

2162 006

III ZR 166/60

Verkündet
am 28. Juni 1962
Scheibl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Stadtgemeinde M [REDACTED], vertreten durch den Rat
der Stadt,

Beklagten, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Johann K [REDACTED] in N [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], als Erbe der
am [REDACTED] 1960 verstorbenen Mia K [REDACTED] geb.
P [REDACTED], wohnhaft gewesen in N [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger, Anschlußberufungsbeklag-
ten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der
Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und
Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düs-
seldorf vom 30. Juni 1960 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisions-
rechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die inzwischen verstorbene frühere Klägerin Mia K[REDACTED], an deren Stelle im Verlaufe des jetzigen Revisionsverfahrens durch Erbgang der nunmehrige Kläger getreten ist, hat von der Beklagten Schadensersatz wegen schuldhaft antspfllichtwidriger Versagung oder Verzögerung der Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein und Spirituosen in M[REDACTED] durch Beamte der Beklagten verlangt. Im einzelnen handelte es sich um Ansprüche

1. auf Ersatz von Verdienstaussfall in Höhe von mindestens 7.500 DM sowie weitere 800 DM (wegen Sinkens der Preise des vorhandenen Warenbestandes)
 - a) für die Zeit ab 1. Oktober 1949, soweit die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein in Betracht kommt,
 - b) für die Zeit ab 1. Dezember 1949, soweit es sich um die Erlaubnis für den Handel mit Trinkbranntwein handelt,
2. auf Ersatz der Kosten, die durch die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts Dr. N[REDACTED] in dem Verwaltungsverfahren betreffend die Genehmigung zur Errichtung einer Verkaufsstelle für Wein nach dem Einzelhandelsschutzgesetz ab 1. Oktober 1949 und in den Verwaltungsverfahren betreffend die Erlaubnis zum Kleinhandel mit Trinkbranntwein nach dem Gaststättengesetz ab 1. Dezember 1949 sowie durch die Inanspruchnahme des Verwaltungsrechtsrats Heuss in dem Verfahren vor dem Regierungspräsidenten betreffend den Weinhandel erwachsen sind,
3. auf Erstattung von Kosten der Reisen zwischen M[REDACTED] und D[REDACTED] anlässlich der zu 2) genannten Verfahren.

- 3 -

Diese Klageansprüche sind dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und zwar gemäß den Urteilen des Berufungsgerichts vom 3. Januar 1957 - 1 U 236/51 - und des jetzt erkennenden Senats vom 24. Juni 1958 - III ZR 50/57 -, auf die insoweit hier Bezug genommen wird.

Die Klagepartei hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, eine vom Gericht festzusetzende Entschädigung, mindestens aber 7.500 DM nebst 10% Zinsen zu zahlen, und zwar an bestimmte Gläubiger der früheren Klägerin, die im einzelnen im Klageantrag angegeben worden sind.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie ist insbesondere wegen der Höhe des behaupteten Schadens dem Klagevorbringen mit tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat im Betragsverfahren zur Hauptsache nunmehr erkannt:

.....

- "I. 1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.165 DM nebst 4% Zinsen von 4.368,50 DM seit dem 15. Dezember 1950 und von weiteren 2.796,50 DM seit dem 3. März 1952 zu zahlen, und zwar
- a) bis zur Höhe von 7.500 DM an das Finanzamt M [REDACTED],
 - b) bis zur Höhe von weiteren 486,77 DM an die M [REDACTED]-Weinbrand-Brennerei in S [REDACTED],



- c) bis zur Höhe von weiteren 671,40 DM an Kurt P [REDACTED], M [REDACTED], M [REDACTED] Str. 8,
 - d) bis zur Höhe von weiteren 1.027,75 DM an die Firma J [REDACTED] V [REDACTED],
 - e) bis zur Höhe von weiteren 440,06 DM an die Firma U [REDACTED] V [REDACTED] W [REDACTED] H [REDACTED] KG, M [REDACTED],
 - f) bis zur Höhe von weiteren 390,10 DM an die Firma N [REDACTED], Weingroßhandlung, in B [REDACTED],
- jeweils zuzüglich Zinsen und Kosten.

2.) Im übrigen wird die Klage abgewiesen."

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter, soweit sie zur Zahlung von 6.130,-- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision wendet sich gegen das Berufungsurteil nur insoweit, als das Oberlandesgericht einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 6.130,-- DM Verdienstausschlag (nebst Zinsen) wegen der Verzögerung der Genehmigung zum Einzelhandel mit Spirituosen zugebilligt hat.

1. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung, der früheren Klägerin sei insoweit ein Verdienstausschlag in Höhe von 6.130 DM entstanden, wie folgt begründet:

Allerdings habe die frühere Klägerin, da sie die Beiziehung ihrer Einkommens- und Umsatzsteuerakten für die Zeit ab 1. Juli 1949 nicht ermöglicht habe, einen bestimmten Schaden "nicht nachgewiesen". Dennoch sei die frühere Klägerin nicht "beweisfällig" geblieben, da für eine hier vorzunehmende Schätzung nach § 287 ZPO das im jetzigen Betragsverfahren eingeholte Gutachten des Sachverständigen F. eine genügende Grundlage für eine solche Schätzung gebe. Zwar fehlten für die Zeit vor der eigenen, selbständigen Geschäftstätigkeit der früheren Klägerin, die den Spirituosenhandel erst ab 15. Februar 1950 eröffnete, also für die Zeit ihres Geschäftsvorgängers B., an dessen Wein- und Spirituosen-geschäft die frühere Klägerin zunächst nur als stille Gesellschafterin beteiligt gewesen war, Unterlagen für eine Umsatzschätzung. Gleichwohl sei es gerechtfertigt, die vom gerichtlichen Sachverständigen F. in seinem Gutachten angegebenen "Vergleichsumsätze", die auf der eigenen späteren geschäftlichen Tätigkeit der früheren Klägerin beruhten, zur Grundlage der Schadensschätzung zu machen.

Insoweit schließt sich das Oberlandesgericht dem Gutachten des Sachverständigen an, der für die maßgebliche Zeit vom 1. Dezember 1949 bis 15. Februar 1950 von einem Umsatzausfall im Spirituosenhandel in Höhe von 21.282,-- DM ausgegangen ist. Im Gegensatz zum Gutachter, der als Reingewinn 10% des Umsatzes angenommen hat und höchstens einen Satz von 15% als möglich ansieht, hält das Berufungsgericht es für richtiger, den Verdienstausschlag gemäß § 287 ZPO über einen (auch von der früheren Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 29. Februar 1952 S. 4 behaupteten) Rohgewinn von 30% des Umsatzes zu ermitteln, den es demgemäß mit

6.384,60 DM ansetzt, und von dem es für die Ermittlung des zu ersetzenden Verdienstausfalls lediglich die Umsatzsteuer von 4% absetzt. Das Oberlandesgericht führt hierzu aus: Da der Einzelhandel mit Spirituosen lediglich zusätzlich neben dem (schon früher begonnenen) Weinhandel betrieben worden sei, seien der früheren Klägerin insoweit - abgesehen von den bereits beim Weinhandel vom Tatrichter berücksichtigten allgemeinen Geschäftsunkosten - weitere zusätzliche Geschäftsunkosten nicht entstanden, zumal die frühere Klägerin in ihrem kleinen Laden allein ohne fremde Hilfe tätig gewesen sei. Demgemäß kommt das Berufungsgericht zu einem ausgleichspflichtigen Schaden wegen des Verdienstausfalls im Spirituosenhandel im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO zu einem Betrag von 6.130 DM.

2. Diese Schadensermittlung greift die Revision mit verschiedenen Rügen an, die ihr jedoch nicht zum Erfolg verhelfen können.

Es ist zwar richtig, daß für eine nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung tatsächliche Grundlagen vorhanden oder wenigstens bestimmte Anhaltspunkte gegeben sein müssen, weil auch die freie Schätzung nach § 287 ZPO nicht "vollends in der Luft schweben" oder "willkürlich" sein kann. Sind jedoch Anhaltspunkte für eine Schätzung tatsächlich gegeben, wie sie sich insbesondere aus dem Sachvortrag der Parteien selbst und bei Würdigung aller Umstände ergeben können, so ist der Tatrichter auch gehalten, eine Schätzung vorzunehmen. Hierbei steht es in seinem Ermessen, ob und inwieweit er angebotene Beweise erheben oder dem Sachvortrag einer Partei glauben will, und wobei er sogar nicht vorgetragene Tatsachen berücksichtigen kann, sowie besonders im Falle der Feststellung eines entgangenen Gewinns die Beweiserleichterung des

§ 252 Satz 2 BGB im Rahmen des § 287 ZPO beachten kann und muß (vgl. BGH in LM § 287 Nr. 3, 5-7, jeweils mit Anmerkungen; BGHZ 29, 393, 398/400 = LM § 252 BGB Nr. 4 mit Anm. und ebenda Nr. 5; auch RG in RGZ 76, 174, 175 sowie 204, 211; 79, 55, 61; 91, 60, 68; 130, 108, 112/114; und RG in JW 1904 S. 574 Nr. 6). Der Schätzung des § 287 ZPO unterliegt namentlich also die Frage, ob und in welcher Höhe ein Gewinn entgangen ist (§ 252 BGB). Dieser Schätzung unterliegen nicht nur der Betrag des entgangenen Gewinns, sondern auch die Umstände, die für die Berechnung der Höhe des Gewinnentgangs von Bedeutung sind (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 287 unter I, 2; vgl. auch Wieczorek ZPO § 287 unter D I a). Jedoch muß der Tatrichter zur Ermöglichung der Prüfung durch das Revisionsgericht, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht, und ob wesentliche die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen worden sind, die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihrer Auswertung in den Urteilsgründen darlegen (BGHZ 6, 62 in LM § 287 ZPO Nr. 7).

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann entgegen der Ansicht der Revision nicht gesagt werden, daß das Berufungsgericht bei seiner Schätzung die ihm nach § 287 ZPO gesetzten Grenzen, insbesondere sein freies Ermessen, unter Rechtsverstoß überschritten habe. Es hat auch die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in den Urteilsgründen, wenn auch zum Teil in sehr knapper, so doch in einer für die Anwendung des § 287 ZPO gerade noch ausreichenden Weise dargelegt.

Wenn das Oberlandesgericht - insoweit dem gerichtlichen Sachverständigen folgend - zur Schätzung des Umsatzes der früheren Klägerin und des ihr entgangenen Gewinns in dem maßgeblichen Zeitraum auf die späteren nach ihrer Behaup-

tung getätigten Umsätze in ihrem eigenen Geschäft als "Vergleichsgrundlage" zurückgegriffen hat, so läßt dies einen Rechtsfehler nach § 287 ZPO nicht erkennen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, daß der Tatrichter insoweit dem Vortrag der früheren Klägerin trotz Bestreitens der Umsatzzahlen durch die Beklagte ohne weitere Beweisaufnahme gefolgt ist. Aus dem Zusammenhalt der Urteilsgründe ist jedenfalls zu entnehmen, daß das Berufungsgericht die "Vergleichsumsätze" auf Grund der Angaben der früheren Klägerin und mit Rücksicht darauf, daß auch der Sachverständige sie übernommen und demgemäß für möglich gehalten hat, als Grundlage der Schätzung für geeignet hält. Wenn das Oberlandesgericht in diesem Zusammenhang den eigenen Angaben der früheren Klägerin gegenüber dem Finanzamt über die Höhe des Umsatzes, wie sie sich insbesondere aus dem von der Klägerin vorgelegten sogenannten Armutszeugnis vom 20. Juli 1950 ergeben, eine entscheidende Bedeutung offensichtlich nicht beigemessen hat, so kann dies revisionsrechtlich nicht beanstandet werden, zumal diese Umsatzangaben das erste Halbjahr 1950 betreffen, also wenigstens teilweise auch den Zeitraum, in dem die Klägerin infolge der Pflichtwidrigkeiten der Beklagten den Spirituosenhandel nicht betreiben konnte. Auch daß die frühere Klägerin ihre Geschäftsunterlagen dem Sachverständigen nicht vorgelegt hat, hinderte entgegen der Ansicht der Revision das Berufungsgericht hier rechtlich nicht, eine Schätzung nach § 287 ZPO vorzunehmen; es hat diesen Umstand bei seiner Würdigung jedenfalls nicht übersehen. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist auch, daß - wovon das Berufungsgericht offensichtlich ausgegangen ist, ohne es ausdrücklich zu erwähnen - nach der Lebenserfahrung die Übernahme eines schon betriebenen Wein- und Spirituosengeschäfts

nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (§ 252 Satz 2 BGB) entsprechende Umsätze und Gewinne mit sich zu bringen pflegt.

Es stand ferner im freien Ermessen des Oberlandesgerichts, ob es bei der Ermittlung des Gewinns aus den angenommenen Umsatzzahlen dem Sachverständigen folgen wollte, der einen Nettogewinn von 10% (oder höchstens 15%) des Umsatzes für gerechtfertigt und angemessen angesehen hat, oder ob es - insoweit der von der früheren Klägerin behaupteten Übung folgend - zunächst einen Roh- oder Bruttogewinn in Höhe von 30% des Umsatzes schätzte, ein Verfahren, das jedenfalls nicht als grundsätzlich falsch angesehen werden kann. Auch insoweit ist also ein in der Revisionsinstanz beachtlicher Rechtsversoß gegen § 287 ZPO nicht ersichtlich. Insbesondere verletzt entgegen der Meinung der Revision die Schätzung des Roh- oder Bruttogewinns der früheren Klägerin als Spirituosen Einzelhändlerin in einer Höhe von 30% des Umsatzes nicht einen Erfahrungssatz; vor allem nicht im Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt, nach dem die frühere Klägerin in ihrem kleinen Laden allein ohne fremde Hilfe tätig gewesen ist.

Das gleiche gilt für die vom Oberlandesgericht vorgenommene Berücksichtigung der Unkosten. Diese Unkosten sind nämlich lediglich ein die Schätzung entgangenen Gewinns mitbestimmender Faktor, den das Berufungsgericht nach den dargelegten Grundsätzen ebenfalls gemäß § 287 ZPO frei schätzen konnte. Wenn der Tatrichter insoweit ausgeführt hat, daß neben den (fixen) Geschäftsunkosten, die schon im Zusammenhang mit der ab 1. Oktober 1949 zu unterstellenden Geschäftseröffnung im Weinhandel entstanden und zu berücksichtigen seien, darüber hinaus zusätzliche Kosten für den ab 1. Dezember 1949 möglich gewesen

nen Spirituosenhandel nicht entstanden und demgemäß nicht zu berücksichtigen seien, so läßt dies jedenfalls einen Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens des Tatrichters nicht erkennen. Es war zwar durchaus möglich und vielleicht auch angebracht, worauf die Revision verweist, wenigstens einen Anteil dieser fixen Geschäftsunkosten auf den Handel mit Spirituosen für die Zeit bis 15. Februar 1960 in Anrechnung zu bringen. Da der Tatrichter diese Kosten jedoch offensichtlich als feststehende laufende Geschäftsunkosten angesehen hat, gleichgültig in welchem Umfang die frühere Klägerin ihren Einzelhandel betrieb, stand es im nicht nachprüf- baren tatrichterlichen Ermessen, diese "fixen" Unkosten lediglich auf den schon früher eröffneten Weinhandel zu beziehen und sie ausschließlich bei diesem zu berück- sichtigen, wie es durch das Oberlandesgericht geschehen ist. Daß das Berufungsgericht, wie die Revision meint, wesent- liche Unkosten nicht beachtet habe, kann nicht anerkannt werden. Entgegen den Ausführungen der Revision hat das Berufungsgericht bei den Geschäftsunkosten ausdrücklich die Kosten für Heizung und Strom berücksichtigt; es ist bei der Schätzung der Unkosten geringfügig über die An- gaben der Klägerin in der Klageschrift hinausgegangen und hat ferner zum Ausdruck gebracht, daß es insoweit eine Pauschalierung vorgenommen hat, indem es der Auf- zählung der einzelnen Unkostenteile das Wort "etc." hin- zugefügt hat; das ist nicht/^{un-}zulässig.

Nach alledem erweisen sich die Angriffe der Revision als unbegründet mit der Folge, daß diese mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen ist.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Dr. Reinhardt