

Verkündet am 5. Mai 1961
Kriegl, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

1. des Kraftfahrers Kurt E [REDACTED] in H [REDACTED], K [REDACTED]
Straße [REDACTED],

2. der Firma August R [REDACTED] in H [REDACTED]-Ha [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Richard S [REDACTED] in En [REDACTED]-A [REDACTED]-
[REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 5. Mai 1961 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Kleinewefers, Dr. K.E. Meyer, Hanebeck, Hein-
rich Meyer und Dr. Pfretzschner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 7. Juli 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden den Beklagten aufer-
legt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 14. Mai 1954 wurde der Kläger bei einem Zusammenstoß des von ihm geführten Kombi-Wagens mit einem vom Erstbeklagten gelenkten Lastzug der Zweitbeklagten schwer verletzt. Zu dem Unfall war es dadurch gekommen, daß der Erstbeklagte aus Übermüdung auf die linke Fahrbahnhälfte geraten war; der Kläger hatte nichts tun können, um den Zusammenstoß zu verhindern. Der Kläger erlitt u.a. einen Armbruch, einen Beinbruch und einen lebensbedrohlichen Milzriß. Er lag bis Ende November 1954 im Krankenhaus und mußte sich auch im Jahre 1955 noch wiederholter Krankenhausbehandlung, einer Kur sowie langdauernder Massagebehandlung unterziehen. Zurückgeblieben ist nach dem Ergebnis fachärztlicher Begutachtung vom Februar 1957 eine gewisse Bewegungseinschränkung im rechten Knie- und Sprunggelenk und eine erhebliche Bewegungsbehinderung und Muskelschwäche im linken Arm.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Die Beklagten bestreiten nicht, dem Kläger für seinen Unfallschaden aufkommen zu müssen. Streitig ist nur die Höhe des Schadens.

Der Kläger betrieb seit dem 1. Juli 1950 einen Großhandel in Süßwaren. Im Zusammenhang mit einem Kriegsrentenantrag meldete er sein Geschäft 1952 gewerbepolizeilich und steuerlich auf den Namen seiner Frau um, verfügte aber weiterhin allein über das Geschäft und seine Erträge. Das Geschäft bestand im wesentlichen in der Bedienung einiger größerer Schausteller, die der Kläger freitags an ihrem jeweiligen Standplatz mit Waren von seinem Lager belieferte und Montags

- 3 -

zum Kassieren erneut aufsuchte. Daneben belieferte er einige Werkskantinen und in geringem Umfang auch Einzelhändler und Gastwirte. Nach dem Unfall versuchte die Ehefrau des Klägers mit Hilfe eines früheren Schaustellers L. als Kraftfahrers das Geschäft aufrecht zu erhalten; zur Entlastung im Haushalt beschäftigte sie, wenigstens zeitweilig, eine Hilfe. Doch brach nach der Darstellung des Klägers das Schaustellergeschäft zusammen. Nach der Krankenhausentlassung Ende November 1954 verlegte sich der Kläger daher auf eine Ausweitung des Kantinen- und Werkshandels und erzielte hier Umsätze, die sich nach seinen Angaben im November und Dezember 1954 bereits auf 44 000 bzw. 51 000 DM stellten, 1955 stark abfielen, seit 1956 aber wieder anstiegen. Der Kläger hat den Gesamtumsatz des Geschäfts wie folgt beziffert:

1951	62 000 DM
1952	167 000 "
1953	210 000 "
1954	217 000 "
1955	168 000 "
1956	220 000 "
1957	306 000 "
1958	324 000 "
1959	an 400 000 ".

Im Sommer 1956 stellte Lütgenau seine Tätigkeit für den Kläger ein; der Kläger beschäftigte darauf nacheinander drei weitere Fahrer. Seine Ehefrau ist seit 1956 nur noch etwa in dem gleichen Umfang im Geschäft tätig wie vor dem Unfall. Büro und Buchhaltung, die der Kläger bis zum Unfall selbst besorgte, hat, wie damals bereits vorgesehen, eine Tochter des Klägers übernommen.



In erster Instanz hat der Kläger mit der Behauptung, im Geschäft nicht mehr tätig sein und insbesondere weder die Fahrten zur Kundschaft noch die Lagerarbeiten mehr ausführen zu können, Schadensersatz für Erwerbsminderung in Höhe eines üblichen Geschäftsführergehalts von 850 DM verlangt, - gemindert um Bezüge aus der Angestelltenversicherung, - sowie ein angemessenes Schmerzensgeld beansprucht, unter Anrechnung von Zahlungen, die er von dem Versicherer der Beklagten bereits erhalten hat. Weiter hat er festzustellen beantragt, daß ihm die Beklagten auch den künftigen Schaden aus dem Unfall zu ersetzen haben, soweit der Anspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen ist. Das Landgericht hat ihm auf der Grundlage eines mit 850 DM als angemessen angesehenen Geschäftsführergehalts für die Zeit bis zum 31. Mai 1957 12 185,60 DM und für die Folgezeit bis zur Vollendung seines 70. Lebensjahres am 10. April 1981 eine Monatsrente von 266,30 DM zuerkannt, über bereits gezahlte 3 000 DM hinaus weitere 5 000 DM als Schmerzensgeld zugesprochen und dem Feststellungsbegehren stattgegeben.

Im Anschluß an die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil hat der Kläger im Berufungsverfahren für Gewinnausfall bis zum 31. Mai 1957 Zahlung eines vom Gericht zu schätzenden Betrages und für die Folgezeit bis einschließlich April 1981 über die vom Landgericht zuerkannte Rente hinaus eine Monatsrente von insgesamt 359,90 DM begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, daß er, wenn er den Unfall nicht erlitten hätte, Umsatz und Reinertrag des Geschäftes in den Jahren 1954 bis 1956 ohne den Einsatz von Fremdkräften stark hätte ausweiten und auch den steigenden Umsatz ab 1957 noch mindestens bis zur Vollendung seines

70. Lebensjahres allein hätte erzielen können.

Die Beklagten sind der Schadensberechnung entgegengetreten, haben bestritten, daß der Kläger seinen Wagen nicht mehr selbst fahren könne, und haben geltend gemacht, die behauptete Geschäftsausweitung sei nur unter Einsatz eines Kraftfahrers möglich gewesen. Die Umsatzziffern für die Zeit vor dem Unfall seien überhöht. Eine Steigerung wäre nur durch Unterbietungsrabatte und unlauteren Wettbewerb möglich gewesen, so daß ein vermehrter Reinertrag entweder überhaupt nicht oder nur auf gesetzwidrige Weise erzielt worden wäre.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Entscheidung des Landgerichts insoweit bestätigt, als die Beklagten zur Zahlung von 9 603,50 DM einschließlich 5 000 DM Schmerzensgeld verurteilt worden sind und über den Feststellungsantrag erkannt worden ist. Im übrigen hat es die Entscheidung über Berufung und Anschlußberufung dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit der Revision gegen dieses Urteil erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung des Klägers mit den zuerkannten Ansprüchen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat mit dem Landgericht in Anbetracht der schweren Unfallverletzungen, durch die der Kläger betroffen worden ist, und des groben Verschuldens, das dem Zweitbeklagten an der Verursachung des Unfalls zur Last fällt, ein Schmerzensgeld von insgesamt 8 000 DM für angemessen gehalten und die Beklagten daher für verpflichtet erachtet, über die bereits gezahlten 3 000 DM hinaus weitere 5 000 DM als Schmerzensgeld an den Kläger zu zahlen. Die Revision greift diese Entscheidung mit der Rüge mehrfachen Verstosses gegen § 286 ZPO als unbillig an. Sie kann hiermit keinen Erfolg haben.

Die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes unterliegt dem freien Ermessen des Tatrichters. Seine Entscheidung kann im Revisionsverfahren nur darauf nachgeprüft werden, ob sie auf einem Rechtsirrtum beruht, nicht aber darauf, ob die Bemessung überreichlich oder allzu dürftig erfolgt ist (Urteil des erkennenden Senats vom 10. April 1954 - VI ZR 62/53 - NJW 1954, 1034 = LM Nr. 6 zu § 847 BGB = VRS 7, 23 = VersR 1954, 277). Verfahrensrechtliche Grundlage der Schätzung ist nicht § 286 ZPO, sondern § 287 ZPO (Urteile des erkennenden Senats vom 21. Dezember 1955 - VI ZR 261/53 - VersR 1956, 211; vom 8. Januar 1957 - VI ZR 226/55 - VersR 1957, 218, 219; vom 26. September 1958 - VI ZR 200/57 - VersR 1958, 801, 802; vom 13. März 1959 - VI ZR 72/58 - VersR 1959, 458; vom 3. November 1959 - VI ZR 193/58 - VersR 1960, 252; vom 16. Januar 1960 - VI ZR 60/59 - VersR 1960, 401; vgl. auch Pagendarm in der Anmerkung bei LM Nr. 8 zu § 847 BGB). Das Berufungsgericht war daher bei der Klärung und Feststellung

der für die Bemessung des Schmerzensgeldes bedeutsamen tatsächlichen Umstände in besonderem Maße freigestellt. Daß es dabei den Ermessensspielraum des § 287 ZPO überschritten hätte, läßt sich nicht feststellen.

Die Revision wendet sich bei ihren Rügen namentlich dagegen, daß das Berufungsgericht bei der Zubilligung des Schmerzensgeldes neben den inzwischen überwundenen schweren Folgen des Unfalls eine bestehen gebliebene Bewegungsbeeinträchtigung des linken Armes berücksichtigt hat, die den Kläger nach der Auffassung des Berufungsgerichts insbesondere an der Führung eines Kraftwagens hindert. Das Berufungsgericht hat sich seine Überzeugung von dem Vorhandensein dieser Unfallauswirkung auf Grund des Gutachtens gebildet, das im landgerichtlichen Verfahren von der chirurgischen Universitätsklinik in Köln eingeholt worden ist. Ob es möglich sein würde, einen Kraftwagen technisch so umzugestalten, daß der Kläger ihn trotz seiner Behinderung bedienen könnte, hat das Berufungsgericht mit der tatrichterlichen Erwägung dahingestellt gelassen, daß dem Kläger als Körperbehinderten nicht zugemutet werden könne, sich dem Risiko auszusetzen, in schwierigen Situationen des Straßenverkehrs wegen fehlender Kraft und allseitiger Beweglichkeit seiner Gliedmaßen mit dem Wagen nicht zurecht zu kommen. Diese Würdigung hält sich im Rahmen des § 287 ZPO und ist im Revisionsverfahren nicht angreifbar.

Ebenso wenig ist es zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Kläger auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme geglaubt und bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mitberücksichtigt hat, daß er sich wegen der überstandenen Milz- und Narbenbruchoperation und der möglicherweise zu be-

fürchtenden Weiterungen scheut, überhaupt noch einen Kraftwagen zu benutzen. Das Berufungsgericht hält solche Befürchtungen nicht für abwegig.

Nicht die wirtschaftlichen Folgen dieser Behinderungen hat das Berufungsgericht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes in Ansatz gebracht, wie die Revision argwöhnt, sondern die immaterielle Belastung, die sie für ihn mit sich bringt. Belastet ist der Kläger nach den Ausführungen des Berufungsgerichts vor allem dadurch, daß er nicht mehr wie früher in persönlichem geschäftlichem Einsatz tätig sein kann und dem subjektiv durchaus berechtigten Gefühl preisgegeben ist, Erfolgchancen - jenseits des Bereichs des zu ersetzenden Schadens - eingebüßt zu haben, die er im Vollbesitz seiner Kräfte gehabt hätte. Auch hiergegen sind rechtlich begründete Einwendungen nicht gegeben.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht schließlich bedacht, daß der Kläger auch durch die bereits seit Jahren dauernde mühselige und langwierige Auseinandersetzung mit dem Versicherer der Beklagten um den ihm zustehenden Schadensersatz belastet ist. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß die Dauer des Kampfes zu einem Teil auch auf dem Prozeßverhalten des Klägers beruht. Im wesentlichen ist sie nach der Feststellung des Berufungsgerichts aber durch die objektive Schwierigkeit begründet, die auch der Kläger nicht ausräumen kann. Daß durch die langdauernde Auseinandersetzung der Kläger beeinträchtigt und belastet ist, stellt sich zu dem vom Berufungsgericht in Betracht gezogenen Teil auch dann als Folge des Unfalls dar, wenn, wie die Revision zu bedenken gibt, die vom Berufungsgericht hervorgehobene

Schwierigkeit der Schadensermittlung bei besserer Buchführung des Klägers in der Zeit vor dem Unfall nicht in gleichem Maße bestanden hätte. Das Berufungsgericht war daher nicht gehindert, diese Belastung als objektive Unfallfolge bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mitzuberücksichtigen (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 19. Januar 1960 - VI ZR 60/59- aaO).

Die Entscheidung über das Schmerzensgeld besteht hier-
nach zu Recht.

2. Auch soweit das Berufungsgericht bisher über den Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens erkannt hat, kann die Revision mit ihren Angriffen nicht durchdringen.

a) Bei seiner Entscheidung ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Kläger, wenn er auch 1952 im Zusammenhang mit seinem damaligen Kriegsrentenantrag sein Geschäft gewerbepolizeilich und steuerlich auf den Namen seiner Frau umgemeldet hat, tatsächlich doch Geschäftsinhaber blieb und der Geschäftserfolg den Ertrag seiner selbständigen Erwerbstätigkeit darstellte. Im Urteilstatbestand hat das Berufungsgericht festgestellt, daß sich die Parteien hierüber nunmehr einig seien. Die Revision hält diese Feststellung für unrichtig und durch die Gründe des Beschlusses vom 17. September 1960 für widerlegt, durch den das Berufungsgericht die von den Beklagten beantragte Berichtigung des Tatbestandes abgelehnt hat. Es mag dahinstehen, ob die Gründe eines solchen Beschlusses, wie die Revision meint, zur Entkräftung des Tatbestandes ebenso herangezogen werden können wie ein Sitzungsprotokoll (§ 314 ZPO). Wie in den Gründen dargelegt

ist, haben sich die Beklagten auf Grund einer eingehenden Erörterung der Frage im Termin vom 22. September 1959 vor dem Berufungsgericht durch Schriftsatz vom 24. Juli 1959 mit der jetzigen Sachdarstellung des Klägers einig erklärt, daß er tatsächlich und wirtschaftlich Inhaber des Gewerbebetriebes war. Damit waren die Wirkungen eines etwaigen früheren abweichenden Geständnisses des Klägers beseitigt. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe es unter Verstoß gegen § 139 ZPO verabsäumt, die Beklagten zu befragen, ob sie der dem bisherigen Vortrag entgegenstehenden jetzigen Darstellung des Klägers folgen wollten. Abgesehen davon, daß sie dies in dem Schriftsatz vom 24. Juli 1959 bereits deutlich zum Ausdruck gebracht hatten, hat nach dem Inhalt des genannten Beschlusses der Vorsitzende des Berufungsgerichts in der Schlußverhandlung noch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Senat die Auffassung, der Kläger sei im Geschäft seiner Frau tätig gewesen, für rechtlich und wirtschaftlich nicht haltbar erachte und in Übereinstimmung mit den Parteien davon ausgehen werde, daß der Geschäftsausfall einen Unfallschaden des Klägers darstelle; der Anwalt der Beklagten hat darauf weder entgegenstehende Tatsachen vorgetragen noch eine von seinem schriftsätzlichen Vortrag abweichende Rechtsauffassung mitgeteilt. Entgegen der Ansicht der Revision bestätigen die Gründe des Beschlusses daher die tatbestandliche Feststellung. In der Beurteilung, daß der Kläger in Wirklichkeit Inhaber des Geschäfts geblieben sei, tritt kein Rechtsfehler zutage; sie wird von der Revision sachlich auch nicht weiter angegriffen.

b) Der geschäftliche Schaden, den der Kläger infolge seines Unfalls erlitten hat, besteht nach den Ausführungen

des Berufungsurteils einmal darin, daß er fortan auf die Mitarbeit eines Kraftfahrers angewiesen war, der zugleich auf dem Lager arbeitete, und daß er diese Mitarbeit zu vergüten hatte. Das Berufungsgericht hat als erwiesen angesehen, daß dem Kläger für den Fahrer L. im Jahre 1954 Aufwendungen in Höhe von 1 810,75 DM entstanden sind und daß sich der Mindestaufwand für Lütgenau und seine Nachfolger in der Folgezeit bis zum 30. Juni 1960 auf monatlich 260 DM, insgesamt also auf 17 160 DM belaufen hat; es hat die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe weitere Aufwendungen für die Beschäftigung eines Kraftfahrers entstanden und zu ersetzen sind, dem Schlußurteil vorbehalten.

Weiter hat das Berufungsgericht die Beklagten für verpflichtet erachtet, dem Kläger eine Entschädigung für die Dienste zu leisten, die seine Ehefrau in der Zeit vom 15. Mai 1954 bis zum 31. Dezember 1955 zur Fortführung des Geschäftes geleistet hat. Im Interesse einer Minderung des Schadens sei der Kläger verpflichtet gewesen, das Geschäft aufrecht zu erhalten. Er wäre berechtigt gewesen, zu diesem Zweck zu Lasten der Beklagten eine bezahlte Fremdkraft einzustellen. Die Beklagten hätten keinen Anspruch darauf, daß die Ehefrau des Klägers unter Aufgabe ihrer Hausarbeit die verantwortungsvollere Tätigkeit als Geschäftsführerin unentgeltlich übernehme. Das Berufungsgericht hat eine monatliche Vergütung von 100 DM für angemessen gehalten, insgesamt daher eine Vergütung von 1950 DM.

Als Schaden hat das Berufungsgericht schließlich den Gewinnausfall erfaßt, den der Kläger in seinem Geschäft erlitten hat. Das Berufungsgericht hat sich in eingehender

Beweisaufnahme mit sachverständiger Hilfe ein Bild von der Eigenart des Geschäfts gemacht, von den Umsätzen aus der Zeit vor und nach dem Unfall, von der Entwicklung des Geschäfts und seiner Rentabilität im Vergleich zu dem statistisch belegten allgemeinen Zuwachs im Süßwarengroßhandel und dessen durchschnittlichen Gewinnquoten, und es ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der Kläger in seinem Geschäft ohne den Unfall im Jahre 1954 einen Mehrumsatz von 8 750 DM mit einem Mehrertrag von 437,50 DM erzielt hätte, im Jahre 1955 einen Mehrumsatz von 69 038 DM mit einem Mehrertrag von 3 452 DM und im Jahre 1956 einen Mehrumsatz von 17 038 DM mit einem Mehrverdienst von 852 DM. Daß in den folgenden Jahren noch ein Gewinnausfall zu verzeichnen sei, läßt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht feststellen.

Das Berufungsgericht hat hiernach als erwiesen angesehen, daß sich der geschäftliche Gesamtschaden des Klägers, - von aufklärungsbedürftigen weiteren Aufwendungen für die Kraftfahrer seit dem 1. Januar 1955 abgesehen, - auf

1 811 DM	(Fahrer L. [REDACTED] 1954)
17 160 "	(Mindestaufwand für Kraftfahrer 1955 bis 1960)
1 950 "	(Vergütung für Ehefrau)
437 "	(Gewinnausfall 1954)
3 452 "	(Gewinnausfall 1955)
852 "	(Gewinnausfall 1956)

25 662 DM stellt. Hierauf hat das Berufungsgericht bisherige Zahlungen der Beklagten für Gewinnausfall von 8 800 DM und Leistungen der Sozialversicherung von insgesamt 12 258,50 DM angerechnet, so daß es dem Kläger ausser dem Restschmerzensgeld von 5 000 DM noch 4 603,50 DM zuerkannt hat.

Die Revision will diese Schadensfeststellung nicht gelten lassen. Sie verweist insbesondere auf zahlreiche von den Beklagten vorgetragene oder in der Beweisaufnahme hervorgetretene Einzelheiten, die nach ihrer Ansicht der Schadensfeststellung des Berufungsgerichts den Boden entziehen. Das Berufungsgericht hat sich jedoch in sorgfältiger umfassender Würdigung der Unterlagen seine Überzeugung von dem entstandenen Schaden gebildet, und es ist nicht ersichtlich, daß es hierbei die Grenzen der Ermessensfreiheit überschritten hätte, die ihm durch § 287 ZPO eingeräumt war. Auch im übrigen läßt die Beurteilung des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen. Daß es bei den Leistungen der Sozialversicherung, die es von dem Betrag des errechneten Schadens abgezogen hat, von einer Unfallrente der Berufsgenossenschaft gesprochen hat, während es in Wirklichkeit Zahlungen aus der Angestelltenversicherung gewesen sind, ist unschädlich. Zu Unrecht bemängelt die Revision, daß nicht alle Beträge angerechnet seien, die der Kläger erhalten habe. Das Berufungsgericht hat die Angaben des Klägers in seinen Schriftsätzen vom 16. Mai 1958 und 20. Februar 1960 zugrunde gelegt, in denen er unter Bezugnahme auf die vom Berufungsgericht beigezogenen Rentenakten dargelegt hat, welche Beträge er bekommen hat; diese Angaben sind von den Beklagten nicht bestritten worden. Soweit sie in einem früheren Stande des Prozesses die Richtigkeit der damaligen Angaben des Klägers in Zweifel gezogen und vorsorglich um Beiziehung der Rentenakten gebeten haben, war dies überholt; sie hätten es sagen müssen, wenn sie auch die neueren Angaben des Klägers hätten bestreiten wollen. Die Revision behauptet, der Kläger habe nicht nur die im Berufungsurteil angerechneten 12 258,50 DM, sondern 15 334,90 DM aus der Sozialversicherung

erhalten. Dies ist ein neues Vorbringen, mit dem die Beklagten im Revisionsverfahren nicht gehört werden können.

3. Zur Entscheidung über das Feststellungsbegehren vermißt die Revision im Berufungsurteil eine Begründung. Unverkennbar hat sich das Berufungsgericht mit der Billigung des landgerichtlichen Urteils aber auch dessen Begründung zu eigen gemacht, daß die Feststellung gerechtfertigt sei, weil noch Heilungskosten in Betracht kommen. Darin liegt kein Rechtsfehler,

Die Revision muß hiernach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dr.Klenewefers

Dr.K.E.Meyer

Hanebeck

H.Meyer

Dr. Pfretzschner