


recherchiert von: **Monika Nachtigall** am 15.11.2013

<b>Gericht:</b>	KG Berlin 12. Zivilsenat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	21.06.2010	<b>Normen:</b>	§ 252 BGB, § 253 BGB, § 287 Abs 1 ZPO, § 7g EStG
<b>Aktenzeichen:</b>	12 U 20/10		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

### **Schadensersatz bei Verkehrsunfall: Schmerzensgeldanspruch bei Thoraxprellung, HWS-Distorsion und Gehirnerschütterung; Berechnung des unfallbedingten Verdienstauffalls eines selbstständigen Zahnarztes**

#### **Leitsatz**

Zur Berechnung des unfallbedingten Verdienstauffalls eines selbstständigen Zahnarztes (Rn.49).

Bei der zivilrechtlichen Schätzung des im Unfalljahr und dem Vorjahr erzielten Gewinns sind Ansparabschreibungen (Auflösung oder Einstellung) nach § 7g EStG nicht zu berücksichtigen (Rn.57). Der Selbstständige muss sich die Leistung einer privaten Praxisausfallversicherung nicht auf seinen unfallbedingten Verdienstauffall anrechnen lassen (Rn.62).

#### **Orientierungssatz**

Hat ein verkehrsunfallverletzter Zahnarzt eine Thoraxprellung, eine leichte HWS-Distorsion verbunden mit Kopfschmerzen, Schwindel und Bewegungseinschränkungen sowie evtl. auch eine Gehirnerschütterung erlitten mit der Folge einer unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit mit 2 bis maximal 2 1/2 Monaten, dann einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20% für weitere 2 Monate und danach eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 10% bis zum Ablauf des ersten Jahres ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 3.000 Euro angemessen und ausreichend (Rn.23).

#### **Fundstellen**

Schaden-Praxis 2011, 10-13 (red. Leitsatz und Gründe)  
SVR 2011, 223-224 (Leitsatz und Gründe)

#### **weitere Fundstellen**

VRR 2010, 362 (Leitsatz)  
PFB 2010, 281-282 (Kurzwiedergabe)

#### **Verfahrensgang**

vorgehend LG Berlin, Az: 17 O 256/07

#### **Diese Entscheidung wird zitiert**

#### **Literaturnachweise**

Jürgen Jahnke, jurisPR-VerKR 18/2010 Anm. 4 (Anmerkung)

#### **Praxisberichte**

Jürgen Jahnke, jurisPR-VerKR 18/2010 Anm. 4 (Anmerkung)

#### **Tenor**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 durch Beschluss zurückzuweisen.

#### **Gründe**

I.

- 1 Der Kläger, praktizierender Zahnarzt, macht gegen die Beklagten Ansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 1. Juli 2006 geltend, und zwar gegen den Erstbeklagten als Fahrer, gegen den Zweitbeklagten als Halter und gegen die Drittbeklagte als Haftpflichtversicherer.
- 2 Die Alleinhaftung der Beklagten ist unstreitig; Streit besteht über die Höhe der Ansprüche.
- 3 Der Kläger wurde unfallbedingt verletzt. Die Praxis des Klägers war vom 1. Juli 2006 bis zum 10. September 2006 geschlossen. Eine weitere, vom Kläger als unfallbedingt geltend gemachte Praxisschließung erfolgte vom 8. Juli bis 10. September 2008.
- 4 Die Drittbeklagte zahlte vorprozessual den unfallbedingten Fahrzeugschaden sowie Mietwagenkosten und einen Vorschuss von 12.500 EUR, von denen sie dann 3.000 EUR auf das verlangte Schmerzensgeld und 9.500 EUR auf den geltend gemachten Verdienstausschlag verrechnet hat.
- 5 Der Kläger erhielt aus einer von ihm privat abgeschlossenen Versicherung für durch krankheitsbedingte Praxisschließung verursachte Einnahmeausfälle 7.733,14 EUR wegen der Praxisschließung im Jahre 2006.
- 6 Am 30. August 2006 nahm der Kläger bei seinen Eltern ein Darlehen von 50.000 EUR zu einem Zinssatz von 2,5 % auf; insoweit hat er behauptet, dies sei zur Überbrückung krankheitsbedingter Einnahmeausfälle erforderlich gewesen.
- 7 Der Kläger hat mit der Klage Verdienstausschlag/Fixkosten von insgesamt 36.853,32 EUR nebst Zinsen (für 2006: 25.985,97 zuzüglich für 2008: 23.367,35 EUR abzüglich von der Drittbeklagten gezahlter 12.500 EUR), Zinsen von 2, 5 % auf das Darlehen von 50.000 EUR seit dem 1. August 2006 sowie ein angemessenes Schmerzensgeld, welches 45.000 EUR nicht unterschreiten sollte verlangt. Ferner hat er die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz aller materieller und immaterieller Zukunftsschäden sowie Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.880,20 EUR beantragt.
- 8 Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme (Gutachten des Facharztes für Orthopädie Prof. Dr. R. W. sowie Gutachten des Arztes für Neurologie und Psychiatrie Prof. Dr. H. G.) abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:
- 9 Schmerzensgeldansprüche des Klägers seien durch die darauf gezahlten 3.000 EUR abgegolten; denn die vom Kläger als unfallbedingt bewiesenen Verletzungen (HWS-Distorsion I. Grades, Thoraxprellung, posttraumatisches Belastungssyndrom) seien nach spätestens 2,5 Monaten abgeklungen; bei derartigen Verletzungen sei das Schmerzensgeld auf 1000 EUR pro Monat der Erwerbsfähigkeit zu schätzen.
- 10 Verdienstausschlagansprüche für 1. Juli bis 10. September 2006 seien durch die darauf gezahlten 9.500 EUR ausgeglichen; eine Schadensschätzung auf der Grundlage der klägerischen Berechnung sei mangels Angabe durch die Praxisschließung ersparter Aufwendungen nicht möglich; die Schadensschätzung aufgrund der vom Kläger vorgelegten Steuerbescheide ergäbe einen Erwerbsschaden für 2006 in Höhe von allenfalls 7.429,20 EUR. Der Kläger müsse sich als erlangten Vorteil auch die Leistung aus der von ihm abgeschlossenen Versicherung zur Abdeckung krankheitsbedingter Schließzeiten anrechnen lassen.
- 11 Die Praxisschließung im Jahre 2008 sei nach den medizinischen Gutachten nicht unfallbedingt erfolgt.
- 12 Darlehenskosten könne der Kläger nicht verlangen, weil er die Erforderlichkeit der Darlehensaufnahme nicht dargelegt und auch den Schädiger zuvor nicht gewarnt habe.
- 13 Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er noch die Zahlung von 16.485,97 EUR (Verdienstausschlag 16.280,10 EUR und Fixkosten 9.705,87 EUR abzüglich gezahlter 9.500 EUR) für die Praxisschließung vom 1. 7. 2006 bis 10. 09. 2006, die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes, mindestens 13.000 EUR, sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für materielle und immaterielle Zukunftsschäden begehrt.

- 14 Er macht geltend: Die Schätzung seines Verdienstausfalls als Differenz seiner Einnahmen der Jahre 2005 und 2006 auf der Grundlage der Steuerbescheide sei rechtsfehlerhaft; vielmehr sei auf der Grundlage seines Rechenwerks im Schriftsatz vom 3. 11. 2008 die Schätzung möglich und geboten. Auch sei die private Versicherungsleistung kein auf den Schaden des Kläger anzurechnender Vorteil.
- 15 Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht das Schmerzensgeld zu gering angesetzt, weil es die grob fahrlässige Fahrweise des Unfallgegners und das Maß der unfallbedingten Lebensbeeinträchtigung nicht hinreichend beachtet habe.
- 16 Zu rügen sei schließlich, dass das Landgericht die Abweisung des Feststellungsantrags nicht begründet habe.
- 17 Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil.

## II.

- 18 Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg.
- 19 Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts, § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO.
- 20 Der Senat folgt den überwiegend und im Ergebnis zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung. Ergänzend wird auf Folgendes hingewiesen:
- 21 Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist nicht der Fall.
- 22 1. Schmerzensgeld
- 23 a) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme (Gutachten Prof. Dr. W. vom 10.2.2009, S. 21 f.) erlitt der Kläger unfallbedingt "mit hoher Wahrscheinlichkeit" eine leichte Distorsion der Halswirbelsäule (verbunden mit Kopfschmerzen, Schwindel und Bewegungseinschränkungen) und evtl. auch eine Commotio.
- 24 Die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit ist aus orthopädisch-traumatologischer Sicht "mit 2 bis maximal 2 ½ Monate anzusetzen", dann eine MdE von 20 % für weitere 2 Monate und danach eine MdE von 10 % bis zum Ablauf des ersten Jahres.
- 25 Linksseitige Thoraxbeschwerden als Folge einer Prellung seien ebenfalls nachvollziehbar, die nach 2-3 Wochen folgenlos ausheilen.
- 26 Nach dem weiteren Gutachten des Prof. Dr. G. vom 12.9.2009 zeigte der Kläger unfallbedingt eine "posttraumatische Belastungsreaktion", die zeitlich begrenzt abgeklungen war; seine weiteren Behauptungen betr. körperliche und psychische Unfallfolgen hat der Kläger nicht bewiesen.
- 27 Das Landgericht hat vor diesem Hintergrund mit Rücksicht auf die einschlägige Rechtsprechung des Kammergerichts ein Schmerzensgeld von 3.000 EUR für angemessen gehalten.
- 28 Der Kläger meint auf S. 5 f. seiner Berufungsbegründung, dies sei unangemessen und rechtsfehlerhaft; denn die grobe Fahrlässigkeit des Unfallgegners, die weitere MdE und seine insgesamt für einen Zeitraum von mindestens 6 Monaten festgestellten Beeinträchtigungen rechtfertigten ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 13.000 EUR. Dieser Auffassung folgt der Senat nicht.
- 29 b) Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nach § 253 Abs. 2 BGB ist zwar von seiner Doppelfunktion auszugehen. Bei Verletzungen infolge Verkehrsunfalls wird die Höhe des Schmerzensgeldes jedoch in erster Linie - entsprechend der im Vordergrund stehenden Ausgleichsfunktion

- durch das Maß der dem Verletzten durch den Unfall zugefügten Lebensbeeinträchtigung bestimmt.
- 30 Bei der Bemessung der Höhe ist die besondere Natur des Schmerzensgeldanspruches zu berücksichtigen. Dieser ist vom Gesetzgeber lediglich formal als Schadensersatzanspruch ausgestaltet, seinem Inhalt nach aber jedenfalls nicht ein solcher der üblichen, d. h. auf den Ausgleich von Vermögensschäden zugeschnittenen Art. Immaterielle Schäden betreffen gerade nicht in Geld messbare Güter, wie im Streitfall die gesundheitliche Unversehrtheit des Klägers.
- 31 Daher lassen sie sich niemals in Geld ausdrücken und kaum in Geld ausgleichen. Die Eigenart des Schmerzensgeldanspruches hat zur Folge, dass dessen Höhe nicht auf "Heller und Pfennig" bestimmbar und für jedermann nachvollziehbar begründbar ist. Auch deswegen eröffnet der in § 253 Abs. 2 BGB vorgeschriebene Maßstab der Billigkeit dem Richter einen Spielraum, den er durch eine Einordnung des Streitfalles in die Skala der von ihm in anderen Fällen zugesprochenen Schmerzensgelder ausfüllen muss (vgl. Senat VM 1996, 44 Nr. 60).
- 32 Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes wirkt es sich anspruchsmindernd aus, wenn die Unfallfolgen auf einer psychischen oder körperlichen Prädisposition und damit vorhandener Schadensneigung beruhen (vgl. BGH NZV 1996, 354; NJW 1997, 455; NJW 1998, 813; KG, Teilurteil vom 24. August 2006 - 22 U 124/05 - OLG Schleswig NJW-RR 2004, 239).
- 33 c) In Anwendung dieser Grundsätze ist die Bemessung des Schmerzensgeldes mit 3.000 EUR nicht zu beanstanden.
- 34 Auch der Senat hält ebenfalls ein Schmerzensgeld in der genannten Höhe unter Berücksichtigung der vom Kläger bewiesenen unfallbedingten Verletzungen für angemessen und ausreichend (§ 287 ZPO).
- 35 Denn nach der einschlägigen aktuellen Rechtsprechung beider Verkehrszivilsenate des Kammergerichts zu vergleichbaren Fällen gilt:
- 36 **Bei einer HWS - Distorsion I. Grades (mit weiteren begleitenden Verletzungen, die folgenlos ausgeheilt sind) ist regelmäßig ein Schmerzensgeld im Bereich von 1.000 EUR pro Monat der Erwerbsunfähigkeit angemessen, solange letztere mindestens 50% betragen hat** (KG, Beschluss vom 9. Oktober 2008 - 12 U 173/08 - NJW 2009, 3040 = VRS 116, 181; Urteil vom 12. November 2009 - 22 U 36/09 -; Urteil vom 3. September 2007 - 22 U 196/06 - VersR 2007, 1708 = OLGR 2007, 1032; vgl. auch Urteile vom 19. Februar 2007 - 22 U 30/06 -; vom 16. September 2005 - 22 U 232/04; vom 20. September 2007 - 22 U 24/07 -; vgl. auch Senat, Urteil vom 29. September 2005 - 12 U 235/04 - KGR 2006, 127 = DAR 2006, 151 = NZV 2006, 157).
- 37 Der Sachverständige Prof. Dr. W. betont (GA 22), der Kläger habe "mit hoher Wahrscheinlichkeit" eine leichte Distorsion der HWS erlitten - "insbesondere unter Berücksichtigung vorliegender degenerativer Veränderungen".
- 38 Auch wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, er habe mit dem Beweismaß des § 286 ZPO nicht nur die hohe Wahrscheinlichkeit dieser Verletzung, sondern diese selbst zur Überzeugung des Gerichts bewiesen, so wirkt sich die vorhandene Schadensneigung eher mindernd auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus (vgl. oben sub b; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 253 Rn 16).
- 39 Dasselbe gilt für die vom Sachverständigen W. (GA 21) vorgenommene Einschränkung, die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit sei "mit 2 bis maximal 2 ½ Monate anzusetzen". Sicher sind danach 2 Monate, die weitere Zeit erscheint ein eher als maximal möglich zu qualifizierender Zeitraum. Die vom Sachverständigen für die Folgezeit angegebenen Werte der MdE von 20% und 10% wirken sich nicht erhöhend auf das angemessene Schmerzensgeld aus, weil sie nicht 50% erreichen.
- 40 Auch unter Berücksichtigung der abgeklungenen posttraumatischen Belastungsreaktion und der eher grob fahrlässigen Fahrweise des Unfallgegners hält der Senat in Anwendung der einschlägigen Grundsätze sowie der vorstehend dargestellten Rechtsprechung ein Schmerzensgeld in

Höhe des vom Landgericht festgesetzte Betrages von 3.000 EUR für angemessen (§ 253 Abs. 2 BGB, § 287 ZPO).

- 41 Dieser Betrag ist an den Kläger vorprozessual gezahlt worden, so dass sein Anspruch erloschen ist (§ 362 BGB).
- 42 2. Verdienstaussfall und Fixkosten
- 43 a) Verdienstaussfall
- 44 Der Senat kommt - wie auch das Landgericht - im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO zu dem Ergebnis, dass auch unter Berücksichtigung der Beweiserleichterung nach § 252 BGB ein höherer Verdienstaussfallschaden als 9.500 EUR für die Zeit der unfallbedingten Praxisschließung im Jahre 2006 nicht festgestellt werden kann.
- 45 Der Kläger hat seinen unfallbedingten Verdienstaussfall für die Zeit der Praxisschließung vom 1.7. bis 10.9.2006 (10 Wochen) in der Weise berechnet, dass er die durchschnittlichen Gewinne pro Woche in den Jahren 2001 bis 2006 ermittelt (1.628,01 EUR) und diese Zahl mit 10 multipliziert hat (16.289,10 EUR).
- 46 Bei der Ermittlung des Durchschnittsgewinns hat er sich auf die von seinem Steuerberater J. angefertigten Gewinnermittlungen nach § 4 Abs. 3 EStG gestützt, die auch den entsprechenden Steuerbescheiden zugrunde liegen (vgl. Klageschrift sowie Schriftsätze vom 20.3. und 3.11.2008 nebst Anlagen).
- 47 In seiner Berufungsbegründung stützt sich der Kläger erneut auf diese Berechnung.
- 48 Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass der Kläger einen höheren Verdienstaussfall als die gezahlten 9.500 EUR nicht überzeugend dargelegt hat und ein solcher auch im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO nicht festgestellt werden kann.
- 49 aa) Ein Verdienstaussfall lässt sich namentlich bei Selbständigen und Freiberuflern in der Regel nur mit Hilfe des § 252 BGB und des § 287 ZPO ermitteln (Senat, VersR 2004, 483 = DAR 2003, 168 = NZV 2003, 191; OLG München, Urteil vom 29. Juni 2007 - 10 U 4379/01 - juris).
- 50 Sowohl § 252 BGB als auch § 287 ZPO, der auf die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität angewandt wird (BGH NJW 1987, 705 = VersR 1987, 310), gewähren eine Beweiserleichterung gegenüber dem allgemeinen Grundsatz, wonach für die Entstehung des Schadens der volle Beweis erforderlich ist.
- 51 Nach § 252 BGB muss der geschädigte die Umstände darlegen und ggf. beweisen, aus denen er nach dem gewöhnlichen Verlauf oder nach den besonderen Umständen des Falles seine Gewinnerwartung herleitet. Stehen diese Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts fest, so genügt es, wenn der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (BGH Z 29, 393, 398; BGH WM 1986, 622, 623; BGH NZV 2001, 210, 211; Senat, Urteil vom 10. Dezember 2001 - 12 U 1077/99 -), wobei solche Tatsachen, die selbst zum gewöhnlichen Lauf der Dinge gehören, nicht bewiesen zu werden brauchen (BGH NJW 1968, 661, 663). Welche Tatsachen zum gewöhnlichen Lauf der Dinge gehören und welche Tatsachen so wesentlich sind, dass sie vom Kläger dargelegt und ggf. bewiesen werden müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich daher nicht ein für alle Male festlegen (BGH Z 54, 45, 56).
- 52 Genaue Tatsachen, die zwingend auf das Bestehen und den Umfang eines Schadens schließen lassen, braucht er nicht anzugeben (BGH VersR 1968, 888), denn § 252 BGB und § 287 ZPO mindern auch die Darlegungslast (BGH VersR 1968, 888 f.; BAG NJW 1972, 1437, 1438). An sie dürfen nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie bei anderen Forderungen. Eine volle Substantiierung kann danach nicht gefordert werden. Es genügt, wenn der Kläger hinreichend Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO liefert (BGH NJW 1988, 3017; 1993, 2673; 1998, 1633, 1635). Steht fest, dass ein der Höhe nach nicht bestimmbarer aber erheblicher Schaden entstanden ist, ergibt sich in der Regel aus den Umständen eine hinreichende Grundlage für die Schätzung eines Mindestschadens (BGH NJW-RR 1996, 1077). Wenn es für das freie Ermessen nicht an allen Unterlagen fehlt, muss das Gericht nötigenfalls nach freiem Ermessen entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist und in welcher Höhe. Dabei kann und darf

das Gericht auch solche Umstände berücksichtigen, die ihm sonst bekannt geworden sind, ohne dass es einer Verhandlung darüber oder einer etwaigen Befragung der Parteien nach § 139 ZPO bedarf (BGH VersR 1960, 786, 788; BGH Z 29, 393, 400). Unzulässig und unmöglich ist eine derartige Entscheidung nur dann, wenn wegen Fehlens hinreichender Anhaltspunkte eine Grundlage für eine Schätzung nicht zu gewinnen wäre und das richterliche Ermessen vollends in der Luft schweben würde (BGH Z 29, 393, 400; BGH Z 54, 45, 55), oder wenn die Ursächlichkeit des haftungsbegründenden Ereignisses für den behaupteten Gewinnentgang nicht wahrscheinlich ist (BGH NJW 1964, 661, 663).

- 53 bb) Ebenso wie das Landgericht hält der Senat die Berechnung des Klägers als Grundlage für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO für eher weniger geeignet.
- 54 (1) Zwar sind die Bedenken des Landgerichts gegen die Berechnung des Klägers, er habe nicht dargelegt, welche Aufwendungen er während der Praxisschließung erspart habe, nicht durchgreifend; denn der Kläger hat auf der Grundlage durchschnittlicher Gewinne (also Einnahmen abzüglich Ausgaben) gerechnet, nicht aber auf der Grundlage durchschnittlicher Einnahmen, von denen er zur Ermittlung des Gewinns die Ausgaben abziehen muss; nur in einem solchen Falle aber müssten ersparte Ausgaben (z. B. für Praxis- und Laborbedarf, Edelmetall, Technikerarbeiten und Dentalmaterial) abgesetzt werden (vgl. dazu für Verdienstaustausfall eines Zahnarztes OLG Nürnberg VersR 1968, 481; OLG Hamm NZV 1995, 316).
- 55 (2) Allerdings berücksichtigt der Kläger nicht seinen massiven Gewinneinbruch nach 2003, wobei die Ursache dafür dahinstehen kann; so kann nicht davon ausgegangen werden, dass nach der vorgelegten Entwicklung allein der (Brutto-) Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt (2001: 467.796,47 DM = 239.180,45 EUR, 2002: 234.097,71 EUR, 2003: 226.777,83 EUR, 2004: 152.103,39; 2005: 127.434,11; 9,5 Monate 2006: 121.178 EUR) in die schadensrechtliche Schätzung für 2006 noch die Jahre 2001 - 2003 einbezogen werden können, wenn anschließend ab 2004 nur noch erheblich geringere Einnahmen aus Zahnarztstätigkeit erzielt wurden. Dasselbe lässt sich aus der Gewinnaufstellung in der Klageschrift für diese Jahre ablesen, die ebenfalls nach 2003 einen erheblichen Gewinneinbruch beschreiben, während die Gewinne 2004 und 2005 konstant erscheinen.
- 56 (3) Darüber hinaus finden die auf S. 6 der Klageschrift für das Jahr 2006 eingestellten Beträge keine Grundlage in der Gewinnermittlung des Steuerberaters für 2006 und auch nicht im Steuerbescheid 2006.
- 57 (4) Der Kläger hat bei seiner Berechnung auch nicht berücksichtigt, dass in den Ermittlungen der Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt durch den Steuerberater die rein steuerrechtlichen Positionen für den zivilrechtlichen Schadensersatz nicht relevant sind, nämlich insbesondere die Auflösung oder Bildung von Ansparschreibungen nach § 7g EStG:
- 58 Schadensrechtlich unerheblich sind die Auflösung von Ansparschreibungen nach § 7g Abs. 3 EStG in 2006 (Folge: Erhöhung der Einnahmen um 15.000 EUR), aber auch in 2005 (Erhöhung der Einnahmen um 52.300 EUR bei gleichzeitiger Verringerung der Einnahmen durch Einstellung einer Ansparschreibung von 32.000 EUR) und 2004 (Erhöhung der Einkünfte durch Auflösung in Höhe von 25.160 EUR), in 2003 (Verringerung der Einkünfte durch Einstellung Ansparschreibung von 77.460 EUR), in 2002 (Erhöhung der Einkünfte durch Auflösung einer Ansparschreibung von 7.063,19 EUR) und schließlich 2001 (Erhöhung der Einkünfte durch Auflösung Ansparschreibung 90.000 EUR).
- 59 cc) Allerdings erscheint auch die Berechnung des Verdienstaustausfalls durch das Landgericht weniger sachgerecht.
- 60 (1) Das Landgericht hat den Schaden schätzen wollen auf der Grundlage der vorgelegten Steuerbescheide 2005 und 2006, indem es die Differenz der Gewinnbeträge 2006 (50.757 EUR) und 2005 (58.286 EUR) ermittelt hat ; die Differenz beträgt 7.529 EUR (das LG hat nur 7.429,20 EUR errechnet (UA 6), wobei sich der Rechenfehler jedoch nicht ausgewirkt hat).
- 61 (2) Das Landgericht hat bei seiner Art der Schätzung aber vernachlässigt, dass die Versicherungsleistung aus der Praxisausfallversicherung in Höhe von 7.733,14 EUR schadensrechtlich nicht als Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt im Jahre 2006 angesehen werden

kann und nicht auf den Verdienstausschlag anzurechnen ist, mag sie auch steuerrechtlich als Einnahme zu verbuchen sein.

- 62 Insofern ist auch darauf hinzuweisen, dass - entgegen der Auffassung der Beklagten auf S. 5 der Berufungserwiderung - der Kläger sich die Leistung aus seiner privaten Praxisausfallversicherung nicht im Wege des Vorteilsausgleichs auf seinen Verdienstausschlag anrechnen lassen muss. Denn bei den Risiko-Versicherungen aufgrund privater Schadensvorsorge widerspricht es dem Sinn des Versicherungsverhältnisses, "wenn die Leistungen des Versicherers dem Schädiger zugute kämen, im Ergebnis also die Wirkung einer Haftpflichtversicherung zugunsten des Schädigers einträte, bei der ein anderer, ohne es zu wollen, die Prämien für den Schädiger bezahlt hätte" (RGZ 146, 289; BGHZ 73, 109 = VersR 1979, 323 = NJW 1979, 760 für Lebensversicherung; BGH VersR 1984, 690 für Krankenhaustagegeldversicherung; vgl. auch Küpperbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 10. Aufl. 2010, Rn 91; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, vor § 249, Rn 84).
- 63 (3) Das Landgericht hat auch nicht bedacht, dass die Einstellung/Auflösung von Ansparschreibungen in 2006 und 2005 rein steuerrechtliche Posten sind, die nicht aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt erarbeitet wurden und daher für die zivilrechtliche Schadensberechnung der Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt nicht relevant sind.
- 64 (4) Es trifft auch zu, dass - wie der Kläger auf S. 3 der BB zutreffend hervorhebt - die Methode des Landgerichts versagen würde, wenn die erzielten Einnahmen 2005 und 2006 nahezu identisch wären.
- 65 (5) Ebenso rügt der Kläger auf S. 3 der Berufungsbegründung die Aussage des Landgerichts als unzutreffend, dass seine Einkünfte "in den dem Unfall vorangegangenen Jahren stetig gesunken sind" (UA 6); denn die Einnahmen und Gewinne in 2004 und 2005 waren nahezu konstant, während die Einnahmen und Gewinne 2001 bis 2003 erheblich höher waren, aber abgesunken sind.
- 66 dd) Es ist im Rahmen des § 252 BGB regelmäßig erforderlich und angebracht, aus den Erträgen der klägerischen Zahnarztpraxis in den letzten Jahren vor dem Unfall auf den Gewinn zu schließen (§ 287 ZPO), den der Kläger ohne den Unfall voraussichtlich erzielt hätte. Allgemeine Regeln darüber, welcher Zeitraum vor dem Unfall als Grundlage der Prognose für die künftige (hypothetische) Geschäftsentwicklung heranzuziehen sind, lassen sich nicht aufstellen; es muss vielmehr dem Tatsachengericht im Rahmen des § 287 ZPO überlassen bleiben, den nach den jeweiligen Umständen des Falles erforderlichen Prüfungsrahmen zu bestimmen. In aller Regel verbietet es sich, eine Einkommenssituation aus längerer Zeit vor dem Unfall zu berücksichtigen, weil im selben Maße der notwendige Zukunftsbezug der Prognose immer mehr verloren geht (BGH, Urteil vom 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - NJW 2001, 1640 = NZV 2001, 210 = DAR 2001, 266 = VRS 100, 241).
- 67 Vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Einzelfalles, der tatsächlich gekennzeichnet ist durch einen erheblichen Gewinneinbruch aus der Tätigkeit als Zahnarzt nach 2003 (auch ohne Ansparschreibungen), hält der Senat eine Schätzung nach § 287 ZPO für sachgerecht, die direkt an die Gewinne vor und nach dem Unfall im Jahre 2006 anknüpft.
- 68 Denn allein dies spiegelt die Einkommenssituation des Klägers zeitnah zum Unfall wider (§ 252 BGB), blendet den erheblichen Verdiensteinbruch nach 2003 aus und berücksichtigt auch zeitnah die Ausgabenseite (vgl. auch die vom Kläger auf S. 1 seines Schriftsatzes vom 5.9.2008 zitierte Entscheidung des OLG München - nicht: BGH - NJW 1987, 1484, das für die Schätzung des Gewinnausfalls eines Orthopäden wegen eines Unfalls am 1.11.1982 auf 12 Monate direkt nach dem Unfall abstellt). Auch der Senat hat bereits entschieden (Urteil vom 26. Oktober 1995 - 12 U 2094/94 - VM 1996, 44 Nr. 60), dass ein Abstellen auf die zeitnahe Einkommenssituation der letzten 6 Monate vor dem Unfall für die Schätzung des Verdienstausschlagschadens eines Zahnarztes nach § 252 BGB, § 287 ZPO sachgerecht ist.
- 69 Im Streitfall ist es daher geboten, zur Schätzung (§ 287 ZPO) des zu ersetzenden Verdienstausschlags, der "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ... mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte" (§ 252 Satz 2 BGB) auf das Unfalljahr 2006 abzustellen und im Wege der Kontrolle noch die Vorjahre 2005 und 2004 heranzuziehen.

- 70 (1) So hat der Kläger im **Unfalljahr 2006** ausweislich der von ihm eingereichten Gewinnermittlung 2006 seines Steuerberaters vom 12.4.2007 und dem Steuerbescheid 2006 vom 4.5.2007 einen Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG in Höhe von 50.757,26 EUR erzielt.
- 71 In diesem steuerlichen Gewinn enthalten sind als Einnahmen die Zahlung der Praxisausfallversicherung von 7.733,14 EUR und die Auflösung einer Ansparabschreibung von 15.000 EUR.
- 72 Diese Beträge sind nicht tatsächlich als Zahnarzt erarbeitet worden und daher bei der zivilrechtlichen Schätzung des unfallbedingten Verdienstaufschlags abzuziehen.
- 73 Aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt hat der Kläger 2006 in den 42 Wochen, während derer die Praxis nicht unfallbedingt geschlossen war, also tatsächlich einen Gewinn in Höhe von 28.024,12 EUR erzielt; darauf hat schon der Kläger selbst auf S. 3 seines Schriftsatzes vom 3. November 2008 zutreffend hingewiesen.
- 74 Das bedeutet einen wöchentlichen Durchschnittsgewinn 2006 von 667,25 EUR (Jahresgewinn 28.024,12 EUR geteilt durch 42 Wochen).
- 75 Konnte der Kläger vom 1. Juli bis 10. September 2006 unfallbedingt nicht als Zahnarzt arbeiten, erlitt er danach in diesen 10 Wochen einen Verdienstaufschlag in Höhe von 6.672,50 EUR.
- 76 Dieser Verdienstaufschlagschaden ist durch die Zahlung von 9.500 EUR als Verdienstaufschlag durch die Drittbeklagte ausgeglichen.
- 77 Soweit der Kläger auf S. 3 der Berufungsbegründung darauf hinweist, dass der Jahresgewinn 2006 von 50.757,26 EUR in nur 42 Wochen erarbeitet worden sei, wird übersehen, dass in diesem Betrag die Zahlung der Praxisausfallversicherung und die Auflösung der Ansparabschreibung enthalten sind (vgl. vorstehend), worauf der Kläger selbst bereits mit Schriftsatz vom 3. November 2008 hingewiesen hatte.
- 78 (2) Selbst wenn der Schadensschätzung die **Verdienstsituation 2005** zu Grunde gelegt würde, ergäbe sich kein nicht erfüllter Anspruch:
- 79 Der steuerliche Gewinn 2005 beträgt nach der Gewinnermittlung des Steuerberaters 58.286,68 EUR.
- 80 Darin sind auch enthalten als steuerrechtlich zu berücksichtigende Erträge 52.300 EUR für "Auflösung Ansparabschreibungen § 7g EStG" und als Ausgaben für "Bildung Ansparabschreibungen § 7g EStG" 32.000 EUR mit der Folge, dass der tatsächlich aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt im Jahre 2005 während 52 Wochen erzielte Gewinn 38.286,68 EUR betrug (58.286,68 - 52.330 + 32000).
- 81 Das bedeutet einen Durchschnittsgewinn pro Woche von 736,28 EUR. Für 10 Wochen errechnet sich ein Gewinn von 7.362,80 EUR. Auch ein Verdienstaufschlag in dieser Höhe wäre durch die Zahlung ausgeglichen.
- 82 (3) Entsprechendes folgt unter Berücksichtigung der **Verdienstsituation 2004** .
- 83 Der steuerliche Gewinn 2004 betrug nach der Gewinnermittlung des Steuerberaters 58.591,90 EUR, worin als Ertrag die Auflösung einer Ansparabschreibung von 25.160 EUR enthalten ist. Der tatsächlich als Zahnarzt 2004 in 52 Wochen erzielte Gewinn betrug sonach 33.431,90 EUR.
- 84 Das bedeutet einen Wochengewinn von 642,92 EUR, der geringfügig unter dem Wochengewinn aus 2006 liegt.
- 85 (4) Gewinne aus freiberuflicher Tätigkeit als Zahnarzt (ohne die Ansparabschreibungen nach § 7g EStG) wie in den Jahren 2003 (ca. 84.000 EUR), 2002 (ca.101.000 EUR) und 2001 (ca. 226.000 EUR) waren offensichtlich nach 2003, also in 2004, 2005 und auch im Unfalljahr 2006 nicht zu erzielen, wobei die Gründe dafür (Gesundheitsreform, Einschränkung der Praxisöffnungszeiten oder Sonstiges) dahinstehen können. Daher sind die Gewinne aus diesen Jahren für



die erforderliche Prognose eines Schadens in der Zeit vom 1.7. bis 10.9.2006 nicht aussagekräftig.

- 86 (5) Entgegen der Auffassung der Beklagten auf S. 10 der Klageerwiderung und S. 4 der Berufungsbegründung kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden, sich nicht um eine Praxisvertretung bemüht und nicht Behandlungstermine verschoben zu haben.
- 87 Es kann nicht festgestellt werden, dass dies erfolgreich den Schaden gemindert hätte.
- 88 Derartige tragen die Beklagten auch nicht konkret vor; dass es nahezu unmöglich ist, in der sommerlichen Urlaubszeit kurzfristig von heute auf morgen einen Zahnarzt als Ersatzkraft zu beschaffen, ist dem Senat aus einem früheren Rechtsstreit um den Verdienstausschlag eines Zahnarztes bekannt (Urteil vom 5. Oktober 1989 - 12 U 4524/88 -). Soweit der Kläger wegen der unfallbedingten Praxisschließung Termine verschoben und nachgeholt hätte, hätte er in der Nachholzeit keine anderen Patienten behandeln können, so dass der Verdienstausschlag dadurch nicht hätte vermieden werden können (vgl. dazu auch OLG Saarbrücken VersR 2009, 63 = MDR 2008, 1336).
- 89 b) Fixkosten
- 90 Der Kläger verlangt nach wie vor den Ersatz von fixen Kosten seiner Zahnarztpraxis für den Zeitraum ihrer unfallbedingten Schließung in der Zeit vom 1. Juli bis 10. September 2006, die er mit Schriftsatz vom 3. November 2008 erstinstanzlich im Einzelnen aufgelistet hat.
- 91 Es handelt sich sämtlich um fortlaufende Kosten, Aufwendungen und Ausgaben, die nicht infolge des Unfalls entstanden sind, von denen der Kläger aber meint, sie seien wegen des Unfalls nutzlos aufgewandt worden. Es sind daher "frustrierte Aufwendungen".
- 92 Ein Verkehrsunfallgeschädigter kann aber Ersatz solcher fortlaufender Aufwendungen nicht verlangen, die auch ohne das schädigende Ereignis entstanden wären (BGH NJW 1991, 2707; NJW 2000, 2342; OLG München, Urteil vom 01. 07. 2005 - 10 U 2544/05 - juris, für Aufwendungen für Rechtsanwaltskanzlei; OLG Celle, SP 1997, 9; Geigel/Knorr, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl. 2008, Kap. 3 Rn 103; Jahnke, Der Verdienstausschlagsschaden im Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2009, Kap. 2, Rn 255; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, vor § 249 Rn 19).
- 93 3. Feststellungsantrag
- 94 Der Kläger rügt zu Recht, dass das Landgericht die Abweisung des Feststellungsantrags in den Urteilsgründen nicht behandelt hat.
- 95 In der Sache ist die Abweisung des Feststellungsantrags jedoch zu Recht erfolgt.
- 96 Eine Klage auf Feststellung der deliktischen Verpflichtung eines Schädigers zum Ersatz künftiger Schäden ist nur zulässig, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht. Ein Feststellungsinteresse ist zu verneinen, wenn aus der Sicht des Geschädigten bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens wenigstens zu rechnen.
- 97 Eine solche Feststellungsklage ist nur begründet, wenn die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen, also insbesondere ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff gegeben ist, der zu den für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann (BGH, Urteil vom 9. Januar 2007 - VI ZR 133/06 - NJW-RR 2007, 601 = DAR 2007, 390 = VersR 2007, 708).
- 98 Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.
- 99 Beide medizinischen Sachverständige haben nachvollziehbar dargelegt, dass aus dem Unfall für den Kläger keine Folgen verblieben sind; die vorhandenen Beschwerden sind nach den Gutachten unfallunabhängig und nicht auf den Unfall zurückzuführen.

III.

- 100 Es wird angeregt, die Fortführung der Berufung zu überdenken.
- 101 Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 34.485,97 EUR festzusetzen (Berufungsantrag zu 1: 16.485,97 EUR, Berufungsantrag zu 2: 13.000 EUR, Berufungsantrag zu 3: 5.000 EUR).

© juris GmbH