

Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen. Ein * nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, daß anschließend zu dieser eine Anmerkung abgedruckt ist.

Rechtsprechung im Volltext

1 *Anspruch auf Ersatz eines Verdienstaufschlagschadens eines bei einem Verkehrsunfall verletzten selbständigen Zahnarztes

BGB §§ 249 I, 252 S. 2, 253 II, 842; ZPO §§ 287 I, 531 II

1. Zu den im Rahmen der Bemessung des Erwerbsschadens an die Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebs eines Selbständigen (hier: Zahnarztpraxis) zu stellenden Anforderungen.
2. Die Bemessung der Höhe des Schadenersatzanspruchs ist in erster Linie Sache des besonders frei gestellten Tatrichters. Sie ist vom BGH nur bei besonders gravierenden Ermessensfehlern zu korrigieren.
3. Für die Prognose des künftigen Erwerbsschadens eines Selbständigen ist abzustellen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.
4. Die Abweisung eines auf Ersatz des Erwerbsschadens gerichteten Begehrens wegen eines lückenhaften bzw. un schlüssigen Vortrags darf nur erfolgen, wenn überhaupt keine greifbaren Anhaltspunkte für die Schadensschätzung gegeben sind.
5. Eine Abweisung des Begehrens darf nicht schon dann erfolgen, wenn der Anspruchsteller für den Zeitraum nach der Verletzung keinen deutlichen Gewinnrückgang nachweisen kann. Überpflichtgemäße Anstrengungen der Ehefrau sind im Rahmen der normativen Schadensberechnung gebührend zu berücksichtigen.
6. Eine Einschränkung der Auswirkungen der Verletzung auf den Zeitraum von zwei Jahren ist unzulässig, weil sich die vermögensmäßigen Auswirkungen mitunter erst später einstellen.
7. Ein unfallchirurgischer Sachverständiger kann nicht ausreichend beurteilen, welche vermögensmäßigen Auswirkungen es hat, wenn ein Zahnarzt verletzungsbedingt seine Behandlungen immer wieder unterbrechen muss, um Lockerungsübungen zu machen. Heranzuziehen ist insoweit ein Sachverständiger der Zahn- oder Arbeitsmedizin.

Zum Sachverhalt: 1 Die Beklagten sind dem Kläger aufgrund eines Verkehrsunfalls vom 26.10.2006 dem Grunde nach uneingeschränkt zum Schadensersatz verpflichtet. Der Kläger, ein selbständiger Zahnarzt, hat bei dem Unfall unter anderem eine Verletzung am linken Handgelenk erlitten, die ihn bei seiner zahnärztlichen Tätigkeit dauerhaft beeinträchtigt.

2 Mit seiner Klage nimmt er die Beklagten auf Schmerzensgeld abzüglich bereits gezahlter 2.000 Euro, Verdienstaufschlag für sieben Fehltage nach dem Unfall in Höhe von 6.033,08 Euro und für den Zeitraum vom 1.11.2006 bis zum 31.10.2011 in Höhe von weiteren 85.500 Euro, Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten und Feststellung in Anspruch. Das LG hat die Beklagten zur Zahlung von (weiterem) Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 Euro, Verdienstaufschlag für sieben Fehltage in Höhe von 6.033,08 Euro sowie Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten in entsprechender Höhe verurteilt und die begehrte Feststellung in Bezug auf zukünftige materielle Schäden getroffen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

3 Das Berufungsgericht hat das Urteil auf die Berufungen beider Parteien unter Berufungszurückweisung im Übrigen abgeändert und – in Höhe von mit der Berufung der Beklagten nicht angegriffener 2.000 Euro Schmerzensgeld klarstellend – dahin neu gefasst, dass die Beklagten zur Zahlung eines weiteren Schmerzensgeldes in Höhe von 7.000 Euro sowie Verdienstaufschlag in Höhe von 5.824,79 Euro nebst Freistellung verurteilt sind. Die Feststellung hat es auch auf zukünftige immaterielle Schäden erstreckt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

4 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche auf Schmerzensgeld in Höhe von (weiteren) 3.000 Euro und Verdienstaufschlag für sieben Fehltage im Zeitraum vom 26.10. bis 5.11.2006 in Höhe von zusätzlich 208,29 Euro (6.033,08 – 5.824,79 Euro) und in Höhe von 85.500 Euro für den Zeitraum vom 1.11.2006 bis 31.10.2011 weiter.

Aus den Gründen: 5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.000 Euro übersteige Schmerzensgeldbeträge, die andere Gerichte bei vergleichbaren oder ähnlichen Verletzungsfolgen den Geschädigten zugesprochen hätten. Eine weitere Aufklärung der Unfallfolgen sei nicht angezeigt. Dabei könne dahinstehen, ob der neue Sachvortrag des Klägers im Hinblick auf die täglichen Ausfallzeiten wegen der Handgelenksverletzung gemäß § 531 II ZPO überhaupt zuzulassen sei. Einen weiteren therapeutischen Bedarf habe der Kläger nicht bewiesen. Aus Sicht des Sachverständigen seien allein drei Minuten pro Stunde zur Entlastung des Handgelenks erforderlich. Die Einholung eines zahnmedizinischen Gutachtens komme nicht in Betracht, da ein Zahnmediziner nicht die Sachkunde besitze, um die Erforderlichkeit einer weiteren Entlastung beurteilen zu können.

6 Unter Berücksichtigung der von dem Kläger ersparten Aufwendungen – Laborkosten, Betriebsbedarf und Praxiswäsche – sei der Verdienstaufschlag wegen der sieben Fehltage vom 26.10. bis 5.11.2006 nur auf 5.824,79 Euro – nicht auf 6.033,08 Euro – zu schätzen.

7 Zu Recht habe das LG die Klage wegen des vom Kläger geltend gemachten Verdienstaufschlags im Zeitraum vom 1.11.2006 bis 31.10.2011 abgewiesen. Zwar bestünden aufgrund des Vorbringens des Klägers und des Ergebnisses der Beweisaufnahme Anhaltspunkte dafür, dass ihm ein Anspruch aus § 252 BGB zustehen könne. Der Kläger habe jedoch einen entgangenen Gewinn für diese Zeit der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt. Zwar habe er auf den Hinweis des Senats in der Berufungsinstanz seine Gewinnermittlungen für die Jahre 2003 bis 2011 sowie Steuererklä-

rungen und Festsetzungsbescheide des Finanzamts vorgelegt. Aus diesen lasse sich aber nicht entnehmen, dass er einen unfallbedingten Gewinnrückgang zu verzeichnen gehabt habe. Vielmehr habe er seinen Gewinn in den Jahren 2007 und 2008 gegenüber der Zeit vor dem Unfall noch gesteigert. Insoweit hätten die Feststellungen für die Jahre 2007 und 2008 auch Fernwirkung für die weiteren Jahre 2009 bis 2011. Es sei davon auszugehen, dass sich in den ersten beiden Jahren nach dem Unfall der Schaden bereits voll entfaltet habe.

8 Soweit der Kläger zu seinen Gewinnermittlungen für die Jahre 2003 bis 2005 ausführe, er habe in seinem Privathaus eine Zweigpraxis eingerichtet oder einrichten wollen, so dass die unter Stelle 10 der Gewinnermittlung bzw. Konto 4260 gebuchten Ausgaben in Höhe von 15.524,53 Euro (2003), 17.153,54 Euro (2004), 31.657,98 Euro (2005) und 27.737,80 Euro (2006) herausgerechnet werden müssten, sei dies für das Gericht nicht nachvollziehbar. Zudem würden auch im Jahr 2007 unter dem Konto 4260 höhere Instandhaltungskosten als 2.000 Euro verbucht. Rechne man auch diese heraus, ergebe sich nach wie vor in Bezug auf die Gewinnsituation kein signifikanter Unterschied zwischen den Jahren 2003 und 2007.

9 Ein Anspruch des Klägers sei vor dem Hintergrund der nahezu unverändert gebliebenen oder gar verbesserten Gewinnsituation in den Jahren 2007 und 2008 nur denkbar, wenn er Einsparungen veranlasst habe, die keiner Schadensminderungspflicht entsprächen. Denn grundsätzlich sei der Geschädigte verpflichtet, seinen Betrieb so umzustrukturieren, dass keine Gewinnauffälle entstünden. Sofern der Kläger sich darauf berufe, er habe in den Jahren 2006 bis 2008 die Material- und Laborkosten gegenüber den Jahren 2003 bis 2005 erheblich verringert, seien dies keine Einsparungen, denen keine Schadensminderungspflicht gegenüberstehe. Die Material- und Laborkosten würden letztlich den Patienten in Rechnung gestellt und seien damit lediglich ein durchlaufender Posten.

10 Sofern der Kläger vortrage, dass er eine Mitarbeiterin entlassen habe, deren Tätigkeit von seiner Ehefrau in Vollzeit wahrgenommen werde, diese aber nach wie vor nur das für eine Teilzeittätigkeit vereinbarte Bruttoarbeitsentgelt beziehe, könne dies zwar eine Einsparung darstellen, der keine Schadensminderungspflicht gegenüberstehe. Allerdings habe der Kläger nach seinem Vortrag im Jahr 2007 gegenüber dem Vorjahr 2006 Personalkosten in Höhe von ca. 13.500 Euro eingespart und im Jahr 2008 seine Personalkosten um ca. 17.500 Euro gegenüber dem Jahr 2006 reduziert. Ziehe man diese Beträge von den Gewinnen ab, ergebe sich immer noch kein signifikanter Gewinnrückgang gegenüber den Jahren 2003 bis 2005. Von daher lasse sich aus dem Vortrag des Klägers zur Entwicklung der Gewinnsituation der Praxis nicht der Rückschluss ziehen, dass sich die Gewinne aufgrund des streitgegenständlichen Unfalls verringert hätten. Bereits vor dem Unfall habe es nicht unerhebliche Gewinnschwankungen gegeben, die auch nicht ungewöhnlich seien. Deutlich zurückgegangen seien die Umsätze und Gewinne des Klägers erst ab dem Jahr 2009. Hinsichtlich dieses Gewinnrückgangs lasse sich aber kein Zusammenhang zu dem streitgegenständlichen Unfall mehr herstellen; der deutliche Gewinnrückgang ab dem Jahr 2009 müsse offenbar andere Ursachen haben.

11 Die Revision hat Erfolg. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann ein Anspruch auf Ersatz des weiter geltend gemachten Verdienstaufschlags sowie auf Zahlung weiteren Schmerzensgeldes nicht verneint werden, §§ 842, 249 I, 252 2, 253 II BGB, § 287 I ZPO.

12 1. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht keinen über einen Betrag von 5.824,79 Euro hinausgehenden Verdienstaufschlagschaden des Klägers hat feststellen können. Zwar ist die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruches in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Richter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (Senat, Urteil vom 9.11.2010 – BGH VI ZR 300/08, VersR 2011, 229 Rn. 16 mwN; BGH, Urteil vom 6.12.2012 – VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 Rn. 17 mwN). Solche Rechtsfehler hat die Revision hier indes aufgezeigt.

13 a) Der Ausfall der Arbeitskraft als solcher ist kein Vermögensschaden. Dem in seiner Arbeitsfähigkeit Geschädigten entsteht ein gegebenenfalls zu ersetzender Vermögensschaden erst dann, wenn sich der Ausfall oder die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit konkret und sichtbar ausgewirkt hat. Das muss sich allerdings nicht im Verlust bisher bezogener Einnahmen zeigen, sondern kann auch dadurch sichtbar werden, dass ohne die Schädigung zu erwartende, gegebenenfalls auch gesteigerte Gewinne nicht gemacht werden konnten (Senat, Urteil vom 5.5.1970 – VI ZR 212/68, BGHZ 54, 45, 50 ff.; Urteil vom 31.3.1992 – VI ZR 143/91, NJW-RR 1992, 852; Urteil vom 12.1.2016 – VI ZR 491/14, VersR 2016, 415 Rn. 17).

14 Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, bedarf es daher bei selbständig Tätigen zur Beantwortung der Frage, ob diese einen Verdienstaufschlagschaden erlitten haben, der Prüfung, wie sich das von ihnen betriebene Unternehmen ohne den Unfall voraussichtlich entwickelt hätte. Für die Grundlagen der danach erforderlichen Prognose des erzielbaren Gewinns ist nicht auf den Zeitpunkt des Schadensereignisses, sondern auf denjenigen der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen (Senat, Urteil vom 27.10.1998 – VI ZR 322/97, DB 1999, 379).

15 Dabei kommen dem Geschädigten die Darlegungs- und Beweiserleichterungen nach § 252 BGB, § 287 ZPO zugute. Diese Erleichterungen ändern nichts daran, dass es im Rahmen der notwendigen Prognose des entgangenen Gewinns im Sinn des § 252 Satz 2 BGB ebenso wie für die Ermittlung des Erwerbsschadens nach § 287 ZPO konkreter Anknüpfungstatsachen bedarf, die der Geschädigte darlegen und zur Überzeugung des Gerichts nachweisen muss. Dabei wird es in der Regel erforderlich und angebracht sein, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren vor dem Unfall anzuknüpfen (Senat, Urteil vom 6.2.2001 – VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640 mwN).

16 An die schwierige Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebs eines Selbständigen dürfen aber keine zu strengen Maßstäbe angelegt werden (st. Rspr., Senat, Urteil vom 6.7.1993 – VI ZR 228/92, NJW 1993, 2673; Urteil vom 23.2.2010 – VI ZR 331/08, NJW 2010, 1532 mwN; BGH, Urteil vom 27.10.2010 – XII ZR 128/09, GE 2010, 1741). Die Klage darf nicht wegen lü-

ckenhaften Vortrags zur Schadensentstehung und Schadenshöhe abgewiesen werden, solan, ge greifbare Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung vorhanden sind (BGH, Urteil vom 22.10.1987 – III ZR 197/86, NJW-RR 1988, 410).

17 b) Diesen Grundsätzen wird die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht gerecht. Es ist zum einen von einem fehlerhaften Rechtsgrundsatz ausgegangen und hat zum anderen die Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag des Geschädigten überspannt.

18 aa) Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, ein im Rahmen der Darlegungen zu § 252 S 2 BGB, § 287 ZPO schlüssiger Vortrag des Geschädigten setze voraus, dass er einen deutlichen Rückgang gegenüber der vor dem Unfall erzielten Gewinne aufzeige. Für die vom Berufungsgericht aufgestellte Voraussetzung der „Deutlichkeit“ gibt es nach den obigen Grundsätzen keine Grundlage. Schon auf der Basis der von dem Berufungsgericht zugunsten des Klägers für die streitgegenständlichen Jahre unterstellten Gewinnentwicklung hätte das Berufungsgericht einen (Mindest-)schaden schätzen können.

19 Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers unterstellt, dass er aufgrund von überpflichtmäßigen, den Beklagten nicht zugutekommenden Anstrengungen seiner Ehefrau (vgl. BGH, Urteil vom 8.11.2001 – IX ZR 64/01, NJW 2002, 292) seine Personalkosten in den Jahren 2007 und 2008 um 13.500 Euro sowie 17.500 Euro habe verringern können. Unter Zugrundelegung der von dem Berufungsgericht angesetzten Gewinne in Höhe von 194.500 € im Jahr 2007 und 192.000 € im Jahr 2008 ergibt sich auf dieser Grundlage schlüssig eine gegenüber dem durchschnittlichen Gewinn in Höhe von 187.333,33 Euro vor dem Unfallereignis unfallbedingte Verringerung des Gewinns von 6.333,33 Euro für das Jahr 2007 (194.500 Euro abzüglich 13.500 Euro, mithin 181.000 Euro) und in Höhe von 12.833,33 € für das Jahr 2008 (192.000 Euro abzüglich 17.500 Euro, mithin 174.500 Euro). Dem Kläger steht (schon) danach mehr als die Hälfte des von ihm für beide Jahre geforderten Einnahmeausfalls in Höhe von 34.000 Euro zu. Sind – wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – die vorgelegten Gewinnermittlungen um die Ausgaben des Klägers für die von ihm geplante Zweigpraxis zu bereinigen, steht der geltend gemachte Anspruch dem Kläger bei Abzug der – unterstellt – eingesparten überpflichtmäßigen Personalkosten sogar in voller Höhe zu.

20 bb) Das Berufungsgericht hat die von ihm festgestellten und von dem Kläger vorgetragene konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die erlittenen Verletzungen zu einem Gewinnrückgang geführt haben, übergangen und die Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag deutlich überspannt (§ 287 ZPO). Es hat sich bei seiner Betrachtung zu Unrecht auf die beiden Jahre nach dem Unfallereignis beschränkt und die Entwicklungen, die sich danach ergeben haben, außer Acht gelassen.

21 (1) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Kläger bei dem Verkehrsunfall am 26.10.2006 einen Dauerschaden im Bereich der linken Hand erlitten hat, die zu einer funktionellen Beeinträchtigung bei seiner Tätigkeit als Zahnarzt führt. Danach muss er während der Eingriffe teilweise kurze Pausen einlegen, um das Handgelenk zu lockern und entsprechende Bewegungs- und Dehnübungen zu

machen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. S. in seinem Gutachten vom 4.2.2015 in Verbindung mit dem fachradiologischen Zusatzgutachten vom 27.5.2015 ist die Einschränkung der zahnärztlichen Tätigkeit auf Dauer mit 5 % oder in einer Größenordnung von 24 Minuten pro Behandlungstag zu beziffern.

22 (2) Der Kläger hat diese Bewertung des Sachverständigen – wie die Revision zutreffend aufzeigt – bereits in erster Instanz angegriffen. Er hat vorgetragen, die vom Sachverständigen zugrunde gelegte zeitliche Einschränkung stelle lediglich eine Schätzung dar, die keinen Bestand haben könne. Die Schädigung wirke sich auch dahingehend aus, dass der Kläger neben rein zeitlich zu bestimmenden Verlusten auch eine Einschränkung seines Behandlungsspektrums in dem Sinne erleide, dass er endodontische Behandlungsmaßnahmen nicht mehr selbst durchführen sowie dass er aufwendige Zahnbehandlungen nicht mehr in einer Sitzung vornehmen könne. Dies könne nur ein zahnmedizinisch tätiger Sachverständiger beurteilen.

23 In der Berufung hat er gerügt, dass dieser Vortrag übergangen worden sei. Zusätzlich hat er ausgeführt, der Zeitaufwand für die erforderlichen Lockerungs- und Dehnübungen steige über den Arbeitstag hinweg an und belaufe sich auf 57 Minuten. Eine Kompensation dieser unfallbedingten Pausen sei nicht oder nur durch einen erhöhten Einsatz des Klägers möglich, der dem Schädiger nicht zugutekommen dürfe. Tatsächlich sei ein Ausgleich auch nicht möglich, da der Kläger abends so starke Schmerzen habe, dass er nicht weiterarbeiten könne.

24 Der Kläger hat seinen Vortrag durch Vorlage der Quartalsabrechnungen der Kassenärztlichen Vereinigung untermauert und dargelegt, dass seine Umsätze für konservierend chirurgische Leistungen und Zahnersatz nach dem Unfallereignis in den Jahren 2007 und 2008 um 59.535,90 Euro jährlich gesunken seien und sich seither kontinuierlich weiter reduziert hätten, so dass sich seine Einnahmen nunmehr jährlich durchschnittlich lediglich auf 230.000 Euro bis 250.000 Euro beliefen.

25 Die vorgelegten Gewinnermittlungen für die Jahre 2003 bis 2011 und die entsprechenden Steuerbescheide belegten, dass sich die körperlichen und seelischen Belastungen und Einschränkungen des Klägers seit dem Unfallereignis auf seine zahnärztliche Tätigkeit ausgewirkt hätten, was der unfallchirurgische Sachverständige aufgrund seiner fehlenden zahnärztlichen Sachkunde nicht gewürdigt habe. Dabei hätten sich diese Beeinträchtigungen in einem schleichenden Prozess immer mehr intensiviert. Auch wenn sich die unfallbedingten Einschränkungen des Klägers besonders deutlich erst in den Jahren 2009 bis 2011 gezeigt hätten, habe er auch in den Jahren 2007 und 2008 bereits erhebliche Einnahmeausfälle hinnehmen müssen, die sich (nur) aufgrund der überpflichtmäßigen Kostenreduzierungen bei den Personalkosten geringer ausgewirkt hätten.

26 (3) Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht zu Unrecht für unschlüssig gehalten. Es hat die angesichts der bereits sachverständig festgestellten unfallbedingten Körperschäden und Beeinträchtigungen der zahnärztlichen Tätigkeit des Klägers ohnehin geringen Substantiierungsanforderungen in unvertretbarer Weise überspannt, § 252 BGB, § 287 ZPO.

27 Entgegen der nicht begründeten Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht von vornherein unmöglich, dass unfallbedingte Einnahmeausfälle erst nach einiger Zeit eintreten. Trifft es zu, dass – was zugunsten des Klägers revisionsrechtlich zu unterstellen ist und wofür angesichts der seit dem Unfallereignis insoweit gesunkenen Umsätze einiges spricht – der Kläger wegen seiner Beeinträchtigungen seit dem Unfall bestimmte endodontische Behandlungen nicht mehr vornehmen kann und die Patienten an andere Ärzte weiterverweist, kann ein solches Vorgehen beispielsweise dazu führen, dass sich der Patientenstamm mit der Zeit insgesamt verkleinert. Es erscheint auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Beeinträchtigungen wie Verspannungen und dauerhafte Schmerzen aufgrund eines eingetretenen Körperschadens zwar anfänglich ausgeglichen werden können, dies aber nach einer gewissen Zeit nicht mehr möglich oder auch im Rahmen der dem Geschädigten grundsätzlich obliegenden Pflicht zur Schadensminderung nicht mehr zumutbar ist und die unfallbedingten Beeinträchtigungen daher (erst) mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung zu Einnahmeausfällen führen.

28 cc) Das Berufungsgericht hätte dem Vortrag des Klägers daher nachgehen müssen. Wenn es die Einholung des von dem Kläger bereits in erster Instanz und erneut in der Berufungsinstanz angebotenen zahnmedizinischen oder arbeitsmedizinischen Gutachtens im Rahmen des ihm zustehenden pflichtgemäßen Ermessens (§ 287 I S 2 ZPO) nicht für geboten erachtete, hätte es zunächst den Sachverständigen Prof. S. in Bezug auf die Behauptungen des Klägers ergänzend befragen können, § 411 ZPO.

29 Der Gutachter hatte angesichts der ihm in erster Instanz gestellten Beweisfrage – es sei aufgrund der unfallbedingten Verletzungen der linken Hand mit einer vorzeitigen Arthrose und einer berufsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu rechnen – keine Veranlassung, sich im Einzelnen damit auseinanderzusetzen, ob der Kläger aufgrund der erlittenen dauerhaften Beeinträchtigungen bestimmte aufwendigere Zahnbehandlungen nicht mehr vornehmen kann und welche Auswirkungen die Beeinträchtigungen auf die Tätigkeit des Klägers in der Vergangenheit gehabt haben. Soweit der Sachverständige die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Klägers annäherungsweise mit dauerhaft 5 % angenommen hat, war dies unter dem Blickwinkel des Beweisthemas möglicherweise ausreichend, ist aber im Hinblick auf den Anspruch auf Verdienstausschlag für den streitgegenständlichen Zeitraum nur von eingeschränkter Relevanz. Gleiches gilt für die Aussage des Sachverständigen, eine arbeitsmedizinische Zusatzbegutachtung sei nicht erforderlich. Diese ist zudem ohne Begründung geblieben, was für sich allein schon eine weitere Aufklärung nahelegt.

30 Das Berufungsgericht hätte ferner in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen die für die maßgeblichen Jahre zugrunde zu legenden Gewinne ermitteln und aufklären müssen, ob und in welcher Höhe der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum durch überpflichtmäßige Anstrengungen seiner Ehefrau Personalkosten eingespart hat.

31 c) Das Berufungsurteil ist auch aufzuheben, soweit die Klage wegen des weitergehenden Verdienstausschlags für sieben Fehltag im Zeitraum vom 26.10. bis 5.11.2006 nach dem Unfall abgewiesen worden ist. Das Berufungsgericht

hat der Klage auf Verdienstausschlag im Hinblick auf den Zeitraum vom 1. bis 5.11.2006 einerseits (teilweise) stattgegeben, andererseits aber ausgeführt, sie sei mangels ausreichenden Vortrags un schlüssig. Dabei hat es übersehen, dass für den denselben Zeitraum nur eine einheitliche Entscheidung ergehen kann (§ 287 ZPO).

32 2. Die unter 1 festgestellten Mängel des Berufungsurteils wirken sich – was die Revision zutreffend aufzeigt – auch auf den von dem Kläger geltend gemachten Anspruch auf Schmerzensgeld aus, weil die von dem Berufungsgericht vorgenommene Schätzung der Höhe des Schmerzensgeldes aufgrund der nicht ausreichenden Berücksichtigung des Vortrags des Klägers und unterbliebenen Aufklärung des Sachverhalts revisionsrechtlich erhebliche Mängel aufweist, § 253 II BGB, § 287 I ZPO.

Anmerkung von Prof. Dr. Christian Huber*:

1. Die Ermittlung der Schadenshöhe, namentlich bei richterlicher Schadensschätzung nach § 287 ZPO, ist eine **Domäne des Tatrichters**. Die Würfel fallen dort; nur ausnahmsweise können durch Einlegung der Revision die Kastanien noch aus dem Feuer geholt werden. Der BGH greift nämlich nur – ausnahmsweise – korrigierend ein, wenn dem BerG eine **krasse Fehlbeurteilung** unterlaufen ist. In concreto gab es gleich eine Vielzahl von solchen unzutreffenden Ansätzen. Entscheidungen zur Frage des Erwerbsschadens eines Selbständigen sind wegen der restriktiven Revisionszulassung dünn gesät. Die zutreffenden Ausführungen des BGH sind daher auf die Goldwaage zu legen:

2. Die Ermittlung des künftigen Erwerbsschadens eines selbständig Erwerbstätigen ist deutlich komplizierter als das **Zusammenzählen von Erbsen** und die Bildung eines Saldos aus Zahlungsströmen bestehend aus Einnahmen und Ausgaben. Die Verwertung von Geschäftsergebnissen und Steuerbescheiden der Zeit vor und nach der Verletzung kann jeweils nur der Ausgangspunkt sein, aber auch nicht mehr. Geboten ist vielmehr eine **normative Schadensberechnung**. Nur wenn es zu einer Schätzung ins Blaue hinein käme, ist das Tatgericht zu einer Abweisung des Begehrens berechtigt; ansonsten muss es jedenfalls einen **Mindestschaden** ermitteln und diesen auch zusprechen. Der verletzte Zahnarzt war im konkreten Fall durch einen kompetenten Anwalt vertreten, der ausreichend vorgetragen und die Übergehung seiner Beweisanträge vor dem Berufungsgericht auch entsprechend gerügt hatte. Das Vorbringen reichte daher für mehr als dem Zuspruch eines Mindestschadens.

3. Dreh- und Angelpunkt des ersatzfähigen Erwerbsschadens ist die **Kausalität**: Welcher Schaden wurde durch die Verletzung verursacht? Das BerG nahm an, dass eine Ersatzfähigkeit dann zu verneinen sei, wenn es innerhalb der **ersten beiden Jahre** nach der Verletzung nicht zu einer **deutlichen Gewinnminderung** gekommen sei; sollte das nicht so sein, seien in weiterer Zukunft feststellbare Einbußen nicht mehr auf das schädigende Ereignis zurückzuführen, im Klartext **nicht kausal**. Das ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Das an gleich bleibende monatliche Einkommenszahlungen gewöhnte Denken der Tatrichter kann

* Der Verfasser lehrt Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen und ist Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

sich nicht immer in die Welt eines Selbständigen hineinversetzen, der im Laufe der Zeit **kontinuierlich höhere Gewinne** erzielt. Auch wenn solche Verletzungsbedingt unterbleiben, liegt ein Vermögensminus vor, wie der BGH durchaus einfühlbar konstatiert. Dass das Vermögensminus „**deutlich**“ sein müsse, hat der BGH als Hürde für die Ersatzfähigkeit eines Erwerbsschadens ebenfalls falsifiziert.

4. Ehe man die für Vergangenheit ermittelten Gewinne in die Zukunft extrapoliert und mit den tatsächlichen vergleicht, hat eine Analyse zu erfolgen, was in die Gewinnermittlung eingeflossen ist, namentlich, ob es **Faktoren** gibt, die **auszuklammern** sind. Wenn der Zahnarzt in der Zeit vor der Verletzung Aufwendungen für eine Zweigpraxis getätigt hat, mindert das zwar seinen steuerpflichtigen Gewinn, weist aber diesen als **Äquivalent der Betätigung seiner Arbeitskraft zu gering** aus. Wenn nach der Verletzung eine Arbeitskraft entlassen wird und die Ehefrau weiterhin auf Basis einer Teilzeitstelle entlohnt wird, aber als Vollzeitkraft arbeitet, wird für diesen Zeitraum der **Gewinn zu hoch** angesetzt. Das überobligationsgemäße Einspringen der Ehefrau soll gewiss nicht den Schädiger entlasten; dass diesen Umstand der Geschädigte zu beweisen hat, steht auf einem anderen Blatt.

5. Diese Faktoren würden nach Ansicht des BGH **allein schon den vollen Zuspruch** rechtfertigen. Der zentrale Streitpunkt war aber der Umstand, dass der **Sachverständige aus dem Gebiet der Unfallchirurgie** eine Einschränkung der zahnärztlichen Tätigkeit im Ausmaß von 5 % festgestellt hat, während die Auswirkungen in concreto deutlich darüber hinausgingen. Immer wenn das Urteil eines BerG angegriffen wird, weil es auf die Einholung eines von einer Partei – wie sich ex post herausstellt – berechtigterweise verlangten (zusätzlichen) **Sachverständigengutachtens verzichtet** hat, sind die Chancen der Aufhebung und Zurückverweisung groß. Es geht dabei nicht nur darum, welcher Sachverständige für welches Gebiet zuständig ist; mindestens ebenso bedeutsam ist, **welche Fragen** man ihm stellt. Das lässt der BGH anklingen, indem er darauf verweist, dass das Gutachten „unter dem Blickwinkel des Beweisthemas möglicherweise ausreichend“, aber nur „von eingeschränkter Relevanz“ war.

6. Womöglich ist zudem nicht allen Sachverständigen ausreichend bewusst, dass für die **Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sozialversicherungsrecht** und die **Ermittlung von Gliedertaxen in der privaten Unfallversicherung** ganz andere Grundsätze gelten als im **Haftpflichtrecht**. Im Sozialversicherungsrecht und dem der privaten Unfallversicherung wird jeder Anspruchsteller für den **Verlust des kleinen Fingers** mit dem gleichen Prozentsatz entschädigt; im Haftpflichtrecht kommt es aber auf die jeweiligen Auswirkungen an. Bei einem Profi-Fußballer werden bei einer solchen Verletzung kaum Nachteile feststellbar sein, weil dieser mit den Füßen und dem Kopf spielt und allenfalls mit dem Ellbogen rempelt; für einen professionellen Klavierspieler ist der Verlust des kleinen Fingers jedoch existentiell, weil es gar wenige Stücke für 9 Finger gibt. Zudem besteht die Tendenz von Tatgerichten, die **Frage der Gewinnermittlung an den Sachverständigen zu delegieren** in der trügerischen Hoffnung, dass das gefällte Urteil dann rechtlich nicht angreifbar sei. Zu beachten ist indes, dass die Ermittlung des Erwerbsschadens eine **Rechtsfrage** ist; Aufgabe des Sachverständigen kann es allein sein, das für die Beurteilung der

Rechtsfrage benötigte Tatsachenmaterial zur Verfügung zu stellen.

7. Wie verhängnisvoll es sein kann, nur auf einen **Zeitraum von zwei Jahren** nach dem schädigenden Ereignis abzustellen und alle weiteren Einbußen nicht mehr als schadenskausal zu qualifizieren, zeigt der vorliegende Sachverhalt: Häufig ist es so, dass der Verletzte in der ersten Phase noch in der Lage ist, seine Kräfte überobligationsgemäß anzuspinnen in der Hoffnung, dass es zu einer **Ausheilung seiner Verletzung** kommt und er durch diese Phase nur „**durchtauchen**“ muss. Stellt sich heraus, dass es sich um einen **Dauerschaden** handelt, der sich womöglich sogar noch verschlimmert, geht beim „Durchtauchen“ die Luft aus. Wenn der Zahnarzt während laufender Eingriffe Pausen für Lockerungsübungen durchführen muss bzw. manche Eingriffe nicht mehr selbst durchführen kann, sodass er „seine“ Patienten zweimal zur Behandlung bitten oder an einen Fachkollegen verweisen muss, ist man geneigt sich vorzustellen, welche **Auswirkungen für den jeweiligen Patienten** so etwas hat. So mancher – wie auch ich – geht nicht so gerne zum Zahnarzt; und wenn es schon sein muss, möchte er nach Möglichkeit alles in einem Aufwasch erledigt bekommen. Vor die Alternative gestellt, mit **einer** Behandlung auszukommen oder **zweimal** vorstellig zu werden bzw. sich für Teilleistungen woanders hinbegeben zu müssen mit dem zusätzlichen Risiko, dass die eine Hand womöglich nicht genau weiß, was die andere noch zu erledigen hat, werden sich nicht wenige für die „**Einmallösung**“ entscheiden. Sie werden auch für die Dienstleistungen abwandern, die der an der linken Hand verletzte Zahnarzt noch durchführen könnte. Wenn der betreffende Zahnarzt dann mitten in einem Eingriff, etwa während einer örtlichen Betäubung, den Eingriff unterbricht, um seine erforderlichen Lockerungsübungen durchzuführen, ist das gewiss auch **kein vertrauensbildendes Verhalten**.

Jeder mündige Patient weiß, dass es gerade beim Zahnarzt auf Präzision und Fingerfertigkeit ankommt; sich von einem „**Lädierten**“ behandeln zu lassen, ist nicht jedermanns Sache. So mancher Stammpatient wird das womöglich beim ersten oder zweiten Mal hinnehmen, weil er es nicht gewusst hat oder die Behinderung beim konkreten Eingriff keine Rolle gespielt hat; eine solche Nachsicht ist aber womöglich nicht **auf Dauer** gegeben, besteht doch auch zwischen Zahnärzten ein Wettbewerbsverhältnis. Es ist daher durchaus plausibel, dass der Zahnarzt Einbußen auch bei den Tätigkeiten erleidet, an denen er gar nicht gehindert ist, zu denen er künftig aber nicht mehr herangezogen wird, weil er **kein Gesamtpaket anbieten** kann, der Schaden somit im Laufe der Zeit immer größer wird, mag er in einer ersten Phase auch noch vermieden werden können, was in concreto nicht einmal der Fall war.

8. Der begehrte Ersatzbetrag ist nach den Ausführungen des BGH schon berechtigt, wenn man den Gewinn um die **Aufwendungen für die Zweigpraxis** sowie die **überobligationsgemäßen Anstrengungen der Ehefrau** bereinigt. Verluste beim Patientenstamm sind zusätzlich sehr wahrscheinlich und werden zunehmen. Der Verletzte musste in Bezug auf den großen Brocken, die begehrten 85.500 Euro für einen Zeitraum von ca. 5 Jahren, vor den Instanzgerichten eine **völlige Abweisung** hinnehmen. Das BGH-Urteil macht deutlich, dass der ersatzfähige Schaden wahrscheinlich **noch deutlich darüber hinausging**.