

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 287; BGB § 276 Fa

- a) Zur Schätzung eines Mindestschadens bei Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns.
- b) Zur Frage, ob ein Geschäftsverkäufer den Verhandlungspartner darüber aufklären muß, daß sein Ehegatte beabsichtige, alsbald ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen.

BGH, Urt. v. 26. November 1986 - VIII ZR 260/85 - OLG Celle
LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 260/85

URTEIL

Verkündet am:
26. November 1986
Richter
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Firma P [REDACTED] Wolfgang R [REDACTED] und Partner, Gesellschaft für Werbung und Marketing im deutschen Fußballsport, S [REDACTED], S [REDACTED]straße 7,
2. deren Gesellschafter,
 - a) Wolfgang R [REDACTED], L [REDACTED], Auf den K [REDACTED] 1,
 - b) Peter R [REDACTED], S [REDACTED], D [REDACTED]weg 52 a,
 - c) Hans-Joachim S [REDACTED], S [REDACTED], W [REDACTED]straße 2,

Beklagte und
Revisionskläger,

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

g e g e n

Hans-Jürgen J [REDACTED], Am A [REDACTED] 4, H [REDACTED]

Kläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1986 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Juli 1985 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verkaufte mit Vertrag vom 29. Oktober 1983 sein in S [REDACTED] betriebenes Sportgeschäft an die verklagte Personengesellschaft (Beklagte zu 1, künftig: Beklagte), deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 a bis c sind. Ein Teil des Kaufpreises wurde fest mit 90.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer (12.600,-- DM) vereinbart; die Warenvorräte übernahm die Beklagte zum Anschaffungspreis. Die Übergabe des Geschäftes sollte mit Wirkung vom 31. Dezember 1983 erfolgen. Im Kaufvertrag ist ferner vereinbart, daß die Käuferin in die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

laufenden Einkaufsgeschäfte eintrete (§ 2) und der Verkäufer sich bei Meidung einer Vertragsstrafe von 3.000,-- DM verpflichte, in den nächsten zehn Jahren im Umkreis von 10 km ein Konkurrenzgeschäft weder zu betreiben noch sich daran zu beteiligen noch in seinem Dienst tätig zu werden.

Am 3. Mai 1984 eröffnete die Ehefrau des Klägers in S [REDACTED] ein Sportgeschäft. Die Beklagte behauptet, die Firmen L [REDACTED] und H [REDACTED] hätten dieses Geschäft mit ihren Erzeugnissen (künftig: Markenware) beliefert und daher die Geschäftsbeziehung zur Beklagten nicht aufrechterhalten. Die Beklagte hatte auf den Kaufpreis 90.000,-- DM geleistet und verweigert weitere Zahlung, da ihr erheblich höhere Schadensersatzansprüche zustünden, mit denen sie aufgerechnet hat. Sie macht dem Kläger zum Vorwurf, die Verdrängung aus der Belieferung mit der Markenware gehe auf sein Verhalten zurück. Er habe den beiden Firmen Ende des Jahres 1983 mitgeteilt, er werde im April 1984 ein neues Sportgeschäft eröffnen. Außerdem habe er die schon bestellten Frühjahrskollektionen 1984 an seine Privatanschrift umgeleitet. Damit habe er bewirkt, daß in der Folgezeit nur das Geschäft seiner Ehefrau, nicht aber die Beklagte von diesen Firmen beliefert worden sei. Er habe auch gewußt, daß sein Verhalten derartige Folgen haben werde, denn die Marktstrategie von L [REDACTED] und H [REDACTED], die zur Vermeidung zu großen Konkurrenzdrucks in jeder Stadt nur eine begrenzte Zahl von Geschäften belieferten, sei allgemein bekannt. Ihren durch die unterbliebene Belieferung entstandenen Schaden hat die Beklagte auf der Grundlage der Einkäufe des Jahres 1983 für 1984 und 1985 mit insgesamt etwa 200.000,-- DM beziffert.

Der Kläger hat den restlichen Kaufpreis aus der Geschäftsveräußerung eingeklagt. Das Landgericht hat durch ein Teil- und ein Schlußurteil die Beklagten zur Zahlung von insgesamt 135.612,10 DM an die D■■■-Treuhandgesellschaft mbH Steuerberatungsgesellschaft und die Volksbank eG S■■■ verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat den von den Beklagten noch zu bezahlenden Warenbestand mit 126.012,10 DM bewertet. Hinzugerechnet hat es den unstreitigen Kaufpreisrest von 12.600,-- DM und abgezogen einen Betrag von 3.000,-- DM als vereinbarte Vertragsstrafe für die vertragswidrige Beteiligung des Klägers an den Verhandlungen mit den Lieferanten und dem Einrichter des von seiner Ehefrau eröffneten Geschäfts. Einen Schadensersatzanspruch der Beklagten hat es verneint.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte nur noch ihre Aufrechnungsforderung (Schadensersatz) verfolgt und eine weitere Vertragsstrafe in Höhe von 3.000,-- DM geltend gemacht. Das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen das Teil- und das Schlußurteil zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, tritt die Beklagte der Klage nur noch mit dem Einwand entgegen, der restliche Kaufpreisanspruch sei durch die Aufrechnung mit ihrer Schadensersatzforderung erloschen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat zwar erwogen, daß der Beklagten aus Gewährleistungsrecht (§§ 459, 463 BGB), positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB) Ansprüche zustehen könnten, hat dies aber letztlich dahingestellt sein lassen. Es sei nämlich nicht feststellbar, in welcher konkreten Höhe sie durch das angeblich vertragswidrige Verhalten des Klägers einen Schaden erlitten habe. Allein aus dem Umfang, in dem der Kläger 1983 "Markenware" eingekauft hat, lasse sich der entgangene Gewinn für die Jahre 1984 und 1985 nicht herleiten. Die theoretische Behauptung, zumindest im gleichen Umfang hätten in den folgenden Jahren Einkäufe getätigt werden können, die zu einem jährlichen Gewinn von 100.000,-- DM geführt hätten, da die Artikel als "Selbstgänger" ohne zusätzlichen Aufwand mit einem Aufschlag von 100 bis 110 % verkauft worden wären, reiche für die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht aus. Der Schaden, den die Beklagte durch den Wegfall der Lieferungen von "Markenware" erlitten habe, hätte sich allenfalls bei genauer Darlegung der Umsatz- und Gewinnentwicklung ermitteln lassen. Die Beklagte hätte darlegen müssen, in welcher Höhe die Gewinne ihres Betriebes 1984 und 1985 geringer ausgefallen seien als im Jahre 1983. Unter Berücksichtigung der Entwicklung der Umsätze, die die Beklagte mit den Artikeln der übrigen Lieferanten erzielte, hätte sich dann im Vergleich mit dem Vorjahr der eventuell durch den Wegfall der Lieferungen von "Markenware" entgangene Gewinn ermitteln lassen. Derartig konkrete Angaben fehlten indessen völlig.

Das hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

II. Die Beklagte hat nach ihrem Vortrag nur Anspruch auf Ersatz des Gewinns, den sie mit der angeblich vom Kläger umgeleiteten Ware aus der Frühjahrskollektion 1984 erzielt hätte. Soweit es um die Höhe des hierdurch entgangenen Gewinns geht, trägt die vom Berufungsgericht gegebene Begründung seine Auffassung nicht, daß der Schaden nicht feststellbar sei.

1. a) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger die schon bestellte Markenware aus der Frühjahrskollektion 1984 an seine Privatanschrift umgeleitet hat; es hat jedoch auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen. Die Beklagten haben unter Beweis- antritt im wesentlichen vorgetragen (vgl. Berufungsbegründung Bl. 5 f): Der Kläger habe bereits im September 1983 im üblichen Umfang für das Frühjahr 1984 Ware geordert. Die entsprechenden Bestell-Unterlagen habe er jedoch nicht an die Beklagte herausgegeben. Vielmehr seien die bestellten Waren von ihm an seine Privatanschrift umgeleitet worden, wo er sie bis zur Eröffnung des Geschäfts seiner Ehefrau in einer Garage gelagert habe. Teilweise habe er die Lieferanten wohl auch bewegen können, die Frühjahrsware zurückzuhalten und nach Eröffnung des Geschäfts seiner Ehefrau dorthin auszuliefern. Die Beklagte sei jedenfalls leer ausgegangen.

Erweist sich dieser - von ihm bestrittene - Vortrag als richtig, hat der Kläger eine positive Vertragsverletzung begangen. Gemäß § 2 des Kaufvertrags tritt die Käuferin in die laufenden Einkaufsgeschäfte ein, und der Verkäufer hat sie darüber zu unterrichten. Mit der Umleitung der bestellten Ware hätte der Kläger dieser Vereinbarung gerade zuwidergehandelt und müßte der Beklagten den ihr daraus entstandenen Schaden ersetzen.

b) Bei derartiger Fallgestaltung besteht der Schaden im Entgang des Gewinns, den die Beklagte beim Weiterverkauf der umgeleiteten Ware erzielt hätte. Für die Feststellung dieses Schadens auf der Grundlage von §§ 287 ZPO, 252 BGB reicht der Vortrag der Beklagten aus. Zwar muß das Gericht von jeder Schätzung absehen, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (BGHZ 91, 243, 256 f). Steht indessen fest, daß ein Schaden in einem der Höhe nach nicht bestimmbar, aber jedenfalls erheblichen Ausmaß entstanden ist, dann wird sich in der Regel aus den Umständen, die die Annahme eines erheblichen Schadens begründen, eine ausreichende Grundlage für die Ermittlung eines gewissen (Mindest-)Schadens gewinnen lassen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1963 - III ZR 47/63, NJW 1964, 589 unter IV. 3). So liegt die Sache hier.

Einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Schätzung bieten die von der Beklagten mit 56.984,89 DM und 38.600,-- DM (zusammen = 95.584,89 DM) bezifferten Nettoauftragswerte der vom Kläger im Jahr 1983 bezogenen "Markenware". Sie besagen zwar unmittelbar nichts über den Einkaufswert der umgeleiteten Ware. Es bliebe jedoch im Rahmen einer zulässigen

Schätzung, etwa anzunehmen, daß der Kläger für 1984 in derselben Größenordnung wie für 1983 geordert hatte und die Bestellung für das Frühjahr z.B. nach Branchenüblichkeit, Handhabung durch den Kläger in den Vorjahren oder letztlich aufgrund der Erwägung, daß die Frühjahrsbestellung zumindest ein Viertel des Auftragswerts der Bestellungen für das ganze Jahr ausmache, mit einem Teil des Betrags von rund 95.000,-- DM zu beziffern sei. Hierauf ist der Gewinnaufschlag zu berechnen, den die Beklagte mit etwa 110 % angegeben hat. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe von der Handelsspanne Unkosten abzusetzen sind, um zum entgangenen Gewinn zu gelangen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 45. Aufl., § 252 Anm. 2 b), läßt sich ebenfalls im Rahmen einer zulässigen Schätzung berücksichtigen. Es versteht sich, daß für eine Schätzung, welchen Auftragswert die angeblich umgeleitete Ware hatte, kein Raum ist, wenn der Auftragswert der Bestellungen nachgewiesen werden kann. Die Beklagte macht indessen geltend - und davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen -, die ihr übergebenen Ordner hätten keine Einkaufsunterlagen für die "Markenware" enthalten. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte Möglichkeiten versäumt hat, den Kläger zur Vorlage der Einkaufsrechnungen zu veranlassen. Selbst dann wäre das Gericht nicht davon entbunden, eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu versuchen (zu den Grenzen vgl. BGH, Beschluß vom 10. Februar 1981 - VI ZR 182/79, NJW 1981, 1454).

2. Soweit die Beklagte Ersatz entgangenen Gewinns unter dem Gesichtspunkt verlangt, der Kläger habe ihr bei Abschluß des Kaufvertrags verschwiegen, daß seine Ehefrau im kommenden Frühjahr ein Konkurrenzgeschäft eröffnen werde, fehlt eine Anspruchsgrundlage.

Der Kläger war - unter Zugrundelegung des für die Revisionsinstanz maßgeblichen Prozeßstoffes - nicht verpflichtet, den Beklagten bei den Kaufvertragsverhandlungen zu offenbaren, daß seine Ehefrau alsbald ein Konkurrenzgeschäft eröffnen werde. Zwar gilt auch bei Verhandlungen über den Abschluß eines Kaufvertrags generell die Verpflichtung, den Verhandlungspartner über Tatsachen und Umstände aufzuklären, die seinen Vertragszweck vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er nach der Verkehrsauffassung Aufklärung erwarten durfte (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 1976 - V ZR 44/74, WM 1976, 401; Senatsurteil vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 142/82, WM 1983, 1006 unter II. 2 a; MünchKomm-Emmerich, BGB, 2. Aufl., Rdn. 62 vor § 275; Staudinger/Köhler, BGB, 12. Aufl., § 433 Rdz. 49). Ob konkret eine Aufklärungspflicht besteht, läßt sich nur aus besonderen Gründen anhand der Umstände des Einzelfalls bejahen. Hierbei ist auch der Grundsatz zu berücksichtigen, daß derjenige, der einen Vertrag schließt, sich selbst vergewissern muß, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht. Darauf darf sich der andere Vertragsteil einstellen und braucht deshalb nicht auf Umstände hinzuweisen, von denen er annehmen darf, daß er nach ihnen gefragt wird, falls auf sie Wert gelegt wird (vgl. Senatsurteil vom 16. September 1981 - VIII ZR 161/80, WM 1981, 1224, 1225 unter 2 c). Zu den Umständen, über die sich der Verkäufer hier nicht ungefragt äußern mußte, gehörte die für die Beklagte zu erwartende Konkurrenzsituation. Die insoweit erforderliche Beurteilung oblag schon von der Sache her der Beklagten. Überdies spricht der Kaufvertrag für eine entsprechende Risikoverteilung. Die in ihm getroffene Regelung

ist auch für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, welche Aufklärung die Beklagte bei den Vertragsverhandlungen erwarten durfte: Der Kläger hat sich nach § 6 des Kaufvertrags einem Konkurrenzverbot unterworfen. Die Beklagte hatte also die Möglichkeit einer mit der Person des Klägers verbundenen Konkurrenzsituation erkannt und sich dagegen abzusichern versucht. Eine von der Ehefrau des Klägers geplante und verwirklichte Geschäftseröffnung wird von § 6 des Kaufvertrags nicht erfaßt und kann deshalb nicht anders beurteilt werden als die jederzeit mögliche Geschäftseröffnung durch einen beliebigen Dritten, die mit allen ihren Folgen (auch hinsichtlich der Verdrängung beim Bezug von "Markenware") in den Risikobereich der Beklagten fiel. Die Annahme einer insoweit gesteigerten Aufklärungspflicht stünde auch nicht in Einklang mit dem Grundsatz der Eigenständigkeit der Ehegatten im Erwerbsleben, der seinen Niederschlag in der Neufassung des § 1356 BGB gefunden hat (Gesetz vom 14.6.1976, BGBl I S. 1421). Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, daß die Aufteilung des festen Kaufpreises von 90.000,-- DM mit 85.000,-- DM auf Geschäftseinrichtung und 5.000,-- DM für "Firmenrecht, Kundschaft usw." (§ 9 des Vertrags) gegen die Annahme spricht, die Beklagte habe eine besonders gesicherte Marktposition des Geschäfts erwartet.

Da der Kläger die von seiner Ehefrau geplante Geschäftseröffnung nicht zu offenbaren brauchte, kann ihm das Verschweigen dieses Umstands nicht als Verschulden bei den Vertragsverhandlungen angelastet werden. Eine Schadensersatzpflicht nach §§ 459, 463 BGB entfällt schon deshalb, weil die Wahrscheinlichkeit der Eröffnung eines Konkurrenzbetriebs keinen Fehler des verkauften Geschäftsbetriebs darstellt.

3. Da das Berufungsgericht hinsichtlich des Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung (oben 1.) zu Unrecht die Möglichkeit jeder Schätzung verneint hat, muß sein Urteil aufgehoben werden. Allerdings würde die für die Beklagte günstigste Schadensschätzung beim gegenwärtigen Prozeßstand höchstens einen Betrag von rund 105.000,-- DM ergeben (110 % von 95.584,89 DM), der unter der Klageforderung bleibt. Es ist jedoch untunlich, auf der Grundlage einer Auswertung des Prozeßstoffs, der bisher weder als solcher noch in seiner Erheblichkeit für die Schadensschätzung tatrichterlich abschließend gewürdigt worden ist, über einen Teil der Klagforderung endgültig zu entscheiden. Dies gilt um so mehr, als die Parteien Gelegenheit erhalten müssen, durch geeignete Antragstellung dem Umstand Rechnung zu tragen, daß Teil- und Schlußurteil auf Zahlung an verschiedene Empfänger lauten, denen der Kläger seine Forderung abgetreten hat und für die er im Wege der Prozeßstandschaft klagt.

Dem Berufungsgericht war auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Groß