

# BUNDESGERICHTSHOF

25

## IM NAMEN DES VOLKES

XI ZR 91/89

### URTEIL

Verkündet am:  
29. Mai 1990  
Walz,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Siegfried S [REDACTED], W [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagter und  
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und  
F. [REDACTED] -

gegen

Günter H [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Günter  
H [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED], I [REDACTED],

Klägerin und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1990 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Halstenberg, Dr. Schramm, Dr. Bungeroth und Dr. van Gelder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. April 1989 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen hat. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

### Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung seiner Pflichten als Steuerberater. Das Landgericht hatte die Klage wegen fehlender Schlüssigkeit abgewiesen. Nachdem das Oberlandesgericht dieses Urteil wegen der Verletzung von Hinweispflichten nach § 139 ZPO aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hatte, hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 3.600 DM nebst Zinsen verurteilt, die weitergehende Klage jedoch wiederum wegen fehlender Schlüssigkeit abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Anschlußberufung des Beklagten dieses Urteil im Umfang der Klageabweisung erneut aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen. Gegen die Entscheidung über die Berufung der Klägerin richtet sich die Revision des Beklagten.

### Entscheidungsgründe:

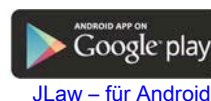
Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht meint, das Landgericht sei bei der Verneinung eines Schadens hinsichtlich der Positionen Körperschaft- und Gewerbesteuern einem gedanklichen Fehler



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



unterlegen, auch die Unterscheidung zwischen Schäden der Klägerin und solchen ihrer Gesellschafter sei unzutreffend. Nach seiner Auffassung hätte das Landgericht nach § 139 ZPO auf seine Bedenken hinweisen und so der Klägerin Gelegenheit geben müssen, auf den Gedankenfehler und die wahre Rechtslage aufmerksam zu machen. Einen weiteren Verfahrensfehler sieht das Berufungsgericht darin, daß dieser unterlassene Hinweis zum Absehen von einer an sich gebotenen Beweisaufnahme geführt habe.

## II.

Das Berufungsurteil, durch das der Beklagte beschwert ist und das deshalb von ihm mit der Revision angefochten werden kann (vgl. BGHZ 18, 107, 108; 31, 358, 361; BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 - IX ZR 35/82, NJW 1984, 495 m.w. Nachw.), hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts litt das Verfahren des Landgerichts an keinem wesentlichen Mangel im Sinne des § 539 ZPO. Die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung der Sache entbehren daher der gesetzlichen Grundlage.

Die Zurückverweisung wegen eines in der ersten Instanz unterlaufenen wesentlichen Verfahrensmangels ist in das pflichtgemäße Ermessen des Berufungsgerichts gestellt. Voraussetzungen und Grenzen dieses Ermessens sind in der Revisionsinstanz nachprüfbar. Das gilt insbesondere für die Frage, ob der von dem Berufungsgericht angenommene Verfahrensmangel vorgelegen hat (BGHZ 18, 107/108; BGH, Urteil vom 9. November 1983 - VIII ZR 349/82, NJW 1984, 310).

a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Landgericht habe die ihm obliegenden Aufklärungs- und Hinweispflichten (§§ 139, 278 Abs. 3 ZPO) verletzt. Das trifft jedoch nicht zu.

Das Landgericht hat die auf positive Forderungsverletzung gestützte Klage für unschlüssig gehalten und dies damit begründet, daß das Verhalten des Beklagten jedenfalls nicht zu einem Schaden der Klägerin geführt habe. Nach seiner Auffassung wäre bei einem ordnungsgemäßen Verhalten des Beklagten der Gewinn der Klägerin noch niedriger ausgefallen. Um Körperschaftsteuer in bestimmter Höhe zu sparen, hätte die Klägerin die Verpflichtung zur Zahlung eines Geschäftsführergehaltes in nahezu doppelter Höhe auf sich nehmen müssen. Dies bedeute, daß zur Vermeidung einer Steuerverbindlichkeit das Vermögen der Klägerin mit einer weitaus höheren anderen Verbindlichkeit hätte belastet werden müssen. Gleiches gelte auch für die Befreiung von Gewerbesteuern.

Das Berufungsgericht hält diese Ausführungen für fehlerhaft. Nach seiner Auffassung geht es nicht darum, daß die Klägerin anstelle einer Körperschaftsteuerverbindlichkeit mit Aufwendungen für ein Geschäftsführergehalt belastet wird, sondern vielmehr darum, daß die vom Finanzamt als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelten Entnahmen der Gesellschafter richtigerweise rechtlich als Gehälter hätten gestaltet werden müssen. Das Berufungsgericht sieht einen Verfahrensfehler des Landgerichts darin, daß das Landgericht die Klägerin nicht auf seine Rechtsauffassung hingewiesen und ihr damit die Möglichkeit zur Entgegnung genommen habe.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Es kann offen bleiben, ob die im Laufe des Rechtsstreits durch zahlreiche richterliche Hinweise über die Unschlüssigkeit ihres Vorbringens belehrte Klägerin im Anwaltsprozeß eine so weitgehende Aufklärung durch das Gericht erwarten darf, wie das Berufungsgericht sie fordert. Denn das Landgericht hat den vermißten Hinweis gegeben. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Klägerin durch Verfügung vom 15. Januar 1988 eingehend auf die im landgerichtlichen Urteil dargelegten Bedenken hinsichtlich der Schadensentstehung hingewiesen worden ist. Wie sich in der öffentlichen Sitzung vom 16. März 1988 herausstellte, hatte allerdings nur die beklagte Partei, nicht jedoch die Klägerin, einen Abdruck der Verfügung erhalten. Dies wurde nachgeholt und die Verhandlung wurde vertagt. Die Klägerin erhielt Gelegenheit, zu den Bedenken des Gerichts Stellung zu nehmen. Diese Möglichkeit hat sie durch ihren Schriftsatz vom 1. Juni 1988 wahrgenommen und dargelegt, daß sie die Auffassung des Landgerichts nicht für richtig halte. Unter diesen Umständen kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht und damit kein Verfahrensfehler des Landgerichts angenommen werden.

b) Das Berufungsgericht sieht einen weiteren Verfahrensfehler darin, daß das Landgericht die nach Ansicht des Berufungsgerichts gebotene Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unterlassen habe. Das Berufungsgericht ist zur Frage des Schadens sachlich-rechtlich anderer Ansicht als das Landgericht. Es hält das Vorbringen der Klägerin für schlüssig und die Beweisaufnahme von seinem Standpunkt aus für erforderlich. Das begründet aber keinen

Verfahrensfehler des Landgerichts. Denn die Frage, ob ein solcher Mangel vorliegt, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann vom Standpunkt des erstinstanzlichen Richters aus zu beurteilen, wenn dieser verfehlt ist (BGHZ 18, 107, 109/110; BGHZ 31, 358/362; BGH, Urteil vom 11. Juli 1985 - I ZR 145/83, NJW 1986, 133; BGH, Urteil vom 4. Februar 1986 - VI ZR 220/84, NJW 1986, 2436; BGH, Urteil vom 14. März 1988 - II ZR 302/87, WM 1988, 1031 = LM § 539 ZPO Nr. 15; BGH, Urteil vom 7. Dezember 1989 - VII ZR 343/88, WM 1990, 764/767). Die Nichterhebung von Beweisen kann nur dann als Verfahrensmangel im Sinne des § 539 ZPO angesehen werden, wenn das erstinstanzliche Gericht die Beweiserhebung über einen Punkt, der nach seiner eigenen sachlich-rechtlichen Beurteilung erheblich und beweisbedürftig war, aus rechtsirrigen verfahrensrechtlichen Überlegungen unterlassen hat (BGH, Urteil vom 24. November 1976 - IV ZR 3/75, JZ 1977, 232/233). Das war hier jedoch nicht der Fall.

### III.

Bei dieser Sachlage mußte das Berufungsurteil in dem angegriffenen Umfange aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht

zurückverwiesen werden. Bei der erneuten Entscheidung ist zu berücksichtigen, daß am 19. Januar 1989 gegen den Beklagten Versäumnisurteil ergangen ist (§§ 542 Abs. 3, 343 ZPO).

Schimansky

Dr. Halstenberg

Dr. Schramm

Dr. Bungeroth

Dr. van Gelder