BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 172/05

Verkündet am:
5. Juli 2006
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., 818 Abs. 1 und 2

a) Eine durch rechtsgrundlose Leistung erlangte Steuerberaterpraxis ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB - spiegelbildlich zur ursprünglichen Übertragung - als Einheit und in der Gestalt an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben, in der sie sich zur Zeit der Herausgabe befindet. Die Herausgabepflicht umfasst nicht die Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zur Unterlassung von Wettbewerb.

b) Der Empfänger ist zur Herausgabe außerstande mit der Folge, dass er gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten hat, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Mandanten den Wechsel vom Bereicherungsschuldner zum Bereicherungsgläubiger mit vollziehen werden (im Anschluss an BGH, Urteil vom 14. Januar 2002 – II ZR 354/99, NJW 2002, 1340).

c) Wird die Herausgabe des Erlangten in Natur erst nach der Entstehung des Bereicherungsanspruchs unmöglich, ist für die Bestimmung des nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzenden Wertes der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit maßgeblich (Abgrenzung zu BGHZ 5, 197, 200; 35, 356, 358 f.; Senatsurteil vom 8. April 1963 – VIII ZR 219/61, NJW 1963, 1299; BGH, Urteil vom 14. Januar 2002, aaO).

d) Bis zum Zeitpunkt des Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur sind von dem Bereicherungsschuldner auch die mit der Steuerberaterpraxis erzielten Gewinne, soweit sie nicht auf seinen persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruhen, als Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben.

BGH, Urteil vom 5. Juli 2006 - VIII ZR 172/05 - OLG Frankfurt am Main
LG Gießen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 2006 durch die Richter Ball, Dr. Leimert, Dr. Wolst und Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juni 2005 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte erwarb vom Kläger mit "Praxisübergabevertrag" vom 30. September 1995 dessen Steuerberaterpraxis in L. . Übergabetermin war der 1. Januar 1996. Als Kaufpreis vereinbarten die Parteien 925.000 DM, zahlbar in zwei Raten zu je 462.500 DM. Hierauf zahlte der Beklagte an den Kläger 400.000 DM.

2 Im Januar 1997 hat der Kläger zunächst Klage auf Zahlung weiterer 62.500 DM erhoben und später hilfsweise beantragt, den Beklagten zur Herausgabe der Steuerberaterpraxis zu verurteilen, ihm eine Frist zur Herausgabe zu setzen und ihn nach fruchtlosem Fristablauf zur Zahlung von 525.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Beklagte hat widerklagend die Rückzahlung

der geleisteten Kaufpreisrate von 400.000 DM (204.516,75 €) nebst Zinsen verlangt.

3 Durch rechtskräftiges Teilurteil vom 11. Februar 1998 hat das Landgericht den auf Zahlung weiterer 62.500 DM gerichteten Hauptantrag abgewiesen mit der Begründung, der Praxisübergabevertrag sei aufgrund einer in § 7 enthaltenen sittenwidrigen Konkurrenzschutzklausel insgesamt nichtig.

4 In der nachfolgenden mündlichen Verhandlung im Mai 1998 waren sich die Parteien darüber einig, dass die Praxis zum 30. Juni 1998 zurückgegeben werden sollte. Im Juli 1998 übergab der Beklagte dem Kläger 257 zur Praxis gehörende Aktenordner. Die Übergabe der restlichen Akten machte er von der Abholung des ursprünglichen Inventars der Praxis durch den Kläger abhängig, das sich nicht mehr in den Räumen der Kanzlei, sondern in seinem Privathaus befand. Der Beklagte unterrichtete die Mandanten davon, dass der Kläger ihre Beratung wieder übernehmen wolle, und fragte an, ob sie zum Kläger zurückkehren wollten. Am 31. August 1998 setzte der Kläger dem Beklagten erfolglos eine letzte Frist zur Übergabe des Inventars bis zum 3. September 1998.

5 Nachdem das Landgericht im Oktober 1998 und Mai 2002 die Beweiserhebung über den objektiven Wert der Nutzung der Steuerberaterpraxis durch den Beklagten im Zeitraum zwischen Januar 1996 und Oktober 1998 sowie über den objektiven Wert des vom Kläger auf den Beklagten übertragenen Mandantenstamms zum Zeitpunkt der Übergabe am 1. Januar 1996 angeordnet hatte, hat der Kläger im April 2004 die Klage teilweise zurückgenommen und nur noch beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 525.000 DM (268.428,23 €) nebst Zinsen zu verurteilen.

6 Das Landgericht hat durch Schlussurteil vom 15. September 2004 die Klage abgewiesen und der Widerklage unter Abweisung im Übrigen in Höhe

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

von 19.231,73 € nebst 6,5 % Zinsen seit dem 6. März 1997 stattgegeben. Mit seiner dagegen gerichteten Berufung hat der Beklagte die Widerklage erweitert und über den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 19.231,73 € hinaus weitere 207.994,38 € nebst 5 % Zinsen aus 204.516,75 € seit dem 16. Dezember 2004 gefordert. Die Summe von 227.226,11 € (19.231,73 € + 207.994,38 €) setzt sich zusammen aus dem Kaufpreis von 400.000 DM und 5 % Zinsen aus 400.000 DM für die Zeit vom 1. April 1996 bis 15. Dezember 2004 (174.166,65 DM) abzüglich 129.751 DM Wertersatz zugunsten des Klägers für den übernommenen Mandantenstamm. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 38.007,84 € nebst Zinsen in Höhe von 1,5 % für die Zeit vom 6. März 1997 bis zum 30. September 1998 und in Höhe von 6,5 % seit dem 1. Oktober 1998 verurteilt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein zweitinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

8 Gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB stehe dem Beklagten gegenüber dem Kläger nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Saldierung gegenseitiger Forderungen bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge ein Anspruch auf Zahlung von insgesamt 38.007,84 € zu. Der Kläger müsse den erhaltenen Teilkaufpreis von

400.000 DM nebst daraus gezogener Nutzungen (Zinsen) in Höhe von 50.000 DM herausgeben; der Beklagte schulde demgegenüber Wertersatz für die nicht mehr herauszugebende Praxis in Höhe von 263.818 DM und für daraus gezogene Nutzungen in Höhe von 111.845,12 DM. Daraus ergebe sich ein Saldo zugunsten des Beklagten von 74.336,88 DM (38.007,84 €).

9 Der Beklagte habe die Steuerberaterpraxis des Klägers erlangt, auch wenn, wie der Beklagte behaupte, der Kläger seine Verpflichtung zur Überleitung der Mandanten beziehungsweise des Mandantenstamms nicht oder nicht vollständig erfüllt habe. Der Beklagte habe das Inventar, die Mitarbeiter und die Aktenbestände der Praxis übernommen und nach seiner eigenen Darstellung ab 1996 durch Tätigkeit für die früheren Mandanten des Klägers Umsätze und Gewinne erzielt. Die Erlangung der Praxis sei ohne Rechtsgrund geschehen, weil der Praxisübergabevertrag vom 30. September 1995 den Kläger durch eine Konkurrenzschutzklausel ohne zeitliche Beschränkung (Nr. 7 des Vertrages) gemäß § 138 BGB sittenwidrig benachteilige.

10 Die den Parteien aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenseitig zustehenden Ansprüche seien zu saldieren. Beiden Parteien stünden nur Zahlungsansprüche zu, weil sich die Rückgabe der Praxis nachträglich als nicht möglich herausgestellt habe und der Beklagte daher nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz schulde. Aus dem beiderseitigen Vortrag der Parteien im Zusammenhang mit dem Versuch der Rückgabe der Praxis ergebe sich, dass aufgrund der nach Vertragsschluss bestehenden beruflichen Verhältnisse sowohl des Klägers als auch des Beklagten eine Überleitung des Mandantenstammes vom Beklagten auf den Kläger objektiv nicht möglich gewesen sei. Eine bloße Unterrichtung der Mandanten darüber, dass der andere bereit sei, sie zu übernehmen, genüge dafür nicht. Es müsse die Chance bestehen, dass die Mandanten als Folge der Marktverhältnisse zu dem (Rück-)Erwerber wechselten. Eine solche Chan-

ce habe es im Jahr 1998 nicht mehr gegeben, weil weder der Beklagte angeboten habe oder bereit gewesen sei, seine Tätigkeit als Steuerberater in der Umgebung des Ortes L. aufzugeben, wozu er bereicherungsrechtlich verpflichtet gewesen sei, noch der Kläger die Absicht gehabt habe, wieder am Ort der früheren Praxis als Steuerberater tätig zu werden, nachdem er zuvor sein Tätigkeitsfeld nach D. verlegt habe. Damit sei die Rückgabe der Steuerberaterpraxis als einer betrieblichen Einheit insgesamt unmöglich geworden. Hinzu komme, dass der Beklagte die steuerberatende Tätigkeit nicht mehr in den ursprünglich von dem Kläger angemieteten Räumen ausgeübt und in seiner Praxis zunehmend auch von ihm selbst eingebrachte Mandate bearbeitet habe, so dass eine nachträgliche Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht vorstellbar gewesen sei.

11 Die Unmöglichkeit der Rückübertragung des Mandantenstammes sei Ende September/Anfang Oktober 1998 eingetreten. Nachdem die dem Beklagten vom Kläger gesetzte letzte Frist zur Rückgabe des Inventars am Ort der früheren Kanzlei am 3. September 1998 erfolglos abgelaufen sei und der Kläger im darauf folgenden Verhandlungstermin vor dem Landgericht am 23. September 1998 Antrag auf Fristsetzung zur Herausgabe der Praxis verbunden mit einem Antrag auf Wertersatz nach fruchtlosem Fristablauf gestellt habe, habe das Landgericht die Beweiserhebung über den Wert der Steuerberaterkanzlei angeordnet, ohne dass die Parteien dem widersprochen hätten. Aus diesem Geschehen ergebe sich, dass beide Parteien Ende September/Anfang Oktober 1998 von einem endgültigen Scheitern der Rückgabe der Steuerberaterkanzlei ausgegangen und auch selbst zur Vornahme der dafür notwendigen Handlungen nicht mehr bereit gewesen seien.

12 Der Kläger könne von dem Beklagten aus § 818 Abs. 2 BGB als Wertersatz für die Kanzlei zum Zeitpunkt 30. September/1. Oktober 1998 die Zahlung

von 263.818 DM (134.888 €) beanspruchen. Maßgeblich für die Bewertung sei der Zeitpunkt, in dem die Rückgabe unmöglich geworden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei der Bereicherungsschuldner zur Herausgabe des erlangten Gegenstandes in Natur verpflichtet, so dass dem Bereicherungsgläubiger einerseits eine mögliche Wertsteigerung zugute komme und er andererseits das Risiko des Wertverfalls zu tragen habe. Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige habe den Wert der Kanzlei für Oktober 1998 in nachvollziehbarer und rechtlichen Maßstäben entsprechender Weise auf 263.818 DM veranschlagt. Zu ermitteln sei der Preis, den ein durchschnittlicher Empfänger am Markt zahlen müsste, um den Gegenstand zurückzuerlangen. Diesen Preis habe der Sachverständige auf der Grundlage des in den ersten sieben Jahren nach einer Übernahme zu erwartenden Ertrags berechnet und sich dabei an den Empfehlungen der Bundessteuerberaterkammer für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberaterpraxis orientiert. Da es auf den Wert des Unternehmens etwa zweieinhalb Jahre nach dem Verkauf ankomme, sei auch sachgerecht, dass der Sachverständige die vom Beklagten in den Jahren 1996 und 1997 erzielten Umsätze zugrunde gelegt habe und nicht von den Umsätzen des Klägers vor dem 1. Januar 1996 ausgegangen sei, die insbesondere im letzten Jahr vor dem Verkauf aufgrund besonderer Umstände, wegen hoher Kosten und der beruflichen Orientierung des Klägers nach D. stark abfallend gewesen seien. Soweit der Beklagte vortrage, der von ihm in den Jahren 1996 und 1997 erzielte hohe Umsatz beruhe ausschließlich auf seiner erheblichen Arbeitsleistung, habe der Sachverständige bei seinen Berechnungen berücksichtigt, dass der Beklagte im ersten Jahr nach der Übernahme Rückstände habe abbauen und deshalb einen erhöhten Arbeitseinsatz habe leisten müssen, indem er den von dem erzielten Umsatz abzuziehenden kalkulatorischen Unternehmerlohn um 50 % erhöht habe.

13 Dem Kläger stehe gegen den Beklagten weiter aus § 818 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Herausgabe der von dem Beklagten im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 1996 und dem 30. September 1998 aus der Steuerberaterkanzlei gezogenen Nutzungen in Höhe von 111.845 DM (57.185,50 €) zu. Herauszugeben seien die tatsächlich erzielten Unternehmergewinne, die bei einem selbst mitarbeitenden Unternehmer um den objektiven Wert seiner persönlichen Arbeitskraft zu kürzen seien. Diese Nutzungen habe der Sachverständige innerhalb seiner Berechnung des Ertragswertes ermittelt. Dem Kläger werde dadurch, dass er neben dem Ersatz des Wertes der Praxis im Zeitpunkt September/Oktober 1998 auch noch die bis zu diesem Zeitpunkt seit der Übergabe gezogenen Nutzungen herausverlangen könne, nicht etwas wirtschaftlich "doppelt" zugesprochen. Aus der Zusammenschau der Absätze 1 und 2 des § 818 BGB ergebe sich, dass der Bereicherungsschuldner neben dem Ersatz des Wertes für den erlangten Gegenstand auch die bis zur Rückgabe tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben habe. Bei der Übertragung eines Unternehmens sei dies der sich allein aus der Innehabung des Unternehmens als Kapitalgegenstand ergebende Ertrag. Soweit der Sachverständige denselben Ertrag zur Ermittlung des Unternehmenswertes herangezogen habe, handele es sich lediglich um einen Berechnungsfaktor. Die Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen bestehe bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Herausgabe des Erlangten unmöglich geworden sei. Danach dürfe der Bereicherungsschuldner den erlangten Gegenstand aus eigenem Recht nutzen, und der entstehende Wertersatzanspruch sei unter den allgemeinen Voraussetzungen zu verzinsen.

14 Der Beklagte könne im Gegenzug Rückzahlung der von ihm gezahlten Kaufpreisrate von 400.000 DM sowie gemäß § 818 Abs. 1 BGB als tatsächlich gezogene Nutzungen 5 % Zinsen aus diesem Betrag für den Zeitraum vom 1. April 1996 bis zum 30. September 1998 (= 50.000 €) verlangen. Habe ein gewerblich am Markt tätiger Schuldner einen größeren Geldbetrag erhalten,

spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass er diesen Geldbetrag zu marktüblichen Zinsen angelegt habe, sofern er nicht substantiiert darlege, in welcher Weise er den Geldbetrag anderweit eingesetzt habe. Der Vortrag des Beklagten, in der Zeit zwischen 1996 und 1998 sei ein Anlagezins von 5 % marktüblich gewesen, sei vom Kläger nicht bestritten worden. Der Kläger müsse die aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen bis zu demselben Zeitpunkt erstatten, für den der Beklagte seinerseits verpflichtet sei, die aus der Steuerberaterpraxis gezogenen Nutzungen herauszugeben. Ab Ende September 1998 seien die gegenseitigen Ansprüche zu saldieren, so dass der Kläger nur noch den sich aus der Gesamtrechnung ergebenden Saldo von 38.007,84 € herauszugeben habe. Der weiter zuerkannte Zinsanspruch folge aus §§ 286 Abs. 1, 284 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., wobei zu berücksichtigen sei, dass dem Beklagten 5 % Zinsen aus dem hingegebenen Kaufpreis bis zum 30. September 1998 bereits unter dem Gesichtspunkt gezogener Nutzungen zuerkannt worden seien.

II.

15 Die Revision ist unbegründet. Dem Beklagten steht ein über den ihm vom Berufungsgericht zuerkannten Betrag von 38.007,84 € hinausgehender Anspruch aus einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Praxisübergabevertrages der Parteien vom 30. September 1995 gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., 818 Abs. 1 und 2 BGB nicht zu.

16 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, der Beklagte habe durch rechtsgrundlose Leistung des Klägers in Erfüllung des nichtigen Praxisübergabevertrages dessen Steuerberaterpraxis in L. erlangt. Entgegen der Rüge der Revision sind die tatrichterlichen Feststellungen zur Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes nicht zu beanstanden.

17 Im Rahmen einer Praxisübertragung wird als Steuerberaterpraxis und allgemein als freiberufliche Praxis regelmäßig der Inbegriff der materiellen und immateriellen Vermögenswerte bezeichnet, der die Praxis als betriebsfähige Wirtschaftseinheit ausmacht und der gebildet wird aus dem der selbständigen Arbeit dienenden Betriebsvermögen wie Praxisräumen und -ausstattung, den bestehenden Arbeitsverhältnissen sowie dem Mandanten-, Klienten- oder Patientenstamm und der Summe von Möglichkeiten, Beziehungen und Chancen, die Tätigkeit des früheren Inhabers in der bisherigen Form erfolgreich fortsetzen zu können (vgl. Wollny, Unternehmens- und Praxisübertragungen, 6. Aufl., Rdnr. 3419). Die Steuerberaterpraxis des Klägers in diesem Sinne ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf den Beklagten übergegangen. Danach hat dieser das Inventar, die Mitarbeiter und die Aktenbestände der Steuerberaterpraxis des Klägers übernommen und durch Tätigkeit für die früheren Mandanten des Klägers Umsätze und Gewinne erzielt.

18 Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht hätte bei der Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes nicht unberücksichtigt lassen dürfen (§ 286 ZPO), dass nach dem Vortrag des Beklagten dieser vom Kläger für den Zeitpunkt des Übergangs keine Mandantenliste unter Angabe des Umsatzes je Mandant, je abgerechneter Leistung und je Zeitraum erhalten und der Kläger einzelne Mandate als Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft im nahe gelegenen S. selbst weiter betreut habe, außerdem, dass er lediglich 113 Mandanten über den Praxisübergang informiert und weder den Beklagten umfassend bei der Mandantschaft eingeführt noch deren Einverständnis mit der Mandatsübernahme eingeholt habe. Damit mag der Kläger Handlungspflichten verletzt haben, die er durch den zwischen den Parteien geschlossenen Praxisübergabevertrag zur Förderung eines Übergangs des Mandantenstamms übernommen hatte. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Beklagte dennoch die Steuerberaterpraxis des Klägers erlangt hat und mit der

Übertragung der Praxis auch den bestehenden Mandantenstamm des Klägers nutzen konnte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat und der Beklagte im Ergebnis selbst nicht in Abrede stellt. Ob die Mandanten bei dem Erwerber einer Praxis verbleiben, liegt in deren freier Entscheidung. Sie können von dem Veräußerer einer Praxis wie eines sonstigen gewerblichen Unternehmens nicht im Wege von Rechtsgeschäften oder tatsächlichen Handlungen übertragen werden, sondern nur zusammen mit der Praxis bzw. dem Unternehmen übergehen, etwa weil sie der Praxis oder dem Unternehmen aufgrund des unter dem bisherigen Inhaber erworbenen Rufs, einer räumlichen Bindung oder einem Mangel an Wettbewerbern treu bleiben (BGH, Urteil vom 13. November 1990 - KZR 2/89, NJW-RR 1991, 1002 unter II 4 b). Der Übergang wird durch die Mitwirkung des Veräußerers und eine von seiner Seite erfolgende Einweisung des Erwerbers in die Organisations- und Mandantenstruktur unterstützt und erleichtert, unabdingbare Voraussetzung dafür ist sie jedoch nicht.

19 Auf die Frage, welchen Umfang der übernommene Mandantenstamm hatte und welchen Wert er verkörperte, kommt es für die Bestimmung der Steuerberaterpraxis als des in Natur erlangten Bereicherungsgegenstandes unmittelbar nicht an. Deshalb ist insoweit auch ohne Belang, ob, wie die Revision weiter geltend macht, der Kläger im Rechtsstreit zum Bestand und zum Umfang der vom Beklagten weiter bearbeiteten Mandate nicht substantiiert vorgetragen hat.

20 2. Die Revision wendet sich vergeblich dagegen, dass eine gegenständliche Herausgabe der Kanzlei dem Beklagten Ende September/Anfang Oktober 1998 im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB unmöglich geworden ist.

21 a) Rechtsfolge einer rechtsgrundlosen Leistung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB ist grundsätzlich die Verpflichtung des Bereicherten

zur Herausgabe des Erlangten in Natur. Bei der Rückabwicklung eines Praxiskaufvertrags bedeutet dies ebenso wie bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Unternehmenskaufs, dass der Verpflichtete die Praxis bzw. das Unternehmen als betriebswirtschaftliche Einheit in der Gestalt auf den Bereicherungsgläubiger zurückzuübertragen hat, in der es sich zur Zeit der Herausgabe befindet (MünchKommHGB/Lieb, 2. Aufl., Anh. § 25 Rdnr. 43; Rupietta, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Unternehmenskaufverträge, 2001, S. 62), jedenfalls solange die Praxis oder das Unternehmen noch in seiner ursprünglichen Identität vorhanden ist. Die bei der Erfüllung des Vertrages gewollte einheitliche Behandlung des die Praxis ausmachenden Inbegriffs an materiellen und immateriellen Vermögenswerten muss auch bei der Rückabwicklung gewahrt bleiben (Erman/Westermann/Buck, BGB, 11. Aufl., § 818 Rdnr. 7; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., § 6 IV 1; Schöne, ZGR 2000, 86, 92; derselbe in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Bd. 1, § 34 Rdnr. 40; Schwintowski, JZ 1987, 588; Rupietta, aaO, S. 61 f.). Veränderungen in der Zusammensetzung der Vermögenswerte, die im Rahmen des gewöhnlichen Betriebsablaufs erfolgen, wie etwa durch die Erneuerung oder Ergänzung von Gegenständen des Inventars, einen Wechsel oder eine Veränderung der Praxisräume, Änderungen im Personalbestand sowie dadurch, dass einerseits Mandanten abwandern und andererseits neue hinzugewonnen werden, berühren die Identität der Praxis als solcher im Regelfall nicht (Schöne, ZGR 2000, 86, 93 f.; derselbe in Semler/Volhard, aaO). Die Rückgabepflicht des Bereicherungsschuldners beschränkt sich nicht etwa auf die Vermögensstücke, die er von dem Bereicherungsgläubiger erhalten hat und die noch vorhanden sind (MünchKommHGB/Lieb, aaO; Schöne, ZGR 2000, 86, 96; Rupietta, aaO, S. 73; Schwintowski, aaO). Eine freiberufliche Praxis ist ebenso wie ein gewerbliches Unternehmen eine tätige Einheit, die ständigen

Veränderungen unterliegt und nicht "wie eine Raritätensammlung" im Urzustand zurückgewährt werden kann (Karsten Schmidt, aaO).

22 b) Die vom Berufungsgericht angenommene Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB setzt deshalb voraus, dass der Beklagte zu einer spiegelbildlich zur ursprünglichen Übertragung erfolgenden Herausgabe der Praxis als Einheit (vgl. Ballerstedt, Festschrift für Schilling, 1973, S. 289, 294) nicht (mehr) in der Lage ist. Das Berufungsgericht hat festgestellt, aufgrund der nach Vertragsschluss bestehenden beruflichen Verhältnisse sowohl des Klägers als auch des Beklagten sei Ende September/Anfang Oktober 1998 jedenfalls eine Überleitung des Mandantenstammes vom Beklagten auf den Kläger und damit eine Rückübertragung der Steuerberaterpraxis als betrieblicher Einheit insgesamt unmöglich geworden. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

23 aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass, wie oben bereits ausgeführt, der Mandantenstamm nicht durch Willenserklärungen oder tatsächliche Handlungen des Beklagten zurückübertragen werden kann, sondern nur zusammen mit der Praxis als Folge der Marktverhältnisse übergehen kann, weil die Mandanten aufgrund autonomer Entscheidung die Praxis auch unter dem neuen bzw. dem diese zurücknehmenden alten Inhaber weiterhin beauftragen. Für die Frage, ob der Beklagte in der Lage ist, den Mandantenstamm herauszugeben, kommt es deshalb darauf an, ob zu erwarten ist, dass mit der Rückgabe des Inbegriffs an Sachen und Rechten, die die Praxis ausmachen, auch der Mandantenstamm an den Kläger zurückfällt.

24 Die Revision rügt insoweit zu Recht, dass diese Erwartung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon deshalb verneint werden kann, weil beide Parteien Ende September/Anfang Oktober 1998 von einem endgülti-

gen Scheitern der Rückgabe der Steuerberaterkanzlei ausgingen und zur Vornahme der dafür notwendigen Handlungen nicht mehr bereit waren. Weder dem Bereicherungsschuldner noch dem Bereicherungsgläubiger steht ein Wahlrecht zwischen der Herausgabe in Natur und der Abfindung durch Wertersatz zu (Staudinger/W.Lorenz, BGB (1999), § 818 Rdnr. 21; Erman/Westermann/Buck, aaO, Rdnr. 4; Schöne, ZGR 2000, 87, 98). Die Unmöglichkeit im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB kann deshalb nicht dadurch herbeigeführt werden, dass die Parteien einvernehmlich die Rückabwicklung als gescheitert betrachten und nicht (mehr) gewillt sind, an einer Rückübertragung der Praxis mitzuwirken.

25 bb) Das Berufungsgericht hat jedoch weiter festgestellt, eine Chance auf Rückkehr der Mandanten zum Kläger habe im Herbst 1998 unter anderem deshalb nicht mehr bestanden, weil der Beklagte nicht bereit gewesen sei, sich aus einer Tätigkeit als Steuerberater in der Umgebung des Ortes L. zurückzuziehen. Schon diese Tatsache rechtfertigt die Annahme, die Herausgabe des Mandantenstamms durch den Beklagten sei unmöglich geworden.

26 (1) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war der Beklagte nicht verpflichtet, nach bzw. zum Zwecke der Rückgabe der Praxis an den Kläger eine Ausübung seines Beruf als Steuerberater im Umkreis der Praxis zu unterlassen. Im Schrifttum (Rupietta, aaO, S. 75 f.) wird allerdings die Meinung vertreten, der Bereicherungsschuldner, der eine freiberufliche Praxis oder ein Unternehmen herauszugeben habe, unterliege einem Wettbewerbsverbot ebenso wie derjenige, der eine Praxis oder ein Unternehmen übertrage, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Übergabevertrag zeitlich und räumlich begrenzt zur Unterlassung von Wettbewerb verpflichtet sei, um den Eintritt des Erwerbers in den Markt und einen Übergang des Kundenstamms auf diesen zu fördern und zu begleiten (vgl. dazu Karsten Schmidt, aaO, § 6 I 2; Münch-

KommHGB/Lieb, aaO, Rdnr. 25 f.; Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., Einl v § 1 Rdnr. 45). Diese Ansicht hält der Senat nicht für richtig.

27 Zwar bildet die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners das Gegenstück zur Übertragungspflicht des Veräußerers und treffen deshalb den zur Herausgabe in Natur verpflichteten Kondiktionsschuldner grundsätzlich dieselben Pflichten wie den Veräußerer bei der Erfüllung des fehlgeschlagenen Praxis- oder Unternehmenskaufs (Schöne, ZGR 2000, 86, 96; derselbe in Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, aaO, Rdnr. 40). Jedoch darf im Rahmen des Bereicherungsausgleichs auf Seiten desjenigen, der rechtsgrundlos eine Praxis oder ein Unternehmen erworben hat, nicht mehr abgeschöpft werden als die eingetretene und noch vorhandene Vermögensmehrung. Der Bereicherungsschuldner braucht keine Maßnahmen zu ergreifen, um die Herausgabe in Natur zu ermöglichen, wenn sie ihm einmal unmöglich geworden ist. So schuldet er beispielsweise im Falle der Zerstörung und Beschädigung der Sache im Rahmen der §§ 812 ff. BGB nicht Wiederherstellung oder Reparatur oder bei Entziehung Wiederbeschaffung (BGHZ 112, 376, 380 f.). Vor Erfüllung des nichtigen Praxisübergabevertrags stand es dem Beklagten frei, in Konkurrenz zum Kläger eine eigene Steuerberaterpraxis in L. oder der Umgebung zu gründen und entweder neue Mandate zu akquirieren oder auch Mandanten des Klägers abzuwerben. Diese Handlungsfreiheit würde ihm - über die rechtsgrundlos erlangte Praxis des Klägers hinaus - genommen, wenn er verpflichtet wäre, eine ansonsten unmögliche Herausgabe des Mandantenstamms der Praxis an den Kläger dadurch zu ermöglichen, dass er Wettbewerb im räumlichen Einzugsbereich der Kanzlei unterlässt. Für ein solches Wettbewerbsverbot fehlt deshalb bereicherungsrechtlich die gesetzliche Grundlage ebenso wie für sonstige Maßnahmen, durch die der zur Herausgabe eines Kundenstamms Verpflichtete dem Bereicherungsgläubiger die Chance erst neu verschaffen würde, seine alte Marktstellung wieder zu erlangen (BGH, Urteil vom 13. November

1990, aaO, unter II 4 b und c; Urteil vom 14. Januar 2002 - II ZR 354/99, NJW 2002, 1340 unter B II 1).

28 (2) Der Erfolg einer Kanzlei und die dafür erforderliche Dauerhaftigkeit der Mandantenbindung sind bei einer freiberuflichen Einzelpraxis, wie sie der Kläger beziehungsweise der Beklagte betrieben haben, anders als bei sonstigen gewerblichen Unternehmen in besonderem Maße an die Person des Inhabers gebunden und hängen vorrangig von dessen fachlichen Fähigkeiten und dessen Persönlichkeit ab. Die darauf beruhende Akzeptanz bei den Mandanten verbunden mit der Entscheidung zu auch wiederholten Aufträgen besteht nicht von Anfang an, wächst aber im Laufe eines überschaubaren Zeitraums. Es ist deshalb naheliegend, dass die Chance für eine Rückkehr der Mandanten zu dem früheren Praxisinhaber im Zeitpunkt der Praxisübertragung und in der unmittelbaren Folgezeit relativ hoch ist, weshalb die Praxisübergabe regelmäßig von Wettbewerbsverboten zulasten des früheren Inhabers begleitet wird. Sie sinkt jedoch, je länger der Erwerber in der Praxis gearbeitet hat und je länger er Gelegenheit hatte, aufgrund seiner persönlichen Tätigkeit den übernommenen Mandantenstamm in einen eigenen umzuwandeln. In der Steuerrechtsprechung (BFH, Urteil vom 24. Februar 1994 - IV R 33/93, BFHE 174, 230, 231 f.) ist deshalb für den Aufwand zum Erwerb einer freiberuflichen Einzelpraxis ein Abschreibungszeitraum von drei bis fünf Jahren anerkannt mit der Begründung, der Wert einer freiberuflichen Praxis beruhe im wesentlichen auf dem persönlichen Vertrauensverhältnis zum Praxisinhaber, das nach dessen Ausscheiden ende. Blieben die alten Klienten fortan dem Übernehmenden treu, so werde dieser Umstand nach einiger Zeit nicht mehr auf die Übernahme der Praxis zurückgeführt werden können, sondern darauf, dass sich zwischen dem Übernehmenden und der Klientel ein neues Vertrauensverhältnis entwickelt habe.

29 Hatte der Beklagte die Absicht, auch nach einer Rückgabe der übernommenen Kanzlei an den Kläger weiterhin neben diesem in demselben räumlichen Umfeld als Steuerberater tätig zu bleiben, spricht deshalb viel dafür, dass die Mandanten, die der Beklagte bis zu dem maßgeblichen Zeitpunkt über 2 ¾ Jahre betreut hatte, zu einem großen Teil ihm die Treue gehalten hätten, weil sie ihn inzwischen als "ihren" Steuerberater akzeptiert und beauftragt hatten. Das rechtfertigt die Annahme, mit einem Rückfall des Mandantenstamms an den Kläger habe im Herbst 1998 nicht mehr gerechnet werden können, ähnlich wie eine Chance auf Rückkehr der Kunden zum Bereicherungsgläubiger nicht mehr gegeben ist, wenn der Bereicherungsschuldner das übernommene Unternehmen mit einem eigenen verschmolzen oder den übernommenen Kundenstamm in das eigene Unternehmen eingegliedert hat und sein Unternehmen auch nach Durchführung des Bereicherungsausgleichs fortbesteht (BGH, Urteil vom 13. November 1990, aaO, unter II 4 b; Urteil vom 14. Januar 2002, aaO, unter B II 1). Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden eigenen Sachvortrag des Beklagten hat sich auf sein Rundschreiben, mit dem er im Spätsommer 1998 seine Mandanten davon unterrichtet hat, dass der Kläger ihre Beratung wieder übernehmen wolle, keiner der Mandanten zu einer Rückkehr bereit erklärt.

30 Darauf, ob der Kläger seinerseits nicht bereit war, die Praxis fortzuführen und die Mandanten wieder zu übernehmen, oder ob er sie - wie die Revision geltend macht - jedenfalls in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft im nahe gelegenen S. weiterhin oder erneut hätte betreuen können, kommt es danach für die Frage der Unmöglichkeit einer Rückübertragung des Mandantenstamms nicht an.

31 cc) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe des Mandantenstamms auch rechtsfeh-

lerfrei erst auf Ende September/Anfang Oktober 1998 datiert und nicht schon für den Zeitpunkt der Übergabe der Praxis im Januar 1996 und damit der Entstehung des Bereicherungsanspruchs angenommen. Die von der Revision insoweit erhobenen Rügen aus §§ 286, 287 ZPO sind unbegründet. Dass der Kläger bereits im Januar 1996 eine anderweitige Tätigkeit als Steuerberater in D. aufgenommen hatte und ihm nach seinem eigenen Vortrag die gleichzeitige Berufsausübung an zwei Standorten untersagt war, hatte nicht die sofortige Unmöglichkeit der Rückübertragung der Praxis in L. zur Folge, weil es ihm frei gestanden hätte, statt der Tätigkeit in D. diejenige in L. fortzuführen bzw. wieder aufzunehmen. Keine der Parteien hat geltend gemacht, es sei dem Kläger objektiv oder subjektiv unmöglich gewesen, sein Engagement in D. wieder zu beenden. Ein mangelndes Interesse einer der Parteien an der Rückübertragung oder die fehlende Bereitschaft zur Mitwirkung daran begründen noch keine Unmöglichkeit derselben.

32 Dem von der Revision als übergangen gerügten Sachvortrag des Beklagten in der Klageerwiderung und in seinem Schriftsatz vom 9. Mai 1997 ist auch nicht zu entnehmen, dass sämtliche von ihm übernommenen Mandanten am Ende des Jahres 1995 mit der Tätigkeit des Klägers so unzufrieden gewesen wären, dass sie auch ohne die Praxisübernahme zu einem anderen Steuerberater gewechselt und deshalb nach Eintritt des Beklagten in keinem Fall zum Kläger zurückgekehrt wären. Soweit der Beklagte in den genannten Schriftsätzen vorgetragen hat, ein Teil der Mandate, die in einer ihm vom Kläger überlassenen (anonymisierten) Aufstellung aufgeführt seien, habe schon im Zeitpunkt des Praxisübergangs nicht mehr existiert, weil die Mandanten ihren Betrieb eingestellt hätten, aufgelöst oder verschmolzen worden oder in Insolvenz geraten seien, sind diese Mandate erst gar nicht auf ihn übergegangen, so dass sich die Frage einer Rückkehr der Mandanten zum Kläger nicht stellt. Soweit der Beklagte angebliche Fehler des Klägers in der Bearbeitung der auf ihn überge-

gangenen Mandate aufgezeigt hat, die von ihm korrigiert werden mussten, hat er nur in sieben Fällen (Sch. GmbH, K. , Z. , B. , C. GmbH, H. und S.) dargelegt, dass die Mandanten aus Verärgerung über den Kläger das Mandatsverhältnis beendet hätten, wenn nicht er, der Beklagte, sie übernommen und durch eigene besondere Anstrengungen gehalten hätte. Daraus kann nicht geschlossen werden, die Mandanten wären überhaupt nicht in nennenswerter Zahl zum Kläger, ihrem bisherigen und vertrauten Steuerberater, zurückgekehrt, wenn der Beklagte die rechtsgrundlos erlangte Kanzlei unmittelbar nach der Übergabe oder im Laufe der ersten beiden Jahre danach an den Kläger zurückgegeben hätte. Das gilt um so mehr, als der Kläger nach dem Vortrag des Beklagten im Falle der Rücknahme und eigenen Fortführung der Praxis auf seine gleichzeitige Tätigkeit in D. hätte verzichten müssen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine der Ursachen für die rückläufige Entwicklung der Kanzlei im letzten Jahr vor dem Verkauf bildete.

33 Der Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen schließlich nicht geltend gemacht, er habe die Kanzlei von Anfang an oder zu einem Zeitpunkt vor Ende September 1998 so umgestaltet, dass sie nicht mehr als die frühere Kanzlei des Klägers habe betrachtet werden können. Es kann deshalb offen bleiben, ob eine nachhaltige Umgestaltung oder ein Identitätswechsel des Unternehmens unter der Führung des Übernehmers zur Unmöglichkeit der Herausgabe führen kann (dafür Erman/Westermann/Buck, aaO, § 818 Rdnr. 7; Schöne, ZGR 2000, 86, 101 ff.; derselbe in Semler/Volhard, aaO, Rdnr. 43; Schwintowski, aaO, 589 f.; ablehnend MünchKommHGB/Lieb, aaO, Rdnr. 45 f.; vgl. zur Unmöglichkeit der Herausgabe eines rechtsgrundlos erlangten Grundstücks, das wesentlich umgestaltet worden ist, BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987 - V ZR 85/86, WM 1987, 1533 unter II 2 a m.w.Nachw.).

34 dd) Dass das Berufungsgericht aus der Unmöglichkeit der Herausgabe des Mandantenstamms auf die Unmöglichkeit der Herausgabe der Kanzlei insgesamt geschlossen hat, greift die Revision als ihr günstig nicht an. Andernfalls hätte der Beklagte Anspruch auf Rückzahlung eines zu seinen Gunsten bestehenden Bereicherungssaldos nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Kanzlei im Übrigen in der Gestalt, in der sie sich jetzt befindet (s. oben unter a).

35 3. Entgegen der Auffassung der Revision ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leistenden Wertersatzes hier den Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit der Herausgabe der Praxis in Natur angesehen und dass es den Wert der Praxis zu dieser Zeit auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen B. in seinem Ergänzungsgutachten vom 29. Oktober 2001 mit 263.818 DM festgestellt hat.

36 a) Die höchstrichterliche Rechtsprechung (RGZ 101, 389, 391; 119, 332, 336; BGHZ 5, 197, 200; 35, 356, 358 f.; Urteil vom 8. April 1963 - VIII ZR 219/61, NJW 1963, 1299 unter B II 3; BGHZ 82, 299, 310; Urteil vom 14. Januar 2002, aaO, unter B II 2 b) vertritt allerdings - wie auch das Berufungsgericht gesehen hat - allgemein den Rechtsgrundsatz, die Wertberechnung nach § 818 Abs. 2 BGB müsse für den Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Bereicherungsgegenstand rechtsgrundlos erlangt und der Bereicherungsanspruch entstanden sei. In den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen fiel allerdings - soweit der genannte Rechtsgrundsatz für die Entscheidung tragend war (BGHZ 5, 197, 200; 35, 356, 358 f.; Urteil vom 8. April 1963, aaO; Urteil vom 14. Januar 2002, aaO) - der Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs jeweils mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Wertersatzpflicht zusammen; es stand also von Anfang an nur eine Wertersatzpflicht in Rede. Für den hier zu beurteilenden Fall, in dem die Erfüllung der Verpflichtung zur Herausga-

be des Erlangten in Natur zeitlich erst nach der Entstehung des Bereicherungsanspruchs unmöglich geworden ist und diese sich in eine Wertersatzpflicht umgewandelt hat, wird im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, für die Bestimmung des Umfangs der Wertersatzpflicht sei der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit zugrunde zu legen (Bamberger/Roth/Wendehorst, BGB, § 818 Rdnr. 33; Erman/Westermann/Buck, aaO, § 818 Rdnr. 21; MünchKommBGB/Lieb, 4. Aufl., § 818 Rdnr. 58; Staudinger/W.Lorenz, aaO, § 818 Rdnr. 31; Larenz/Canaris, Schuldrecht Bd. II/2, 13. Aufl., § 72 III 5 a; Rupietta, aaO, S. 225 ff.; Schöne, ZGR 2000, 86, 108 f.; a. A. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 818 Rdnr. 19; RGRK/Heimann-Trosien, BGB, 12. Aufl., § 818 Rdnr. 19; vgl. auch Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 818 Rdnr. 35). Diese Ansicht, der sich auch das Berufungsgericht angeschlossen hat, teilt der Senat.

37 Bis zum Eintritt der Unmöglichkeit ist der Bereicherungsschuldner zur Herausgabe in Natur verpflichtet, gleichviel, ob der Bereicherungsgegenstand bis zur tatsächlichen Herausgabe verglichen mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs an Wert gewonnen oder verloren hat. Der Bereicherungsschuldner verliert also auch eine etwaige Wertsteigerung. Er kann lediglich, wenn diese durch eigene Aufwendungen auf den Bereicherungsgegenstand herbeigeführt worden ist, dem Anspruch des Bereicherungsgläubigers diese Aufwendungen entgegenhalten (§ 818 Abs. 3 BGB). Es ist kein Grund ersichtlich, warum dem Kondiktionsschuldner eine solche Wertsteigerung - soweit sie seine Aufwendungen übersteigt - verbleiben sollte, wenn er den Anspruch auf Herausgabe in Natur nicht alsbald nach Entstehung des Bereicherungsanspruchs erfüllt und die Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes unmöglich wird, nachdem dieser im Wert gestiegen ist.

38 Das gilt auch dann, wenn die Wertsteigerung - wie hier - gerade auf der fachlichen Leistungsfähigkeit und dem persönlichen Einsatz des Bereiche-

rungsschuldners beruht und möglicherweise nicht eingetreten wäre, falls der Bereicherungsgegenstand in der Hand des Bereicherungsgläubigers verblieben beziehungsweise alsbald nach der rechtsgrundlosen Leistung an den Bereicherungsschuldner von diesem herausgegeben worden wäre. Der Bereicherungsschuldner muss - unabhängig von seinem eigenen Anteil an einer Wertsteigerung - das Empfangene in Natur und damit auch den durch die Wertsteigerung eingetretenen Vermögensvorteil herausgeben, wenn und solange ihm dies möglich ist. Der Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur ändert daran nur insofern etwas, als an die Stelle der gegenständlichen Herausgabepflicht die Verpflichtung zum Wertersatz tritt. Eine bereicherungsrechtliche Rechtfertigung dafür, den Bereicherungsschuldner allein wegen des Eintritts der Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur zusätzlich von der Verpflichtung zur Herausgabe der eingetretenen Wertsteigerung zu befreien, ist nicht erkennbar. Er mag die Wertsteigerung zwar durch eigene Leistungen - die er dem Bereicherungsanspruch als Aufwendungen entgegenhalten kann (§ 818 Abs. 3 BGB) - herbeigeführt haben; möglich war sie aber gleichwohl nur durch den Einsatz des Bereicherungsgegenstandes als solchen, der ihm nicht gebührt.

39 b) Der gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz richtet sich nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 132, 198, 207; 112, 288, 295, jew. m.w.Nachw.) nach dem objektiven Verkehrswert des Erlangten. Der Verkehrswert entspricht dem Betrag, den ein Dritter am Markt für das in Rede stehende Rechtsgut zu zahlen bereit wäre. Diesen hat das Berufungsgericht für die Steuerberaterpraxis des Klägers für den maßgeblichen Zeitpunkt Ende September/Anfang Oktober 1998 (s. oben unter a) rechtsfehlerfrei auf der Grundlage der von dem Beklagten in der Zeit zwischen Januar 1996 und Oktober 1998 erzielten Erträge mit 263.818 DM festgestellt.

40 aa) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht dabei die Besonderheiten der freiberuflichen Tätigkeit der Parteien hinreichend beachtet. Der Sachverständige B. , auf dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht stützt, hat sich bei der Bewertung an den Empfehlungen der Bundessteuerberaterkammer für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberaterpraxis orientiert. Diese befürworten nach den Angaben des Sachverständigen (S. 6 des Ergänzungsgutachtens vom 29. Oktober 2001) gerade im Hinblick darauf, dass der Praxiswert einer Steuerberaterpraxis kein sich laufend regenerierender Firmenwert ist, sondern vielmehr aus einem personenbezogenen Potential an Vertrauensbeziehungen besteht, die wesentlich von dem veräußernden Steuerberater abhängig sind und sich entsprechend schnell bei seinem Ausscheiden verflüchtigen können, die Anwendung der von dem Sachverständigen zugrunde gelegten sogenannten modifizierten Ertragswertmethode.

41 Die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich auch die Beteiligten beim Verkauf einer Praxis häufig nach diesen Empfehlungen der Steuerberaterkammer richten und ebenfalls den Preis danach aushandeln werden, ist naheliegend und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem Umstand, dass sich die Ertragserwartung bei einer freiberuflichen Praxis nicht von der Person des jeweiligen Inhabers trennen lässt und in erheblichem Umfang auf dessen persönlichen Leistungen und Fähigkeiten beruht, kann bei der Bewertung einer Steuerberaterpraxis im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB keine andere oder weitergehende Bedeutung zukommen, als der Markt ihm zumisst. Wenn trotz der weitgehenden Abhängigkeit der zu erwartenden Erträge von der Person des Inhabers freiberufliche Einzelpraxen in erheblichem Umfang durch Verkauf zum Gegenstand des Rechtsverkehrs gemacht werden und dafür Entgelte gezahlt werden, die sich an den von dem bisherigen Inhaber erzielten Erträgen orientieren, kann bei der Bemessung des Verkehrswertes nach § 818 Abs. 2 BGB nichts anderes gelten.

42 bb) Zu Unrecht meint die Revision weiter, das Berufungsgericht setze sich mit seiner Annahme, es sei bei der Bewertung von den in den Jahren 1996 bis 1998 vom Beklagten erzielten Erträgen auszugehen, in Widerspruch zu der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 14. Januar 2002 (aaO). Dort heißt es (unter B II 2 b), maßgeblicher Faktor für die Bewertung des Kundenstamms eines Einzelhandelsunternehmers sei der mit dem vorhandenen Kundenbestand vor dem Bewertungsstichtag in der Vergangenheit nachhaltig erzielte Umsatz, auf dem die Wertentwicklungsprognose für die Zukunft aufbaue (§ 287 ZPO). Genau diesen Umsatz hat das sachverständig beratene Berufungsgericht zum Ausgangspunkt seiner Ertragswertermittlung genommen. Bewertungsstichtag ist hier der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit der Herausgabe der Kanzlei Ende September/Anfang Oktober 1998.

43 cc) Die Revision rügt schließlich ohne Erfolg, dabei bleibe rechtsfehlerhaft unberücksichtigt, dass die gegenüber dem Übergabezeitpunkt Januar 1996 höhere Ertragserwartung der Praxis im Herbst 1998 im Wesentlichen auf dem persönlichen Erfolg und dem eigenen Einsatz des Beklagten beruhe und nicht mehr der Praxis des Klägers zugerechnet werden könne. Wie oben ausgeführt, musste der Beklagte die Praxis bis zum Eintritt der Unmöglichkeit in dem Zustand herausgeben, in dem sie sich infolge seiner Tätigkeit befand, und kommen dadurch bedingte Wertsteigerungen bis zu diesem Zeitpunkt dem Kläger auch bei dem an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe in Natur tretenden Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB zugute.

44 Der Bereicherungsschuldner kann allerdings dem Wertersatzanspruch seine Aufwendungen auf den Bereicherungsgegenstand entgegenhalten (§ 818 Abs. 3 BGB). Diese sind jedoch bei der von dem Sachverständigen B. angewandten Ertragswertmethode bereits einbezogen. Soweit der Beklagte für die von ihm erzielte Umsatzsteigerung zusätzliche Sach- oder Personalkosten

aufgewandt hat, sind diese Bestandteil der Kosten, die der Sachverständige zur Ermittlung des Ertrages von den erzielten Erlösen abgesetzt hat. Den Einsatz der eigenen Arbeitskraft des Beklagten hat der Sachverständige ebenfalls angerechnet durch den Abzug eines kalkulatorischen Unternehmerlohnes. Dabei hat er dem Beklagten den von diesem geltend gemachten besonderen Aufwand zur Erhaltung und Aufarbeitung der vom Kläger übernommenen Mandate im Jahr 1996 dadurch gutgebracht, dass er den kalkulatorischen Unternehmerlohn um 50 % erhöht hat. Dass der Aufwand damit nicht abgegolten sei, macht die Revision nicht geltend.

45 4. Zutreffend hat das Berufungsgericht in den bereicherungsrechtlichen Saldo zulasten des Beklagten auch einen Anspruch des Klägers auf Wertersatz für die im Zeitraum zwischen Januar 1996 und September 1998 aus der Steuerberaterkanzlei gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1 und 2 BGB) in Höhe von 111.845 DM (57.185,50 €) eingestellt.

46 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 12. Mai 1978 - V ZR 67/77, NJW 1978, 1578 unter II 2; BGHZ 63, 365, 368; Urteil vom 3. November 1955 - II ZR 261/54, LM § 818 Abs. 2 BGB Nr. 7) sind die mit einem rechtsgrundlos erlangten Unternehmen erzielten Gewinne als Nutzungen (§ 100 BGB) herauszugeben, soweit nicht der Gewinn ausschließlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten desjenigen beruht, der die gewinnbringenden Einnahmen erzielt hat. Letzteres hat das Berufungsgericht stillschweigend zu Recht verneint.

47 Auch wenn man mit der Revision aufgrund des zweiten Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen vom 11. März 2003 davon ausgeht, dass der Kläger 1995 aus der Kanzlei nach Abzug eines kalkulatorischen Unternehmerlohns keine Gewinne mehr gezogen, sondern mit einem Verlust abgeschlossen

hat, folgt daraus entgegen der Ansicht des Revision noch nicht, dass die Kanzlei kein Ertragspotential mehr hatte und allein die persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Beklagten für die in den Folgejahren erzielten Gewinne ursächlich waren. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Gewinneinbruch im Jahr 1995 durch besondere Umstände, nämlich die anderweitige Ausrichtung des Klägers nach D. und hohe Kosten, bedingt. Unabhängig davon verfügte die Kanzlei jedoch weiterhin über einen Mandantenstamm, den der Sachverständige in dem oben genannten zweiten Ergänzungsgutachten für den Stichtag 1. Januar 1996 mit 129.751 DM bewertet hat. Der Beklagte hat selbst vorgetragen, dass er mit diesem Mandantenstamm, dessen Bewertung durch den Sachverständigen er sich bei der Berechnung seiner Widerklageforderung zu eigen gemacht hat, in der Folgezeit Umsätze und Gewinne erzielt hat. Dafür war sein persönlicher Einsatz zwar unverzichtbar; es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass er dieselben Umsätze erreicht und Gewinne gezogen hätte, wenn er nicht die Praxis des Klägers übernommen, sondern aus dem Nichts eine eigene Kanzlei eröffnet hätte. Die Vorteile, die ihm die Ausnutzung des vorhandenen Mandantenstamms wie auch sonstiger wertbildender Faktoren der Kanzlei, etwa ihrer Ausstattung und ihres Rufs sowie des bestehenden Mitarbeiterstamms, geboten haben, bilden die Nutzungen, die der Beklagte aus der Kanzlei als solcher gezogen hat. Diese Nutzungen hat er an den Kläger herauszugeben.

48 b) Beruhen die Gewinne wie hier sowohl auf dem gegenständlichen Bereich des Unternehmens bzw. der Praxis als auch auf den persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Betreibers, ist es Sache des Tatrichters, den Anteil der beiden Faktoren - gegebenenfalls im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO - zu ermitteln (BGH, Urteil vom 12. Mai 1978, aaO). Das Berufungsgericht hat den Anteil des Beklagten an dem erzielten Kanzleigewinn, der diesem verbleiben muss, auf der Grundlage des kalkulatorischen Unternehmerlohns

festgesetzt, den der Sachverständige B. bei der Bestimmung der Überschüsse zugrunde gelegt hat, die die Kanzlei in den Jahren 1996 und 1997 abgeworfen hat, und bei dem, wie oben bereits ausgeführt, der besondere Einsatz des Beklagten im Jahr 1996 mit einer Erhöhung um 50 % berücksichtigt ist. Diese Festlegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

49 c) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht mit der Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe von gezogenen Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB neben der Verpflichtung zum Wertersatz für die nicht mehr herauszugebende Kanzlei nach § 818 Abs. 2 BGB nicht etwas wirtschaftlich doppelt zugesprochen. Die vom Beklagten 1996 und 1997 gezogenen Nutzungen sind zwar in die Ertragswertberechnung des Sachverständigen eingeflossen, die das Berufungsgericht für die Ermittlung des Kanzleiwertes zum 1. Oktober 1998 herangezogen hat. Dieser Wert setzt sich jedoch aus der auf den Bewertungsstichtag abgezinsten Summe der zukünftig, das heißt konkret in den Jahren 1999 bis 2005, zu erwartenden Erträge zusammen, für die die vor dem 1. Oktober 1998 erzielten Gewinne lediglich einen Anhaltspunkt und eine Berechnungsgrundlage bilden; der Ertragswert der Kanzlei spiegelt das Potential wider, das dieser für die Zukunft innewohnt. Bei den herauszugebenden Nutzungen handelt es sich dagegen um die in der Vergangenheit - in den Jahren 1996 und 1997 - tatsächlich erzielten Gewinne.

50 Die Revision macht deshalb auch vergeblich geltend, der Sachverständige B. habe bei seiner persönlichen Anhörung am 4. August 2004 ebenfalls die Auffassung vertreten, man könne nicht den Wert des Mandantenstamms und Nutzungen zusammenrechnen, weil Nutzungen dann doppelt berücksichtigt würden. Die Aussage des Sachverständigen bezog sich auf seine zuletzt vorgenommene Bewertung des Mandantenstamms zum 1. Januar 1996, basierte also auf der Annahme, dass die Herausgabe des Mandantenstamms

von Anfang an unmöglich gewesen beziehungsweise dessen Wert am 1. Januar 1996 zu ersetzen sei. Davon ausgehend wäre auch nach dem oben Ausgeführten die Herausgabe von nach dem 1. Januar 1996 tatsächlich gezogenen Nutzungen ausgeschlossen. Bewertungsstichtag ist jedoch nicht der 1. Januar 1996, sondern der Zeitpunkt Ende September/Anfang Oktober 1998, so dass die bis dahin tatsächlich gezogenen Nutzungen zusätzlich zu dem Wert der Kanzlei herauszugeben sind, der - wie der Sachverständige desgleichen bestätigt hat - durch die Summe der zukünftig, das heißt hier nach dem 1. Oktober 1998, zu ziehenden Nutzungen geprägt wird.

51 5. Rechtsfehlerfrei ist schließlich auch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe aus dem rechtsgrundlos erlangten Teilkaufpreis von 400.000 DM in der Zeit zwischen Januar 1996 und September 1998 Nutzungen in Höhe des zu jener Zeit marktüblichen Zinssatzes von 5 % gezogen, die er nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben habe. Dass der marktübliche Anlagezins in dem maßgeblichen Zeitraum 5 % betragen hat, stellt die Revision ebenso wenig in Frage wie die ihr günstige Annahme des Berufungsgerichts, es spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein gewerblich tätiger Bereicherungsschuldner einen ihm zugewandten Geldbetrag zu marktüblichen Zinsen angelegt habe, sofern er, wie der Kläger, nicht substantiiert darlege, in welcher Weise er den Geldbetrag anderweit eingesetzt habe. Die Revision meint allerdings, in den bereicherungsrechtlichen Saldo seien vom Kläger gezogene Nutzungen im Wert von 9,5 % Zinsen aus 400.000 DM einzustellen, weil der Kläger nach seinem eigenen Vortrag in der Klageschrift seit dem 2. April 1996 mit einem mit 9,5 % p.a. verzinsten Kredit in einer die Klageforderung (von damals 62.500 DM) übersteigenden Höhe arbeite. Rationales Handeln des Klägers unterstellt, müsse davon ausgegangen werden, dass er die Zahlung des Beklagten von 400.000 DM zur Ermäßigung von Schulden verwendet und dadurch Zinsen in Höhe von 9,5 % erspart habe. Das ist nicht richtig.

52 Die Inanspruchnahme von Kredit in Höhe von mehr als 62.500 DM lässt weder den Schluss zu noch legt sie auch nur die Vermutung nahe, der Bereicherungsschuldner hätte ohne die an ihn erfolgte Zahlung von 400.000 DM Kreditverbindlichkeiten in dieser Höhe. Es ist nicht weniger wahrscheinlich, dass der Kläger bereits vor dem 1. April 1996 über die mit dem Beklagten für diesen Termin vereinbarte Kaufpreiszahlung von insgesamt 462.500 DM verfügt hatte und (nur) den ausbleibenden Teilbetrag von 62.500 DM durch einen Kredit überbrücken musste. Ob und welchen Nutzen er aus einer solchen - investiven oder auch konsumtiven Zwecken dienenden - Verfügung gezogen hat, ist offen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 4. Dezember 1996 - VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933 unter II B 2 a aa; BGHZ 64, 322, 323 f.) kann zwar bei Verwendungen, die einen bestimmten wirtschaftlichen Vorteil nach der Lebenserfahrung vermuten lassen, der übliche Zinssatz als Wert der Nutzungen angesetzt werden. Im vorliegenden Fall ist aber gerade ungeklärt, in welcher Weise der Kläger den vom Beklagten gezahlten Kaufpreis verwendet hat. Bei Kaufleuten besteht in gewissem Umfang eine Vermutung dafür, dass sie einen erlangten Kapitalbetrag zinsbringend angelegt haben (BGHZ 102, 41, 46). Diese Vermutung hat das Berufungsgericht auf einen freiberuflich am Markt tätigen Bereicherungsschuldner erstreckt. Für eine darüber

hinausgehende Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast des Beklagten fehlt es an einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage.

Ball Dr. Leimert Dr. Wolst

Dr. Frellesen Hermanns

Vorinstanzen:
LG Gießen, Entscheidung vom 15.09.2004 - 3 O 645/96 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 29.06.2005 - 4 U 214/04 -