag vom 31. Dezember 1976 die Bu [REDACTED] Ba [REDACTED] Kommanditgesellschaft mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß diese nicht Rechtsnachfolgerin der Einzelfirma des Beklagten sei. Die Einzelfirma stellte die werbende Tätigkeit ein; ihre Betriebseinrichtung und die Betriebsgrundstücke verpachtete der Beklagte an die Gesellschaft. An dieser waren er als persönlich haftender Gesellschafter und der Kläger als Kommanditist mit einer Bareinlage von 20.000 DM beteiligt. Der Kläger erhielt Einzelprokura und hatte im Innenverhältnis die Stellung eines Geschäftsführers. Neben der Verzinsung seiner Kapitaleinlage und Reisespesen erhielt er von der Gesellschaft eine Honorarvergütung, über die in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages folgendes bestimmt ist:

"Der Kommanditist ... erhält eine über Geschäftskosten zu verbuchende Honorarvergütung in Höhe von DM 7.500 im Monat, welche zur Zahlung am letzten Tag des Monats fällig wird. ..."

Dieses Honorar entsprach dem Betrag, den der Kläger nach der Vereinbarung vom 16. Juni 1976 als Treuhändervergütung erhalten sollte. Am Gewinn und Verlust der Gesellschaft war er im übrigen nicht beteiligt. Der Gewinn stand - neben einer festen Tätigkeitsvergütung und Reise-
spesen - dem Beklagten zu; aus dem dafür eingerichteten Zusatzkapitalkonto des Beklagten wurden die Schulden der Einzelfirma bedient.

Die Zusammenarbeit der Parteien dauerte bis zum Jahre 1981. Am 24. Februar 1981 wurde der Kläger als Prokurist der Gesellschaft abberufen und schied als Kommanditist aus. Seine Tätigkeit als Treuhänder für den Beklagten endete einige Monate später.

Aus den beendeten Vertragsverhältnissen machten die Parteien wechselseitige Ansprüche geltend. Mit der Klage forderte der Kläger im ersten Rechtszug zuletzt 85.926,30 DM zuzüglich Zinsen. Der Beklagte rechnete hilfsweise mit vier Gegenforderungen in nachstehender Reihenfolge auf:

1. Anspruch auf Rückzahlung der in der Zeit vom 1. April 1976 bis 31. Dezember 1980 an den Kläger gezahlten Honorare wegen Wuchers,
2. Schadensersatzanspruch von 49.500 DM wegen falscher Beratung bei der Gesellschaftsgründung,
3. Schadensersatzanspruch in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe wegen Verletzung eines Treuhandauftrags,

4. Kostenerstattungsanspruch von 5.857,10 DM aus einem Vorprozeß.

Mit dem an zweiter Stelle zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch hat es folgende Bewandtnis: Das Finanzamt erkannte die in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Honorarvergütung des Klägers nicht als Betriebsausgabe an, sondern sah darin wegen der Beteiligung des Klägers an der Gesellschaft einen der Gewerbesteuer unterliegenden Gewinn. Nach dem Vortrag des Beklagten wurde die Gesellschaft dadurch für die Zeit vom 1. Januar 1977 bis 31. Dezember 1980 mit Gewerbesteuer in Höhe von 49.500 DM belastet. Der Beklagte macht geltend, der Kläger habe ihn bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages falsch beraten. Er hätte eine andere Vertragsgestaltung vorschlagen müssen, bei der die Belastung mit Gewerbesteuer vermieden worden wäre.

Das Landgericht wies die Klage ab. Es hielt Klageansprüche von 40.190,09 DM für an sich gerechtfertigt, ließ aber die Aufrechnung mit dem an zweiter Stelle geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen falscher Beratung durchgreifen.

Mit der Berufung bezifferte der Kläger seine Forderungen auf insgesamt 62.210,45 DM, von denen er aber wegen der Aufrechnung des Beklagten mit dem unstreitigen Kostenerstattungsanspruch von 5.857,10 DM nur 56.353,35 DM nebst Zinsen geltend machte. Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Es hielt Klageansprüche von 45.490,09 DM für an sich gerechtfertigt, sah diese aber ebenfalls aufgrund der Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch wegen falscher Beratung als erloschen an.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageforderungen in Höhe von 39.632,99 DM (45.490,09 DM abzüglich Kostenerstattungsanspruch des Beklagten von 5.857,10 DM) nebst 13,5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1982 weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

1. Nach der Entscheidung des Berufungsgerichts stehen dem Kläger gegen den Beklagten Forderungen in Höhe von insgesamt 45.490,09 DM zu. Insoweit ist das Berufungsurteil von keiner der Parteien angefochten worden. Damit stehen die Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten bindend fest.

2. Die Gegenforderung, die der Beklagte im ersten Rechtszug an erster Stelle zur Aufrechnung gestellt hat, hat schon das Landgericht als unbegründet angesehen. Diese Entscheidung hat der Beklagte im Berufungsrechtszug nicht angefochten. Damit steht auch für das Revisionsverfahren bindend fest, daß diese Aufrechnung des Beklagten nicht durchgreift.

3. Das Berufungsgericht hält die Hilfsaufrechnung mit dem an zweiter Stelle geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Beklagten für begründet. Dagegen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

a) Von der Revision unbeanstandet stellt das Berufungsgericht fest, daß die Vereinbarung über die Honorarvergütung des Klägers in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vom 31. Dezember 1976 zu einer Belastung der Kommanditgesellschaft mit einer Gewerbesteuerschuld von 49.500 DM geführt habe. Daraus folgt, daß der Gesellschaft ein entsprechender Schaden entstanden ist. Auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit stellt einen Vermögensschaden dar (BGHZ 57, 78, 81 m.w.N.).

Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, daß dem Beklagten wegen dieses Schadens ein Ersatzanspruch gegen den Kläger zusteht, mit dem er gegen die Klageforderung aufrechnen kann.

b) Nach § 387 BGB setzt die Aufrechnung voraus, daß zwei Personen einander Leistungen schulden, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind. Stünde dem Beklagten wegen der Belastung der Gesellschaft mit Gewerbesteuer ein eigener Schadensersatzanspruch gegen den Kläger zu, wäre dieser nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Gegenstande nach mit der Klageforderung gleichartig; das nimmt das Berufungsgericht zutreffend an. Die Klageforderung ist ein Zahlungsanspruch. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Beklagten wäre ebenfalls auf Zahlung gerichtet. Besteht der Schaden in der Belastung mit einer Verbindlichkeit, geht der Ersatzanspruch des Geschädigten nach § 249 Satz 1 BGB zwar grundsätzlich nicht auf Zahlung, sondern auf Befreiung von der Verbindlichkeit. Mit einem Anspruch auf Befreiung kann mangels Gleichartigkeit nicht gegen eine Geldforderung aufgerechnet werden (BGHZ 12, 136, 144; 25, 1, 6; 29, 337, 343;

47, 157, 166). Nach § 250 Satz 2 Halbsatz 1 BGB geht der Freistellungsanspruch jedoch in einen Geldanspruch über, wenn der Geschädigte erfolglos eine Frist zur Naturalherstellung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Ebenso wie beim Verzug sind Fristsetzung und Ablehnungsandrohung entbehrlich, wenn der Schuldner die Naturalherstellung oder überhaupt jede Schadensersatzleistung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat. In diesem Fall wandelt sich der Befreiungsanspruch in dem Zeitpunkt in eine Geldforderung um, in welchem der Berechtigte Geldersatz fordert. Für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Ablehnung der Schadensersatzforderung genügt es, wenn der Schädiger sich während des Rechtsstreits mit dem Geschädigten beharrlich auf den Standpunkt stellt, seine Haftung bestehe schon dem Grund nach nicht (vgl. BGH, Urt. v. 11. Juni 1986 - VIII ZR 153/85, WM 1986, 1115, 1117 m.w.N.). So liegt der Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier.

c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Schadensersatzpflicht des Klägers sei nicht dadurch ausgeschlossen, daß ihm Entlastung für seine Geschäftsführung erteilt worden sei.

Das Gesetz sieht für geschäftsführende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft eine Entlastung nicht vor. Geregelt ist sie im vorliegenden Fall durch § 8 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages, welcher lautet:

"Über die Genehmigung der Bilanz, was die Entlastung des geschäftsführenden Gesellschafters einschließt, kann nur einstimmig beschlossen werden."

Welche Tragweite danach die Entlastung hat, läßt sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen. Insoweit ist auf die Grundsätze zurückzugreifen, die die Rechtsprechung für die Entlastung des Geschäftsführers einer GmbH (§ 46 Nr. 5 GmbHG) entwickelt hat. Sie sind für Personenhandels-gesellschaften jedenfalls dann entsprechend anzuwenden, wenn der Gesellschaftsvertrag - wie hier - eine Entlastung vorsieht, ohne ihre Wirkungen näher zu bestimmen (vgl. BGH, Urt. v. 20. Juni 1983 - II ZR 85/82, LM HGB § 118 Nr. 3; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl. § 12 Nr. 6; HGB-RGRK/Fischer, 3. Aufl. § 116 Anm. 23). Danach gilt: Durch die Erteilung der Entlastung sprechen die Gesellschafter dem Geschäftsführer ihr verbindliches Einverständnis mit der Art und Weise seiner Geschäftsführung während der zurückliegenden Entlastungsperiode aus und verzichten dadurch zugleich darauf, ihn wegen einzelner in diese Zeitspanne fallender Vorgänge nachträglich zur Rechenschaft zu ziehen (BGHZ 94, 324, 326). Durch die Entlastung wird der Geschäftsführer deshalb von allen verzichtbaren Ersatzansprüchen aus pflichtwidriger Geschäftsführung frei, die der Gesellschafterversammlung bei der Beschlußfassung bekannt oder bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und der ihr erstatteten Berichte erkennbar waren (BGH, Urteile v. 30. Oktober 1958 - II ZR 253/56, NJW 1959, 192, 193 f; v. 21. April 1986 - II ZR 165/85, WM 1986, 790).

Daraus folgt, daß die Entlastung nur Ersatzansprüche aus pflichtwidriger Geschäftsführung ausschließt. Weder dem Gesellschaftsvertrag noch dem vom Kläger vorgetragenen Inhalt der Entlastungsbeschlüsse ist zu entnehmen, daß die Entlastung im vorliegenden Falle eine weitergehende Bedeu-

tung gehabt hätte. Im Zusammenhang mit der Feststellung der berichtigten Jahresabschlüsse 1977 und 1978 sowie des Jahresabschlusses 1979 haben die Parteien am 6. November 1980 folgende Entlastungsbeschlüsse gefaßt:

"Entlastung der Geschäftsführung

Den mit der Geschäftsführung beauftragten Personen, Herrn Rudolf D[REDACTED] und Herrn Otto Bu[REDACTED] (im anderen Falle heißt es: Herrn Bu[REDACTED] und Herrn D[REDACTED]), wird hiermit - gegenseitig - Entlastung erteilt."

Danach betrifft die Entlastung nur die Tätigkeit des Klägers als geschäftsführender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft. Seine Beratertätigkeit vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages, aus der der Beklagte den Schadensersatzanspruch herleitet, gehört dazu nicht. Auf sie bezieht sich daher die Entlastung nicht.

d) Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen jedoch nicht aus, um einen Schadensersatzanspruch des Beklagten gegen den Kläger wegen falscher Beratung zu begründen.

aa) Zu Unrecht bezweifelt die Revision allerdings, daß der Kläger vertraglich verpflichtet war, den Beklagten bei der rechtlichen Gestaltung der Auffanggesellschaft, die das Bauunternehmen weiterführen sollte, umfassend zu beraten. Der Kläger hatte als Treuhänder die Sanierung des als Einzelfirma geführten Unternehmens übernommen. Mit der von

ihm vorgeschlagenen Gesellschaftsgründung bezweckte er, das Bauunternehmen durch einen anderen Rechtsträger fortführen zu lassen, der für die Altverbindlichkeiten des Beklagten nicht unmittelbar haftete, und aus den Gewinnen der neuen Gesellschaft die Altschulden allmählich abzutragen. Die vorgeschlagene Maßnahme hielt sich damit im Rahmen der durch den Vertrag vom 1. April 1976 übertragenen Aufgabe, die Unternehmenssanierung durchzuführen. Daraus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler folgern, der Kläger habe es übernommen, im Rahmen des Treuhandverhältnisses den Beklagten über eine entsprechende Rechtsgestaltung umfassend zu beraten. Diese Beratung schloß auch die steuerlichen Folgen ein, die sich aus der neuen Unternehmensstruktur ergaben. Der Sanierungszweck erforderte es, eine steuerlich möglichst günstige Rechtsgestaltung zu wählen. Daher mußte der Kläger auch die gewerbesteuerrechtlichen Konsequenzen der in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Vergütungsregelung bedenken und den Beklagten darüber aufklären. Dies war dem Kläger als Rechtsbeistand nicht durch § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Rechtsberatungsgesetzes verboten. Die Beratung bei der Abfassung eines Gesellschaftsvertrages hielt sich im Rahmen der dem Kläger nach § 1 des Rechtsberatungsgesetzes erlaubten Rechtsberatung; diese umfaßte auch die steuerrechtlichen Folgen der vorgeschlagenen Vertragsgestaltung (vgl. BGH, Urt. v. 7. Mai 1974 - VI ZR 7/73, VersR 1974, 968, 970). Falls der Kläger nicht über die dazu erforderlichen steuerrechtlichen Kenntnisse verfügte, mußte er den Beklagten darauf hinweisen und die Hinzuziehung eines Steuerberaters veranlassen.

1

bb) Nach seinem Vortrag hat der Kläger diese Beratungspflicht jedoch erfüllt. Er hat nämlich im Berufungsverfahren behauptet, er habe den Beklagten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er die steuerlichen Folgen der vorgeschlagenen Vertragskonstruktion nicht überblicke. Mit Einverständnis des Beklagten sei der Steuerberater St. [REDACTED] hinzugezogen worden. Mit diesem hätten die Parteien die Vertragsgestaltung am 19. Januar 1977 eingehend beraten. Dabei habe Steinat auf die gewerbesteuerlichen Auswirkungen der vorgesehenen Vergütungsregelung ausdrücklich hingewiesen. Erst danach habe der Beklagte den auf den 31. Dezember 1976 datierten Gesellschaftsvertrag in der vorgeschlagenen Fassung abgeschlossen.

Diese Darstellung hält das Berufungsgericht lediglich für nicht bewiesen, also nicht für widerlegt. Das nimmt die Revision hin. Mit Recht wendet sie sich jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht die mangelnde Aufklärung des Sachverhalts dem Kläger zum Nachteil gereichen läßt. Das wäre nur gerechtfertigt, wenn den Kläger die Beweislast träfe. Die behauptete Pflichtverletzung des Klägers muß indessen der Beklagte beweisen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich auch der Senat angeschlossen hat, trägt derjenige, der einen zur umfassenden Belehrung und Aufklärung Verpflichteten, z.B. einen Rechtsanwalt oder Notar, auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, für dieses Unterlassen die Beweislast, wenn ihm damit auch der Beweis einer negativen Tatsache aufgebürdet wird (vgl. BGH, Urt. v. 16. Oktober 1984 - VI ZR 304/82, NJW 1985, 264, 265 m.w.N.; v. 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86, z.V.b.). Es erscheint sach-

und interessengerecht, diesen Grundsatz auch auf einen Rechtsbeistand und Wirtschaftsberater anzuwenden, der im Rahmen eines Sanierungsauftrags die umfassende rechtliche und betriebswirtschaftliche Beratung des Unternehmers bei der Gründung einer Auffanggesellschaft übernommen hat. Schon deshalb läßt sich die angefochtene Entscheidung nicht aufrechterhalten.

cc) Davon abgesehen bestehen auch gegen die materiell-rechtliche Würdigung des vom Berufungsgericht in diesem Punkt zugrunde gelegten Sachverhalts durchgreifende Bedenken.

Das Berufungsgericht sieht die Pflichtverletzung des Klägers zum einen darin, daß er den Beklagten nicht über die gewerbesteuerlichen Folgen der vorgeschlagenen Vergütungsregelung belehrt habe. Insoweit rügt die Revision mit Recht, daß die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden nicht festgestellt ist. Ursächlich wäre die unterlassene Belehrung für den Schaden, wenn der Beklagte bei zutreffender Belehrung den Gesellschaftsvertrag in der vorgeschlagenen Fassung nicht abgeschlossen hätte und statt dessen eine andere, den Interessen der Beteiligten ebenso gerecht werdende Rechtsgestaltung, die diese Belastung mit zusätzlicher Gewerbesteuer vermieden hätte, gefunden worden wäre. Dazu enthält das Berufungsurteil keine ausreichenden Feststellungen. Der Ursachenzusammenhang ergibt sich noch nicht daraus, daß nach Auffassung des Berufungsgerichts andere Rechtsgestaltungen möglich gewesen wären, die die nachteiligen gewerbesteuerlichen Folgen der gesellschaftsvertraglichen Vergütungsregelung vermieden hätten. Es hätte vielmehr der Feststellung bedurft, daß

diese anderen Rechtsgestaltungen auch im übrigen den Interessen der Beteiligten gerecht geworden wären. Nur dann könnte nämlich angenommen werden, daß der Beklagte anstelle des abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages eine andere Vertragsgestaltung gewählt hätte.

Die Pflichtverletzung des Klägers besteht nach Auffassung des Berufungsgerichts zum anderen darin, daß er nicht eine andere Gesellschaftsform (GmbH) oder eine andere Form seiner Beteiligung (Beratervertrag) vorgeschlagen habe, die die Gewerbesteuerbelastung vermieden hätte. Dagegen wendet die Revision zutreffend ein, das Berufungsgericht habe es an der notwendigen Gesamtbeurteilung des Sanierungskonzepts des Klägers und der vom Berufungsgericht ange-deuteten Alternativlösungen fehlen lassen. Allein mit dem Hinweis darauf, daß durch einen GmbH-Vertrag oder einen Beratervertrag die vom Beklagten beanstandete Gewerbesteuerbelastung hätte vermieden werden können, läßt sich eine Pflichtverletzung des Klägers nicht begründen.

Es ist schon nicht eindeutig, welche Rechtsgestaltung das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf einen Beratervertrag meint: Wäre es der Auffassung, der Kläger hätte die Vergütung für seine Tätigkeit nicht in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages, sondern in einem besonderen Beratervertrag mit der Kommanditgesellschaft vereinbaren sollen, wäre mit einer solchen Vertragsgestaltung die Gewerbesteuerbelastung nicht zu vermeiden gewesen. Nach § 7 GewStG (in der für die Jahre 1977 bis 1980 gültigen Fassung) in Verbindung mit § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG rechnen nämlich zum Gewerbeertrag einer Kommanditgesellschaft, bei der der Gesell-

schafter als Mitunternehmer anzusehen ist, auch die Vergütungen, die der Gesellschafter für seine Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft bezogen hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Vergütung aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder aufgrund eines neben dem Gesellschaftsvertrag geschlossenen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrages gezahlt wird.

Hätte das Berufungsgericht dagegen gemeint, der Kläger hätte nicht Gesellschafter, sondern ausschließlich Berater der Kommanditgesellschaft werden sollen, fehlt es an den erforderlichen Feststellungen, daß eine solche Vertragsgestaltung durchzuführen gewesen und den Interessen der Beteiligten gerecht geworden wäre. Wie bereits dargelegt wurde, sollte das Bauunternehmen des Beklagten zum Zwecke der Sanierung auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden. Da der Beklagte weiterhin rechtlich beteiligt werden sollte, war dies nur durch Gründung einer Auffanggesellschaft möglich. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, daß der Kläger eine Kommanditeinlage von 20.000 DM geleistet und damit dem in neuer Rechtsform geführten Unternehmen neue Betriebsmittel zugeführt hat. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, ob ein anderer als der Kläger bereit gewesen wäre, einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag mit dem Beklagten einzugehen. Außerdem würdigt es nicht, daß der Kläger als der mit der Durchführung der Sanierung beauftragte Treuhänder entscheidenden Einfluß auf die Geschäftsführung des Unternehmens behalten mußte. Es setzt sich auch nicht mit dem - für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden - Vortrag des Klägers auseinander, die neue Unternehmensstruktur sei

mit den Gläubigern des Beklagten abgesprochen worden, die in der Beteiligung des Klägers eine Gewähr für den Erfolg der Sanierungsbemühungen gesehen hätten. Da es für den Beklagten entscheidend darauf ankam, daß die Gläubiger das vom Kläger erwirkte Zahlungsmoratorium weiter einhielten, hätte es näherer Feststellungen bedurft, ob ein bloßer Beratervertrag dieser Interessenlage ebenso entsprochen hätte wie der abgeschlossene Gesellschaftsvertrag.

Ähnliche Bedenken bestehen gegen den Hinweis des Berufungsgerichts auf die Möglichkeit, eine GmbH zu gründen. Auch in diesem Zusammenhang kann von Bedeutung sein, daß die Gründung einer Kommanditgesellschaft unter Beteiligung des Klägers mit den Unternehmensgläubigern abgestimmt war. Darüber hinaus macht die Revision mit Recht geltend, die Frage, ob der Kläger dem Beklagten pflichtwidrig eine nachteilige Gesellschaftsform empfohlen habe, lasse sich nicht allein aufgrund einer einzelnen steuerlichen Folge seines Sanierungskonzepts beurteilen. Notwendig ist vielmehr eine Gesamtabwägung der Vor- und Nachteile des vom Kläger gewählten Sanierungskonzepts gegen die Vor- und Nachteile, die eine andere mögliche Lösung mit sich gebracht hätte. Für die Wahl einer Gesellschaftsform und die nähere Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses können nicht allein steuerliche Erwägungen maßgebend sein. Die Haftungsverhältnisse, die Art und Weise der Beteiligung der Gesellschafter, ihr Ansehen und ihre Kreditwürdigkeit bei Geschäftspartnern können von entscheidender Bedeutung für die Wahl der zweckmäßigen Gesellschaftsform sein (vgl. Klauss/Mittelbach, Die Kommanditgesellschaft 4. Aufl. Rdnr. 25 ff; Hennerkes/Binz, Die GmbH & Co. 7. Aufl. S. 413 f). Ob bei einer solchen

Gesamtbeurteilung in der besonderen Lage, in der sich das Unternehmen des Beklagten befand, die Gründung einer GmbH statt einer Kommanditgesellschaft den Sanierungsabsichten dienlicher gewesen wäre, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Es hat nicht einmal in Betracht gezogen, daß die Entscheidung für eine GmbH andere steuerliche Nachteile haben kann, die den Steuernachteil, der sich hier bei der Gewerbesteuer verwirklicht hat, aufwiegen können (vgl. dazu die Darstellung bei Hennerkes/Binz aaO S. 418 ff).

Den Vortrag des Beklagten, daß die Gründung einer GmbH & Co. KG oder die Beteiligung des Klägers als stiller Gesellschafter vorteilhafter gewesen wäre als der abgeschlossene Gesellschaftsvertrag, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht geprüft. Insoweit ist deshalb für das Revisionsverfahren zugunsten des Klägers zu unterstellen, daß diese Alternativlösungen nicht günstiger gewesen wären.

4. Das Berufungsurteil muß deshalb im Umfang der Anfechtung aufgehoben werden. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Revisionsgericht schon deshalb nicht möglich, weil der Beklagte weitere Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt hat, über die das Berufungsgericht nicht entschieden hat. Insoweit steht lediglich fest, daß die Aufrechnung gegen die festgestellte Klageforderung zumindest in Höhe des unstreitigen Kostenersatzungsanspruchs durchgreifen muß, den der Beklagte an letzter Stelle zur Aufrechnung gestellt hat; dies hat der Kläger bei der Fassung seines Revisionsantrags bereits zutreffend berücksichtigt. Es bedarf indessen noch der Entscheidung, aufgrund welcher Forderung die Aufrechnung in dem

bereits berücksichtigten oder einem weitergehenden Umfang letztlich durchgreift.

Die notwendige Zurückverweisung an das Berufungsgericht gibt den Parteien auch Gelegenheit, ergänzend zu der im Revisionsverfahren behandelten Aufrechnungsforderung Stellung zu nehmen und Beweis anzutreten. Sofern es dann noch darauf ankommt, wird das Berufungsgericht zu dieser Forderung auch zu prüfen haben, ob die festgestellte Gewerbesteuerbelastung der Kommanditgesellschaft ein Schaden ist, den der Beklagte geltend machen kann. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Steuerbelastung ein Schaden des Beklagten sei, weil er nach § 128 HGB für die Steuerschuld der Gesellschaft hafte. Demgegenüber ist der Hinweis angezeigt, daß sich die Haftung des Beklagten für die Steuerschuld nicht unmittelbar nach § 128 HGB, sondern nach Steuerrecht beurteilt. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG (in der für die hier interessierende Zeit maßgebenden Fassung) ist bei dem Gewerbebetrieb einer Kommanditgesellschaft Steuerschuldner die Gesellschaft. Selbst wenn man nicht der Auffassung folgt, daß diese Bestimmung als Spezialvorschrift für das Steuerrecht auch die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Schuldnerschaft und Haftung ausschließe (vgl. dazu Lenski/Steinberg/Stäuber, Gewerbesteuergesetz 6. Aufl. § 5 Anm. 4 S. 8), setzt die Inanspruchnahme eines Gesellschafters für die Steuerschuld der Gesellschaft doch jedenfalls einen Haftungsbescheid gegen den Gesellschafter nach den §§ 191, 218 Abs. 1, 219 AO voraus (vgl. Muthling, Gewerbesteuergesetz 2. Aufl. § 5 Rdnr. 7). Bisher ist weder festgestellt noch vorgetragen, daß ein solcher Bescheid gegen den Beklagten ergangen sei oder gemäß § 191 Abs. 4 und 5 AO noch ergehen könne.

Ob allein eine Belastung der Gesellschaft mit der Steuerpflicht vom Beklagten als Schaden geltend gemacht werden könnte, nachdem ein Konkurs über das Gesellschaftsvermögen mangels Masse abgelehnt, die Gesellschaft aufgelöst und nach dem Vortrag des Beklagten auch liquidiert ist, bedürfte ebenfalls näherer Prüfung.

Merz

Zorn

Henkel

Gärtner

Winter