
Datum: 22.09.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 37/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0922.5U37.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 25 O 109/97

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten sowie die Anschlussberufung der Klägerin wird das am 20.1.1999 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln -25 O 109/97- teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst: Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.000,-DM sowie 3.961,20 DM nebst 4 % Zinsen von 3.961,20 DM für den Zeitraum vom 14.3.1997 bis zum 31.7.1997 und 9,1 % Zinsen von 3.961,20 DM seit dem 1.8.1997 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen. Die weitergehende Berufung und die weitergehende Anschlussberufung werden zurückgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 37 % und der Beklagte 63 %. Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin 69 % und der Beklagte 31 %. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

1. 2
- Die zulässige Berufung des Beklagten ist nur hinsichtlich des angegriffenen Feststellungsausspruchs begründet; im übrigen hat sie in der Sache keinen Erfolg. 3
- Den Rückzahlungsanspruch den geleisteten Eigenanteil der Klägerin betreffend hat das Landgericht auch nach Auffassung des Senats in der auf die überzeugenden Ausführungen des eingeholten Gutachtens gegründeten Annahme einer im wesentlich unbrauchbaren Leistung des Beklagten zutreffend bejaht. 4

Die erstmals jetzt erhobenen Angriffe des Beklagten gegen das Gutachten sind verspätet und gemäß § 528 Abs. 1 ZPO nicht mehr zuzulassen.	5
Dem Beklagten ist erstinstanzlich nach Übersendung des Gutachtens vom Landgericht unter ausdrücklichem Hinweis auf §§ 411 Abs. 4, 296 Abs. 1 und 4 ZPO eine noch mehrfach verlängerte Einwendungsfrist gesetzt worden, die ohne jede Begründung nicht wahrgenommen worden ist. Selbst als das Landgericht, worauf die Klägerin jetzt zutreffend hinweist, in seinem schon nach Fristablauf am 08.07.1998 erfolgten Hinweisbeschluss vom 25.08.1998 ausdrücklich hervorgehoben hat, dass der Beklagte dem Ergebnis der Beweisaufnahme wohl in Ansehung der Richtigkeit der Begutachtung nicht mehr entgegengetreten sei, ist anschließend keine Kritik des Beklagten am Gutachten mehr erfolgt.	6
Die Voraussetzungen von § 528 Abs. 1 ZPO, wonach neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gesetzten Frist nicht vorgebracht worden sind, nur zuzulassen sind, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde, liegen deshalb vor mit der Folge, dass der Beklagte mit seinen jetzigen Einwendungen gegen die Begutachtung von Dr. Kühn nicht mehr gehört werden kann. Die jetzt begehrte Einholung eines weiteren (ergänzenden) Gutachtens oder auch nur die ergänzende mündliche Anhörung des Sachverständigen würde die Erledigung des Rechtsstreits naturgemäß verzögern; die jetzigen Behauptungen des Beklagten, das vom Sachverständigen herangezogene undatierte Röntgenbild stamme nicht von Dr. M., außerdem habe er die festgestellten Keramikabsplitterungen nicht zu vertreten, würden eine Beweisaufnahme dazu unumgänglich machen, denn die Klägerin hat Dr. M. als Zeugen für die Richtigkeit der diesbezüglichen Annahmen des Sachverständigen benannt.	7
Der Beklagte hat auch keine genügende Entschuldigung gemäß § 528 Abs. 1 ZPO für die verspäteten Einwendungen dargetan. Trotz eines entsprechenden Hinweises der Klägerin in ihrer Berufungserwiderung vom 15.07.1999 ist seitens des Beklagten hierzu nichts weiter vorgetragen worden. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass etwa erst in der Berufungsinstanz neue Erkenntnisse hinsichtlich einer Kritikwürdigkeit des Gutachtens gewonnen werden konnten, die erstinstanzlich noch nicht zur Verfügung gestanden hätten.	8
Soweit der BGH gefordert hat, dass das Berufungsgericht auf einen verspäteten Antrag einer Partei auf Erläuterung oder	9
Ergänzung des erstinstanzlich eingeholten Gutachtens zu prüfen habe, ob der Sachverständige von Amts wegen zur Erläuterung des Gutachtens zu laden gewesen wäre (vgl. BGH in NJW-RR 1997, 1487; Zöller-Greger, ZPO, 21. Auflage, Randnummer 5 a zu § 411), erachtet der Senat das Gutachten als so klar und einleuchtend, dass eine Erläuterung von Amts wegen ganz sicher nicht geboten war.	10
Ergänzend weist der Senat daraufhin, dass die -verspäteten- Einwendungen des Beklagten gegen das Sachverständigengutachten auch in der Sache ohnehin nicht erheblich sind.	11
Die inhaltliche Kritik des Beklagten am Gutachten von Dr. Kühn beschränkt sich nämlich darauf, einige wenige Punkte, die mit den Feststellungen weiterer mit "Sanierungsmaßnahmen" bei der Klägerin befaßt gewesener Zahnärzte nicht vollständig in Übereinstimmung stehen, hervorzuheben. Soweit der Sachverständige hinsichtlich einiger der aufzuklärenden Punkte auf mangelnde Dokumentation und Nachprüfbarkeit hingewiesen hat, macht dies entgegen der Ansicht des Beklagten deutlich, dass der Sachverständige sich dieses Umstands durchaus bewußt gewesen ist und seine Feststellungen deshalb auch ausdrücklich mit entsprechenden Einschränkungen versehen getroffen hat. Gleichwohl hat er	12

sehr überzeugend eine Vielzahl doch ganz eindeutig festzustellender Mängel aufgelistet, sodass der sichere Rückschluss auf eine dadurch bedingte insgesamt vorliegende Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Versorgung durch den Beklagten auch nach Auffassung des Senats ohne weiteres gerechtfertigt erscheint.

Entgegen der Annahme der Beklagten konnte der Sachverständige die in Rede stehende Röntgenaufnahme sehr wohl zeitlich einordnen (Praxis Dr. M., 27.08.1996). 13

Auch unter Berücksichtigung der vom Sachverständigen selbst eingeräumten Aufklärungseinschränkungen ergeben sich folgende von ihm sicher getroffenen Feststellungen: 14

1. nicht nachbesserungsfähige überkonturierte Kronenränder zu- 15

mindest an 5 Kronen (17, 16, 26, 35, 48) 16

2. insgesamt zu breite paradontalhygienisch unzureichende Unterkieferbrücken 17

3. mangelhafte Vorversorgung vor Überkronung des Zahns 23 18

4. allenfalls unzureichende Beseitigungsmöglichkeit der links 19

bestehenden Nonocclusion 20

5. durch den unzureichenden Randschluss bedingte Blutungsneigung. 21

Diesen Feststellungen vermag die Berufungsbegründung nichts Substantiiertes entgegenzuhalten. 22

Unabhängig von der Verspätung des Beklagtenvortrags gibt dieser deshalb auch inhaltlich keinen Anlass zu weiterer Sachaufklärung. 23

Die Berufung des Beklagten ist aber begründet, soweit sie sich gegen die zugunsten der Klägerin ausgesprochene Feststellung seiner Einstandspflicht für weitere materielle Schäden richtet. 24

Ihren Feststellungsantrag hinsichtlich des angeblich noch zu besorgenden immateriellen Schadens hat die Klägerin in der Berufungsinstanz ausdrücklich nicht weiterverfolgt. 25

Ihr darüberhinausgehender Feststellungsantrag hinsichtlich des materiellen Zukunftsschadens ist unzulässig, weil die Klägerin -und zwar von Anfang an- insoweit einen bezifferten Zahlungsantrag hätte stellen können und müssen. 26

Unwidersprochen stehen die Kosten für die erforderlich gewordene Nachbehandlung nämlich bereits seit langem fest. Unabhängig davon, wie das Landessozialgericht über die Frage entscheiden wird, ob und in welchem Umfang die Klägerin die Kosten der -privat veranlassten- Nachbehandlung von ihrer gesetzlichen Krankenkasse erstattet verlangen kann oder nicht, lässt sich jedenfalls der im Rahmen einer grundsätzlich als erstattungsfähig anzusetzenden Sanierungsmaßnahme anfallende Eigenanteil problemlos ermitteln. Die Klägerin gesteht denn auch in ihrer Berufungserwiderung zu, dass sich unabhängig vom Ausgang des Verfahrens der gegebenenfalls fiktiv zu errechnende Eigenanteil jedenfalls doch zwanglos errechnen lasse. Die danach geltend zu machende Differenz beider Eigenanteile ist deshalb ohne weiteres ermittelbar; unstreitig hat die Rechnung des nachbehandelnden 27

Arztes auch bereits vor Klageerhebung vorgelegen mit der Folge, dass das Feststellungsbegehren von Anfang an unzulässig war.

2.	28
Die unselbständige Anschlussberufung der Klägerin ist ebenfalls zulässig, in der Sache aber nur hinsichtlich des geltend gemachten Zinsanspruchs erfolgreich.	29
Die zeitliche Erweiterung des Zinsanspruchs auf den Zeitraum vom 14.03. bis zum 01.07.1997 ist begründet; das vorgelegte Mahnschreiben vom 7.3.1997 genügt den Anforderungen an eine wirksame Inverzugsetzung zum 14.03.1997.	30
Auch den ab 1.8.1997 geltend gemachten erhöhten Zinssatz von 9,1 % hat das Landgericht zu Unrecht zurückgewiesen. Kann nämlich die Klägerin zu Recht die Rückzahlung zum begehrten Zeitpunkt verlangen, hätte sie sodann das Geld zur Verfügung gehabt und es hätte zur Finanzierung weiterer Geldausgaben jedweder Art und Ursache keiner Kreditaufnahme bedurft.	31
Unbegründet ist die Anschlussberufung dagegen, soweit die Klägerin damit -teilweise im Wege einer Klageerweiterung- eine Erhöhung des ausgerichteten Schmerzensgeldbetrags um weitere 4.000,-- DM begehrt.	32
Der vom Landgericht als Schmerzensgeld in Ansatz gebrachte Betrag von 8.000,00 DM erscheint angesichts der geschilderten Beschwerden und erforderlichen Nachbehandlungen auch nach Auffassung des Senats angemessen und ausreichend; der von der Klägerin herangezogene Umstand, dass der Beklagte ihrer Ansicht nach uneinsichtig weiterhin die Auffassung verteidigt, er habe weitgehend mängelfrei gearbeitet, rechtfertigt für sich gesehen keine Anhebung.	33
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.	34
Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 12.961,20 DM	35
Wert der Beschwer: für beide Parteien unter 60.000,-DM	36