

V ER 58/59

V e r k ü n d e t
am 23. Mai 1960
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2206 034

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

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Else H [REDACTED] geb. S [REDACTED] in B [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],
2. des minderjährigen Otto Bernhard H [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch seine Mutter, die Beklagte zu 1,
3. des Dipl.Kaufmanns Hans B [REDACTED] in G [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über den Nach-
laß des Fabrikanten Otto H [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Lieselotte B [REDACTED] geb. H [REDACTED] in
B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 23. Mai 1960 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Hamm/Westfalen vom 27. November 1958
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt als ersteheliche enterbte Tochter des am 26. Dezember 1948 verstorbenen Fabrikanten Otto H. (Erblasser) von den Erben, nämlich der zweiten Ehefrau und dem Sohn aus zweiter Ehe (der Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten) Ersatz des Schadens, der ihr wegen der verzögerten Bezahlung ihres Pflichtteilsanspruchs entstanden ist. Der Beklagte zu 3 ist der Testamentsvollstrecker.

Der Erblasser hinterließ neben Grundbesitz die Geschäftsanteile der G. L. GmbH. Im Testament hatte er der Klägerin auch den Pflichtteil entzogen. Im März 1949 machte die Klägerin im Armenrecht ihren Pflichtteil geltend, behielt sich aber im Armenrechtsgesuch das Recht vor, das Testament wegen Unzurechnungsfähigkeit des Erblassers anzufechten. Die Beklagten bestritten zuerst das Pflichtteilsrecht der Klägerin und stellten auch Beweise in Aussicht. Im ersten Teilvergleich vom 22. Februar 1950 anerkannten sie den Pflichtteilsanspruch der Klägerin dem Grunde nach an und verpflichteten sich zu einer Teilzahlung in Höhe von 10 000 DM; die Klägerin ihrerseits anerkannte die Gültigkeit des Testaments. Unter Nr. 4 ist in diesem Vergleich bestimmt:

"Im übrigen soll die endgültige Höhe des Pflichtteilsanspruchs später ermittelt werden. Die Parteien sind darüber einig, daß zur Ermittlung des Nachlaßwerts ein Sachverständiger (Wirtschaftsprüfer) zugezogen werden muß."

In dem alsdann anhängig gemachten Prozeß um die Höhe des Pflichtteils kam am 30. Mai 1952 ein weiterer Teilvergleich zustande, in welchem die Beklagten zu 1 und 2 sich in Anrechnung auf den Pflichtteil zu einer weiteren Zahlung in Höhe von 60 000 DM verpflichteten und zwar in monatlichen Raten von 5 000 DM ab 1. Juni 1952.

Die Klägerin begründet ihren Verzugsschaden damit, daß sie günstig einen Betrieb für eisernen Grubenausbau von dem Kaufmann S. in B. hätte erwerben können (um 50 000 DM) und sich mit weiteren 20 000 DM an einer GmbH, die einen Schrotthandel betrieben hat, hätte beteiligen können, wenn ihr auf ihren Pflichtteilsanspruch bis spätestens 1. März 1949 70 000 DM ausbezahlt worden wären. Sie berechnete den entgangenen Gewinn für den Betrieb S. in der Zeit vom 1. März 1949 bis 31. Mai 1954 in Höhe von 119 958 DM, für den Schrotthandelsbetrieb in Höhe von 71 479,73 DM und hat unter weiterer Geltendmachung eines Zinsanspruchs beantragt, die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 191 387 nebst 4 % Zinsen seit 1. Januar 1953, den Beklagten zu 3 zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu verurteilen.

Die Beklagten machten u.a. geltend, sie seien nicht in Verzug geraten, und haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht erkannte durch Teilurteil der Klägerin einen Schadensersatzanspruch wegen Verzug der Beklagten zu und hat im Fall S. für die Zeit vom 1. Oktober 1949 bis 31. Dezember 1952 einen der Klägerin entgangenen Gewinn in Höhe von 74 750 DM berechnet, davon die auf Grund der Teilzahlung erzielten Zinsen in Höhe von 3 210 DM abgezogen, dagegen den durch Nichtbeteiligung an dem Schrotthandelsbetrieb entstandenen Schaden nicht zugesprochen und entsprechend erkannt. In der zweiten Instanz begehrte die Klägerin nach Erstattung eines weiteren Sachverständigengutachtens durch Dipl.Kaufmann Prof. R. weitere 160 388 DM; die Beklagten beantragten dagegen vollständige Abweisung der Klage. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin

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



zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten den Klagsanspruch unter Abweisung im übrigen nur in Höhe von 67 020 DM nebst 4 % Zinsen seit 27. Juni 1955 zuerkannt.

Die Beklagten erstreben mit der Revision die völlige Zurückweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht stellt zum Grund des Schadensersatzanspruches fest, daß der Pflichtteilsanspruch der Klägerin mit dem Tod des Erblassers entstanden und die Beklagten bis zum 1. Oktober 1949 durch Mahnung der Klägerin in Verzug geraten seien; die Beklagten hätten nicht dargelegt, daß die geschuldete Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sei, den sie nicht zu vertreten hätten.

Der Umstand, daß die Klägerin sich zuerst noch Erbanprüche vorbehalten und das Testament erst am 22. Februar 1950 anerkannt habe, berühre den Verzug nicht, da die Klägerin eine Anfechtung des Testaments nicht ernsthaft ins Auge gefaßt habe. Außerdem hätten die Beklagten die Zahlung nicht wegen dieses Vorbehalts der Klägerin verweigert, vielmehr weil sie den Standpunkt vertreten hätten, der Klägerin sei ihr Pflichtteil zu Recht entzogen. Dieser Rechtsirrtum über ihre Zahlungsverpflichtung sei nicht zu entschuldigen.

Die Revision meint dagegen, in Anbetracht der Berührung eines Erbanspruchs, der den Pflichtteilsanspruch ausschließe,

habe die Klägerin vor dem 22. Februar 1950 die Zahlung des Pflichtteils nicht fordern können und die Beklagten seien zur Zahlung nicht verpflichtet gewesen. Die Klägerin habe bei ihrem widersprüchlichen Verhalten Zahlung erst fordern können, nachdem sie die Rechtsgrundlage des Zahlungsanspruchs außer Zweifel gestellt habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Tatrichter hat festgestellt, daß die Klägerin klar erkennbar den Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat und die Beklagten eben diesen verweigert haben, weil sie die Klägerin auf Grund des Testaments auch des Pflichtteils verlustig glaubten. Der Vorbehalt der Klägerin zur Rechtslage ändert weder etwas an der Fälligkeit des Anspruchs noch räumt er das Verschulden der Beklagten aus, nach deren Ansicht das Testament eben gültig war. Die von der Klägerin gegen die Gültigkeit des Testaments vorgebrachten Zweifel zielten darauf ab, den Beklagten vor Augen zu führen, daß sie bei weiterer Verzögerung der Zahlung allenfalls noch zusätzlich Gefahr liefen, den gesetzlichen Erbteil herausgeben zu müssen. Der Vorbehalt war weniger ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin, als eine - wie die Revision zutreffend hervorhebt - echte Drohung, die jedoch die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs erzwingen sollte, hinsichtlich dessen sich die Beklagten in Verzug befanden. Widersprüchlich wäre gewesen, wenn die Klägerin nach Bezahlung des Pflichtteilsanspruchs den Erbteil geltend gemacht hätte.

2. Weiter hat das Berufungsgericht festgestellt, die Klägerin habe durch die beiden Vergleiche nicht auf Geltendmachung eines Verzugsschadens verzichtet. Die Revision vermißt die Prüfung, ob sich die Klägerin in Anbetracht ihres gesamten Verhaltens und der gegebenen Umstände einen solchen Schadensersatzanspruch nicht hätte ausdrücklich vorbehalten müssen.

Dazu bestand jedoch keine Veranlassung; bei der Zahlungsweigerung der Beklagten ist verständlich, daß sich die Klägerin schließlich auf die Abschlags- und Ratenzahlungen einließ.

3. Soweit das Berufungsgericht vorsorglich auf die Frage eingeht, ob die Auszahlung des Pflichtteils der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft hätte, ist schon gar nicht dargetan, inwiefern die Erfüllung dieser Nachlaßverbindlichkeit einer solchen Genehmigung bedurft hätte. Abgesehen davon entlastete eine irrige Ansicht des Vormundschaftsgerichts darüber, ob und in welchem Zeitpunkt diese Verbindlichkeit zu erfüllen gewesen wäre, die Beklagte zu 1 als gesetzliche Vertreterin des Beklagten zu 2 nicht.

4. Ferner will die Revision aus Nr. 4 des Vergleichs vom 22. Februar 1950 eine Vereinbarung dahin entnehmen, daß bis zum Ablauf einer angemessenen Zeit eine weitere Zahlung nicht hätte verlangt werden sollen. Das Berufungsgericht hat dazu bemerkt, daß gewisse Schwierigkeiten in der Bewertung des Nachlasses und damit bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs bestanden hätten; diesem Umstand habe die Klägerin aber dadurch Rechnung getragen, daß sie in zweiter Instanz erst den 1. Oktober 1949 als Fälligkeitstermin zu Grunde gelegt habe. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Wert des Nachlasses etwa ermittelt werden können. In dieser Zeitspanne hätten die Beklagten jedoch nichts unternommen. In dem Vergleich seien die Parteien übereingekommen, daß zur Ermittlung des Nachlasswerts ein Sachverständiger zugezogen werden müsse. Damit hätten die Parteien zu erkennen gegeben, wie der Pflichtteilsprozeß weitergeführt werden solle. Mehr sei daraus nicht zu entnehmen, insbesondere nicht ein Verzicht der Klägerin

auf Geltendmachung von Verzugsschaden bis zur Erstattung des vorgesehenen Gutachtens.

Danach haben die Beklagten insbesondere die Folgen dafür zu tragen, daß sie nicht schon nach dem Erbfall die notwendigen Untersuchungen anstellen ließen, um den Wert des Nachlasses festzustellen. Eine vorläufige Bewertung - die eine Mindesthöhe des Pflichtteilsanspruchs hätte erkennen lassen, wie zu ergänzen ist - wäre nach den tatrichterlichen Feststellungen bis zum 1. Oktober 1949 möglich gewesen. Das Berufungsgericht blieb aber auch im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung, wenn es in diesem Vertrag keinen Anhalt dafür zu erblicken vermochte, daß die Klägerin auf den Verzugsschaden verzichtet hätte, der etwa noch bis zur Erstattung des Gutachtens zwecks einer genauen Bestimmung ihres Anspruchs noch entstehen konnte.

5. Schließlich rügt die Revision zum Grund des Anspruchs die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte den Betrieb S. erworben, wenn ihr 1949 die notwendigen Geldmittel zur Verfügung gestanden hätten. Das Gericht hätte nach Ansicht der Revision gegenüber dem Ergebnis der Beweisaufnahme sorgfältiger die Tatsache abwägen müssen, daß diese Anlagemöglichkeit in der Klagschrift noch gar nicht erwähnt worden sei. Der Tatrichter hat diesen Umstand aber ausdrücklich in Betracht gezogen und gleichwohl die Wahrscheinlichkeit einer solchen Geldanlage im Hinblick auf das Ergebnis der Beweisaufnahme festgestellt. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht gegen § 286 ZPO oder eine andere verfahrensrechtliche Vorschrift verstoßen hätte.

II.

Den der Klägerin entgangenen Gewinn berechnet das Berufungsgericht auf Grund des Sachverständigengutachtens auf 134 040 DM, mitursächlich sei jedoch für die Entstehung des Schadens die Tatsache gewesen, daß die Klägerin die Beklagten auf die Gefahr eines solch hohen Schadens nicht aufmerksam gemacht habe, wozu sie nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei. Die Ermäßigung der Ersatzpflicht auf die Hälfte sei daher angezeigt (67 020 DM).

Das Berufungsgericht folgt bei der Berechnung des der Klägerin wahrscheinlich entgangenen Gewinns in allen Punkten dem Sachverständigen Prof. R. [REDACTED]. Der Sachverständige hat den jährlichen Gewinn des Betriebes S. [REDACTED] von der Währungsreform bis August 1951 (Verkauf des Betriebs an einen Dritten) auf 25 897,16 DM (S. 19 des Gutachtens) geschätzt. Dabei ist im Gewinn der Zeitabschnitte II/48 und 1949 ein verhältnismäßig hoher Bruttogewinn an der Handelsware berücksichtigt, der später nicht mehr in Erscheinung getreten ist und auch nicht mehr zugunsten der Klägerin entstanden wäre. Die Revision meint, die Gewinnerrechnung sei aus diesem Grunde fehlerhaft. Dabei übersieht sie jedoch, daß der Sachverständige im Gewinn an der Handelsware in den Zeitabschnitten II/48 und 1949 einen Ausgleich für den im Jahre 1950 zu gering angesetzten Fabrikationsgewinn erblickt (vgl. unter III C Nr. 10, 11 und 11 S. 20/22 insbesondere Nr. 13 S. 23). Der Sachverständige und das Berufungsgericht haben sonach wohl berücksichtigt, daß in den Zeitabschnitt II/48 und 1949 noch ein Handelsgewinn einbezogen wurde, den die Klägerin später nicht mehr gehabt hätte. Die Berechnung des Sachverständigen unter Nr. 13 und 14 (13 % des Umsatzes des Reingewinns) korrigiert nicht das erste Ergebnis - wie die Revision offenbar meint -, es bestätigt dieses vielmehr, so daß kein Anhalt dafür besteht, das Berufungsgericht habe diese Überlegung übersehen.

Ebensowenig kann der Revision darin gefolgt werden, vom Gewinn hätte der Unternehmerlohn abgesetzt werden müssen, weil der Ehemann der Klägerin den Betrieb geführt hätte, jedenfalls hätte von dem ermittelten Gewinn die Vergütung abgezogen werden müssen, die dem Ehemann für die Führung des Geschäftsbetriebes gebührt hätte. Der Sachverständige hat die zusätzlichen Unkosten, die durch den Übergang des Betriebes auf die Klägerin entstanden wären, unter III, D 3 (S. 27) behandelt und wegen dieser Unkosten von dem geschätzten Gewinn aus Rücksicht der Schätzungsvorsicht 3 000 DM abgestrichen. Er hat dabei auch berücksichtigt, daß der Ehemann der Klägerin in gewissem Umfang seiner eigenen Berufstätigkeit entzogen worden wäre, wenn er den Betrieb geleitet hätte. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, der Ehemann der Klägerin habe als Diplomkaufmann den Betrieb leiten können, zumal er den Zeugen Scharf steuerlich beraten habe; es hätten sich bei der Übernahme des Betriebes durch die Klägerin in personeller Hinsicht wahrscheinlich keine Veränderungen ergeben, so daß von dieser Seite her eine Ertragsminderung nicht zu befürchten gewesen wäre. Der Tatrichter ist sonach davon ausgegangen, daß der Ehemann der Klägerin diese nebenberufliche Mitarbeit in ihrem Betrieb unentgeltlich ausgeübt hätte. Unter diesen Umständen bestand keine Veranlassung, den entgangenen Gewinn etwa um das Gehalt eines Geschäftsführers zu kürzen.

Letztlich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin bei einem Erwerb des Betriebes S. im Jahre 1949 und in den darauf folgenden Jahren höhere Einkommensteuern zu bezahlen gehabt hätte als in der Gegenwart. Die Schadensersatzpflicht betreffe den Nettogewinn, der der Klägerin entgangen sei, ebenso wie bei den Ansprüchen aus §§ 843, 844 BGB. Das Berufungsgericht hätte diesen Erörterungen der Parteien nachgehen und das von den Beklagten vorgebrachte Verteidigungsmittel ausdrücklich

bescheiden müssen. Darin, daß das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen auf diese Frage nicht eingegangen ist, erblickt die Revision einen Gesetzesverstoß im Sinn des § 551 Nr. 7 ZPO.

Es handelt sich hier um die Frage, auf welche Art der entgangene Gewinn zu berechnen ist und nicht um ein selbständiges Verteidigungsmittel, wie die Revision meint. Die Frage, ob dem Schadensersatzanspruch der Gewinn unter Abzug der persönlichen Steuern und Zuschlag der für den Ersatzanspruch anfallenden Steuer zugrunde zu legen ist, oder ob sich im vorliegenden Fall dieser Unterschied im Rahmen der vorgenommenen Schätzung des entgangenen Gewinns ausgleicht, ist weder dem Berufungsgericht noch den Sachverständigen entgangen. Dieser nimmt dazu unter VI B Nr. 1 bis 5 des Gutachtens Stellung. Er führt unter Nr. 4 aus, die persönlichen Steuern seien in hohem Maße subjektiv orientiert. Aus der Tatsache, daß ein Gewinn aus Gewerbebetrieb erzielt worden sei, folge eine bestimmte Einkommenssteuer noch längst nicht. Zwei gleiche Gewinnanteile könnten bis zwei Gesellschaftern der gleichen Gesellschaft zu ganz verschieden hohen Einkommenssteuern führen. Die vielfältigen Differenzierungsmöglichkeiten ergäben sich z.B. aus dem Familienstand, dem Alter des Steuerpflichtigen und anderen zahlreichen, rein persönlichen Umständen, wie etwa der Flüchtlingseigenschaft oder Kriegsbeschädigung. Außerdem werde die Steuerpflicht der Höhe nach durch die außergewöhnlichen Belastungen im Sinn des § 33 EStG beeinflusst. Vor allem habe es ein Steuerpflichtiger ziemlich weitgehend in der Hand, ob und in welchem Umfang er der persönlichen Steuerbelastung ausweichen wolle. Schließlich könnten Steuerpflichtige, die gewerbliche Unternehmer seien, bereits den steuerpflichtigen Gewinn aus Gewerbebetrieb auf legale Weise beeinflussen und mindern. Daraus

folge, daß es überhaupt nicht möglich sei, einigermaßen exakt zu berechnen, welche persönliche Steuerbelastung die Klägerin getroffen hätte, wenn sie die in Rede stehenden Gewinne aus Gewerbebetrieb erzielt hätte. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, daß die Klägerin, die mit einem Steuerfachmann verheiratet sei, unter Abwägung aller wirtschaftlichen Gesichtspunkte die sich ihr bietenden Steuervorteile auch wahrgenommen hätte.

Diesen Ausführungen folgt das Berufungsgericht nach seiner ausdrücklichen Feststellung in den Entscheidungsgründen, wie auch der weiteren Bemerkung des Sachverständigen unter III, C Nr. 9 des Gutachtens, daß es sich um eine rechnerisch und betriebswirtschaftlich so weit wie möglich fundierte Schätzung des Gewinns handle. In dem Gutachten kommt damit deutlich zum Ausdruck, daß eine solche Schätzung im Rahmen gewisser Fehlergrenzen bleibt, die aus den im einzelnen dargelegten Gründen hinsichtlich der verschiedenen Besteuerung des hypothetischen Einkommens einerseits und des an seine Stelle getretenen Schadensersatzes andererseits nicht weiter eingeengt werden können. Damit hat sich das Berufungsgericht aber bei der Schätzung des gesamten Schadens im Rahmen des § 287 ZPO gehalten.

Zur Richtigstellung des Tenors des angefochtenen Urteils sei noch bemerkt, daß es unter Nr. 2, 1. Absatz statt "zu schulden" heißen muß: "zu dulden".

III.

Da somit das angefochtene Urteil den Revisionsan-
griffen standhält und auch sonst zu Beanstandungen keinen
Anlaß gibt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97
ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger