

Titel:

Verdienstausfall nach ärztlicher Krankschreibung - freiberufliche Krankengymnastin

Normenkette:

BGB § 249, § 252

ZPO § 287

Leitsätze:

1. Dem Geschädigten, dem nach erlittener Verletzung eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erteilt wird und der deshalb berechtigterweise seine Arbeitsunfähigkeit annimmt und deshalb nicht arbeitet, kann hierdurch ein ersatzfähiger normativer Schaden (Gewinnentgang) entstehen. Anderes kann gelten, wenn eine ärztliche Bescheinigung in für den Geschädigten deutlich erkennbarer Weise unzutreffend ist, etwa weil sie auf unwahren eigenen Angaben des Geschädigten gegenüber dem Arzt beruht, oder ein Gefälligkeitsattest vorliegt. (Rn. 21)

2. Zur Berechnung des entgangenen Gewinns bei einer freiberuflichen Krankengymnastin. (Rn. 22 – 27)

Schlagworte:

Verkehrsunfall, Schadensersatzanspruch, Nutzungsausfallentschädigung, Sachverständigenkosten, Arbeitsunfähigkeit, ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Gefälligkeitsattest, entgangener Gewinn, freiberuflicher Krankengymnast

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 09.11.2018 – 8 O 306/17

Fundstellen:

VersR 2021, 57

VRS, 115

LSK 2020, 31265

NJOZ 2021, 616

BeckRS 2020, 31265

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 09.11.2018, Az. 8 O 306/17, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

aa) 215,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.10.2016, sowie weitere Zinsen in genannter Höhe aus 6.373,39 € für den Zeitraum vom 11.05.2016 bis 14.07.2016 und aus 3.406,39 € für den Zeitraum 15.07.2016 bis 24.08.2016,

bb) weitere 2.319,61 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 03.12.2016 und cc) weitere 413,64 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 11.01.2017 zu zahlen.

b) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz trägt der Kläger 46% und trägt die Beklagte 54%. Von den Kosten des Rechtsstreits in der ersten Instanz trägt der Kläger 60% und trägt die Beklagte 40%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 4.814,47 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen (§ 540 Abs. 2 mit § 313a Abs. 1 ZPO).

II.

2

Die zulässige Berufung des Klägers hat im tenorierten Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet und war demgemäß zurückzuweisen.

3

Der Kläger macht gegenüber der beklagten Kfz-Haftpflichtversicherung weitere, teils aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau behauptete Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 16.02.2016 geltend. Die volle Einstandspflicht der Beklagtenseite dem Grunde nach ist unstreitig. Für die in der Berufung geltend gemachten Schadensposten gilt im Einzelnen:

4

1. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung nur in Höhe von 215,00 € zu.

5

a) Der Bundesgerichtshof bejaht in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Entschädigung für den Fortfall der Nutzungsmöglichkeit von Kraftfahrzeugen (BGH, Urteil vom 23.01.2018 - VI ZR 57/17, juris Rn. 7 m. w. N.). Die Zuerkennung der Entschädigung ist davon abhängig, dass der Eigentümer sein Fahrzeug in der fraglichen Zeit benutzen wollte und hierzu in der Lage war. Darüber hinaus muss die Entbehrung der Nutzung auch deshalb „fühlbar“ geworden sein, weil der Geschädigte das Fahrzeug mangels eines weiteren geeigneten Kraftfahrzeugs für seine alltägliche Lebensführung wirklich gebraucht hat (BGH aaO, Rn. 8 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen für die Zeit, in der dem Kläger kein Mietwagen zur Verfügung stand, vor. Insbesondere spricht die Rückgabe des Mietwagens nach Wertung des Senats nicht gegen den Nutzungswillen. Die Nutzung des Mietwagens belegt zunächst vielmehr den Bedarf und den Willen zur Fahrzeugnutzung. Nachdem ausweislich des eingeholten Gutachtens des Sachverständigen C. die Wiederbeschaffungsdauer und damit die Dauer, für die die Mietwagenkosten von der gegnerischen Versicherung regelmäßig übernommen werden, mit 14 Tagen angegeben war, stellte die Rückgabe des Mietwagens nach Ablauf dieses Zeitraums eine verständliche Maßnahme der Schadensminderung dar. An dem fortbestehenden Nutzungswillen des einzigen Familienfahrzeugs bei zwei berufstätigen Erwachsenen (Kläger und seine Ehefrau) hat der Senat dabei keine vernünftigen Zweifel.

6

b) Der Anspruch besteht in Höhe von 215,00 €. Der Kläger hat den Fahrzeugschaden auf der Basis des Wiederbeschaffungsaufwandes nach dem von ihm eingeholten Gutachten abgerechnet. Es würde zu einer grundsätzlich unzulässigen Kombination von fiktiver und konkreter Abrechnung führen, wenn der Fahrzeugschaden einerseits fiktiv abgerechnet wird und andererseits dem Anspruch für die Nutzungsausfallentschädigung nicht die objektiv erforderliche Ausfalldauer zugrunde gelegt würde, sondern die tatsächliche Dauer (OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.07.2019 - 5 U 696/19, juris Rn. 25). Der Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung besteht somit für die Dauer einer notwendigen Reparatur oder Wiederbeschaffung zuzüglich der Zeit für die Schadensfeststellung und ggf. einer angemessenen Überlegungszeit (BGH, Urteil vom 05.02.2013 - VI ZR 363/11, juris Rn. 22). Rechnet der Geschädigte seinen Schaden - wie hier - fiktiv ab, kommt es dabei maßgeblich auf die objektiv erforderliche Dauer der im Gutachten zugrunde gelegten Reparatur oder Ersatzbeschaffung an (BGH, Urteil vom 17.03.1992 - VI ZR 226/91, juris Rn. 15; Urteil vom 15.07.2003 - VI ZR 361/02, juris Rn. 9; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 24.07.2008 - 5 W 154/08 - 58, juris Rn. 18 f.; OLG München, Urteil vom 13.09.2013 - 10 U 859/13, juris Rn. 7; OLG Hamburg, Urteil vom 27.10.2004 - 14 U 112/03, juris Rn. 7; OLG Brandenburg, Urteil vom 15.01.2019 - 2 U 49/17, juris Rn. 32; OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.07.2019 - 5 U 696/19, juris Rn. 21). Konkret eingetretene Verzögerungen bleiben demgegenüber außer Betracht.

7

Darüber hinaus bezieht sich die erforderliche Wiederbeschaffungsdauer nur auf ein gleichwertiges Fahrzeug. Kauft der Geschädigte aus freien Stücken - wie hier - ein höherwertiges Fahrzeug als er es nach den Grundsätzen des Schadensrechts ersetzt verlangen könnte, so kann er Nutzungsausfall nur bis zu dem Zeitpunkt beanspruchen, der für eine Unfallreparatur oder die Ersatzbeschaffung eines gleichwertigen Gebrauchtwagens angefallen wäre (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.07.2019 - 5 U 696/19, juris Rn. 26 m. w. N.). Ein dem verunfallten Pkw vergleichbares Ersatzfahrzeug wäre ausweislich des Gutachtens in der angegebenen Zeit für 8.000 € zu beschaffen gewesen. Nach der Aussage der Zeugin G. vor dem Senat war das aber auch - ohne dass es nach dem Ausgeführten darauf ankäme - der Betrag, den der Kläger aus eigenen Mitteln hätte aufbringen können, ohne eine Finanzierung in Anspruch zu nehmen. Eine durch die Klärung der Finanzierung entstandene Verzögerung beruht auf der Entscheidung des Klägers und seiner Ehefrau, nunmehr qualitativ höherwertigeres und neueres Fahrzeug zu erwerben. Die Entscheidung, sich gegenüber der vor dem Unfall bestehenden Situation fahrzeugtechnisch zu verbessern, ist dem Unfall schadensrechtlich nicht zuzurechnen.

8

Zur reinen Wiederbeschaffungsdauer von 14 Tagen hinzuzurechnen sind zwei Tage bis zur Kenntnis des Gutachtens und drei Tage Überlegungsfrist (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.07.2019 - 5 U 696/19, juris Rn. 21). Bei den sich daraus ergebenden 19 Tagen bestand für 14 Tage keine fühlbare Beeinträchtigung, weil dem Kläger insoweit ein Mietwagen zur Verfügung stand (vgl. Anlage K 3). Die Höhe des Ersatzanspruchs für den Nutzungsausfall für die verbliebenen fünf Tage beträgt 43 € pro Tag. Der Kläger nimmt zwar einen Tagessatz von 50 € an (Gruppe F). Die Beklagte verweist aber mit Recht darauf, dass das verunfallte Fahrzeug des Klägers über fünf Jahre alt war (Anlage K 1, S. 2: Erstzulassung 04/2009), weshalb eine Herabstufung um eine Gruppe vorzunehmen ist. Nach der auch vom Kläger als Schätzgrundlage herangezogenen Nutzungsausfalltabelle von Eurotax Schwacke wird bei einem Fahrzeug, das älter ist als fünf Jahre eine tiefere Klasse (Gruppe E = 43 €) herangezogen (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2004 - VI ZR 357/03, juris Rn. 13 f.). Hieraus errechnet sich der Klägeranspruch von 215 € (43 € x 5 Tage).

9

2. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Ersatz der weitergehenden außergerichtlichen Sachverständigenkosten nicht zu.

10

a) Der vom Kläger vorgerichtlich beauftragte Sachverständige C. hat dem Kläger für seine Begutachtung des Unfallwagens 1.291,98 € in Rechnung gestellt. Das Landgericht hat nur 1.048,39 € als ersatzfähig angesehen, was dem arithmetischen Mittel des HB V Korridors der BVSK-Honorarbefragung 2015 entspricht. Der Kläger verlangt die Differenz von 243,59 €, weil es insoweit eine Honorarvereinbarung mit dem Sachverständigen gegeben habe.

11

b) Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend den klägerischen Anspruch verneint.

12

aa) Die Voraussetzungen der vom Landgericht herangezogenen Methode zur Schadensschätzung liegen allerdings nicht vor. Nach ständiger Rechtsprechung des Landgerichts Nürnberg-Fürth richtet sich die Höhe des erforderlichen Honorars eines Sachverständigen dann, wenn ein Honorar nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, nach § 632 Abs. 2 BGB; es ist dann also die übliche Vergütung geschuldet. Hierbei kann die übliche Vergütung anhand der BVSK-Honorarbefragung ermittelt werden (vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urteile vom 19.05.2020 - 2 O 7690/19, BeckRS 2020, 12535 Rn. 24; vom 16.07.2015 - 8 O 7943/13, juris Rn. 35 m. w. N.). Der Kläger hat aber vorgetragen, und darauf stützt sich auch die Berufung, dass er mit dem Sachverständigen eine Honorarvereinbarung getroffen habe, wozu das Landgericht keine Feststellungen getroffen hat.

13

bb) Darauf kommt es aber letztlich nicht an, weil - wie auch das Landgericht zutreffend erkannt hat - der Kläger trotz entsprechenden Bestreitens der Beklagten nicht vorgetragen hat, dass er die Rechnung des Sachverständigen bereits bezahlt hat. Damit ist der Klägervortrag zu diesem Posten unschlüssig. Der Geschädigte kann vom Schädiger nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden

Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheinen. Der bloßen Vorlage der Rechnung des Sachverständigen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dabei aber keine Indizwirkung für den erforderlichen Herstellungsaufwand zu. Danach bildet nicht schon der vom Sachverständigen in Rechnung gestellte Betrag als solcher, sondern allein der vom Geschädigten in Übereinstimmung mit der Rechnung tatsächlich erbrachte Aufwand einen Anhalt zur Bestimmung des zur Herstellung erforderlichen Betrags im Sinn von § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB (BGH, Urteil vom 29.10.2019 - VI ZR 104/19, juris Rn. 15 m. w. N.).

14

3. Die Kostenpauschale ist vom Landgericht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats mit 25 € zutreffend angesetzt. Der weitergehenden Berufung bleibt insoweit der Erfolg versagt.

15

4. Die Berufung wegen der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Klägers ist unbegründet, weil der materiell geschuldete Betrag (729,23 €) an den Kläger bereits ausgezahlt worden ist.

16

Der Kläger errechnete seine vorgerichtlichen Kosten aus einem Streitwert von 10.099,98 €. Dieser Streitwert ist nicht nachvollziehbar. Vorgerichtlich hat der Klägervertreter die Beklagte mit Schreiben vom 22.04.2016 und weiterem Schreiben vom 28.06.2016 aufgefordert, an den späteren Kläger 8.121,98 € bzw. 9.154,98 € zu bezahlen. Hierauf zahlte die Beklagte in zwei Teilbeträgen insgesamt 7.406,39 €. Von den vorgerichtlich zuletzt geltend gemachten 9.154,98 € erweisen sich materiell auch diese 7.406,39 € als berechtigt, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat. Der letztgenannte Betrag setzt sich zusammen aus folgenden Posten: Wiederbeschaffungsaufwand 5.300 €, Gutachten 1.048,39 €, Schadenspauschale 25 €, Abschleppkosten 200 €, Mietwagen 833 €. Die Nutzungsausfallentschädigung i. H. v. 950 € - diesen Mehrbetrag könnte der Kläger bei seiner Streitwertberechnung vor Augen gehabt haben - wurde nicht vorgerichtlich geltend gemacht, sondern erstmalig in der Klage eingefordert. Sie kann daher bei der Berechnung des vorgerichtlichen Streitwerts nicht angesetzt werden.

17

Hiervon ausgehend hat das Landgericht die Rechtsanwaltsgebühren von 729,23 € zutreffend errechnet (1,3-Geschäftsgebühr 592,80 €, Auslagen 20 €, Umsatzsteuer 141,63 €).

18

5. Dem Kläger stehen aus abgetretenem Recht 2.319,61 € für den entgangenen Gewinn seiner Ehefrau zu.

19

a) Der Anspruch dem Grunde nach ist gegeben. Anders als das Landgericht gemeint hat, steht eine Primärverletzung der Zeugin G. zur Überzeugung des Senats fest. Unerheblich ist in dem Zusammenhang, ob bei der Zeugin eine HWS-Distorsion nachgewiesen werden kann, woran angesichts der Ausführungen der Sachverständigen Dr. B. in ihrem schriftlichen Gutachten vom 22.07.2017 Zweifel bestehen könnten. Ausreichend und tatbestandsmäßig ist bereits die Feststellung etwa glaubhaft begründeter starker Nacken- und Kopfschmerzen, denn auch diese stellen eine Rechtsgutverletzung dar (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.2020 - VI ZR 435/19, juris Rn. 20).

20

An diesem Maßstab gemessen hat der Senat keine Zweifel daran, dass die Zeugin unfallbedingt Kopfschmerzen und Schulter-Nacken-Beschwerden davongetragen hat, die sich nach dem ersten Schock bei ihr ausgebildet haben. Weiterhin hat sie in den Tagen nach dem Unfall Gedächtnisausfälle und Wortfindungsstörungen berichtet. Die Schulter-Nacken-Beschwerden hätten bis über die Zeit ihrer Krankschreibung angedauert und träten bei Belastung auch heute noch auf. Von einem früheren Unfall und seinen damaligen, ähnlichen Folgen abgesehen habe die Zeugin vor dem streitgegenständlichen Unfall derartige Beschwerden nicht gehabt. Der Senat hat an der Wahrheitsgemäßheit dieser Ausführungen der Zeugin keine Zweifel. Sie entsprechen dem früheren Bericht der Zeugin, die diese gegenüber der Sachverständigen Dr. B. über die Unfallfolgen gegeben hat und entsprechen auch den erstinstanzlichen Angaben der Zeugin in diesem Prozess. Der Senat konnte bei seiner Befragung keine Tendenz der Zeugin zur Dramatisierung oder Aggravation ihrer Befunde erkennen. Die Zeugin hat ihre Beschwerden für den Senat nachvollziehbar und überzeugend dargelegt; sie sind mit dem objektiven Unfallhergang und der Art

der Kollision vereinbar. Infolge dieser Beschwerden ist die Zeugin bis 13.03.2016 arbeitsunfähig krankgeschrieben worden.

21

Allein mit letzterem ist an sich der Beweis, dass bis zum 13.03.2016 krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorlag, vorliegend bereits erbracht. Dies ergibt sich schon daraus, weil demjenigen, der berechtigterweise auf die ihm bescheinigte Arbeitsunfähigkeit vertraut und deshalb nicht arbeitet, hierdurch ein ersatzfähiger normativer Schaden entsteht, wenn infolge erlittener Verletzungen eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorliegt (BGH, Urteil vom 23.06.2020 - VI ZR 435/19, juris Rn. 21). Etwas anderes mag gelten, wenn eine ärztliche Bescheinigung in für den Geschädigten deutlich erkennbarer Weise unzutreffend ist, etwa weil sie auf unwahren eigenen Angaben des Geschädigten gegenüber dem Arzt beruht, oder gar ein Gefälligkeitsattest vorliegt; für beides bestehen aber vorliegend keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr hat der Senat an der Richtigkeit der Schilderung der Zeugin G. wie bereits ausgeführt keine Zweifel. Die gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. B. hat in ihrem Gutachten die Arbeitsunfähigkeit für den genannten Zeitraum ausdrücklich bestätigt.

22

b) Ersatzfähig ist nicht der entgangene Umsatz, sondern der entgangene Gewinn. Zwar ist die Terminologie des Klägersvertreters zu diesem Schadensposten uneinheitlich („Gewinnverlust“, „Umsatz“, „entgangene Einnahmen“, „Einnahmeverlust“, „Gewinnausfall“, „Gewinneinbußen“; vorgerichtlich war von „Verdienstausfall“ die Rede), aus dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen ist aber zu entnehmen, dass der entgangene Gewinn (§ 252 BGB) der Zeugin, abgetreten an den Kläger, geltend gemacht wird. Das ergibt sich aus der Einleitung des entsprechenden Punktes in der Klageerweiterung, wo der „Schaden in Form eines Gewinnverlustes“ eingeklagt und derart berechnet wird, dass die prognostischen Einnahmen in der Zeit der Arbeitsunfähigkeit der Zeugin addiert und davon die 30%-Beteiligung („Umlage“) an den von ihr erzielten Umsätzen für den Praxisinhaber abgezogen werden. Die Beklagte hat den Klägervortrag demgemäß - wie auch der Senat - dahin verstanden, dass er auf Ersatz des entgangenen Gewinns gerichtet war. Dieser ist unter Heranziehung von § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO zu ermitteln. Dafür muss der Geschädigte soweit wie möglich konkrete Anhaltspunkte für die erforderliche Prognose dartun. Doch dürfen insoweit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, Urteil vom 09.11.2010 - VI ZR 300/08, juris Rn. 17 m. w. N.).

23

Die Berechnung des entgangenen Gewinns der Zeugin auf der Grundlage der Auskunft der Steuerberaterin A., wonach die Zeugin werktätig Einnahmen von durchschnittlich 253,03 € erwirtschaftet hätte (brutto: 361,46 € abzgl. Umlage von 30%), was für 19 Werktage Einnahmen von 4.807,57 € bedeute, erscheint dem Senat allerdings nicht ausreichend tragfähig, weil sie letztlich allein auf dem Kalender der Zeugin über anstehende - tatsächlich unfallbedingt nicht durchgeführte - Termine beruht. Nach aller Lebenserfahrung kommt es allerdings regelmäßig zu Ausfällen oder Verlegungen von Behandlungsterminen, die kurzfristig nicht ausgeglichen werden können und in der Sphäre der Patienten begründet liegen. Damit ist es nicht wahrscheinlich, dass alle vereinbarten Termine auch durchgeführt (und bezahlt) worden wären. Als Schätzgrundlage sind daher nach Auffassung des Senats die nachträglich erstellten Gewinnermittlungen zuverlässiger, denen die tatsächlich durchgeführten und abgerechneten Behandlungen zugrunde liegen, so dass sich daraus belegbare Rückschlüsse ziehen lassen.

24

Die vorgelegten Gewinnermittlungen ergeben folgendes Bild:

| | 2015 | 2016 | 2017 |
|-----------|-------------|-------------|-------------|
| Einnahmen | 44.614,66 € | 42.459,44 € | 50.223,76 € |
| Ausgaben | 15.163,23 € | 14.881,27 € | 15.879,57 € |
| Gewinn | 29.451,43 € | 27.578,17 € | 34.344,19 € |

25

Der der Zeugin zustehende modifizierte entgangene Gewinn gem. § 252 BGB entspricht - abweichend von der eigenen Berechnung des Klägers, wonach die komplette „Umlage“ von dem Gewinn abzuziehen war - dem Deckungsbeitrag, der sich aus der Addition von Gewinn und Fixkosten ergibt, die auf den fraglichen Zeitraum entfallen (vgl. zur Berechnung Horak, DAR 2013, 762, 765). Der Vortrag des Klägers zur Abgrenzung der variablen und fixen Kosten war nicht konkret. So ist in der Berufungsbegründung von „weitgehend gleichbleibenden Betriebsausgaben“ die Rede, im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom

26.10.2020 dann: „...sind bei den Ausgaben im Grunde ausschließlich Ausgaben benannt, welche selbstverständlich das gesamte Jahr anfallen“. Diese Einordnung trifft aber ersichtlich nicht für alle Positionen zu, die in den vorgelegten Gewinnermittlungen als Ausgaben enthalten sind. So liegt etwa auf der Hand, dass Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte sowie Familienheimfahrten während der Arbeitsunfähigkeit nicht anfallen. Abschreibungen für Abnutzungen (AfA) sowie fiktive Kosten für die betriebliche Nutzung eines Kraftfahrzeugs im Privatvermögen können zwar steuerrechtlich aus Vereinfachungsgründen unabhängig von der tatsächlichen Abnutzung bzw. Nutzung vorgenommen werden, sie stellen aber schadensrechtlich für Zeiten, in denen die entsprechende (Ab) Nutzung nicht stattfindet, nicht ersetzt werden. Schließlich ist bei der Instandhaltung von Werkzeugen, die für Physiotherapie relevant sind, nicht ersichtlich, dass diese gänzlich unabhängig von der tatsächlichen Nutzung erforderlich wird. Des weiteren enthält die Gewinnermittlung von Jahr zu Jahr vergleichsweise stark schwankende „verschiedene Kosten“, die unter anderem Telefon, Bürobedarf, Abschluss- und Prüfungskosten, sowie weitere auch im Kontennachweis nicht mehr näher aufgeschlüsselten „sonstigen Betriebsbedarf“ und „sonstige betriebliche Kosten“ enthalten. Der Senat legt hier für seine Schätzung nach § 287 ZPO zugrunde, dass der Fixkostenanteil bei den „verschiedenen Kosten“ bei 80% liegt.

26

Der Senat schätzt auf der Grundlage vorstehender Überlegungen den Deckungsbetrag (Gewinn + Fixkosten) auf 43.764,96 € jährlich (Durchschnittsberechnung aus den Gewinnermittlungen 2016 bis 2018, unter Berücksichtigung, dass bei der Gewinnermittlung für das Jahr 2016 unfallbedingt ein Monatsumsatz fehlt, d. h. die jährlichen Betriebseinnahmen ohne den Unfall hier auf 46.319,39 € hochzurechnen sind, und Fixkosten nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen).

27

Der Kläger macht den Gewinnentgang der Zeugin für 19 Werktage geltend. Die Anzahl der Arbeitstage betrug im Jahr 2016 in Bayern 250. Sie errechnen sich aus 366 Kalendertagen abzüglich 53 Samstagen, 52 Sonntagen sowie 11 gesetzlichen Feiertagen, die nicht auf das Wochenende fielen. Abzuziehen sind weiter 30 Urlaubstage, sodass an 220 Werktagen ein Verdienst erzielt werden konnte. Ausgehend vom genannten Dreijahresschnitt bedeutet das 3.779,70 € für 19 Werktage. Da die Ersatzleistung für entgangene Einnahmen nach § 24 Nr. 1a EStG den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 1 EStG zugerechnet wird und damit der Einkommensteuer unterliegt, war schadensrechtlich kein Abzug für bislang - nur vorläufig - ersparte Einkommensteuer vorzunehmen.

28

Abzuziehen ist aber das Verletztengeld i. H. v. 1.260,09 €, das die Zeugin von der Techniker Krankenkasse erhalten hat. Verletztengeld erhalten nach § 45 Abs. 1 SGB VII durch einen Unfall i. S. d. § 2 SGB VII Verletzte, wenn sie infolge des Versicherungsfalles arbeitsunfähig sind oder wegen einer Maßnahme der Heilbehandlung eine ganztägige Erwerbstätigkeit nicht ausüben können. Grundsätzlich ist der Geschädigte Inhaber des Anspruchs auf Ersatz seines Schadens. Allerdings findet nach § 116 Abs. 1 SGB X ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den leistenden Sozialversicherungsträger statt, sodass der Kläger in der Höhe des geleisteten Verletztengeldes keinen Anspruch mehr hat.

29

Bei dem danach verbleibenden Restbetrag von 2.519,61 € ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Abzug wegen Steuerersparnis für das Verletztengeld zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 28.09.1999 - VI ZR 165/98, juris); dieses unterliegt anders als der Schadensersatzanteil nicht der Einkommensteuer, § 3 Nr. 1 Buchstabe a EStG, was auszugleichen ist. Die Steuerersparnis schätzt der Senat auf 200,00 €, so dass zu diesem Posten letztlich 2.319,61 € zuzusprechen sind.

30

6. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten der Ehefrau des Klägers sind i. H. v. 413,64 € zu ersetzen. Zugrunde liegt ein Streitwert von 3.520,28 € für berechtigte Forderungen für Schmerzensgeld (1.000,00 €), Attest und Heilbehandlung (175,67 €), Schadenspauschale (25,00 €) und entgangenen Gewinn (2.319,61 €). Hieraus errechnen sich vorgerichtliche Anwaltskosten unter Zugrundelegung einer 1,3-Geschäftsgebühr.

31

7. Die Zinsentscheidung in Nr. 1.a.aa des Tenors war im Verhältnis zur vom Landgericht zutreffend getroffenen Entscheidung - auf Teil A.I.5 der Entscheidungsgründe wird zur Meidung von Wiederholungen verwiesen - nur insoweit zu ergänzen, als die vom Senat weiter zugesprochenen 215 € für den

Nutzungsausfall zu berücksichtigen waren. Wie das Landgericht, meint der Senat auch, dass der Beklagten eine Prüfungsfrist zu gewähren war. Im Übrigen folgen die Zinsentscheidungen aus §§ 288, 286 BGB.

III.

32

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

33

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

34

3. Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Soweit Rechtsfragen bedeutsam waren, folgt der Senat der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung.

35

4. Die Streitwertfestsetzung richtet sich nach §§ 47 GKG, 3, 4 ZPO. Hierzu ist zu bemerken: Soweit vorgerichtliche Kosten als Nebenforderung geltend gemacht werden, ist ihr Wert dem Wert der Hauptforderung nicht hinzuzurechnen. Soweit vorgerichtliche Kosten geltend gemacht werden, die nicht oder nicht mehr Nebenforderung sind, ist ihr Wert dagegen hinzuzurechnen. Vorgerichtliche Kosten sind dann Nebenforderung i. S. d. § 4 ZPO, wenn sie vom Bestand der anhängigen Hauptforderung abhängen. Soweit sie nicht vom Bestand der anhängigen Hauptforderung abhängen, sind sie keine Nebenforderung, sondern selbst Hauptforderung. Hieran gemessen wirkten die in Ziff. I, S. 2 des Berufungsbegründungsschriftsatzes vom 06.02.2019 geltend gemachten weiteren Zinsen streitwerterhöhend, sie betrugen ausgerechnet 68,40 €. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die weiteren Zinsen für 950 € (Nutzungersatz) bereits im Zinsantrag für 1.198,59 €, die den Nutzungersatz beinhalteten, beantragt wurden; sie waren, weil von der Hauptsache abhängig, nicht streitwerterhöhend. Im Übrigen handelte es sich bei den Forderungen gem. den Ziff. II und IV um Nebenforderungen, die den Streitwert nicht erhöhten.