

BGer 4A 665/2012 vom 22. März 2013

Bundesgericht, 2013-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_665_2012

FR: TF 4A 665/2012 du 22 mars 2013

IT: TF 4A 665/2012 del 22 marzo 2013

Regeste

Aufhebungsvereinbarung | Vertragsrecht

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG . Sodann übersteigt der Streitwert die Grenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG . Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.1

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400; 134 III 102 E. 1.1). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG

beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4).

E. 3

Zu prüfen ist als erstes die Reduktion der Entschädigung um einen Drittel wegen eingesparter Aufwendungen. Das Obergericht erwog dazu, es sei gerichtsnotorisch, dass im Bereich Due Diligence und Controlling gewinnmindernder Aufwand entstehe. Bei Anwälten entspreche dieser etwa der Hälfte des Umsatzes. Anders als ein Anwalt habe der Beschwerdeführer nicht über eine umfassende Büroinfrastruktur mit Räumlichkeiten wie Büro, Besprechungszimmer und Empfang verfügen müssen. Er hätte auch keine Sekretariats-, Bibliotheks- oder Akquisitionskosten gehabt, aber für ein Arbeitszimmer, den Internetanschluss, den Computer, das Schreibmaterial, das Telefon, das Kopier- und Faxgerät sowie die Versicherungen aufkommen müssen. Die damit verbundenen Kosten schätzte das Obergericht in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 OR auf einen Drittel des Honorars ein.

E. 3.1

Feststellungen zu Bestand und Umfang eines Schadens sind tatsächlicher Natur und daher grundsätzlich vom kantonalen Gericht abschliessend zu beurteilen (Art. 97 BGG); dagegen sind die Definition des Schadens und die Art der Schadensberechnung als Rechtsfragen vom Bundesgericht frei zu prüfen (BGE 130 III 145 E. 6.2 S. 167; 127 III 73 E. 3c S. 75; je mit Hinweisen). Die ermessensweise Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR beruht auf Tatbestandsermessen, gehört mithin zur Feststellung des Sachverhalts (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 122 III 61 E. 2 c/bb S. 65). Eine Ausnahme gilt nur für Schlüsse und hypothetische Annahmen, die sich ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützen und als abstrakte Erfahrungssätze nicht nur für den konkreten Sachverhalt, sondern allgemein für gleich gelagerte Fälle Geltung beanspruchen (BGE 138 III 411 E. 3.4 und E. 3.5 S. 414 f.; Urteil 5A_728/2010 vom 17. Januar 2011 E. 2.2.4; je mit Hinweisen). Soweit in diesem zweiten Sinn von Rechtsanwendung auszugehen ist, liegt aber ein Ermessensentscheid vor. Solche überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen zwar grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2.1

Der Beschwerdeführer rügt, Art. 42 Abs. 2 OR sei entgegen der Meinung der Vorinstanz bezüglich der Schätzung des ersparten Aufwands nicht anwendbar, weil diese Bestimmung die Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit einer zahlenmässigen Berechnung voraussetze und eine Beweisnot in diesem Sinne nicht bestanden habe. Das Obergericht habe völlig unberücksichtigt gelassen, dass er mit der Auflösungsvereinbarung die Sicherung seines Einkommens auf der Basis seines letzten durchschnittlichen Lohnes als Zielsetzung gehabt habe und dies der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen sei. Es wäre an der Beschwerdegegnerin gewesen zu beweisen, dass sich sein Schaden um Minderaufwendungen reduziert hätte. Auch deren betragsmässige Höhe wäre von der Beschwerdegegnerin zu beweisen gewesen. Da er in der Vergangenheit kaum nennenswerte

Aufwandpositionen gehabt habe, hätte er keinen Anlass gehabt, aus eigener Initiative entsprechenden Beweis zu führen. Das Obergericht habe demnach Bundesrecht verletzt, indem es gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR ein Ermessen ausgeübt habe, welches ihm nicht zugestanden sei. Ausserdem stelle die vorinstanzliche Vorgehensweise eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis dar, weil er nicht mit der entsprechenden Reduktion rechnen musste, da dieser Punkt von keiner Seite thematisiert worden sei.

E. 3.2.2

Vorerst ist nicht nachvollziehbar, was der Beschwerdeführer im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 OR daraus ableiten will, dass er mit der Auflösungsvereinbarung die Sicherung seines Einkommens auf der Basis seines letzten durchschnittlichen Lohnes bezweckt habe. Dieses Argument könnte zum vorneherein nicht die Zulässigkeit der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR betreffen, sondern höchstensfalls die Frage, ob die Aufhebungsvereinbarung so auszulegen wäre, dass unabhängig von den nicht entstanden Aufwendungen die Bruttohonoreare geschuldet wären. Auch der Beschwerdeführer behauptet dies aber nicht. Insbesondere bestreitet er zu Recht nicht, dass es um den Schaden aus Nichterfüllung geht. Grundsätzlich umfasst dieser Schaden nur den entgangenen Gewinn abzüglich der nicht gehaltenen Aufwendungen. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Definition des Schadens, der in der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens und demjenigen besteht, der ohne das schädigende Verhalten vorhanden wäre (Urteil 4A_288/2008 vom 4. September 2008 E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 3.2.3

Ein Vorgehen gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR wäre nur dann unzulässig, wenn Aufwendungen des Beschwerdeführers konkret bewiesen werden könnten. Es ist indessen unbestritten, dass dem Beschwerdeführer während des ganzen Zeitraums keine Aufträge erteilt wurden und er somit keine nachweisbaren Gestehungskosten im Hinblick auf die Auftragsausführung hatte. Der Aufwand für den Fall, dass ihm Arbeiten übertragen worden wären, musste daher gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden.

E. 3.2.4

Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Eine allgemeine Pflicht des Gerichtes, die Parteien auf die anwendbaren Normen hinzuweisen, besteht nicht. Das Gericht kann auch Rechtssätze anwenden, welche die Parteien nicht erwähnt haben. Gedenkt das Gericht aber den Entscheid auf rechtliche Begründungen abzustützen, die weder im vorangehenden Verfahren erwähnt, noch von einer der Parteien geltend gemacht wurden und die für die Parteien nicht vorhersehbar waren, sind diese darauf hinzuweisen (BGE 130 III 35 E. 5 S. 39 f.; Urteile 4A_35/2013 vom 15. März 2013 E. 4; 4A_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7.1). Es trifft zu, dass die Parteien im kantonalen Verfahren die abzuziehenden Aufwendungen nicht thematisierten. Bereits die Erstinstanz ging aber mit der Beschwerdegegnerin davon aus, dass dem Beschwerdeführer nicht ein Honoraranspruch, sondern eine Schadenersatzforderung aus Nichterfüllung zustehe. Da sich die Berücksichtigung von Gestehungskosten aus dem Schadenbegriff selber ergibt, musste der Beschwerdeführer mit ihrem Abzug rechnen. Demnach kann von einer unvorhersehbaren rechtlichen Begründung nicht gesprochen werden. Sind die Voraussetzungen für eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR gegeben, hat sie das Gericht vorzunehmen, auch wenn sich die Partei nicht auf diese Bestimmung beruft (BGE 136 III 322 E. 3.4.5 S. 329).

E. 3.3.1

Der Beschwerdeführer ist weiter der Auffassung, selbst wenn ein Vorgehen nach Art. 42 Abs. 2 OR zulässig wäre, sei die konkrete Reduktion um einen Drittel willkürlich und ein Ermessensmissbrauch. Das Obergericht sei wohl aufgrund des möglichen Tätigkeitsbereiches für Due Diligence-Prüfungen und Controlling vom Verhältnis zwischen Gewinn und Aufwand bei Anwälten ausgegangen und habe angenommen, bei diesen sei ein Verhältnis von 1 zu 1 gerichtsnotorisch, was jedoch nicht zutreffe. Zudem habe es zugestanden, dass er abweichend von den Anwälten "keine umfassende Büroinfrastruktur" unterhalten müsse. Die vom Obergericht in Anschlag gebrachten Aufwandpositionen würden von diesem sodann nicht ansatzweise beziffert. Die einzelnen Aufwandpositionen seien Fixkosten - so der Beschwerdeführer weiter -, weshalb sie unabhängig vom Honorarvolumen in immer gleicher Höhe anfallen würden. Dies gälte namentlich für Mietkosten eines Büroanteils, Anschlussgebühren für Telefon, Fax und Internet sowie Investitionskosten für EDV und Kopiergerät. Soweit Aufwandkosten variabel seien, könnten diese - was gerichtsnotorisch sei - weiter verrechnet werden. Dass die Feststellungen des Obergerichts qualifiziert falsch seien, zeige auch der Vergleich mit den tatsächlichen Gegebenheiten. Sein Büro befinde sich heute in seinem Schlafzimmer, das Sitzungszimmer im Esszimmer. Seine Aufwände für Fixkosten seien minimal. Aufgrund der baldigen Pensionierung müsse er auch keine Rückstellungen für Neuanschaffungen (d.h. Abschreibungen) mehr machen. Gemäss seinen tatsächlichen Kosten wäre höchstens ein Abzug von 7,5 bis 8,5 % gerechtfertigt.

E. 3.3.2

Entgegen der Angabe des Beschwerdeführers ist nicht gerichtsnotorisch, dass die variablen Kosten bei entsprechenden Auftragsabwicklungen hätten separat in Rechnung gestellt werden können. Aus Art. 13 des ab September 2008 unbestritten anwendbaren Mustervertrages für Bautreuhandleistungen ergibt sich vielmehr, dass einzig Fahrkosten und Kosten für auswärtige Verpflegung und Unterkunft bei Reisen über 10 km einfache Wegstrecke sowie ausserordentliche Kosten für Druckerzeugnisse (Pläne, Broschüren etc.) gegen Vorlage entsprechender Drittrechnungen (d.h. bei Ausführung durch Dritte) zusätzlich zu erstatten waren. Es ist somit davon auszugehen, dass sämtliche übrigen variablen Kosten mit dem Honorar abgedeckt werden mussten. Es trifft zu, dass Fixkosten unabhängig vom Honorarvolumen immer in gleicher Höhe anfallen. Die Vorinstanz hat die von ihr geschätzten Fixkosten insgesamt den von der Beschwerdegegnerin geschuldeten Honoraren angerechnet. Das wäre nur zu beanstanden, wenn der Beschwerdeführer daneben in gewissem Ausmass von Dritten erteilte Aufträge erfüllt hätte, weil er dann die Fixkosten auch auf solche Aufträge hätte verteilen können. Er legt aber selber dar, dass er durch eigene Akquisition nur in minimalem Ausmass Einkommen erzielte. Dieses fällt nicht massgeblich ins Gewicht. Nicht massgeblich ist sodann die jetzige Kostenstruktur des Beschwerdeführers. Wenn die Beschwerdegegnerin ihm wie einem andern externen Berater Aufträge erteilen musste, hätte sie auch Anspruch darauf gehabt, dass diese Mandate in gleichermassen professionellem Rahmen erbracht worden wären und der Beschwerdeführer beispielsweise über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügte. Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Kostenstruktur in einem Anwaltsbüro zum Vergleich heranzog, nachdem der Beschwerdeführer unbestrittenermassen im Bereich Due Diligence und Controlling hätte beratend tätig sein sollen. Dass bei Anwälten das Verhältnis zwischen Aufwand und Gewinn etwa 1 zu 1 beträgt, ist sodann in der Tat gerichtsnotorisch; bei in

Einzelpraxen tätigen Anwälten ist der Kostenanteil sogar noch etwas höher (vgl. BRUNO PELLEGRINI, Umfrage bei den Schweizer Anwältinnen und Anwälten zu den Praxiskosten, Anwaltsrevue 2005, S. 313 ff.). Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer keinen Aufwand für eine umfangreiche Büroinfrastruktur gehabt hätte, ihm jedoch Kosten für ein Arbeitszimmer, den Internetanschluss, den Computer, das Schreibmaterial, das Telefon, das Kopier- und Faxgerät sowie Versicherungen entstanden wären. Auch Abschreibungen wären entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht entfallen, denn Geräte können auch vor seiner Pensionierung ausfallen. Nachdem bei in Einzelpraxen tätigen Anwälten durchschnittliche Kosten von rund Fr. 180'000.-- pro Jahr anfallen (PELLEGRINI, a.a.O., S. 314), hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie die Kosten auf einen Drittel der Honorareinnahmen schätzte, was einem jährlichen Betrag von rund Fr. 20'000.-- entspricht.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer macht in einer zweiten Rüge geltend, die Reduktion des Stundenansatzes von Fr. 180.-- auf Fr. 150.-- sei unzulässig. Die Vorinstanz habe den Durchschnittssatz von Fr. 150.-- pro Stunde (Kat. D) gemäss Art. 12 des Mustervertrages angewendet mit der Begründung, das Abstellen auf den Durchschnittssatz sei umso mehr gerechtfertigt, als nicht die Ausbildung allein massgebend sei, sondern in qualitativer Hinsicht verschiedene Mandate denkbar gewesen wären. Demgegenüber sei nach Auffassung des erstinstanzlichen Richters aufgrund der Ausbildung und Berufserfahrung eine Einstufung mindestens eine Kategorie über der mittleren von Fr. 180.-- pro Stunde angemessen gewesen. Auch betreffend der Höhe des Honoraransatzes habe - wie hinsichtlich der Bestimmung des Aufwands - keine Beweisnot vorgelegen und sei somit die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR unzulässig. Das Obergericht habe die Reduktion zudem von sich aus vorgenommen, da die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren den Satz von Fr. 180.-- nicht beanstandet habe. Darin liege wiederum eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

E. 4.2

Die Rüge der Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR stösst ins Leere, weil die Vorinstanz nicht eine Schätzung gemäss dieser Bestimmung, sondern eine von der Erstinstanz abweichende Qualifikation des Arbeitswerts nach den Kriterien Ausbildung und Schwierigkeitsgrad der Mandate vorgenommen hat. Die Mustervereinbarung sieht eine Bandbreite zwischen Fr. 80.-- und Fr. 220.-- vor. Sie bestimmt nicht, aufgrund welcher Kriterien innerhalb dieser Bandbreite der Tarifansatz im Einzelfall festzusetzen ist. Indem die Vorinstanz Ausbildung und Schwierigkeitsgrad als massgeblich erachtete, stellte sie auf entsprechende Angaben im erstinstanzlichen Beweisverfahren ab. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Sachverhaltsannahmen willkürlich sein sollen (vgl. E. 2.2). Wie sich die Aufträge zusammengesetzt hätten, wenn im vertraglich vereinbarten Rahmen solche erteilt worden wären, ist hypothetisch. Dass die Beschwerdegegnerin zur Erteilung von Aufträgen mit bestimmtem Schwierigkeitsgrad verpflichtet gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und macht der Beschwerdeführer auch nicht geltend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Gegensatz zum erstinstanzlichen Richter, der auf den Schwierigkeitsgrad gar nicht einging, den mittleren Ansatz von Fr. 150.-- zur Anwendung brachte. Daran ändert nichts, dass die Ausbildung allein allenfalls einen höheren Wert gerechtfertigt hätte. Auch wenn die Beschwerdegegnerin die Honorarverpflichtung nur grundsätzlich und nicht im Einzelnen quantitativ bestritt, musste der Beschwerdeführer damit rechnen, dass die

Vorinstanz den Stundenansatz im Rahmen der Bandbreite des anwendbaren Tarifs anders festlegt als die erste Instanz. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher ebenfalls nicht vor (vgl. E. 3.2.4).

E. 5

Da es somit beim von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag von Fr. 152'000.-- bleibt, ist die Zinsberechnung insoweit nicht zu korrigieren. Die vom Beschwerdeführer zudem geltend gemachte Zinsdifferenz von Fr. 3'511.80 zufolge falscher Berechnung durch die Vorinstanz wird von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Das Subeventualbegehren des Beschwerdeführers ist somit zu schützen und Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids entsprechend zu ändern.

E. 6

Angesichts des nur geringfügigen Obsiegens hat der Beschwerdeführer die Verfahrens- und Parteikosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit ist auch eine andere Kostenverteilung im vorinstanzlichen Verfahren nicht gerechtfertigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.