

VI ZR 310/62

V e r k ü n d e t

am 5. Juli 1963

Kriegl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts und Notars Dr. jur. Hans SC [REDACTED], H [REDACTED]
W [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Gertrud S [REDACTED], D [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 5. Juli 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. K.E.Meyer, Dr. Bode,
Dr. Hauß und Heinrich Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 2. Mai 1962 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks in K■■■■, auf dem sie eine Gastwirtschaft betrieb. Grundstück und Gastwirtschaft hatte sie im Mai 1956 zum Preise von 54.000 DM käuflich erworben. Durch privatschriftlichen Vertrag vom 31. Januar 1957, dessen Unterschriften der Beklagte beglaubigte, verkaufte sie das Grundstück mit Gastwirtschaftsbetrieb an den Gastwirt St■■■■ für 95.000 DM. Nach Hinweis auf die Formbedürftigkeit eines solchen Vertrages schlossen die Vertragsparteien am 13. März 1957 zu Protokoll des Beklagten einen weiteren Vertrag über den Verkauf des Grundstücks nebst Gebäuden und Zubehör, zwecks Ersparung von Gebühren jedoch unter Ausschluß der Gastwirtschaft, für deren Verkauf der Vertrag vom 31. Januar 1957 maßgebend bleiben sollte. Zur Auflassung und Eintragung ins Grundbuch kam es nicht. Die von der Klägerin gegen Strobe erhobene Klage auf Zahlung eines Kaufpreisrestes von 8.500 DM ist vom Landgericht Hamburg durch Urteil vom 21. Februar 1958 - 20 O 305/57 - abgewiesen worden, weil der notariell beurkundete Vertrag vom 13. März 1957 wegen Formmangels nach § 313 BGB nichtig sei; beide Verträge seien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als eine Einheit anzusehen; zur Rechtswirksamkeit eines Grundstücksveräußerungsvertrags sei aber erforderlich, daß alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetze, beurkundet würden.

Durch notariellen Vertrag vom 18. Februar 1958 veräußerte die Klägerin das Objekt an die Eheleute B■■■■ zum Preise von 60.072,07 DM unter Übernahme der dinglichen Last.

Im Juli 1958 verklagte der Gastwirt St■■■■ die Klägerin

- 3 -

auf Rückzahlung eines Teilbetrages von 25.000 DM des in bar gezahlten Kaufpreises. Diesen Betrag nebst Zinsen sprach ihm das Landgericht Hamburg durch rechtskräftiges Urteil vom 17. Mai 1960 - 73 O 150/58 - zu.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Ersatz des ihr durch die Unwirksamkeit des Vertrages mit St. entstandenen Schadens. Ihren zunächst auf einen Teilbetrag von 15.000 DM gerichteten Klageanspruch hat das Landgericht durch Urteil vom 4. Juni 1959 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Nach Rechtskraft dieses Urteils erstattete der Beklagte der Klägerin die Kosten des Vorprozesses 20 O 305/57 in Höhe von 1.213,25 DM und zahlte auf die Kaufpreisdifferenz 8.000 DM.

Im Betragsverfahren hat die Klägerin ihren gesamten Schaden geltend gemacht und nach Abzug der gezahlten 9.213,25 DM die Zahlung von 32.245,55 DM nebst Zinsen verlangt. Außerdem hat sie die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihr zum Ersatz allen weiteren Schadens verpflichtet sei.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Zu dem Schadensposten "Kaufpreisdifferenz" hat er u.a. vorgetragen, die Klägerin müsse sich die infolge der Nichtigkeit des Vertrages mit St. ersparten Steuern in Höhe von schätzungsweise 15.000 DM, darunter 3.605 DM Gewerbesteuer, anrechnen lassen. Aufgrund des Kaufvertrages mit den Eheleuten B. habe sie nämlich einen erheblich geringeren Gewinn als nach dem Vertrage mit St. zu versteuern. Dabei sei davon auszugehen, daß sie bei dem Grundstücksverkauf als gewerbsmäßige Händlerin mit Grundstücken und Gaststätten tätig geworden sei. Sie habe nämlich in der Zeit von März 1953 bis 1960 insgesamt 7 Gaststätten ge- und verkauft.



Die Klägerin hat entgegnet, selbst wenn der geringere Erlös aus dem Vertrag mit den Eheleuten E. eine geringere Versteuerung zur Folge habe, müsse sie doch die von den Beklagten als Schadensersatz zu zahlenden Beträge versteuern. Ihr entstehe daher im Ergebnis kein Steuervorteil. Keinesfalls habe sie sich gewerbsmäßig als Gaststätten- und Grundstückshändlerin betätigt. Zu den wiederholten An- und Verkäufen - es seien in der fraglichen Zeit nur vier gewesen - sei sie durch Umstände bestimmt worden, die nicht in ihrer Einflußsphäre gelegen hätten.

Das Landgericht hat der Klägerin insgesamt 31.245,55 DM nebst Zinsen zugesprochen, wovon 25.186,90 DM aufgrund einer Pfändung und Überweisung an Strobe zu zahlen waren. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung des Beklagten, mit der er Klageabweisung erstrebte, soweit er zur Zahlung von mehr als 11.017,04 DM verurteilt worden war, in folgender Höhe zurückgewiesen:

Kaufpreisdifferenz (Teilbetrag)	DM 3.605,--
Prozeßkosten St. ./. Klägerin (73 O 150/58)	DM 4.039,80
Zwangsvollstreckungskosten St. ./. Klägerin	DM 298,71
Grundstückslasten	DM 736,61

insgesamt	DM 8.680,12

Die Anschlußberufung der Klägerin hat es in Höhe von 1.000 DM zurückgewiesen.

Mit der Revision wendet sich der Beklagte lediglich gegen die Zurückweisung seiner Berufung hinsichtlich der Position "Kaufpreisdifferenz (Teilbetrag)" in Höhe von 3.605 DM. Inso-

weit verfolgt er seinen Abweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Schadensersatzpflicht des Beklagten aufgrund der von ihm verschuldeten Nichtigkeit des Vertrages vom 13. März 1957 ist außer Streit.

Bei dem Betrag von 3.605 DM, wegen dessen die Revision das Berufungsurteil angreift, handelt es sich um einen Mehrbetrag an Gewerbesteuern, den die Klägerin nach Meinung der Revision bei Rechtswirksamkeit des Vertrages vom 17. März 1957 als gewerbsmäßige Grundstückshändlerin hätte zahlen müssen, zufolge der Nichtigkeit des Vertrages mithin erspart hat.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich die Klägerin etwaige Steuerersparnisse im Wege des Vorteilsausgleichs auf ihre Ersatzforderung anrechnen lassen muß, da die Nichtigkeit des Vertrages nicht nur für den geringeren Gewinn der Klägerin, sondern auch für eine etwaige geringere Steuerlast zufolge des Mindergewinns adäquat kausal ist (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 12. Juli 1957 - VI ZR 190/56 - LM § 249 BGB (Ga) Nr. 5 = VersR 1957, 574). Das Berufungsgericht ist aber zu der Auffassung gelangt, daß die Klägerin wegen des Gewinnes, den sie bei Rechtswirksamkeit des Veräußerungsvertrages erzielt hätte, nicht zur Gewerbesteuer herangezogen worden wäre, weil die Veräußerung nicht im Rahmen eines auf Grundstücks- und Gaststättenhandel gerichteten Gewerbebetriebes erfolgt sei. Die Klägerin habe einleuchtende Gründe für die einzelnen An- und Verkäufe angeführt, die zur Überzeugung des Se-

nates ersichtlich machten, daß sie hierbei nicht als gewerbsmäßige Händlerin tätig geworden sei, sondern durch besondere Umstände zu den mehrfachen Rechtsgeschäften über derartige Objekte veranlaßt worden sei; jedenfalls habe der für seinen Einwand des Vorteilsausgleichs beweispflichtige Beklagte keinen Beweis für die Unrichtigkeit der Darstellung der Klägerin erbracht, nicht einmal verfahrensrechtlich zulässige Beweise angeboten.

Die Revision verkennt nicht, daß eine Heranziehung der Klägerin zur Gewerbesteuer wegen des Gewinns, den sie aus der Veräußerung ihrer Gastwirtschaft an St. [REDACTED] erzielt hätte, nur dann in Betracht kam, wenn die Veräußerung im Rahmen eines von ihr betriebenen Gewerbes als Grundstücks- und Gastwirtschaftshändlerin erfolgte. Sie meint aber, das Berufungsgericht habe zu Unrecht dem Beklagten die Beweislast hinsichtlich der Steuern auferlegt, die bei Rechtswirksamkeit des nichtigen Kaufvertrages angefallen wären; es handle sich hier nicht, wie das Berufungsgericht annehme, um den Einwand des Vorteilsausgleichs, sondern um ein substantiiertes Bestreiten der Behauptungen der für die Schadenshöhe beweispflichtigen Klägerin. Diesem Bestreiten gegenüber müsse die Klägerin einen von ihr behaupteten höheren Nettogewinn, also eine niedrigere Besteuerung nachweisen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin hat infolge der Nichtigkeit des Vertrages mit St. [REDACTED] bei der darauffolgenden Veräußerung der Gastwirtschaft an die Eheleute B. [REDACTED] einen erheblich geringeren Kaufpreis erzielt, als im Verträge mit St. [REDACTED] vereinbart war. Darin besteht der erlittene Schaden (vgl. BGHZ 10.107). Ob dieser Schaden durch Tatsachen, die mit dem schadensstiftenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen, gemindert worden ist, und ob sich die Klägerin diese Min-

derung anrechnen lassen muß, ist eine Frage des Vorteilsausgleichs, für dessen tatsächliche Voraussetzungen nach allgemeiner Meinung der Schädiger die Beweislast trägt (vgl. RGZ 84, 386, 390; Rosenberg, Beweislast 4. Aufl. § 10 III S. 144; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 14. Aufl. § 17 II 1 b).

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Begriff des Gewerbebetriebes verkannt, kann ebenfalls keinen Erfolg haben. Dieser Begriff ist weder im Einkommenssteuergesetz noch im Gewerbesteuergesetz geregelt. Seine Merkmale sind durch die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs herausgearbeitet und in § 1 Abs. 1 GewStDV 1961 vom 30. Mai 1962 (BGBl I, 372) dahin zusammengefaßt worden, daß Voraussetzung eines Gewerbebetriebes eine selbständige nachhaltige Betätigung ist, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Nachhaltig ist nach übereinstimmender Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung eine Tätigkeit, die während eines gewissen Zeitraumes mit der Absicht der Wiederholung ausgeübt wird (vgl. Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, Gewerbesteuer 7. Aufl. § 2 GewStG Anm. 16; Littmann, Gewerbesteuer 3. Aufl. 1957 Nr. 12 S. 16; RFH, RStBl 1933, 619, wonach bei einem Grundstücksspekulanten ein auf Grundstückshandel gerichteter Gewerbebetrieb dann anzunehmen ist, wenn seine Absicht, sich nachhaltig durch Veräußerung von Grundstücken am wirtschaftlichen Leben zu beteiligen, nach außen erkennbar hervortritt). Den Ausführungen im Urteil RStBl 1943, 221, auf das sich die Revision bezieht, ist nicht zu entnehmen, daß dort der Reichsfinanzhof von dem Merkmal der Wiederholungsabsicht für den Begriff der Nachhaltigkeit grundsätzlich abgehen wollte. In dem dort behandelten Fall einer mit Vermögensverwaltung verbundenen Testamentsvollstreckung lag eine Mehrheit verschiedener einmaliger Handlungen vor, bei denen eine Wiederholungsabsicht nicht in Betracht kam. Der

Reichsfinanzhof hat hier das Merkmal der Nachhaltigkeit in dem inneren Zusammenhang der verschiedenen Einzelhandlungen aufgrund der eine längere Zeit dauernden Testamentsvollstreckung und Vermögensverwaltung erblickt. Das Berufungsgericht hat den Begriff der Nachhaltigkeit nicht verkannt, wenn es das Vorliegen eines Gewerbebetriebes verneint hat, weil es das Vorbringen der Klägerin, sie sei durch besondere Umstände zu den mehrfachen An- und Verkäufen veranlaßt worden, nicht für widerlegt hält.

Die weiteren Rügen der Revision zu diesem Punkte bewegen sich auf dem ihr verschlossenen Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Ein Anscheinsbeweis für eine Absicht der Klägerin, sich als Grundstückshändlerin zu betätigen, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil Willensentschlüsse den Regeln des Anscheinsbeweises nicht unterworfen sind.

Die von der Revision angeschnittene Frage, ob der Gewinn, den die Klägerin bei Rechtswirksamkeit des Vertrages mit Strobe erzielt hätte, nach § 23 EStG als Spekulationsgewinn zu versteuern gewesen wäre, ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens, das durch den Revisionsantrag auf die Frage der Minderung des Schadens durch den Wegfall einer Gewerbesteuer beschränkt ist. Zudem hat das Berufungsgericht zwar seine Auffassung niedergelegt, der Gewinn, den die Klägerin bei Rechtswirksamkeit des Vertrages vom 13. März 1957 erzielt hätte, wäre nicht nach § 23 EStG als Spekulationsgewinn, sondern nach §§ 2 Abs. 3 Ziff. 2, 16 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2, 34 EStG als außerordentliches Einkommen zu versteuern gewesen. Es hat aber über die Frage, in welcher Höhe die Klägerin Einkommenssteuer erspart hätte, noch nicht entschieden, da ihm hierzu noch eine Beweisaufnahme erforderlich erschien. Dieser Streitpunkt ist daher nicht in die Revisionsinstanz gediehen.

Die Revision war danach zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Kleinewefers und Dr. Hauß
sind beurlaubt, ortsabwesend
und daher an der Unterschrift
verhindert.

Dr. K.E.Meyer

Dr. K.E.Meyer

Dr. Bode

Heinrich Meyer