BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 395/02

Verkündet am:
23. September 2003
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 528 Abs. 2 a.F.

Verspätetes Bestreiten erst in der Berufungsbegründung verzögert die Erledigung des Rechtsstreits jedenfalls dann nicht, wenn zwischen dem Eingang der Verspätungsrüge und dem Termin zur mündlichen Verhandlung ein Zeitraum von fünf Monaten liegt und das Berufungsgericht während dieser Zeit einen Sachverständigen zur Erstattung eines mündlichen Gutachtens laden kann, um die Klärung einer inhaltlich begrenzten Frage im Termin zur mündlichen Verhandlung herbeizuführen.

BGH, Urteil vom 23. September 2003 - VI ZR 395/02 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Müller und die Richter Dr. Greiner, Pauge, Stöhr und Zoll

für Recht erkannt:

> Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 15. Oktober 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil des Beklagten zu 1 ergangen ist.
>
> Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 1 (künftig: der Beklagte) machte am 17. Juni 1995 bei dem am 27. September 1952 geborenen Ehemann der Klägerin als "Notarzt" des vertragsärztlichen Bereitschaftsdienstes einen Hausbesuch, erkannte jedoch nicht, daß der Patient unter einer nekrotisierenden Pankreatitis litt. Obwohl ein anderer Arzt den Patienten in der Folgezeit in ein Krankenhaus einwies, konnte der Ehemann der Klägerin nicht mehr gerettet werden und verstarb am 13. Juli 1995. Die Klägerin begehrt Ersatz des ihr dadurch entstandenen Unterhaltsschadens.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Das Berufungsgericht hat die Klage gegen den Beklagten wegen eines groben Behandlungsfehlers mit rechtskräftigem Urteil vom 13. März 2001 für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt. Im anschließenden Betragsverfahren hat das Landgericht den Ansprüchen der Klägerin in vollem Umfang stattgegeben. Es hat das Bestreiten des Beklagten zur Höhe für unerheblich gehalten, weil es nicht substantiiert sei; das Bestreiten des Rechenergebnisses genüge nicht, vielmehr sei darzulegen, welche Einzelposten der Rechnung bestritten werden sollten. Soweit der frühere Beklagte zu 2 den Anspruch der Klägerin konkret bestritten habe, habe sich der Beklagte diesen Vortrag nicht stillschweigend zu eigen gemacht. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Urteil wegen eines Rechenfehlers in geringem Umfang abgeändert. Mit seiner vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel einer Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen aus, der Beklagte könne im Betragsverfahren nicht mehr einwenden daß der Patient die Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangt hätte. Es sei davon auszugehen, daß der Ehemann der Klägerin seine Arbeitsfähigkeit in vollem Umfange wiedererlangt und seine Praxis für Physiotherapie bis zur Vollendung seines 70. Lebensjahres betrieben hätte, wenn er nicht durch den Beklagten fehlerhaft behandelt worden wäre. Das sei im ersten Rechtszug unstreitig gewesen. Mit seinem erstmaligen Bestreiten in der Berufungsinstanz könne der Beklagte gemäß § 528 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Er sei mit Verfügungen vom 26. September und vom 5. Dezember 2001 darauf hingewiesen

worden, sein Vortrag sei nicht ausreichend substantiiert und zur Verteidigung ungeeignet. Dennoch habe er zunächst hierzu nichts vorgetragen. Die Verspätung dieses Bestreitens, das im ersten Rechtszug spätestens im Betragsverfahren grob nachlässig unterblieben sei, habe er nicht entschuldigt.

Der Klägerin stehe deshalb ein Anspruch auf Schadensersatz für entgangenen Unterhalt zu, dessen Höhe nach § 287 ZPO zu schätzen sei. Maßgebend für die Schätzung sei die tatsächliche Ertragssituation der Praxis in den Jahren 1992 bis 1994. Einkommenserhöhend seien die steuerlichen Abschreibungen zu berücksichtigen ebenso wie die Aufwendungen für die nach dem Tode des Patienten angestellte Physiotherapeutin. Der Anteil der Klägerin an dem fiktiven Nettoeinkommen ihres Ehemannes betrage 50%; ein Erwerbstätigenbonus komme hier ebensowenig in Betracht wie eine Rücklage zur Vermögensbildung. Abzusetzen sei lediglich die Witwenrente der Klägerin. Eine Entlastung des Beklagten durch überobligationsmäßige Erwerbstätigkeit der Klägerin erfolge nicht. Dagegen seien die Nettoeinkünfte aus der Praxis ab 1. Januar 1998 als Vorteil anzurechnen.

II.

Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

1. Allerdings kann der Ansicht der Revision nicht gefolgt werden, die Klägerin habe selbst nicht behauptet, ihr Ehemann würde seine Arbeitsfähigkeit in vollem Umfang wiedererlangt haben. Eine entsprechende Behauptung hatte die Klägerin zwar nicht ausdrücklich aufgestellt; sie war aber ihrem Vortrag insgesamt zu entnehmen. Das Berufungsgericht versteht den Vortrag der Klägerin

dahin, ihr Ehemann würde nach seiner Entlassung aus der Behandlung seine Praxis weiterbetrieben und das 70. Lebensjahr erreicht haben. Dabei handelt es sich um eine naheliegende und rechtsfehlerfreie Auslegung der Klageschrift, wie der erkennende Senat in eigener Auslegung selbst feststellen kann (vgl. Senatsurteil vom 12. März 2002 - VI ZR 379/01 - VersR 2002, 1125, 1126 m.w.N.). Die Klägerin hatte ihren Unterhaltsschaden für 1995 und die folgenden Jahre im einzelnen berechnet. Dabei war sie ersichtlich davon ausgegangen, daß ihr Ehemann nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus seine Praxis in vollem Umfang weiterbetrieben hätte. Sie hatte damit ihrer Klage eine vollständige Arbeitsfähigkeit ihres Ehemannes zugrundegelegt. Insoweit hatte das Berufungsgericht § 287 Abs. 1 ZPO anzuwenden (vgl. Senatsurteil vom 11. Mai 1993 – VI ZR 207/02 – VersR 1993, 969 f.). Danach dürfen in einem solchen Fall an das Vorbringen der klagenden Partei zum Umfang des Schadens keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Lücken im Vortrag kann und muß der Tatrichter durch Schätzung des Schadens, notfalls auch nur eines Mindestschadens ausfüllen, solange es nicht an jeder Grundlage fehlt und eine Schätzung deshalb völlig in der Luft hinge (vgl. BGHZ 142, 259, 269; 133, 155, 159 f.). Das gilt auch für die Frage, wie lange und in welchem Umfang die Erwerbsfähigkeit eines getöteten Unterhaltspflichtigen ohne die Schädigung fortbestanden hätte (vgl. Senatsurteil vom 25. April 1972 - VI ZR 134/71 - VersR 1972, 834, 835).

2. Erfolg hat jedoch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Einwand des Beklagten nicht berücksichtigt, der Patient würde schon wegen seiner sonstigen (behandlungsunabhängigen) Beeinträchtigungen keinesfalls seine volle Arbeitsfähigkeit wiedererlangt und bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres behalten haben; er hätte deshalb nur ein beträchtlich geringeres Einkommen als von der Klägerin vorgetragen erzielt. Das Berufungsgericht

hat fehlerhaft die Voraussetzungen für eine Zurückweisung dieses Einwandes als verspätet (§ 528 Abs. 2 ZPO a.F.) bejaht.

Nach § 528 Abs. 2 ZPO a.F. sind u.a. neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 1 ZPO a.F. im ersten Rechtszug nicht rechtzeitig vorgebracht worden sind, nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte.

a) Die Revision beanstandet zwar ohne Erfolg die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe objektiv seine Prozeßförderungspflicht nach § 282 Abs. 1 ZPO a.F. verletzt, weil er den Vortrag der Klägerin nicht bereits im ersten Rechtszug, sondern verspätet erst in der Berufungsbegründung bestritten habe. Die Klägerin hatte bereits in der Klageschrift hinreichend deutlich vorgetragen, daß ihr Ehemann bei der vom Beklagten geschuldeten ordnungsgemäßen Behandlung wieder voll arbeitsfähig geworden und bis zur Erreichung des 70. Lebensjahres in seiner Praxis erwerbstätig gewesen wäre. Der Beklagte hätte daher in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht diesen Vortrag so rechtzeitig bestreiten müssen, daß ein von der Klägerin für ihre Behauptung angebotener Beweis noch hätte eingeholt werden können. Deshalb hätte er jedenfalls bei Aufnahme des Betragsverfahrens in seinem Schriftsatz vom 30. Mai 2001 den Vortrag der Klägerin zur Arbeitsfähigkeit ihres Ehemannes bestreiten müssen.

b) Die Zulassung des erstmaligen Bestreitens in der Berufung hätte hier aber die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert. Das Berufungsgericht hätte nämlich auf das Bestreiten des Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift einen medizinischen Sachverständigen zur Erstattung eines mündlichen

Gutachtens laden können. Zu beurteilen war die Frage, ob die Arbeitsfähigkeit des Ehemannes der Klägerin bei ordnungsgemäßer und fehlerfreier Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vollständig wiederhergestellt worden wäre und ob er bis zum siebzigsten Lebensjahr erwerbsfähig gewesen wäre. Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß dem Berufungsgericht zwischen der Verspätungsrüge der Klägerin in der Berufungserwiderung vom 29. April 2002 und dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 23. September 2002 ausreichend Zeit verblieben wäre, um die Klärung dieser Frage im Termin herbeizuführen. Auf die Antwort des Beklagten auf den Vortrag der Klägerin kam es insoweit entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht an.

Ausreichend wäre die Beauftragung eines der beiden gerichtlichen medizinischen Sachverständigen gewesen; daß beide gerichtliche Sachverständige aus derselben Klinik das schriftliche Gutachten als Klinikleiter und Oberarzt gemeinsam erstellt hatten, erforderte keine erneute gemeinsame Beauftragung.

Ein mündliches Gutachten wäre bei der inhaltlich begrenzten Beweisfrage im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO ausreichend gewesen. Es ist nicht ersichtlich, daß ein solches nicht innerhalb der hier zur Verfügung stehenden Zeit hätte vorbereitet und abgegeben werden können. Soweit die Revisionserwiderung auf den Zeitraum von sechs Monaten zwischen der Beauftragung der Sachverständigen am 11. Mai 1999 und der Erstattung des schriftlichen Gutachtens am 11. November 1999 verweist, läßt sie außer Betracht, daß es dort um die erstmalige Befassung der Sachverständigen mit diesem Sachverhalt und um eine umfangreiche Fragestellung (vgl. Beweisbeschluß vom 30. September 1998 Ziff. 4) zum Grund des Haftungsanspruchs ging.

Bei dieser Sachlage ist mit der Revision davon auszugehen, daß eine Verzögerung durch terminsvorbereitende Maßnahmen aufgefangen werden

konnte, ohne daß – wie das Berufungsgericht meint - ein besonderer organisatorischer Aufwand oder die Vernehmung weiterer Zeugen und weiterer Sachverständiger erforderlich gewesen wäre. Es ist zudem nicht erkennbar, aus welchen Gründen nicht sogar die Vernehmung des von der Klägerin als sachverständiger Zeuge benannten Hausarztes und die Anhörung eines weiteren Sachverständigen im selben Termin möglich gewesen wären. Auch dieser Aufwand wäre nicht „überobligatorisch" gewesen. Insoweit war nämlich das Berufungsgericht verpflichtet, die Verspätung des Vortrags der Beklagten im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebs aufzufangen (vgl. BVerfG, Beschluß vom 21. Februar 1990 - 1 BvR 1117/89 - NJW 1990, 2373 f.). Daß dem Berufungsgericht aus terminlichen Gründen nicht möglich gewesen wäre, einen der beiden gerichtlichen Sachverständigen zu der entscheidungserheblichen Frage anzuhören, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Auch ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Behandlungsunterlagen des als Zeugen benannten Hausarztes nicht rechtzeitig dem Sachverständigen hätten übermittelt werden können. Unter diesen Umständen vermag der erkennende Senat nicht davon auszugehen, daß eine ergänzende Anhörung im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO erforderlich geworden wäre, die sich nicht in der mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Sachverständigen hätte erledigen lassen. Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Verlauf sind dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen und werden von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt.

III.

Nach allem ist das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als es zum Nachteil des Beklagten ergangen ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Umfang der Aufhebung des Urteils ist die Sache mangels Entscheidungs-

reife zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Dieses wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht nach Ergänzung der Beweisaufnahme einen Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Unterhaltsschadens bejaht, weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen zur Bemessung des Unterhaltsschadens der Klägerin im wesentlichen den Angriffen der Revision standhalten.

Das Berufungsgericht durfte die von der Klägerin behaupteten Abschreibungsbeträge einkommenserhöhend anrechnen. Zu diesen Abschreibungen auf Betriebsausstattung hat der Beklagte nicht im einzelnen dargetan, daß allein steuerlich beachtliche Aufwendungen von solchen, die unterhaltsrechtlich von Bedeutung sind, abgegrenzt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1980 - IVb ZR 510/80 - VersR 1980, 745 f.).

Das Berufungsgericht mußte auch keinen Erwerbstätigenbonus zugunsten des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigen. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht im Fall des die Praxis im ehelichen Haus betreibenden Ehemannes berufsbedingte Mehraufwendungen nicht gesehen und einen Anreiz zur Fortführung der Berufstätigkeit (vgl. BGH, Urteile vom 20. Juli 1990 - XII ZR 74/89 - NJW-RR 1990, 1346, 1347; vom 16. Juni 1993 - XII ZR 49/92 - NJW-RR 1993, 1283; vom 16. April 1997 - XII ZR 233/95 - NJW 1997, 1919) nicht für erforderlich gehalten hat, weil von einer unverändert fortbestehenden Lebensgemeinschaft mit Berufstätigkeit des Ehemannes bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres auszugehen sei.

Ferner ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Ergebnisse aus der Tätigkeit der Klägerin bis 31. Dezember

1997 als überobligationsmäßig wertet und nicht von dem Ersatzanspruch absetzt. Die Einnahmen rührten zudem nicht ausschließlich aus der Tätigkeit eines Dritten her, sondern waren nur durch die Mitarbeit der Klägerin möglich, die diese sich nicht schadensmindernd anrechnen lassen muß (vgl. Senatsurteile vom 25. September 1973 - VI ZR 97/71 - VersR 1974, 142, 143; vom 19. Oktober 1993 - VI ZR 56/93 - VersR 1994, 186, 187). Die Ergebnisse aus der Tätigkeit der Ersatzkraft hat das Berufungsgericht im Rahmen der Nettoeinkünfte aus der Praxis ab 1. Januar 1998 angerechnet.

Vergeblich beruft sich die Revision darauf, schon das Landgericht habe die Berechnung des Unterhaltsschadens durch die Klägerin als bestritten ansehen müssen, weil sich der Beklagte das substantiierte Bestreiten durch den damaligen Beklagten zu 2 hilfsweise zu eigen gemacht habe. Der Vortrag des Beklagten zu 2 stand nämlich in Widerspruch zu den eigenen Ausführungen des Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 - X ZR 88/93 - NJW-RR 1995, 684), der sich ausdrücklich eigenen Vortrag zur Grundlage der Berechnungen vorbehalten hatte.

Schließlich kann (anders als bei einem abhängig Beschäftigten) bei der Schätzung, wie lange ein selbständig Tätiger erwerbstätig gewesen wäre, nicht auf einen festen Zeitpunkt des Eintritts in den Ruhestand abgestellt werden (vgl. Senatsurteile vom 25. Oktober 1963 - VI ZR 234/62 - VersR 1964, 76; vom 14. April 1964 - VI ZR 89/63 - VersR 1964, 778, 779; vom 10. Februar 1976 - VI ZR 72/75 - VersR 1976, 663 f.).

Soweit die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht eine Erwerbsfähigkeit des Ehemanns der Klägerin bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres bejaht und zugleich von einem 50%igen Nierenfunktionsschaden als Dauerschaden ausgeht, wird das Berufungsgericht nach Beweis-

aufnahme in der neu eröffneten Berufungsverhandlung hierzu - gegebenenfalls nach weiterem Sachvortrag der Parteien - Stellung nehmen können.

Müller Greiner Pauge

Stöhr Zoll