



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VI ZR 339/99

Verkündet am:  
6. Februar 2001  
Holmes,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

BGB § 252 Satz 2, § 843

- a) Zur Ermittlung des Erwerbsschadens eines selbständigen Unternehmers.
- b) Wird der Berechnung des Erwerbsschadens die Bruttolohnmethode zugrunde gelegt, so müssen, wenn sich der Geschädigte die Einkünfte aus einer anderweitigen Erwerbstätigkeit anrechnen lassen muß, von dem hypothetischen Bruttoverdienst die anderweitig erzielten Bruttobezüge abgezogen werden.

BGH, Urteil vom 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - OLG Nürnberg  
LG Regensburg

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 2001 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Müller, die Richter Dr. von Gerlach, Dr. Dressler und Wellner sowie die Richterin Diederichsen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 31. August 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Kläger, der bei einem Verkehrsunfall am 24. Juli 1994 erheblich verletzt wurde, verlangt von der Beklagten als Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers Ersatz von Verdienstausfall. Die Einstandspflicht der Beklagten für die Unfallfolgen ist zwischen den Parteien außer Streit.

Vor dem Unfall war der Kläger als Rohrleitungsbauer tätig. Er macht geltend, wegen der bei dem Unfall erlittenen Schulterverletzung habe er diese Tätigkeit nicht wieder aufnehmen können. Nach einer vorübergehenden anderweitigen Tätigkeit ist der Kläger seit dem 1. April 1997 als Hausmeister in

einem Altenheim mit einem monatlichen Nettoverdienst von 1.787,64 DM beschäftigt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 10.300 DM nebst Zinsen verurteilt und dem Kläger ab 1. April 1996 eine monatliche Rente von 3.700 DM, ab 1. Juli 1996 eine solche von 5.150 DM und ab 1. April 1997 bis längstens 1. März 2011 eine monatliche Rente von 3.342,36 DM zugesprochen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die volle Abweisung der Klage erstrebt.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Berufungsgericht meint, aufgrund der von der Beklagten in den Vorinstanzen nicht angegriffenen ärztlichen Feststellungen stehe fest, daß der Kläger seinen Betrieb als selbständiger Rohrleitungsbauer infolge der bei dem Unfall erlittenen Verletzungen nicht mehr fortführen könne. Bei Ermittlung des durch die Betriebsaufgabe entstandenen Einkommensverlustes sei an die Geschäftsentwicklung in den letzten drei Jahren vor dem Unfall anzuknüpfen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte könne ohne weiteres angenommen werden, daß der Kläger weiterhin ungefähr die früheren Gewinne erzielt hätte.

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Erwerbsschaden des Klägers für die Jahre 1996 bis zum Eintritt in das Renten-

alter 2011 auf monatlich 5.150 DM geschätzt. Dabei hat es berücksichtigt, daß der Kläger im wesentlichen von einem Auftraggeber abhängig gewesen sei. Von dem so festgestellten Erwerbsschaden hat das Berufungsgericht den Nettoverdienst in Höhe von 1.787,64 DM abgezogen, den der Kläger seit dem 1. April 1997 aufgrund einer anderweitigen Erwerbstätigkeit erzielt, und hat ihm ab diesem Zeitpunkt einen monatlichen Rentenbetrag von 3.342,36 DM zugesprochen.

## II.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Mit Erfolg bekämpft die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe in den Vorinstanzen die ärztliche Feststellung nicht angegriffen, der Kläger habe infolge der bei dem Unfall 1994 erlittenen Verletzungen seinen Betrieb als Rohrleitungsbauer nicht mehr fortführen können. Die Beklagte hat - wie die Revision zu Recht geltend macht - in ihrer Berufungsbeurteilung bestritten, daß nach der Operation im Jahre 1977 eine weitere Minderung der Erwerbsfähigkeit durch den Unfall von 1994 verursacht worden sei und daß die ärztlich festgestellten Schäden und Dauerfolgen so erheblich seien, daß eine Tätigkeit als Rohrleitungsbauer bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres nicht mehr möglich sei. Das Berufungsgericht hat im Tatbestand des Urteils auch selbst die Frage, ob der Kläger seine Tätigkeit als selbständiger Rohrleitungsbauer infolge der 1994 bei dem Unfall erlittenen Verletzungen nicht wieder aufgenommen habe oder ob dies vielmehr mit der Operation von 1977 zusammenhänge, als streitig dargestellt. Seine Auffassung, die Beklagte habe die ärztliche Feststellung nicht angegriffen, daß der Kläger in-

folge der Unfallverletzungen von 1994 seinen Betrieb nicht mehr weiterführen könne, und an der Kausalität des Unfalls für die geltend gemachten Schäden bestehe daher kein Zweifel, findet danach in dem Sachvortrag der Beklagten keine Stütze. Die Beklagte hat ferner bestritten, daß eine vollständige Beseitigung der Beweglichkeitseinschränkungen durch therapeutische bzw. chiropraktische Maßnahmen nicht möglich sei. Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht daher den hierzu in der Berufungsbegründung gestellten Beweisanspruch nicht übergehen dürfen.

2. Die Angriffe der Revision gegen die Berechnung des Erwerbsschadens sind hingegen nur teilweise begründet.

a) Nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht den Kläger bei der Ermittlung des Erwerbsschadens als selbständigen Unternehmer eingestuft hat. Das greift die Revision ohne Erfolg mit dem Hinweis an, bei dem Kläger habe es sich um einen Scheinselbständigen gehandelt.

Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 hat in Bezug auf sogenannte Scheinselbständige in § 7 SGB IV als Abs. 4 eine tatsächliche Vermutung eingefügt, nach der bei erwerbsmäßig tätigen Personen vermutet wird, daß sie gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, wenn mindestens zwei der dort genannten Merkmale einer arbeitnehmerähnlichen Person vorliegen. Eines dieser Merkmale besteht darin, daß der Betreffende regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist (Nr. 2) oder daß er für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringt, insbesondere Weisungen des Arbeitgebers unterliegt und in die Arbeitsorganisation eingegliedert ist (Nr. 3). Das Berufungsgericht hält mit Rücksicht darauf, daß der Kläger überwiegend für ein Unternehmen tätig war, für möglich, daß bei ihm einzelne Merkmale einer arbeitnehmerähnlichen Person vorliegen.

merähnlichen Person gemäß § 7 Abs. 4 SGB IV vorgelegen haben. Es sieht die Vermutung dieser Vorschrift jedoch im Streitfall als widerlegt an, weil der Kläger vor dem Unfall von allen Beteiligten als Selbständiger behandelt und deshalb auch zur Einkommen- und Gewerbesteuer veranlagt worden sei, während Sozialabgaben niemals von ihm verlangt worden seien. Der Kläger sei eben nur überwiegend für eine Firma tätig gewesen, er habe auch für andere Unternehmen gearbeitet, wenn seine wichtigste Auftraggeberin gerade keine Aufträge für ihn gehabt habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Begründung in mehrfacher Hinsicht Bedenken begegnet, denn die Tatsache, daß der Kläger (möglicherweise fälschlich) zur Einkommen- und Gewerbesteuer veranlagt wurde und von ihm keine Sozialabgaben verlangt worden sind, besagt nichts darüber, ob er bei zutreffender Klassifizierung - jedenfalls nach der ab 1. Januar 1999 geltenden Regelung des § 7 Abs. 4 SGB IV - steuer- und sozialversicherungsrechtlich anders behandelt werden müßte. Auch der Umstand, daß der Kläger gelegentlich auch für andere Firmen tätig wurde, legt die Annahme nahe, daß er im wesentlichen für einen Auftraggeber tätig war und damit jedenfalls das Merkmal der Nr. 2 für eine arbeitnehmerähnliche Person in § 7 Abs. 4 SGB IV erfüllte.

Indessen wird die gesetzliche Vermutung für eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung erst bei Vorliegen eines weiteren Merkmals dieser Vorschrift begründet. Den Feststellungen des Berufungsgerichts lassen sich keine Anhaltspunkte für ein solches weiteres Merkmal entnehmen, insbesondere nicht dafür, was hier allein in Betracht gezogen werden könnte, daß der Kläger gemäß Nr. 3 für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbracht hat, insbesondere Weisungen des Auftraggebers unterlag und in die Arbeitsorganisation seiner Auftraggeberin eingegliedert war. Auch die Revision macht nicht gel-

tend, daß das Berufungsgericht etwa dahingehenden Vortrag des Klägers in den Vorinstanzen übergangen habe. Sie räumt im Gegenteil ein, daß der Sachverständige den Akten keine sicheren Hinweise auf eine Scheinselbständigkeit habe entnehmen können. Eine Verpflichtung des Gerichts, den Kläger auf die Notwendigkeit weiteren Sachvortrags in dieser Richtung hinzuweisen (§ 139 ZPO), bestand nicht. Die Qualifizierung des Klägers als selbständiger Unternehmer kann daher revisionsrechtlich nicht beanstandet werden.

b) Unbegründet sind ferner die Angriffe der Revision gegen die Ermittlung des dem Kläger als selbständigem Unternehmer entgangenen und künftig noch entgehenden Gewinns.

aa) Rechtlich bedenkenfrei hat das Berufungsgericht aus den Erträngnissen des klägerischen Betriebs in den letzten Jahren vor dem Unfall auf den Gewinn geschlossen, den der Kläger ohne den Unfall voraussichtlich erzielt hätte. Ist der Erwerbsschaden eines selbständig Tätigen festzustellen, so wird es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht sein, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren vor dem Unfall anzuknüpfen (Senatsurteil vom 10. Dezember 1996 - VI ZR 268/95 - VersR 1997, 453 zu 2 a; vgl. auch Senatsurteile vom 31. März 1992 - VI ZR 143/91 - VersR 1992, 973; vom 6. Juli 1993 - VI ZR 228/92 - VersR 1993, 1284, 1285; vom 27. Oktober 1998 - VI ZR 322/97 - VersR 1999, 106, 107).

Dagegen wendet sich die Revision auch nicht. Sie meint nur, der Sachverständige M. und ihm folgend das Berufungsgericht hätten sich nicht damit begnügen dürfen, die Gewinnerzielung lediglich in den letzten 2 1/2 Jahren vor dem Unfall zu ermitteln, sondern hätten noch einige Jahre vor 1992 in die Prüfung mit einbeziehen müssen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Allgemeine Regeln darüber, welcher Zeitraum vor dem Unfall als Grundlage der Prognose für die künftige (hypothetische) Geschäftsentwicklung heranzuziehen ist, 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. Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein weiteres Zurückgehen als hier verbiete sich in aller Regel schon deshalb, weil im selben Maße der notwendige Zukunftsbezug der Prognose immer mehr verlorengehe, ist unter den konkreten Gegebenheiten des Streitfalles rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision zeigt jedenfalls keine Umstände auf, die es hätten geboten erscheinen lassen, der Ermittlung des Geschäftsergebnisses in den Jahren vor dem Unfall einen größeren Zeitraum zugrunde zu legen. Soweit die Revision beanstandet, daß der gerichtliche Sachverständige nur die Jahresabschlüsse verwertet, die Buchungsbelege und die Sachkontenblätter der Finanzbuchhaltung hingegen unberücksichtigt gelassen, legt sie nicht dar, was sich daraus ergeben hätte.

bb) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger hätte den in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Gewinn aller Voraussicht nach auch in den folgenden Jahren bis zu seinem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben im Jahre 2011 erzielt, stellt sich entgegen der Auffassung der Revision ebenfalls nicht als rechtsfehlerhaft dar. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision selbst einräumt, dem Sachverständigen folgend, mit Rücksicht auf die Fixierung des klägerischen Unternehmens auf einen einzigen Auftraggeber einen Abschlag von 10 % vorgenommen. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Nach der Rechtsprechung des Senats muß den Prognoseschwierigkeiten, in die der Schädiger den Unfallverletzten gebracht hat, nach den Grundsätzen der §§ 252 BGB und 287 ZPO Rechnung getragen werden. Beim Fehlen entgegenstehender Anhaltspunkte kann deshalb, wie das Berufungsgericht ange-

nommen hat, zumindest von einem durchschnittlichen Erfolg des Geschädigten in seiner bisherigen Tätigkeit ausgegangen werden (Senatsurteile vom 17. Februar 1998 - VI ZR 342/96 - VersR 1998, 770 zu 3.; vom 3. März 1998 - VI ZR 385/96 - VersR 1998, 772 zu II 1 bb; vom 20. April 1999 - VI ZR 65/98 - VersR 2000, 233 zu II 1). Verbleibende Risiken können mit einem gewissen Abschlag abgefangen werden, was der Senat in den vorgenannten Entscheidungen ebenfalls anerkannt hat. Diesen Anforderungen ist das Berufungsgericht gerecht geworden, indem es von dem vor dem Unfall erwirtschafteten Gewinn des Klägers einen Abschlag von 10 % für die Zukunft für richtig erachtet hat. Soweit die Revision diesen Abschlag für unangemessen niedrig und einen solchen von mindestens 50 % für angebracht hält, kann sie damit im Hinblick auf den Freiraum des Tatrichters gemäß § 287 ZPO keinen Erfolg haben.

c) Ohne Erfolg macht die Revision ferner geltend, der Kläger habe gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen, weil er sich darauf beschränke, die schlichte Tätigkeit eines Hausmeisters auszuüben, anstatt sein technisches Wissen für eine besser dotierte Tätigkeit nutzbringend zu verwerten. Es ist im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB Sache der Beklagten darzulegen, daß der Kläger konkrete und zumutbare anderweitige Verdienstmöglichkeiten hatte und diese schuldhaft nicht genutzt hat. Daß das Berufungsgericht einen dahingehenden Vortrag der Beklagten übergangen habe, macht die Revision nicht geltend.

d) Zu Recht rügt die Revision hingegen, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Verdienstaufschadens von dem hypothetischen Einkommen des Klägers lediglich den Nettolohn, den er aufgrund seiner Hausmeistertätigkeit seit dem 1. April 1997 erzielt, nicht hingegen den Bruttolohn abgezogen hat.

aa) Die Ausführungen des Berufungsgerichts legen es nahe, daß es sich bei dem festgestellten Gewinn, den der Kläger vor dem Unfall in seinem Unternehmen jährlich erzielt hat, um den nach Abzug der Ausgaben verbleibenden betriebswirtschaftlichen Gewinn und damit um das Bruttoeinkommen des Klägers handelt. Dann aber hat das Berufungsgericht der Schadensberechnung ersichtlich die Bruttolohnmethode zugrunde gelegt, die nach der Rechtsprechung des Senats eine zulässige Art der Schadensermittlung darstellt (BGHZ 127, 391, 395, 399; Senatsurteil vom 28. September 1999 - VI ZR 165/98 - VersR 2000, 65).

bb) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht von dem auf 5.150 DM geschätzten und von der Beklagten zu ersetzenden Einkommensverlust die Vergütung abgezogen, die der Kläger seit dem 1. April 1997 in einem Beschäftigungsverhältnis als Hausmeister bezieht.

Bei dem in Abzug gebrachten monatlichen Betrag von 1.787,64 DM, aus dem sich übrigens rein rechnerisch ein Rentenbetrag von 3.362,36 DM ergäbe, handelt es sich indessen um die Nettovergütung. Das rügt die Revision zu Recht als rechtsfehlerhaft. Richtigerweise hätte das Berufungsgericht den Bruttoverdienst abziehen müssen, denn die Bezugsgrößen müssen innerhalb der gewählten Berechnungsmethode gleich bleiben. Wird die Berechnung des Erwerbsschadens nach der Bruttomethode vorgenommen, so müssen demgemäß dem ermittelten Bruttoverdienstausfall die Bruttobeträge aus einer anderen Tätigkeit gegenüber gestellt werden. Andernfalls käme man hinsichtlich des zu ersetzenden Schadens zu verzerrten Ergebnissen. Im vorliegenden Fall wäre dabei nämlich nicht berücksichtigt, daß der Kläger bei Anrechnung lediglich der



Nettobezüge die Beträge für die soziale Sicherung als Teil seines Arbeitseinkommens erhalte, die er vorher aus dem erwirtschafteten Geschäftsgewinn hätte aufbringen müssen.

Dr. Müller  
ler

Dr. v. Gerlach

Dr. Dress-

Wellner

Diederichsen