

17

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 288/80

URTEIL

Verkündet am
30. September 1981
Kühn,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Diplom-Bauingenieurs Frithjof H[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED],
B[REDACTED], (früher Dr. G[REDACTED]),

- Prozeßbevollmächtigter: Klägers und Revisionsklägers,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Diplom-Kaufmann Dr. Peter K[REDACTED], Steuerberater und
Wirtschaftsprüfer, U[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsbeklagten,
Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Rassow und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1981

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. März 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat sich vom Beklagten beim Ankauf eines Ingenieurbüros beraten lassen. Er verlangt von ihm Schadensersatz mit der Behauptung, der Beklagte habe eine fehlerhafte Ertragsvorschau aufgestellt und deshalb pflichtwidrig nicht vom Ankauf abgeraten.

Der frühere Beklagte zu 2) hat in R[REDACTED] ein Ingenieur- und Vermessungsbüro. In der seit vielen Jahren betriebenen Niederlassung B[REDACTED] dieses Büros war der Kläger nach Beendigung seines Studiums seit Februar 1971 angestellt. Anfang 1973 wurde er Leiter der Niederlassung.

- 3 -

Als diese ihm Mitte 1974 zum Kauf angeboten wurde, ließ er sich vom Beklagten beraten. Der Beklagte nahm Einsicht in die Unterlagen des Verkäufers. In einer gemeinsamen Besprechung am 11. September 1974 stellte er eine in Form einer Überschlagsrechnung gehaltene Ertragsvorschau auf. Bei einem darin mit 800.000 DM angenommenen Jahresumsatz ergab sich nach Abzug der vor allem aus Gehältern und Sozialabgaben bestehenden Kosten von rund 556.000 DM und eines als "Korrekturposten" bezeichneten Betrages von 84.000 DM ein jährliches Betriebsergebnis von 160.000 DM. Einen Liquiditäts- oder Zahlungsplan für den Fall des Kaufes erstellte der Beklagte nicht.

Nach Behauptung des Klägers waren in der Ertragsvorschau der zukünftige Umsatz zu hoch, die mutmaßlichen Kosten zu niedrig und deshalb das für den Kaufentschluß des Klägers ausschlaggebende Betriebsergebnis zu günstig errechnet.

Der Kläger kaufte durch schriftlichen Vertrag vom 13. November 1974 mit Wirkung ab 3. Januar 1975 die Niederlassung für eine 15 Jahre lang zu zahlende Monatsrente von 5.000 DM. Gemäß § 8 Abs. 2 des Vertrages standen sämtliche Honorare, die nach dem 3. Januar 1975 "für bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossene Leistungen" eingingen, dem Verkäufer zu. Über Eigenkapital verfügte der Kläger nicht. Etwa vier Monate nach der Übernahme konnte er die Kaufpreisraten nicht mehr zahlen. Über sein Vermögen wurde Mitte 1976 das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter verlangte in erster Instanz Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten und in zweiter Instanz Zahlung eines Teilbetrages von 45.000 DM von dem dem Kläger erwachsenen Schaden. Er hatte in beiden



Rechtszügen keinen Erfolg. Während des Revisionsverfahrens ist das Konkursverfahren aufgehoben worden. Nunmehr verfolgt der Kläger selbst den Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Zwar greifen die zur Ertragsvorschau erhobenen Rügen nicht durch. Das Berufungsgericht hat aber bei der Frage, ob die fehlende Liquiditätsberechnung Schadensursache war, die Beweislast verkannt.

I.

Die Revision meint, bei richtiger Prognose wäre ein Betriebsergebnis von nur rund 40.000 DM statt der in der Ertragsvorschau des Beklagten genannten 160.000 DM im Jahr zu erwarten gewesen. Dem mutmaßlichen Nettoumsatz von nur 722.274 DM hätten mutmaßliche Gesamtkosten von 682.625 DM gegenübergestellt werden müssen.

Bei den einzelnen Schritten auf dem Weg zu diesem Ergebnis kann der Revision jedoch nicht gefolgt werden. Vielmehr sind dem Berufungsgericht bei seiner Würdigung der Ertragsvorschau und ihrer Bedeutung für den Kaufentschluß des Klägers Rechtsfehler nicht unterlaufen.

1. Die Revision hält den der Ertragsvorschau zugrundegelegten, aus den Jahren 1970 - 1973 und dem ersten Halbjahr 1974 ermittelten Durchschnittsjahresumsatz von 800.000 DM aus verschiedenen Gründen für fehlerhaft.

a) Für das Halbjahr 1974 habe nicht von 500.000 DM, sondern nur von den in diesem Zeitraum tatsächlich erzielten 371.439,02 DM ausgegangen werden dürfen. Die diesbezügliche Behauptung im Schriftsatz des Klägers vom 31. Januar 1980 habe das Berufungsgericht ohne Begründung zu Unrecht nach den §§ 296 Abs. 1, 527, 519 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Im Termin vom 4. Februar 1980 habe es den Beklagten wegen seiner Stellungnahme zu dem neuen Vorbringen des Klägers befragen und dann erst nach entsprechender Antwort des ohnehin zur Anhörung anwesenden Sachverständigen die Möglichkeit einer Verzögerung beurteilen können.

Diese Rüge hat der Senat geprüft. Sie ist unbegründet (vgl. § 565 a ZPO).

b) Das Berufungsgericht hat somit rechtsfehlerfrei für das erste Halbjahr 1974 als Umsatz 500.000 DM zugrunde gelegt. Demgemäß kann entgegen der Ansicht der Revision der in der Ertragsvorschau genannte Durchschnittsumsatz von 800.000 DM nicht vom rechnerischen Ansatz her bezweifelt werden. Das hat deshalb besondere Bedeutung, weil die Revision bei ihren weiteren Schritten immer von dem nach diesem zurückgewiesenen Vorbringen geringeren Umsatz ausgeht.

c) Dieser Durchschnittsumsatz von 800.000 DM ist der Bruttoumsatz. Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß der Beklagte bei seiner Ertragsvorschau den Nettoumsatz hätte zugrundelegen oder aber die Umsatzsteuer beinenden Kosten hätte anführen sollen. Mit dieser Erwägung hat sich jedoch das Berufungsgericht in einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenen Weise auseinandergesetzt.

Seine Feststellung, nach den zugrundegelegten Daten sei erkennbar gewesen, daß vom Bruttoumsatz ausgegangen wurde, hat die Revision ebensowenig angegriffen wie die weiteren Feststellungen, daß diese Daten mit dem Kläger erörtert worden seien und daß er selbst den im damaligen Zeitpunkt vorhandenen Auftragsbestand von 964.000 DM ermittelt habe. Dann aber ist die Folgerung des Berufungsgerichts möglich, es könne jedenfalls nicht angenommen werden, daß der Kläger die Ertragsvorschau verworfen oder sogar nicht gekauft hätte, wenn der Nettoumsatz mit 759.000 DM prognostiziert worden wäre.

d) Mit der näher ausgeführten Erwägung, der Beklagte habe die sinkende Tendenz des Umsatzes berücksichtigen müssen, greift die Revision in unzulässiger Weise die tatrichterlichen Feststellungen an. Aufgrund der Anhörung des Sachverständigen ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß diese vom Kläger bereits in der Berufungsinstanz behauptete Tendenz gerade nicht gegeben war. Auch in diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß das verspätete Vorbringen des Klägers, mit der die Revision ihre Erwägung begründet, für die Entscheidung des Senats keine Rolle spielen kann. Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht habe die Richtigkeit der Prognose zur Umsatztendenz nicht anhand von Tatsachen bewerten dürfen, die seinerzeit nicht bekannt gewesen seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Im Berufungsurteil sind in diesem Zusammenhang die tatsächlich 1974 und 1975 erzielten Umsätze zur Bewertung der Prognose herangezogen worden. Der beste Maßstab für die Richtigkeit einer vorausschauenden Betrachtung ist das spätere tatsächliche Geschehen, es sei denn, daß die Verhältnisse sich geändert haben. Für eine solche Besonderheit liegt hier nichts vor.

2. Auch die vom Kläger beanstandeten Ausführungen des Berufungsgerichts zur Kostenseite halten der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand.

a) Dabei braucht die bei einer Prognose der Personalkosten anzuwendende Methode nicht näher erörtert zu werden. Das Berufungsgericht hat sich mit dem Weg des Beklagten, den Durchschnitt der vergangenen Jahre zu ermitteln, ebenso auseinandergesetzt wie mit der von der Revision für richtig erachteten Berechnungsweise, die allein auf dem letzten Jahr vor der Geschäftsübernahme aufbaut. Es hat dabei ausgehend von den Zahlen des Sachverständigengutachtens bei der Methode des Beklagten die Kostenprognose durchaus bestätigt gefunden, während es bei der Methode des Klägers zu einem um ca. 60.000 DM höheren Betrag an Gehaltskosten gelangt ist. Weil dieser Betrag durch den in die Ertragsvorschau vom Beklagten aufgenommenen Korrekturposten von 84.000 DM aufgefangen werde, verändere sich im Endeffekt das Betriebsergebnis der Ertragsvorschau von 160.000 DM nicht. Deshalb könne nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger nicht gekauft hätte, wenn der Beklagte bei seiner Ertragsvorschau von den effektiven Personalkosten für 1974 ausgegangen wäre, zumal dem Kläger als Niederlassungsleiter die Gehälter bekannt gewesen seien und er gegen den vom Beklagten angenommenen Betrag keine Einwände erhoben habe. Ein etwaiges Fehlverhalten des Beklagten sei für den geltend gemachten Schaden keinesfalls kausal geworden.

Jedenfalls diese Erwägung zum - hypothetischen - Ursachenverlauf trägt die Entscheidung des Berufungsgerichts. Das gilt umso mehr, als der Beklagte in der Ertragsvorschau Tagegelder von 24.000 DM als Kosten aufgeführt hat. Diesen Umstand haben sowohl die Revision als auch das Berufungs-

gericht übersehen. Das Berufungsurteil durfte danach entgegen seiner Berechnung Tagegelder nicht noch einmal gesondert berücksichtigen. Es hat demgemäß die vom Korrekturposten aufgefangene Differenz um 24.000 DM zu hoch angesetzt: aufzufangen war insoweit nur eine Differenz von 36.000 DM.

b) Die gleiche Erwägung trägt die angefochtene Entscheidung auch insoweit, als die Revision meint, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hätten Kosten für freie Mitarbeiter bei der Ertragsvorschau berücksichtigt werden müssen. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ausgeführt, auch diese Differenz werde wiederum von dem Korrekturposten aufgefangen, so daß der Kläger nicht vom Kauf Abstand genommen hätte, wenn der Beklagte auf die bisherigen Kosten für freie Mitarbeiter ausdrücklich hingewiesen haben würde. Auch dabei ist festzuhalten, daß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der Korrekturposten bei Berücksichtigung von ca. 30.000 DM für freie Mitarbeiter nicht erschöpft ist, daß vielmehr immer noch ein Rest von 18.000 DM deshalb verbleibt, weil das Berufungsgericht wie ausgeführt den in der Ertragsvorschau genannten Betrag für Tagegelder übersehen hat.

Auf einem Irrtum der Revision beruht die Rüge, das Berufungsgericht habe Beweis über die bestrittene Behauptung des Beklagten erheben müssen, der Kläger habe die Absicht geäußert, in Zukunft ohne freie Mitarbeiter auszukommen. Im Berufungsurteil ist auf Seite 22 trotz gegenteiliger Indizien ausdrücklich zugunsten des Klägers unterstellt, daß er eine solche Äußerung nicht abgegeben hatte. Nicht für eine solche Äußerung des Klägers, sondern für dessen Vorhaben, nicht in früherem Umfang freie Mitarbeiter zu beschäftigen, spricht nach Meinung des Berufungsgerichts

"eine tatsächliche Vermutung" deshalb, weil der Kläger 1975 lediglich für 30.000 DM und nicht für die dem Durchschnitt früherer Jahre entsprechende Summe von 63.000 DM freie Mitarbeiter eingesetzt hat.

II.

Dennoch muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht eine positive Vertragsverletzung des Beklagten darin gesehen, daß er dem Kläger nicht vor dem Abschluß des Kaufvertrages einen Liquiditäts- und Zahlungsplan vorgelegt hat, obwohl die Prüfung der Liquiditätsfrage sich mit Rücksicht auf den Kaufvertrag geradezu aufgedrängt habe. Es hat weiter ausgeführt, jedoch könne nicht positiv festgestellt werden, daß bei rechtzeitiger Vorlage der Liquiditätsberechnung und entsprechender Beratung der Kläger vom Kauf des Büros Abstand genommen hätte. Die haftungsausfüllende Kausalität des Fehlverhaltens des Beklagten für den Kauf sowie die Konkurseröffnung sei nicht ausreichend vorgetragen, die hypothetische Kausalität könne nicht bejaht werden.

2. Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht die Beweislast verkannt. Allerdings hat im Regelfall der Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und eingetretenem Schaden zu beweisen. Auch dann, wenn er dem Schädiger nicht eine Verletzungshandlung, sondern ein Unterlassen vorwirft, muß er darlegen und ggfs. beweisen, daß der Verletzungserfolg durch die unterlassene Handlung vermieden worden wäre. Dabei kommen dem Geschädigten in bestimmter Weise gem. § 287 ZPO Beweiserleichterungen zugute.

Indessen trifft bei der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungs- oder Beratungspflicht die Beweislast dafür, daß der Schaden auch bei vertragsgerechter Erfüllung eingetreten wäre, weil der Geschädigte sich über dabei hervortretende Bedenken hinweggesetzt haben würde, den für die vertragsgerechte Erfüllung verantwortlichen Berater und damit den Schädiger.

Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 61, 118, 121 ff, 64, 46, 51 und 72, 92, 106). Sie trägt dem Umstand Rechnung, daß die Frage nach dem hypothetischen Verlauf bei pflichtgemäßem Verhalten häufig unaufklärbar ist, nämlich die Frage, ob das bei entsprechender Beratung bei dem Beratenen vorhandene Bewußtsein des erhöhten Risikos ihn im damaligen Zeitpunkt zu einer anderen Entscheidung veranlaßt hätte. Der Zweck einer Beratungspflicht besteht aber gerade auch darin, schon im maßgeblichen Zeitpunkt Klarheit über die im vollen Bewußtsein des Risikos getroffene Entscheidung zu schaffen. Deshalb muß das Risiko der Unaufklärbarkeit dann, wenn es auf der Nichterfüllung oder der Schlechterfüllung der Beratungspflicht beruht, zu Lasten des Beratungspflichtigen gehen.

Das Berufungsgericht ist von einer solchen Unaufklärbarkeit ausgegangen. Es hat sich gerade zu der Frage der hypothetischen Entscheidung des Klägers bei Vorlage der Liquiditätsberechnung und entsprechender Beratung zu einer "positiven" Feststellung nicht in der Lage gesehen.

3. Somit hat der Beklagte für die Folgen der Schlechterfüllung seiner Beratungspflicht einzustehen, wenn - wovon hier auszugehen ist - nicht festgestellt werden kann,

ob der Kläger sich bei gehöriger Beratung anders entschieden hätte. Gleichwohl ist die Sache schon deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuweisen, weil das Berufungsgericht jedenfalls über die Höhe der Klagansprüche noch Feststellungen treffen muß. Dabei werden die Parteien auch Gelegenheit haben, zu dem erstmals von der Revision behaupteten Umstand Näheres vorzutragen, daß die Kosten wegen regelmäßiger Lohnerhöhungen jährlich um ca. 5% üblicherweise steigen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Rassow

Dr. Zopfs