

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 33/65

URTEIL

Verkündet am
7. Oktober 1966
Kriegl, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kraftfahrers Dirk v. d. K. [REDACTED],
S-Gr. [REDACTED], Hag. [REDACTED],
2. der Firma H. D. [REDACTED] & Sohn, De. [REDACTED], Ko. [REDACTED] G. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Elisabeth H. [REDACTED] geb. Dü. [REDACTED],
Du. [REDACTED]-Ha. [REDACTED], We. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Heinrich Meyer, Dr. Pfretzschner und Dr. Nußgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. November 1964 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin ist auf der Fahrt mit seinem Personenkraftwagen am . 1959 bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen, an dem der vom Erstbeklagten gelenkte Lastzug des Zweitbeklagten beteiligt war. Die Parteien sind sich einig, daß die Beklagten 70% des der Klägerin entstandenen unfallbedingten Unterhaltsschadens zu ersetzen haben, die Zweitbeklagte allerdings nur im Haftungsrahmen des Straßenverkehrsgesetzes. Hierüber hat die Klägerin ein Teilanerkennnisurteil erwirkt.

Die Klägerin hat als Ersatz ihres unfallbedingten Unterhaltsschadens für die Jahre 1961 und 1962 Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen begehrt. Hierzu hat sie vorgetragen: Ihr Ehemann habe vor seinem Tod in seinem Café- und Konditorbetrieb einen Jahresgewinn von 30.000 DM erzielt. Auf

Grund der allgemeinen günstigen Wirtschaftslage und der besonderen Fähigkeiten des Verunglückten sei von einer Steigerung des Gewinns bis 1961 auf 40.000 DM und damit von einem Nettoeinkommen von 30.000 bis 35.000 DM auszugehen. Die auch nach dem Tode ihres Ehemannes gleichgebliebenen festen Auslagen beliefen sich auf insgesamt 3 828 DM jährlich. Ihre ursprüngliche Annahme, der aus der Fortführung des Geschäfts erzielte Gewinn werde ihren Unterhaltsschaden abgelten, habe sich nicht bestätigt. Vielmehr verbleibe für 1961 unter Berücksichtigung einer Haftung von 70% und bei Anrechnung der Leistungen des Sozialversicherungsträgers ein Unterhaltsschaden von etwa 9 000 DM. Im Jahre 1962 habe sie wider Erwarten zwar einen Gewinn von 15.000 DM erzielt. Hierbei sei aber zu beachten, daß ihr Sohn als Erbe hälftig beteiligt sei.

Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie haben einen unfallbedingten Unterhaltsschaden in Abrede gestellt und geltend gemacht, die Klägerin habe den Geschäftsbetrieb gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann geführt. Die Arbeit sei geteilt gewesen; die Klägerin habe das Ladengeschäft geführt, während ihr Ehemann in der Backstube tätig gewesen sei. In der damit zwischen den Eheleuten praktisch bestehenden bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft sei das Einkommen den Ehegatten je zur Hälfte zugefallen. Damit sei der Ehemann der Klägerin im Zeitpunkt seines Todes nicht unterhaltsverpflichtet gewesen. Gehe man aber davon aus, daß die Klägerin zu Lebzeiten ihres Ehemanns kein eigenes Einkommen gehabt, sondern nur Unterhalt bezogen habe, dann mangle es an einem Unterhaltsschaden. Die Klägerin sei Alleininhaberin des Geschäfts, wie es auch gegenüber dem Finanzamt angegeben werde. Ihr Sohn sei Bankfachmann, habe kein eigenes Einkommen und kümmere sich nicht um das Geschäft. Der Unterhaltsschaden, der bei einem Nettoeinkommen des Verunglückten von jährlich ungefähr 21.000 DM etwa 7 000 DM betrage, sei nach Angaben des eigenen Steuerberaters der Klägerin durch den im Jahre 1961 erzielten Gewinn



gedeckt. Dem vom Steuerberater mitgeteilten Gewinn von 2 710 für 1961 mußten 2 558 DM für Abschreibungen und 1 024,09 DM für Anwaltskosten hinzugerechnet werden. Zudem sei bei der Gewinnermittlung zu berücksichtigen, daß die von der Klägerin angeführten festen Auslagen bereits in der Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzt gewesen seien.

Im Berufungsverfahren haben die Beklagten sich gegen die vom Steuerberater Dautzenberg vorgelegte Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 1961 gewendet. Da [REDACTED], der nicht als gerichtlicher Sachverständiger, sondern im Auftrag und Interesse der Klägerin tätig gewesen sei, habe in der vorläufigen Ertragsrechnung für das Jahr 1961 einen Gewinn von 16.700,98 DM ausgewiesen, während er in der Gewinn- und Verlustrechnung für 1961 einen Gewinn von nur 2 711,68 DM errechne. Der krasse Unterschied lege den Verdacht einer Anpassung an die Zwecke des Rechtsstreits nahe. Die Einholung eines unparteiischen Gutachtens werde die Richtigkeit des in der vorläufigen Ertragsrechnung ausgewiesenen Gewinns ergeben.

Das Landgericht hat die Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen als Gesamtschuldner zur Zahlung von 7 240 DM nebst Zinsen als Unterhaltsschaden für das Jahr 1961 verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Die Beklagten verfolgen mit der Revision ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien sind sich einig, daß die Beklagten - der Erstbeklagte nach § 844 Abs. 2 BGB, die Zweitbeklagte im

Rahmen der §§ 10, 12 StVG nach § 7 StVG - entsprechend dem Teilanerkennnisurteil vom 15. März 1963 zum Ersatz von 7/10 des unfallbedingten Schadens verpflichtet sind. Sie streiten nur noch darüber, ob der Klägerin im Jahre 1961 der geltend gemachte Unfallschaden entstanden ist.

I.

1. Das Berufungsgericht verneint ebenso wie das Landgericht aufgrund tatrichterlicher Würdigung eine gesellschaftliche Beteiligung der Klägerin an dem Geschäftsbetrieb ihres verunglückten Ehemannes. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Sie werden auch von der Revision im einzelnen nicht angegriffen.

2. Bei Ermittlung des Einkommens, das der Ehemann der Klägerin ohne Unfall erzielt hätte, legt das Berufungsgericht für das Jahr 1958 einen Bruttobetrag von 30.000 DM zugrunde. Für das Jahr 1961 schätzt es das Einkommen auf brutto 33.000 DM und auf netto 25.400 DM. Hiervon zieht es 3 200 DM häuslicher "Generalunkosten" ab, deren Höhe durch den Unfall im wesentlichen nicht betroffen worden sei. Die Unterhaltsverpflichtung des verunglückten Ehemannes gegenüber der Klägerin setzt das Berufungsgericht mit 50% auf einen Betrag von 11.100 DM an, dem es die Generalunkosten von 3 200 DM wieder zuzählt. So gelangt es zu einem Gesamtunterhaltsschaden der Klägerin von 14.300 DM und einem zu ersetzenden Bruchteil (7/10) von 10.010 DM. Hiervon setzt es den Gesamtgewinn von 5 910 DM ab, den die Klägerin 1961 erzielt hat, wobei es dem in der vorgelegten Gewinnberechnung ermittelten Reingewinn von 2 710 die erwähnten (häuslichen) Generalunkosten von 3 200 DM hinzurechnet, die in den der Gewinnberechnung zugrundeliegenden Ausgaben enthalten sind. Eine Beteiligung des am Nachlaß seines Vaters berechtigten Sohnes verneint es in tatrichterlicher Würdigung. Mit Rücksicht darauf, daß die Klägerin 3/10 ihres Unterhaltsschadens selbst zu tragen hat, füllt das Berufungs-

gericht diesen Teil des Unterhaltsschadens aus ihrem eigenen Einkommen auf, so daß sich der anrechenbare Betrag von 5 910 DM um 4 290 DM (3/10 von 14.300 DM) auf 1 620 DM vermindert. Nach Abzug dieses Betrages und weiterer 873 DM für Leistungen des Sozialversicherungsträgers gelangt das Berufungsgericht zu einem zu ersetzenden Unterhaltsschaden, der den vom Landgericht zuerkannten Betrag deckt.

II.

Das Urteil kann keinen Bestand haben.

1. Allerdings wendet sich die Revision vergeblich gegen die Schätzung des Bruttogewinns durch das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht geht mit den Beklagten für das Jahr 1958 von einem Bruttogewinn von 30.000 DM aus. In Übereinstimmung mit dem Landgericht schätzt es, daß sich der Bruttogewinn 1961 bei der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung auf 33.000 DM gestellt haben würde, wenn der Ehemann der Klägerin des Geschäft weitergeführt hätte. Diese Würdigung des Berufungsgerichts überschreitet nicht den ihm nach § 287 ZPO gegebenen Ermessensspielraum. Der Revision kann nicht ^{daß} gegeben werden, die Schätzung "ins Blaue" hinein erfolgt sei.

Das Berufungsgericht war an dieser Würdigung nicht dadurch gehindert, wie die Revision meint, daß die Bilanzen der Jahre 1958 ^{nach} keine Steigerung des Umsatzes ausweisen; denn es kommt nicht auf die geschäftliche Entwicklung an, die eingetreten ist, sondern auf diejenige, die ohne den Tod des Ehemanns der Klägerin eingetreten wäre. Daß nach den Bilanzen die Unkosten, besonders die Lohnkosten, ab 1958 stark angestiegen sind, hatte nach dem von der Revision aufgegriffenen Vorbringen der Klägerin in erster Linie darin seinen Grund, daß anstelle des Verunglückten ein Konditormeister und statt der vorher beschäftigten Volontäre, die

lediglich einen geringen Unterhaltszuschuß erhielten, tarifmäßig bezahlte Gesellen angestellt werden mußten. Gerade der Umstand, daß der Ehemann der Klägerin bei Weiterleben von den in diesen Jahren besonders stark gestiegenen Lohnkosten nicht oder kaum betroffen worden wäre, stützt die Auffassung des Berufungsgerichts, daß sich sein Gewinn gesteigert hätte.

2. Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Ehemann der Klägerin habe ihr 50% seines Reinverdienstes zur Verfügung stellen müssen, rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht verweist hierzu auf das Alter der 1961 etwa 48-jährigen Klägerin und ihre tätige Mitarbeit im Geschäft. Damit stellt es in möglicher Weise zutreffend auf die konkreten Verhältnisse der Klägerin und ihres Ehemannes ab, dem sonst keine Unterhaltswertpflichtungen oblagen (vgl. auch Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht 8. Aufl. Tz 1382).

3. Rechtlichen Bedenken unterliegt entgegen der Meinung der Revision auch nicht, daß das Berufungsgericht dem von ihm angenommenen Reingewinn von 2.710,10 DM nicht den Abschreibungsbetrag für Anschaffungswerte in Höhe von 2.558 DM (Afa) zugeschlagen hat. Diese nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus dem üblichen Rahmen herausfallende Abschreibung (vgl. § 237 ZPO) dient nicht nur der steuerlichen Berücksichtigung früherer Aufwendungen, sondern ebenfalls der Ansammlung von Mitteln zur zukünftigen Wiederbeschaffung derartiger Gegenstände. Daher gehört dieser Betrag nicht zu dem zur Deckung des Unterhalts zur Verfügung stehenden Reingewinn. Dementsprechend ist ein Afa-Betrag von 5.134 DM auch bei der Berechnung der zugrundegelegten Gewinnermittlung für 1958 zu Lasten der Klägerin abgesetzt worden.

4. Ob die Anwaltskosten in Höhe von 1 024,39 DM vom Gewinn abzusetzen sind, beurteilt sich danach, aus welchen tatsächlichen Vorgängen sie entstanden sind. Diese wird das Berufungsgericht bei der aus anderen Gründen erforderlichen erneuten Verhandlung aufzuklären haben.

5. a) Zur Ermittlung des vom Berufungsgericht abgezogenen Gewinns der Klägerin aus der fortgeführten Konditorei haben sich auch die Beklagten in erster Instanz ausdrücklich auf den Steuerberater der Klägerin Da [REDACTED] berufen. Dieser hat als sachverständiger Zeuge vor dem Landgericht den für 1961 in der von ihm aufgestellten Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Gewinn von 2 711,68 DM bestätigt. Auch nach seiner Vernehmung sind die Beklagten bei ihren Ausführungen von diesem Betrag ausgegangen. Gegenüber seiner Grundberechnung haben sie keine Beanstandungen erhoben; insbesondere haben sie keine Überprüfung durch einen anderen Sachverständigen gefordert. Das haben sie erst in der Berufungsbegründung unter Hinweis insbesondere darauf begehrt, daß die vom Zeugen Dautzenberg für das Jahr 1961 aufgestellte "vorläufige Ertragsrechnung" noch einen ihrer Meinung nach zutreffenden Gewinn von 16.700,98 DM veranschlagt habe, während die im Laufe des Rechtsstreits vorgelegte Gewinn- und Verlustrechnung für 1961 infolge höheren Ansatzes verschiedener Aufwendungen den erheblich geringeren Gewinn von 2 711,68 DM ausweise. Den jetzigen Zahlenangaben des Zeugen könne nicht gefolgt werden, zumal er sie bei seiner Vernehmung nicht näher erläutert habe und die ersichtlichen Zahlen für sich keinen näheren Aufschluß gäben.

Das Berufungsgericht hat diese Beanstandungen und den Beweisantritt wegen grober Nachlässigkeit der Beklagten nach § 529 Abs. 2 ZPO mit der Begründung zurückgewiesen, daß durch die Berücksichtigung die Entscheidung des Rechtsstreits verzögert werde.

b) Mit Recht erblickt die Revision hierin eine Verletzung des § 529 Abs. 2 ZPO.

Ob das Berufungsgericht zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO für die Zulassung verneint hat, ist im Revisionsverfahren zwar nur beschränkt nachprüfbar. Der Beurteilung des Revisionsgerichts ist aber die Frage nicht entzogen, ob eine Verzögerung im Sinne des Gesetzes eingetreten wäre (BGH Urteil vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - LM § 272 b ZPO Nr. 2; Urteil vom 29. Mai 1957 - V ZR 285/56 - LM § 272 b ZPO Nr. 4).

Die Berufungsbegründung vom 22. April 1964 ist am gleichen Tage beim Berufungsgericht eingegangen. Der Verhandlungstermin ist am 24. April 1964 auf den 24. September anberaumt und später auf den 15. Oktober 1964 verlegt, das Urteil ohne Beweiserhebung am 26. November 1964 verkündet worden. Das Berufungsgericht hatte gemäß §§ 523, 272 b ZPO alle Anordnungen zu treffen, die angebracht erschienen, den Rechtsstreit tunlichst in jener Verhandlung zu erledigen. Zu diesem Zwecke konnte es, soweit es ihm auch unter Berücksichtigung seiner freieren Stellung nach § 287 ZPO erforderlich erschien, den sachverständigen Zeugen Dautzenberg zur mündlichen Verhandlung laden (§ 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO) oder - entsprechend dem Antrag der Beklagten - die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen und ausführen oder einen solchen zur mündlichen Verhandlung laden (§ 272 b Abs. 2 Nr. 5 ZPO). Im Hinblick auf diese Möglichkeiten war das Berufungsgericht gehalten, die von ihm bejahte objektive Verzögerungsfolge mit einer nachprüfaren Begründung festzustellen, um die Nichtzulassung nach § 529 ZPO zu rechtfertigen. Das ist nicht geschehen. Weder aus dem Urteil noch sonstwie ergibt sich, daß der sachverständige Zeuge Da [REDACTED] oder ein anderer Sachverständiger im Termin vom 15. Oktober 1964 nicht hätte vernommen oder das Gutachten eines Sachverständigen bis dahin nicht hätte eingeholt werden können.

c) Dieser Verfahrensverstoß wäre allerdings unschädlich, wenn das Berufungsurteil nicht auf ihm beruhte. Das läßt sich jedoch nicht feststellen. Es ist nicht auszuschließen, daß die Berücksichtigung der Einwände der Beklagten und ihres Beweisantritts auch im Rahmen des § 287 ZPO zu einer Anhörung des sachverständigen Zeugen Da [REDACTED] oder zur Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen geführt hätte und das Berufungsgericht auf Grund dessen zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre. Allerdings wäre das Berufungsgericht bei Zulassung des neuen Vorbringens wegen seiner freieren Stellung nach § 287 ZPO möglicherweise zur Beurteilung gelangt, es brauche weder den sachverständigen Zeugen Da [REDACTED] noch einen anderen Sachverständigen zu hören, ohne den ihm eingeräumten Ermessensbereich rechtsfehlerhaft zu überschreiten. So ist das Berufungsgericht aber nicht verfahren. Es hat von diesen Möglichkeiten ersichtlich nicht abgesehen, weil es ihre Wahrnehmung nach pflichtmäßigem Ermessen zu seiner Überzeugungsbildung nicht für nötig hielt. Vielmehr hat es sie zu Lasten der Beklagten aus verfahrensrechtlichen Gründen bei seinen Erwägungen ausgeschlossen. Ob es auf das unter Beweis gestellte Vorbringen der Beklagten ankam, hat es nicht entschieden, sondern offen gelassen.

Daher kann man nicht wie die Revisionserwiderung die Ursächlichkeit dieses Verfahrensverstoßes für die Entscheidung mit der Begründung verneinen, das Berufungsgericht habe bereits im Hinblick auf § 287 ZPO einen weiteren Sachverständigen nicht zu hören brauchen. Zwar unterlag es seinem tatrichterlichen im Revisionsverfahren weit hin nicht nachprüfbaren Ermessen, ob es einen anderen Sachverständigen hörte oder nicht. Dieses Ermessen hat das Berufungsgericht aber gerade nicht ausgeübt und auch nicht ausüben wollen. Das Revisionsgericht kann diese fehlende, aber erforderliche tatrichterliche Würdigung nicht ersetzen.

III.

Wegen des Verfahrensmangels war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hanebeck

Dr. Bode

Meyer

Dr. Pfretzschner

Dr. Nüßgens