
Datum: 02.03.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-1 U 82/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:0302.I1U82.08.00

Tenor:

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das am 9. Mai 2008 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 13. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 33.853,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. Januar 2001 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche künftigen materiellen und immateriellen Schäden, die aus dem Unfall vom xxx in XXX, BAB XX, Kilometer 61.4 Fahrtrichtung XXX, entstehen, zu zahlen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 84% und die Beklagte zu 16%.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Schmerzensgeld und einen Erwerbsschaden nach einem Verkehrsunfall, der sich am XXX auf der BAB XXX bei XXX ereignete. Einwendungen zum Haftungsgrund hat die Beklagte nicht erhoben. 1 2

Bei diesem Unfallereignis wurde die Klägerin durch einen bei der Beklagten versicherten Opel Ascona verletzt, dessen Fahrer alkoholbedingt die Kontrolle über das Fahrzeug verloren hatte und mit dem Pkw der Klägerin kollidierte. Unstreitig erlitt die Klägerin jedenfalls ein HWS-Schleudertrauma. Sie befand sich nach dem Unfall für einen Tag in stationärer Behandlung im Marienhospital in Ratingen. Es wurden Röntgenaufnahmen und eine Computertomographie gefertigt. Die Röntgenuntersuchung blieb ohne Befund, im CT der Halswirbelsäule fanden sich bis auf eine beginnende degenerative Veränderung der kleinen Wirbelgelenke und einer geringen Spondylosis (Wirbelentzündung) keine Besonderheiten (Bl. 284 f.). Als Diagnose wurde im Arztbericht vom 13. Juli 1995 (Bl. 274 f.) festgehalten: "Zerrung der HWS und Prellungen". Die Klägerin wurde mit noch erheblichen Nackenschmerzen und einem Stützkragen sowie der Empfehlung zur Schonung entlassen. 3 4

Seit dem 22. Mai 1995 befindet sich die Klägerin in Behandlung bei den Orthopäden Dres. XXX. Es erfolgten Injektionsbehandlungen, eine Manualtherapie und krankengymnastische Übungen. Wegen der Einzelheiten der Diagnosen und Befunde wird auf den Arztbericht vom 15. August 1995 (Bl. 26 f.) verwiesen. Eine Mitbehandlung erfolgte durch den Neurologen und Psychiater Dr. XXX (s. Erstbericht vom 12. Juli 1995, Bl. 21 f.). 5

Am 19. Juni 1995 wurde auf Veranlassung des Orthopäden XXX eine Kernspintomographie gefertigt. Wegen des Ergebnisses wird Bezug genommen auf den Bericht vom 20. Juni 1995 (Bl. 24 f.). 6

In der Folgezeit stellte sich die Klägerin bei zahlreichen Ärzten unterschiedlicher Fachrichtungen vor. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der Klageschrift und die vorliegenden ärztlichen Berichte und Stellungnahmen verwiesen. 7

Am 11. Juni 1997 erfolgte eine Operation wegen Harninkontinenz (Bericht des Gynäkologen Dr. XXX, Bl. 55). Die Klägerin unterzog sich einer stationären Schmerztherapie. Sie befindet sich nach wie vor in ärztlicher Behandlung und nimmt Medikamente. 8

Die Beklagte glich den Fahrzeugschaden sowie Sachverständigen- und Abschleppkosten vollständig aus. Als Schmerzensgeld zahlte sie 8.000,00 DM. 9

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe als unmittelbare Folge des Unfalls ein äußerst schweres HWS-Schleudertrauma mit knöchernen Verletzungen des Halswirbels und hierdurch bedingter Übelkeit, Erbrechen, Schwindelanfälle, eine Verletzung der Flügelbänder zwischen dem obersten und dem 2. Halswirbel sowie eine Thoraxprellung erlitten. Unfallbedingt habe sich eine Harninkontinenz eingestellt. Sie leide unter sensiblen, motorischen und vegetativ-trophischen Störungen im Bereich des Halses, die auf den Großteil der Körperfunktionen beeinträchtigend wirke. Seit dem Unfall habe sie ständig Kopfschmerzen, Schwindelanfälle, Sehstörungen. Es sei zudem eine Hörminderung nebst Tinnitus eingetreten. Beide Arme würden bei Belastung oder Drehen des Kopfes taub, die Fingerspitzen würden blau und kribbelten. Die Kopfbewegung sei stark eingeschränkt, manchmal sei sogar die Bewegung der Augen schmerzhaft. Es habe sich eine schwerwiegende psychische Störung eingestellt, sie könne kaum liegen, leide unter allgemeiner Kraftlosigkeit, starken Schlafstörungen und Depressionen. Auch habe sie einen Gehirninfrakt erlitten. Wegen der schweren Unfallfolgen sei sie nicht mehr erwerbsfähig. Zudem sei bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen, dass der Unfall grob fahrlässig herbeigeführt worden sei und die Beklagte nur zögerlich reguliert habe.

Bis zum Unfall habe sie erfolgreich zwei gutgehende Restaurants in XXX geführt. Diese habe sie nach dem Unfall aufgeben müssen. Der durchschnittliche jährliche Gewinn in den Jahren von 1990 bis 1994 habe für das Restaurant "XXX" bei 44.093,00 DM gelegen. In den Jahren 1995 und 1996 hingegen nur bei 7.770,00 DM. Mithin ergebe sich ein monatlicher Gewinnverlust von 3.026,91 DM. Das Restaurant "XXX", an dem sie einen 50%igen Anteil gehalten habe, habe in den Jahren 1990 bis 1994 einen durchschnittlichen jährlichen Gewinn von 66.196,80 DM erwirtschaftet. 1995 habe der Gewinn nur 27.900,00 DM betragen. Damit ergebe sich bezogen auf ihren Geschäftsanteil von 50% ein Gewinnverlust von 19.148,40 DM pro Jahr, mithin 1.595,70 DM pro Monat. Für die Zeit vom 18. Mai 1995 bis 31. Oktober 1997 sei ihr daher ein Gewinnverlust von insgesamt 140.989,60 DM (30 ½ Monate à 4.622,61 DM) entstanden. Von der Berufsgenossenschaft habe sie lediglich einen Betrag von 2.300,00 DM erhalten. Den Anteil am Restaurant "XXX" habe sie 1996 für 120.000,00 DM veräußert, der Betrag sei aber aufgebraucht worden, um sie von der Haftung freizustellen, so dass ihr letztlich nichts aus dem Erlös verblieben sei. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie für die Zeit vom 18. Mai 1995 bis 17. Mai 1996 einen Betrag von 50.273,00 DM (25.704,17 €) und für die Zeit vom 18. Mai 1996 bis zum 31. Oktober 1997 weitere 90.716,60 DM (46.382,66 €) zu zahlen; 13
2. die Beklagte zu verurteilen, ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von 85.000,00 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit abzüglich geleisteter 8.000,00 DM (4.090,33 €) zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, mit Wirkung ab 1. November 1997 eine monatliche Geldrente in Höhe von 4.622,61 DM (2.363,50 €) vierteljährlich im Voraus jeweils am 1. Februar, 1. Mai, 1. August und 1. November eines jeden Jahres bis zum 30. Mai 2002 zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, die aus dem Unfall vom XXX in XXX, BAB XX, Kilometer 61,4, Fahrtrichtung XXX, entstehen, zu zahlen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsverträger oder sonstige Dritte übergehen.

Die Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Sie war der Ansicht, der Schaden sei außergerichtlich bereits erstattet. Es sei unstrittig, dass die Klägerin ein HWS-Schleudertrauma erlitten habe. Diese Verletzung sei aber spätestens nach 3 Monaten ausgeheilt. Der von der Klägerin weitergehende behauptete Verletzungsumfang werde bestritten. Der Unfallhergang sei nicht geeignet gewesen, die geklagten Beschwerden und Beeinträchtigungen hervorzurufen. Es bestehe der Verdacht, dass die Klägerin schicksalsbedingte Beschwerden als unfallbedingt darstelle. So hätten bereits Degenerationen in sämtlichen Bandscheiben und ältere Bandscheibenprotusionen vorgelegen. Auch sei sie schon vor dem Unfallgeschehen depressiv gewesen. Es habe nur eine zeitlich abgrenzbare Verschlimmerung vorgelegen. Der Verlauf sei im Sinne der überholenden Kausalität durch die Vorschäden bedingt gewesen und nicht durch das in Rede stehenden Unfallgeschehen. Vor diesem Hintergrund sei das gezahlte Schmerzensgeld mehr als ausreichend. An sich seien sogar nur 5.000,00 DM gerechtfertigt. Wegen des insoweit überzahlten Betrages von 3.000,00 DM hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt. Darüber hinaus stehe ihr ein Anspruch auf überzahlte Mehrwertsteuer bezüglich des Fahrzeugschadens zu. Die Klägerin sei nämlich entgegen ihrer Angaben zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen. Daher habe sie einen Betrag von 4.021,13 DM zu Unrecht erhalten (s. Berechnung Bl. 163 f. und 208). 16

Der behauptete Gewinnentgang sei nicht nachvollziehbar. Der Vortrag hierzu sei un schlüssig. Es werde bestritten, dass die Klägerin arbeitsunfähig sei und daher die Tätigkeit in ihren Restaurants habe unfallbedingt aufgeben müssen. Es seien keine Nachweise für die angeblichen Gewinne vorgelegt worden, so dass der Gewinnentgang nicht überprüfbar sei. Zudem müsse die Klägerin sich Leistungen der Berufsgenossenschaft anrechnen lassen. Insoweit seien zumindest 2.464,00 DM geflossen (Bl. 169). Auch die Aktivlegitimation der Klägerin bezüglich des Anspruchs auf Gewinnentgang werde bestritten. Da ein Klageverfahren vor dem Sozialgericht XXX gegen die Berufsgenossenschaft anhängig gewesen sei, seien etwaige Ansprüche möglicherweise auf die Berufsgenossenschaft übergegangen. Auch etwaige Steuervergünstigungen müsse sich die Klägerin entgegenhalten lassen. 17

Das Landgericht Düsseldorf hat Beweis erhoben durch Einholung eines fachorthopädischen und eines psychosomatischen Gutachtens. Wegen des Ergebnisses wird auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen XXX vom 6. Februar 2003 (Bl. 412 ff.) und der Sachverständigen Dr. XXX vom 22. September 2006 (Bl. 598 ff.) sowie die Sitzungsprotokolle vom 11. Juni 2004 (Bl. 303 ff.) und 13. Dezember 2007 (Bl. 685 ff.) verwiesen. Zudem hat das Landgericht die Ärzte XXX und Dr. XXX als Zeugen sowie Prof. Dr. XXX als sachverständigen Zeugen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Befragung wird auf die Sitzungsniederschriften vom 11. Juni 2004 (Bl. 505 ff.) und 25. November 2004 (Bl. 545 f.) verwiesen. 18

Mit Urteil vom 9. Mai 2008 (Bl. 733 ff.) hat die Einzelrichterin der 13. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf der Klägerin ein Schmerzensgeld von 65.909,66 € zugesprochen und festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin zum Ersatz des weiteren materiellen und immateriellen Schadens aus dem Unfallereignis vom 18. Mai 1995 verpflichtet ist, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder Dritte übergegangen sind. Hinsichtlich des begehrten Verdienstausfallschadens und der Verdienstausfallrente hat sie die Klage abgewiesen. 19

Zur Begründung hat die Einzelrichterin im Wesentlichen ausgeführt: Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin eine chronische Schmerzerkrankung sowie eine psychische Störung mit Angst und Depressionen als Unfallfolge erlitten habe. Sie 20

sei daher erwerbsunfähig geworden. Eine unfallbedingte Harninkontinenz oder knöcherner Verletzung habe sie hingegen ebenso wenig nachgewiesen wie eine Gehirnerschütterung. Unter Berücksichtigung der erlittenen Verletzungen und Beschwerden sei ein Schmerzensgeld von insgesamt 70.000,00 € angemessen und ausreichend. Unter Berücksichtigung der erfolgten Zahlung von 8.000,00 DM (= 4.090,33 €) ergebe sich der zuerkannte Betrag von 65.909,67 €.

Ein unfallbedingter Verdienstausschlag könne hingegen nicht festgestellt werden. Der von der Klägerin behauptete durchschnittliche Gewinn von 44.093,00 DM für das Restaurant "XXX" lasse sich den von ihr überreichten Unterlagen nicht entnehmen. Auch liege bezüglich des Restaurants "XXX" der Gewinn im Jahr 1995 über dem des Jahres 1994. Ihren Beseuerantritten auf Vernehmung des Steuerberaters oder Einholung eines Sachverständigengutachtens sei nicht zu folgen gewesen, da sie selbst vortrage, über keine weiteren Unterlagen zu verfügen. 21

Dies gelte entsprechend für das Restaurant "XXX". Auch insoweit sei der behauptete jährliche Gewinn in den Jahren 1990 bis 1994 nicht den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen. Ebenso wenig lasse sich anhand der Zahlen aus dem Betriebsprüfungsbericht feststellen, dass infolge des Unfalls ein Erwerbsschaden eingetreten sei. Der Gewinn sei seit 1991 fortlaufend gesunken, so dass ein Zusammenhang mit dem Unfall nicht festgestellt werden könne. Aus demselben Grund bestehe auch kein Anspruch auf eine Verdienstausschlagrente. Hingegen sei der Feststellungsantrag zulässig und begründet, da bei der Klägerin Dauerschäden vorlägen und die weitere Entwicklung nicht absehbar sei. 22

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerechten Berufung. Sie begehrt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens nebst Beseuerantritten ein weiteres Schmerzensgeld von 14.990,34 € nebst Zinsen sowie – insoweit klageerhöhend – Zinsen auf das zuerkannte Schmerzensgeld ab dem Unfallereignis. Darüber hinaus verfolgt sie ihren Verdienstausschlagsschaden weiter und begehrt klageerhöhend eine Verdienstausschlagrente über das Jahr 2002 hinaus bis zum Jahr 2012. 23

Sie ist der Ansicht, das Gericht sei von einem falschen Denkanatz bei der Bemessung der Schadensfolge ausgegangen und so zu einer unrichtigen Schadensfeststellung gekommen. Das Schmerzensgeld sei zu niedrig bemessen. Das Landgericht verkenne, dass "aus einer gesunden Frau ein Krüppel" geworden sei. Auch die Ablehnung des Verdienstausschlagsschadens sei falsch. Die Gewinne seien von dem Gericht selbst festgestellt worden. Die vorgelegten Unterlagen seien ausreichend, um einen Schaden festzustellen. 24

Die Klägerin beantragt unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils, 25

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein Schmerzensgeld über den zuerkannten Betrag hinaus in Höhe von 14.990,34 € nebst 5% über dem Basiszinssatz seit dem 18. Mai 1995 zu zahlen; 26
2. hinsichtlich des zuerkannten Schmerzensgeldes in Höhe von 65.909,66 € die Beklagte zu verurteilen, 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. Mai 1995 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie für den Zeitraum vom 18. Mai 1995 bis zum 17. Mai 1996 25.704,17 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 17. Mai 1996 und für die Zeit vom 18. Mai 1996 bis zum 31. Oktober 1997 weitere 46.382,66 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 31. Oktober 1997 zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, mit Wirkung ab dem 1. November 1997 eine monatliche Geldrente in Höhe von 2.363,50 € vierteljährlich im Voraus am 1. Februar, 1. Mai, 1. August

und 1. November eines jeden Jahres über den Zeitraum vom 30. März 2002 hinaus bis zum 30. März 2012 nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Anschlussberufung beantragt sie, 29

das angefochtene Urteil im Ausspruch zum Schmerzensgeld insoweit abzuändern, als es sich auf die Zahlung eines über den Betrag von 25.853,69 € hinausgehenden Schmerzensgeldbetrages samt Zinsen an die Klägerin verurteilt hat.

Die Klägerin beantragt, 31

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 32

Die Beklagte ist der Ansicht, ein Schmerzensgeld sei allenfalls in Höhe von 40.000,00 € 33

gerechtfertigt. Es sei nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme davon auszugehen, dass die Klägerin ein HWS-Schleudertrauma und Prellungen erlitten habe. Als Folge dieser Verletzungen habe sich eine psychische Störung und eine chronische Schmerzstörung entwickelt. Bestritten werde indes weiterhin, dass die Klägerin ein schweres HWS-Schleudertrauma und knöcherne Verletzungen des Halswirbels sowie eine Verletzung der Flügelbänder erlitten habe. Auch die behauptete Gehirnerschütterung, einen Gehirninfrakt, eine unfallbedingte Harninkontinenz sowie Kribbelparästhesien und Gleichgewichts- und Hörstörungen blieben bestritten. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sei zudem zu berücksichtigen, dass die Klägerin bereits vorher unter Nackenbeschwerden gelitten habe und depressiv gewesen sei und sich diese besondere Schadensanfälligkeit ausgewirkt habe. Unter Berücksichtigung der aufgrund des unfallbedingten Verletzungsumfanges und der damit einhergehenden Lebensbeeinträchtigungen sei als Obergrenze allenfalls ein Schmerzensgeld von 40.000,00 € als angemessen und erforderlich anzusehen. Hiervon sei indes ein Abschlag von 20% vorzunehmen, da die Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen habe. So habe sie von der Sachverständigen Dr. XXX empfohlene Therapiemaßnahmen nicht wahrgenommen. Zudem habe das Gericht die zur Aufrechnung gestellte Überzahlung von 2.055,97 € unberücksichtigt gelassen. Ziehe man zudem noch die vorgerichtliche Zahlung von 8.000,00 DM entsprechend 4.090,34 € ab, so ergebe sich ein Anspruch der Klägerin in Höhe von allenfalls noch 25.853,69 €. Den Verdienstausfallschaden habe das Landgericht zu Recht abgewiesen. Ein Schaden sei nicht schlüssig dargelegt und werde weiterhin bestritten. Zudem sei die Glaubwürdigkeit der Klägerin erheblich erschüttert, da sie widersprüchliche und unrichtige Angaben zum Veräußerungserlös gemacht habe. Der weitergehende Zinsanspruch werde bestritten. Die Voraussetzungen des § 849 BGB a.F. lägen nicht vor. Zudem werde insoweit die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Klägerin trägt zur Anschlussberufung vor: 34

Es sei unerfindlich, wie die Beklagte den Betrag von 25.853,69 € ermittelt habe. Ein Mitverschulden sei nicht erkennbar. Die Klägerin habe alles versucht, um eine Besserung ihrer Beschwerden zu erreichen. Im Übrigen sei der Klägerin nur eine Schmerzensgeldzahlung von 5.000,00 DM in Erinnerung. Es werde bestritten, dass die Mehrwertsteuer an die Klägerin geleistet worden sei. Eine Überzahlung liege nicht vor. Die Klägerin habe vor dem Unfall auch nicht unter Depressionen gelitten. Ihr Arzt Dr. XXX habe

sich diesbezüglich geirrt. Es habe zuvor auch keine Erkrankungen im Bereich der Halswirbelsäule vorgelegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt verwiesen. 36

Entscheidungsgründe: 37

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Hingegen hat die form- und fristgerechte eingelegte Anschlussberufung der Beklagten, mit der diese die Reduzierung des mit dem angefochtenen Urteil zuerkannten Schmerzensgeldes begehren, überwiegend Erfolg. 38

Die Einstandspflicht der Beklagten für die Folgen des Unfallereignisses vom 18. Mai 1995 ist dem Grunde nach unstrittig. Der Klägerin steht jedoch gegen die Beklagte kein weiterer Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld gemäß §§ 823 Abs. 1, 847 BGB a.F., 3 PflVG zu. Das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld in Höhe von 70.000,00 € ist deutlich übersetzt. Wie die Beklagte mit der Anschlussberufung zutreffend rügt, rechtfertigen die unfallbedingten Verletzungen unter Berücksichtigung der besonderen Schadensanfälligkeit der Klägerin nur ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 €. Zudem hat das Landgericht die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit überzahlter Mehrwertsteuer in Höhe von 2.055,97 € unberücksichtigt gelassen. Ohne Erfolg bleibt indes der Mitverschuldenseinwand der Beklagten wegen des Unterlassens weiterer Therapiemaßnahmen. 39

Ebenfalls ohne Erfolg bleibt die Berufung der Klägerin, soweit sie sich gegen die Versagung des Ersatzes eines Verdienstaufschadens richtet. 40

Im Einzelnen ist folgendes auszuführen: 41

I. 42

Schmerzensgeld 43

1. 44

Die Überprüfung des angefochtenen Schmerzensgelderkenntnisses beschränkt sich nicht auf die durch das Landgericht vorgenommene Ermessensausübung. Das Berufungsgericht muss ohne Bindung an die Ermessensausübung des erstinstanzlichen Gerichts, allerdings im Rahmen seiner Bindung an die Tatsachenfeststellung gemäß § 529 Abs. 1 ZPO, selbst über die Zumessung des im Einzelfalls nach § 847 BGB a.F. angemessenen Schmerzensgeldes befinden. Auch nach der Reform des Rechtsmittelrechts hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Schmerzensgelderkenntnis auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob es überzeugt. Hält das Berufungsgericht die Entscheidung bei Berücksichtigung aller Gesichtspunkte nicht für sachlich überzeugend, so darf und muss es nach eigenem Ermessen einen eigenen, dem Einzelfall angemessenen Schmerzensgeldbetrag finden. Es darf sich nicht darauf beschränken, die Ermessensausübung der Vorinstanz auf Rechtsfehler zu überprüfen (BGH VersR 2006, 710; dem in ständiger Rechtsprechung folgend der Senat, z.B. Urteil vom 23. April 2007, I-1 U 6/07). 45

2. 46

47

Bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes ist grundsätzlich die Doppelfunktion des Anspruchs zu berücksichtigen. Er soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für die erlittenen immateriellen Schäden sowie die Genugtuung für das erlittene Unrecht verschaffen. Dabei steht bei Straßenverkehrsunfällen die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes im Vordergrund. Bemessungsgrundlagen im Rahmen des § 87 Abs. 1 BGB a.F. sind Ausmaß und Schwere der psychischen und physischen Störungen, das Alter des Verletzten, seine persönlichen Verhältnissen, das Maß der Lebensbeeinträchtigung, die Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, die Dauer der stationären Behandlung, die Arbeitsunfähigkeit, die Unübersehbarkeit des weiteren Krankheitsverlaufs und die Fraglichkeit der endgültigen Heilung, das Fortbestehen dauernder Behinderungen oder Entstellungen, sowie der Grad der Verschuldensbeiträge (BGH NJW 1998, 2741 ff.; Senatsurteile vom 17. September 2001, 1 U 30/01; vom 14. November 2005, 1 U 78/05; vom 23. April 2007, I-1 U 6/07; vom 17. November 2008, I-1 U 249/06).

3.	48
Die unfallbedingten Verletzungen sind im angefochtenen Urteil zutreffend dargestellt.	49
a)	50
Unstreitig ist, dass die Klägerin bei dem Unfall am XXX ein HWS-Schleudertrauma sowie eine Thoraxprellung erlitten hat. Weiterhin ist nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Landgerichts davon auszugehen, dass sich als Folge dieser Primärverletzungen eine chronische Schmerzsymptomatik und eine psychische Störung entwickelt hat, welche die Klägerin in ganz erheblichem Maße in ihrer Lebensführung beeinträchtigt und zu einer Erwerbsunfähigkeit geführt hat.	51
b)	52
Die weiter beklagten Beschwerden der Klägerin – Gleichgewichtsstörungen, Hörstörungen, Tinnitus sowie Kribbelparästhesien der Hände – sind nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme in Verbindung mit den vorliegenden ärztlichen Stellungnahmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) ebenfalls unfallbedingt eingetreten. Die entsprechenden Diagnosen wurden jeweils zeitnah zum Unfallgeschehen gestellt. Alternativursachen sind weder vorgetragen noch ersichtlich, so dass – wie bereits das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt hat – unter Berücksichtigung der der Klägerin insoweit zugute kommenden Beweiserleichterungen des § 287 ZPO davon auszugehen ist, dass diese Beschwerden unfallfallursächlich sind. Der Einwand der Beklagten, nach dem Gutachten des Sachverständigen XXX sei die Unfallursächlichkeit auszuschließen, verfängt nicht. Abgesehen davon, dass der Sachverständige XXX Orthopäde ist und mithin nicht über die gleiche Sachkunde verfügt wie ein HNO-Facharzt, verkennt der Sachverständige, dass für die Frage ob die beklagten Beschwerden unfallursächlich sind, alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind und eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt. Nach den Ausführungen des Zeugen Dr. XXX, des HNO-Arztes, der die Klägerin zeitnah zum Unfall untersucht hat, litt sie zu dieser Zeit an Gleichgewichtsstörungen, einem verminderten Hörvermögen und einem Tinnitus. Diese Beschwerden hat der Zeuge Dr. XXX auf das Unfallereignis zurückgeführt, weil solche Beschwerden vorher nicht bekannt waren. Dieser Auffassung hat sich auch der sachverständige Zeuge Prof. Dr. XXX angeschlossen. Da eine Alternativursache für die beklagten Beschwerden von dem Sachverständigen XXX nicht aufgezeigt wird, ist zumindest eine Mitursächlichkeit des Unfallereignisses überwiegend wahrscheinlich.	53

c)		55
	Hingegen lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die beklagte Harninkontinenz unfallbedingt eingetreten ist	
	Dass die am 11. Juni 1997 durchgeführte Harninkontinenz-Operation auf das Unfallereignis vom XXX zurückzuführen ist, lässt sich nicht feststellen. Die Klägerin hat sich wegen solcher Beschwerden erstmals im Mai 1997, mithin 2 Jahre nach dem Unfallgeschehen in medizinische Behandlung begeben. Vor dem Hintergrund, dass die Klägerin wegen der zahlreichen weiter geklagten Beschwerden jeweils zeitnah zum Unfall fachärztlichen Rat gesucht hat, spricht dies dafür, dass die Beschwerden nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen sondern erst deutlich später aufgetreten sind. Auch unter Berücksichtigung der zugunsten der Klägerin greifenden Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO ist ein unfallursächlicher Zusammenhang nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als eine durch eine Gebärmutter senkung bedingte Blasenschwäche – insbesondere ein unbeabsichtigter Harnabgang beim Husten und Niesen – bei Frauen im Alter der Klägerin häufig schicksalsbedingt auftritt.	56
d)		57
	Ebenso wenig kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die Klägerin bei dem Unfall eine Gehirnerschütterung erlitten hat. Anzeichen einer Gehirnerschütterungen treten typischerweise in einem engen zeitlichen Zusammenhang auf, so dass sie der primären Diagnostik in der Regel nicht entgehen. Anlässlich der stationären Erstbehandlung im Marien-Krankenhaus in XXX vom 18. bis zum 19. Mai 1995 zeigten sich aber keine Zeichen einer Gehirnerschütterung. In dem Bericht vom 19. Mai 1995 ist das ausdrücklich festgehalten. Soweit der Neurologe und Psychiater Dr. XXX in seinem Bericht vom 12. Juli 1995 eine solche als Unfallfolge diagnostiziert, erschließt sich nicht, wie er dies 2 Monate nach dem Unfall festgestellt haben will. Erst recht kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin einen Gehirnfarkt erlitten hat. Ihrem Vorbringen lässt sich schon nicht entnehmen, wann dieser aufgetreten sein soll und welche Folgen sich daraus für die Klägerin ergeben haben sollen.	58
e)		59
	Zweifelhaft ist darüber hinaus die Behauptung der Klägerin, sie habe durch den Unfall knöcherne Verletzungen im Bereich der Hals- oder Brustwirbelsäule, insbesondere eine Ruptur der Flügelbänder erlitten. Der erstbehandelnde Arzt hat eine Röntgenuntersuchung und eine Computertomographie der Halswirbelsäule veranlasst. Eine knöcherne Verletzung ließ sich hierbei nicht feststellen. Auch in der vier Wochen nach dem Unfall am 19. Juni 1995 durchgeführten Kernspintomographie der radiologischen Praxis Dres. XXX und XXX ergab sich kein solcher Befund. Erstmals im Befundbericht des Radiologen Dr. XXX vom 18. Juni 1996 (Bl. 35 f. d.A.) – 13 Monate nach dem Unfall – wird die "Abbildung einer inkompletten Ruptur mit Narbenbildung" des linken Flügelbandes" beschrieben.	60
	Dass diese Folge bei den umfangreichen, zeitnah zum Unfallereignis stattgefundenen Untersuchungen unerkannt geblieben sein soll, hält der Senat für unwahrscheinlich.	61
4.		62
		63

Im Rahmen seiner eigenen Ermessensentscheidung kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld deutlich übersetzt ist. Dies gilt selbst für den Fall, dass man die von der Klägerin behaupteten knöchernen Verletzungen, insbesondere eine Ruptur der Flügelbänder als Unfallfolge ansähe. Denn an dem Bild einer chronischen Schmerzsymptomatik und einer psychischen Störung, welche die Klägerin erheblich beeinträchtigt und zu einer Erwerbsunfähigkeit geführt hat, ändert die Annahme einer solchen Verletzung nichts. Bei vergleichbaren Verletzungen hat die einschlägige Judikatur Schmerzensgelder in einer Größenordnung zwischen 25.000 € und 40.000 € zuerkannt. Beispielfhaft sei insoweit auf die Entscheidungen des OLG Saarbrücken vom 14. März 2006, 4 U 326/03 – 5/05; des BGH vom 30. April 1996, VI ZR 55/95; des OLG Karlsruhe vom 20. Mai 2005, 14 U 101/03; des OLG Schleswig vom 14. November 2003, 9 U 138/00 und des LG Siegen vom 29. September 1999, 5 O 92/04 (zitiert aus Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge 2009, 27. Auflage, lfd. Nrn. 2317, 2325, 2442, 2552 und 2578) verwiesen.

Der Senat verkennt nicht, dass die Klägerin durch das Unfallereignis in gravierender Weise mit beträchtlichen Schmerz- und Bewegungsbeeinträchtigungen verletzt worden ist und die bis heute fortdauernden Beeinträchtigungen schwerwiegend sind und zur Erwerbsunfähigkeit geführt haben. Gleichwohl erscheint dem Senat unter Berücksichtigung aller Umstände ein Schmerzensgeld von 40.000,00 € angemessen aber auch ausreichend. Höhere Beträge werden in der Regel nur bei noch gravierenderen Verletzungsbildern, insbesondere dem Verlust von Gliedmaßen oder dem Zusammentreffen von körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen gewährt. Zudem wirkt sich schmerzensgeldmindernd aus, dass bei der Klägerin Vorschäden vorlagen, die bereits vor dem Unfallereignis Beschwerden verursacht haben. Dies hat das Landgericht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes gänzlich unberücksichtigt gelassen, wie die Anschlussberufung zutreffend rügt. Richtig ist insoweit zwar, dass eine besondere Schadensanfälligkeit des Verletzten aufgrund von Vorschäden und Vorerkrankungen haftungsrechtlich dem Schädiger zuzurechnen ist. So ist die volle Haftung auch in Fällen bejaht worden, in denen der Schaden auf einem Zusammenwirken körperlicher oder psychischer Vorschäden und der Unfallverletzung beruhte (BGH NJW 1996, 2425 ff.). Da der Verletzte aber nur Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld hat, für dessen Festsetzung nach § 847 BGB a.F. Billigkeitsgesichtspunkte maßgebend sind, kann es bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes durchaus geboten sein, zu berücksichtigen, dass die zum Schaden führende Handlung des Schädigers eine bereits vorhandene Schadensbereitschaft in der Konstitution des Geschädigten ausgelöst hat und die Gesundheitsbeeinträchtigungen Auswirkungen dieser Schadensanfälligkeit sind (BGH, NJW 1962, 243 f.; BGH NZV 1997, 69 f.; BGH NJW 1996, 2425 ff.). Dies gilt auch für seine psychische Veranlagung und die auf ihr beruhenden Risiken (BGH NZV 1998, 65 f.).

64

Bei der Klägerin lagen sowohl physische als auch psychische Vorschäden vor. So zeigten sich in den beiden zeitnah zum Unfall eingeholten Kernspintomographien deutliche Degenerationserscheinungen mit älteren Bandscheibenvorfällen. Diese haben ausweislich der vorliegenden Unterlagen auch schon vor dem Unfallereignis zu Beschwerden geführt. So ist dem Bericht des Neurologen und Psychiaters Dr. XXX vom 5. September 1995 zu entnehmen, dass "die bestehende Neigung der Klägerin zu Nackenverspannungen" noch stärker geworden sei (Bl. 23 d. A.).

65

Darüber hinaus war die Klägerin auch bereits vor dem Unfallereignis vom 18. Mai 1995 wegen psychischer Probleme in Behandlung. Dies ergibt sich zum einen aus den Stellungnahmen des Dr. XXX vom 12. Juli 1995 und 6. Mai 1996. Hierin heißt es

66

auszugsweise:

- "Meine Untersuchungen zeigten, dass es sich um eine Commotio cerebri handelt, um eine psychovegetative Erschöpfung, die gerade vorher ausgeheilt und die durch den Unfall neu aufgerufen wurde..." (Bl. 21 d.A.) 67
- "In psychischer Hinsicht zeigt sich die Pat. wieder sehr depressiv, wehleidend, müde und auch erschöpft" (Bl. 22 d.A.)
- "Die sonst bestehende Depression hat sich durch die Erkrankung sekundär noch mehr verschlechtert." (Bl. 176 d.A.).

Soweit die Klägerin unter Vorlage einer Bescheinigung des Dr. XXX vom 9. Juli 2008 vorträgt, dieser habe sich "geirrt", eine "richtige" psychische Störung habe vor dem Unfall nicht vorgelegen, es habe lediglich eine rasch abklingende Reaktion auf Probleme im Privatleben gegeben (Bl. 867 ff. d.A.), ist dies ersichtlich falsch. Denn neben den eindeutig anders lautenden Stellungnahmen und Berichten des Dr. XXX vom 12. Juli 1995 und 6. Mai 1996 ergibt sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. XXX, welches im Rahmen des Verfahrens der Klägerin gegen die Berufsgenossenschaft vor dem Sozialgericht XXX eingeholt wurde, dass bei der Klägerin im Frühjahr 1992 eine länger bestehende Depression aufgetreten war. Diese machte sogar eine stationäre Behandlung erforderlich, bei der indes eine ausreichende Besserung nicht erzielt werden konnte (Bl. 228 d.A.). 68

Mithin ist hier sowohl eine körperliche als auch eine psychische Prädisposition schmerzensgeldmindernd zu berücksichtigen. Dies hat das Landgericht nicht bedacht. 69

5. 70

Angesichts dessen erscheint ein Entschädigungsbetrag von 40.000,00 € angemessen, aber auch ausreichend. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Unfall durch den Fahrer des bei der Beklagten versicherten Fahrzeuges zum Unfallzeitpunkt stark alkoholisiert war sowie des nur zögerlichen Regulierungsverhalten der Beklagten hinsichtlich des Schmerzensgeldes. 71

a) 72

Unter Berücksichtigung der vorprozessualen Zahlung der Beklagten von 8.000 DM (entsprechend 4.090,34 €) verbleibt ein Saldo von 35.909,66 €. Soweit die Klägerin erstmals im Berufungsverfahren behauptet, ihr sei nur eine Schmerzensgeldzahlung von 5.000 DM erinnerlich, ist dieses Vorbringen neu und nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Abgesehen davon setzt sie sich mit dieser Behauptung in Widerspruch zu ihrem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen, wonach vorprozessual 8.000 DM gezahlt worden seien. Beispielfhaft wird insoweit auf die entsprechenden Ausführungen in der Klageschrift verwiesen (Bl. 9 d.A.). 73

b) 74

Von dem Betrag von 35.909,66 € ist ein weiterer Abzug in Höhe von 2.055,97 € vorzunehmen. In Höhe dieses Teilbetrages ist die Forderung der Klägerin durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit überzahlter Mehrwertsteuer erloschen, §§ 387, 389 BGB. Dass die Beklagte auf die materiellen Schadenspositionen einen Mehrwertsteueranteil von 4.021,13 DM (= 2.055,97 €) geleistet hat, ergibt sich aus den von ihr vorgelegten Unterlagen. So hatten die damaligen Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit Schreiben vom 28. August 75

1995 zum unverzüglichen Ersatz der Bruttobeträge aufgefordert (Bl. 207 d.A.). Eine entsprechende Abrechnung nahm die Klägerin am 19. September 1995 vor (Bl. 208 d.A.). Dieser Abrechnung ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Auf die Zahlung der Mehrwertsteuer hatte die Klägerin indes keinen Anspruch, da sie als Selbstständige zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Der Beklagten stand daher in Höhe der geleisteten Überzahlung ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 BGB zu, mit dem sie die Aufrechnung nach § 388 BGB erklärt hat.

Unter Berücksichtigung des zur Aufrechnung gestellten Betrages ergibt sich danach ein Schmerzensgeldanspruch der Klägerin in Höhe von noch 33.853,69 €. 76

c) 77

Auf eine weitergehende Kürzung dieses Betrages wegen eines Verstoßes der Klägerin gegen die ihr obliegende Pflicht zur Schadensminderung beruft sich die Beklagte hingegen ohne Erfolg. 78

Richtig ist zwar, dass sich die Klägerin nicht der von der Sachverständigen Dr. XXX vorgeschlagenen Therapiemaßnahme unterzogen hat. Die Beklagte verkennt jedoch, dass die Klägerin ausweislich der vorliegenden Unterlagen mehrerer Fachärzte und Kliniken konsultiert hat. Dabei hat sie zahlreiche Schmerzmedikationen ausprobiert und sich sogar stationär in einer Schmerzklinik behandeln lassen, ohne dass die erhoffte Besserung der Symptomatik eingetreten wäre. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vermag der Senat daher nicht zu erkennen, zumal die Sachverständige XXXf ausgeführt hat, dass eine Schmerzstörung insgesamt nur bedingt beeinflussbar ist (Bl. 615 d.A. = S. 18 des Gutachtens). 79

II. 80

Weitergehender Zinsanspruch 81

Das weitere Zinsbegehren der Klägerin unterliegt ebenfalls der Zurückweisung. Ein Verzug mit Wirkung ab dem 18.05.1995 lässt sich nicht feststellen. Auf § 849 BGB kann sich die Klägerin nicht berufen, da von dieser Regelung körperliche Schäden nicht umfasst sind. 82

Das mit der Berufungsbegründung erstmals vorgelegte Schreiben der damaligen Anwälte der Klägerin vom 20.08.1996 bzw. 12.11.1997 rechtfertigt ebenfalls keinen Zinsanspruch vor dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Diese Schreiben genügen nicht den Anforderungen an § 284 Abs. 1 BGB a.F., da sie bezüglich des Schmerzensgeldverlangens keine eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten. 83

III. 84

Verdienstaufschaden 85

Die Berufung der Klägerin hat auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Versagung des Ersatzes eines Verdienstaufschadens wendet. Das Landgericht hat entgegen der Auffassung der Klägerin bei der Beurteilung der Darlegungslast der Klägerin die durch §§ 287 Abs. 1 ZPO, 252 Satz 2 BGB gewährten Erleichterungen nicht verkannt und zu Recht den geltend gemachten Verdienstaufschaden abgewiesen. 86

1. 87

88

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf es bei selbständig Tätigen zur Beantwortung der Frage, ob diese einen Verdienstaufschaden erlitten haben, der Prüfung, wie sich das von ihnen betriebene Unternehmen ohne den Unfall voraussichtlich entwickelt hätte (BGH VersR 1992, 973 ff.; VersR 1993, 1284 f.; NJW 2001, 1640 f.; NJW 2004, 1945 ff.).

2. 89

Das Landgericht geht dabei zutreffend davon aus, dass sowohl § 287 ZPO als auch § 252 BGB für die Schadensberechnung die schlüssige Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen verlangen. Für die Schadensschätzung nach diesen Vorschriften benötigt der Richter als Ausgangssituation greifbare Tatsachen, da sich nur anhand eines bestimmten Sachverhaltes sagen lässt, wie sich die Dinge ohne das Schadenereignis weiterentwickelt hätten. Die Tatsachen, die seine Gewinnerwartung wahrscheinlich machen, muss der Geschädigte im Einzelnen darlegen und beweisen. Die erleichterte Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 287 Abs. 1 ZPO lässt eine völlig abstrakte Berechnung eines Erwerbsschadens, auch in Form eines "Mindestschadens" nicht zu (vgl. BGH NJW 2004, 1945 ff.; VersR 1995, 469 f.; VersR 1991, 179 ff.; OLG München, Urteil vom 29. Juni 2007, 10 U 4379/01). 90

3. 91

Auf dieser Grundlage hat das Landgericht zu Recht die Angaben der Klägerin als unzureichend zur Feststellung eines Verdienstaufschadens angesehen. Die Klägerin hat nur lückenhafte und zudem sich widersprechende Unterlagen vorgelegt, welche als Ausgangs- bzw. Anknüpfunggrundlage für eine Schadensschätzung ungeeignet sind. 92

a) 93

So hat die Klägerin zunächst Jahresabschlüsse bzw. Kontennachweise für die Jahre 1994 bis 1996 betreffend das Restaurant "XXX" vorgelegt, die einen Gewinn von 4.296,44 DM für 1994, von 1.824,51 DM für 1995 und von 13.726,48 DM für 1996 ausweisen. Hingegen ergibt sich aus dem – wiederum nur unvollständig – vorgelegten Betriebsprüfungsbericht für das Restaurant "XXX" vom 13. Juli 1998 für 1994 ein Gewinn von 23.464,57 DM und für 1995 ein solcher von 26.938,18 DM. Zahlen für 1996 liegen nicht vor. 94

b) 95

Auch betreffend das Restaurant "XXX", an dem die Klägerin zu 50% beteiligt war, sind sowohl der Vortrag der Klägerin als auch die vorgelegten Unterlagen widersprüchlich. So weist der Jahresabschluss für 1994 einen Gewinn von 55.006,15 DM und der Kontennachweis für 1995 einen Gewinn von 27.900,57 DM aus. Hingegen lag der Gewinn nach dem auszugsweise vorgelegten Betriebsprüfungsbericht vom 15. Juli 1998 für das Jahr 1994 bei 269.125,69 DM und für 1995 bei 193.011,98 DM. Eine Erklärung für diese stark voneinander abweichenden Zahlen liefert die Klägerin nicht. 96

c) 97

Der Senat sieht sich außerstande, die Zahlen zu prüfen. Die Klägerin hat trotz mehrfacher deutlicher Hinweise in erster Instanz weder die vollständigen Berichte noch die ausweislich des Prüfungsberichts erteilten Steuerbescheide vorgelegt. Vielmehr hat sie erklärt, weitere Unterlagen lägen weder ihr noch ihrem damaligen Steuerberater vor. Dem Beweisantritt der 98

Klägerin auf Vernehmung ihres Steuerberaters als Zeugen oder Einholung eines Sachverständigengutachtens war und ist daher nicht nachzugehen, dies liefe auf eine bloße Ausforschung hinaus. Auch bestand keine Veranlassung, der Klägerin nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf ihren Schriftsatz vom 9. Februar 2009 eine Frist zur Vorlage weiterer Unterlagen zu gewähren.

Ebenso wenig bietet der Schriftsatz vom 12. Februar 2009 und die damit vorgelegte Bestätigung des Steuerberaters XXX Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Die vorgelegte Bescheinigung führt ohne nähere Erläuterung lediglich die sich bereits aus dem Betriebsprüfungsbericht vom 15. Juli 1998 ergebenden Zahlen auf. Soweit der Steuerberater XXX Bezug nimmt auf eine abweichende Bestätigung des Finanzamtes XXX vom 4. Februar 2009 hat die Klägerin diese nicht vorgelegt. 99

d) 100

Eine genaue Prüfung der Zahlen und ihrer Grundlagen ist – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – vorliegend zur Ermittlung einer Schätzgrundlage unentbehrlich. Dies gilt umso mehr, als der Vortrag der Klägerin sich in diesem Punkt als lückenhaft und widersprüchlich, zum Teil sogar als ersichtlich falsch erweist. So hat sie z.B. aus dem Verkauf ihrer Anteile am Restaurant "XXX" ausweislich des Betriebsprüfungsberichts einen Reingewinn 140.346,00 DM erzielt. Nach ihrem Vortrag soll hingegen von einem Verkaufspreis von 120.000,00 DM nichts übrig geblieben sein, weil dieser aufgezehrt worden sein soll für eine Haftungsfreistellung von Verbindlichkeiten. Unterlagen hierzu legt die Klägerin nicht vor. Betreffend der von der Berufsgenossenschaft erbrachten Leistungen hat die Klägerin erst auf mehrere Vorhalte seitens der Beklagten und auf eine entsprechende Aufforderung des Landgerichts den Erhalt von 2.300,00 DM eingeräumt. Ausweislich einer von der Beklagten vorgelegten Kostenaufstellung (Bl. 210 d.A.) hat sie aber 2.464,00 DM ausgezahlt bekommen. 101

Zudem hat die Klägerin lediglich Unterlagen bis zum Jahr 1996 vorgelegt. Zur Beurteilung der weiteren Entwicklung wären aber auch Unterlagen zumindest für das Jahr 1997 erforderlich gewesen, worauf ebenfalls sowohl seitens des Erstgerichts als auch seitens der Beklagten hingewiesen worden ist. 102

4. 103

Abgesehen davon ergibt sich aber bereits aus den fragmentarisch vorgelegten Unterlagen, dass die Gewinne seit 1991 kontinuierlich rückläufig waren. Wodurch es zu dem Rückgang gekommen ist, lässt sich mangels Vorlage von Unterlagen nicht prüfen, worauf die Beklagte zu Recht hinweist. Im Hinblick darauf, dass sich bereits lange vor dem Unfall eine negative Gewinnentwicklung abzeichnete liegt der Verdacht nahe, dass die Ursache hierfür konjunkturbedingte Ereignisse waren. 104

Bei dem Restaurant "XXX", in welchem die Klägerin "höchstpersönlich ganztätig" tätig war (Bl. 323 d.A.), ist nach den sich aus dem Betriebsprüfungsbericht ergebenden Zahlen im Jahr 1995, in dem sich der Unfall ereignete, sogar ein höherer Gewinn zu verzeichnen, als im Vorjahr. Soweit die Klägerin geltend macht, die Gewinnsituation habe sich nur deswegen verbessert, weil sie im Jahre 1996 von ihrem Neffen 10.000,00 DM erhalten habe und 30.000,00 DM aus dem Veräußerungserlös des Restaurants "XXX" eingebracht habe, lässt sich dies nicht anhand der vorgelegten Unterlagen nicht nachvollziehen. Zwar lässt sich dem Kontennachweis für 1996 ein "Darlehen XXX" in Höhe von 10.000,00 DM entnehmen (Bl. 105 d.A.). Allerdings ist dieses auch bereits in dem Kontennachweisen für 1994 und 1995 105

enthalten, so dass das Vorbringen der Klägerin ersichtlich unrichtig ist. Eine Einlage von 30.000,00 DM für das Jahr 1996 ist den Unterlagen nicht zu entnehmen. Abgesehen davon würde sich die behauptete Mitbilanzierung von Darlehen keineswegs positiv auf der Gewinnseite niederschlagen, wie die Klägerin offenbar meint. Vielmehr wären etwaige Darlehen auf der Passivseite zu bilanzieren mit der Folge, dass sich der Gewinn reduzieren und nicht erhöhen würde.

Abgesehen davon bestätigen die vorgelegten Zahlen bereits Jahre vor dem Unfall ein deutlicher Gewinnrückgang. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine unfallbedingte Gewinnminderung lässt sich danach auch unter Berücksichtigung der der Klägerin zugute kommenden Beweiserleichterungen der §§ 287 Abs. 1 ZPO, 252 Satz 2 BGB nicht feststellen. Ebenso gut kann die negative Entwicklung konjunkturell bedingt gewesen sein und sich der Betrieb der Restaurant als unwirtschaftlich erwiesen haben. So hat die Klägerin im Schriftsatz vom 18.03.2002 (Bl. 323 f. d.A.) selbst zugestanden, die "äußerst schlechte Geschäftslage in Bochum und Gelsenkirchen sei für die Umsatzentwicklung nicht förderlich" gewesen. Für die nach Ansicht der Klägerin vorzunehmende Schätzung eines Mindestschadens ist daher kein Raum, da dieser anhand der vorliegenden Unterlagen nicht ermittelt werden kann.

106

5.

107

Darüber hinaus hat die Klägerin aber auch ihrer Schadensminderungspflicht nicht genügt. Denn sie ist – im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren – verpflichtet, ihren Betrieb zur Minderung des Schadens gegebenenfalls mit fremder Hilfe aufrecht zu erhalten (Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 9. Auflage, Rn. 151). Dies hat sie aber offensichtlich nicht getan.

108

a)

109

Hinsichtlich des Restaurants "XXX" hat sich die Klägerin schon nach ihrem eigenen Vortrag nicht um eine Ersatzkraft bemüht. Es ist auch nicht dargetan, dass die von der Klägerin behauptete Einkaufs- und Abrechnungstätigkeit (Bl. 323 d.A.) nicht auch von einer solchen Ersatzkraft anstelle der Klägerin hätte erledigt werden können. Die Erforderlichkeit eines persönlichen Einsatzes der Klägerin bezüglich dieser Tätigkeiten lässt sich nicht nachvollziehen.

110

b)

111

Betreffend das Restaurant "XXX" liegen die Dinge anders. Insoweit behauptet die Klägerin, eine Ersatzkraft eingestellt zu haben und legt einen Arbeitsvertrag für einen Geschäftsführer vom 31.07.1996 vor (Bl. 167 f.). Allerdings lässt die behauptete Einstellung eines Geschäftsführers zu einem monatlichen Entgelt von 6.800,00 DM nicht mit den vorliegenden Unterlagen in Übereinstimmung bringen. Der vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung für 1994, dem Jahr vor dem Unfall, sind Personalkosten von 113.810,00 DM zu entnehmen. Im Jahr 1995 sanken die Personalkosten bereits auf 92.202,04 DM und 1996 sogar auf nur noch 77.071,37 DM. Mithin haben sich diese im Restaurant "XXX" ganz erheblich reduziert, was in Widerspruch zu der Behauptung der Klägerin steht, es sei eine Ersatzkraft eingestellt worden. Denn danach wären in der Zeit nach dem Unfall, jedenfalls aber ab Mitte 1996 höhere Personalkosten zu erwarten gewesen. Allein die Kosten für den eingestellten "Geschäftsführer" hätten ausweislich des vorgelegten Arbeitsvertrages (Bl. 150 f.) für das Jahr 1996 (August bis Dezember) 34.000,00 DM ausgemacht. Im Vergleich zu den Zahlen der Vorjahre wären daher sogar nur noch ca. 33.000,00 DM an Personalkosten angefallen,

112

mithin 1/3 der Kosten des Vorjahres. Die Tatsache, dass das Restaurant "XXX" offenbar mit deutlich weniger Personal geführt werden konnte und trotz deutlich reduzierter Personalkosten der Gewinn weiterhin rückläufig war, gibt Anlass zu der Annahme, dass es die konjunkturelle Entwicklung war, die das Betreiben des Restaurants unwirtschaftlich gemacht hat.

Es kann dahinstehen, ob die Klägerin – wie erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen – das Restaurant "XXX" zum 30.11.1997 schließen musste. Denn es lässt sich jedenfalls nicht feststellen, dass die Schließung deswegen erfolgte, weil die Klägerin unfallbedingt nicht mehr in der Lage war, das Restaurant zu führen. So wurden über das Jahr 1996 hinaus bezeichnender Weise keine Unterlagen vorgelegt. Wie sich das Restaurant nach der behaupteten Einstellung der Ersatzkraft oder auch ohne eine solche im Jahr 1997 weiterentwickelt hat, ist daher nicht ersichtlich. 113

6. 114

Schließlich scheidet die Schätzung eines Mindestschadens auch daran, dass die Klägerin – bis auf eine, zudem der Höhe nach unrichtig angegebene, Zahlung der Berufsgenossenschaft in Höhe von 2.300,00 DM – keine Angaben dazu macht, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe sie Leistungen Dritter erhalten hat. Etwaig erhaltene Zahlungen müsste die Klägerin sich nämlich anrechnen lassen, bzw. wäre insoweit gar nicht aktiv legitimiert. 115

Auffällig ist insoweit, dass die Klägerin sich trotz mehrfacher Aufforderungen der Beklagten beharrlich zu dem von ihr geführten Verfahren gegen die Berufsgenossenschaft ausschweigt. Dass es ein solches Verfahren überhaupt gibt bzw. gegeben hat, hat auch nicht die Klägerin selbst vorgetragen. Vielmehr folgt dies aus dem von ihr vorgelegten Gutachten des Dr. XXX (Bl. 223 ff. d.A.), welches dieser im Rahmen eines Verfahrens "XXX ./. XXX" vor dem Sozialgericht XXX zu dem Aktenzeichen XXX erstattet hat. Dass die Klägerin in diesem Rahmen Leistungsansprüche gegen die Berufsgenossenschaft gestellt hat, folgt auch aus den von der Beklagten vorgelegten Schreiben der Berufsgenossenschaft vom 1. März 1996 (Bl. 206 d.A.), 1. Juli 1997 (Bl. 169 d. A.) und 1. Juli 1998 (Bl. 170 d.A.). 116

So meldete die Berufsgenossenschaft mit Schreiben vom 1. März 1996 Ansprüche nach § 116 SGB X bei der Beklagten an. Mit Schreiben vom 1. Juli 1997 teilte sie mit, bislang Leistungen in Höhe von 2.464,00 DM erbracht zu haben und dass weitere Aufwendungen voraussichtlich noch zu erwarten seien. Im Schreiben vom 1. Juli 1998 bat die Berufsgenossenschaft um Zurückstellung der Angelegenheit, da ein Klageverfahren vor dem Sozialgericht Dortmund anhängig sei. 117

Angesichts dessen hätte es der Klägerin obliegen, konkrete Angaben zum Stand bzw. Ausgang des Verfahrens vor dem Sozialgericht zu machen. Dies hat sie trotz entsprechender Aufforderungen durch das Landgericht und die Beklagte nicht getan. 118

Mangels hinreichender Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen vermag daher auch der Senat einen entgangenen Gewinn – nicht einmal in Form eines Mindestschadens – festzustellen. 119

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 120

V. 121

122

Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, liegen nicht vor.

VI. Der Streitwert für das Berufungsverfahren insgesamt beträgt 268.943,14 €. Hiervon entfallen 228.887,17 € auf die Berufung der Klägerin und 40.055,97 € auf die Anschlussberufung der Beklagten.

123