

Steuergestaltung und Betriebswirtschaft

Gründung – Expansion – Sanierung –
Unternehmensnachfolge

Festschrift
für Josef Schlager zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Wolfgang Nadvornik
Herbert Kofler
Bernhard Renner
Reinhard Schwarz

Linde

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die Rechte der Verbreitung, der Vervielfältigung, der Übersetzung, des Nachdrucks und der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege, durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere elektronische Verfahren sowie der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, dem Verlag vorbehalten.

ISBN 978-3-7073-1505-9

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Autoren oder des Verlages ausgeschlossen ist.

© LINDE VERLAG Ges.m.b.H., Wien 2012
1210 Wien, Scheydgasse 24, Tel.: 01/24 630
www.lindeverlag.at

Druck: Hans Jentzsch u Co. Ges.m.b.H.
1210 Wien, Scheydgasse 31

Die Rolle des (betriebswirtschaftlichen) Sachverständigen bei der Ermittlung des Erwerbsschadens eines Selbständigen im Schadensersatzrecht – ein Beitrag zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage

Christian Huber

1. **Einleitung**
 - 1.1. Unterschied zum Arbeitnehmer
 - 1.2. Definition des Selbständigen
 - 1.3. Warum so große Bedeutung
 - 1.4. Heranziehung von deutscher und schweizerischer Literatur und Judikatur
 - 1.5. Abbildung der Dynamik des Geschehens
 - 1.6. Anliegen des Beitrags und persönlicher Bezug zum Jubilar
 - 1.7. Ausklammerung folgender Probleme
2. **Die – legitime – Rolle des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen**
 - 2.1. Beschränkung auf die Ermittlung von (Anknüpfungs-)Tatsachen
 - 2.2. Außergerichtliche Regulierung
 - 2.2.1. Berater bei der Darlegung des eingetretenen Schadens –
Gehilfe des Anwalts des Anspruchstellers
 - 2.2.2. Betrauung durch den Haftpflichtversicherer
 - 2.2.3. Schiedsrichter
 - 2.3. Gerichtlicher Sachverständiger – Gehilfe des Gerichts
3. **(Mechanische) Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen – Tatfragen**
 - 3.1. Terminologische Unterscheidung zwischen Umsatz, Rohgewinn und Reingewinn
 - 3.2. Die unterschiedlichen Bewertungsansätze
 - 3.2.1. Konkret entgangene Geschäfte
 - 3.2.2. Ersatzkraftkosten
 - 3.2.3. Der entgangene Gewinn
 - 3.2.3.1. Die in Betracht kommenden Unterlagen
 - 3.2.3.2. Aufbereitung des sich daraus ergebenden Zahlenmaterials
 - 3.2.3.3. Vereinfachung der Gewinnermittlung durch Abstellen auf Tagessätze
4. **Eckpunkte der normativen Beurteilung – Rechtsfragen**
 - 4.1. Restitution und Kompensation
 - 4.2. Ersatzkraftkosten
 - 4.2.1. Ausgangspunkt: Eine tatsächlich eingestellte Ersatzkraft
 - 4.2.1.1. Einstellung einer Ersatzkraft als keine passende Alternative
 - 4.2.1.2. Ersatz – nur – bei Erfüllung der Schadensminderungsobliegenheit?

- 4.2.1.3. Keine passgenaue Ersatzkraft
- 4.2.2. Rechtlich gleichwertige Konstellationen
 - 4.2.2.1. „Unentgeltliches“ Einspringen von Angehörigen, Mitarbeitern oder Nachbarn bzw Freunden
 - 4.2.2.2. „Überobligationsgemäße“ Mehranstrengung des Verletzten
- 4.3. Der entgangene Gewinn
 - 4.3.1. Die für das österreichische Recht – noch – maßgebliche Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn
 - 4.3.2. Verletzungsbedingter Verlust von Kunden – Entsprechung zum merkantilen Minderwert
 - 4.3.3. Berechnung des Gewinnentgangs nach den Kosten einer – nicht eingestellten und daher fiktiven – Ersatzkraft
 - 4.3.4. Anrechnung von Ersparnissen – Vorteilsausgleichung oder Teil der Schadensberechnung, Auswirkungen auf die Beweislastverteilung
 - 4.3.5. Alterssicherung – zwei Varianten der Berücksichtigung
 - 4.3.6. Besondere Probleme vor und in der Gründungsphase
 - 4.3.6.1. Anforderungen an die Konkretheit einer Unternehmensgründung
 - 4.3.6.2. Besonderheiten der Umsatz- und Gewinnentwicklung
 - 4.3.6.3. Nachhaltig keine Gewinnerzielung – Verweis auf Erwerbseinkommen als Arbeitnehmer

5. Bemessung der Rente

- 5.1. Dynamik der künftigen Entwicklung
 - 5.1.1. Berücksichtigung von Inflation und Wirtschaftswachstum sowie branchenspezifischen Faktoren
 - 5.1.2. Alter des Unternehmens und des Verletzten
- 5.2. Befristung der Rente

6. Verletzungsbedingte Liquidation des Unternehmens

Resümee

Literaturverzeichnis

1. Einleitung

1.1. Unterschied zum Arbeitnehmer

Nahezu jede Erörterung des Erwerbsschadens eines Selbständigen, für den ein Ersatzpflichtiger, meist eine Haftpflichtversicherung, einstandspflichtig ist, verweist darauf, dass die Ermittlung von dessen Umfang besonders schwierig¹ und dabei die Heranziehung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen unabdingbar sei.² Die Ermittlung eines Mindestschadens durch Bezugnahme auf das Entgelt einer vergleichbaren Ersatzkraft – ohne Wenn und Aber³ – hat sich nicht durchgesetzt,⁴ auch nicht für kurzfristige Ausfälle.⁵ Es gilt das Dogma: Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als solche stellt keinen ersatzfähigen Schaden dar.⁶

Anspruchsgrundlage für einen solchen Anspruch ist häufig ein Verkehrsunfall oder ein ärztlicher Kunstfehler.⁷ Die Arbeitskraft des Selbständigen wird dabei zeitweilig oder auf Dauer beeinträchtigt, partiell oder in vollem Ausmaß.

Weshalb bereitet aber die Bezifferung des Erwerbsschadens eines Selbständigen so viel größere Probleme als bei einem Arbeitnehmer? Dafür können mehrere Argumente ins Treffen geführt werden:

- Der Arbeitnehmer erhält für die Bereitstellung seiner Arbeitskraft ein Entgelt, während der Selbständige nicht nach Dauer und Intensität der Betätigung seiner Arbeitskraft entlohnt wird, sondern nach dem erzielten wirtschaftlichen Erfolg.⁸

¹ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 89; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 136; *Jahnke*, in *van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1077.

² *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB³ § 1325 Rz 26; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 12; *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2359; *Himmelreich/Halm/Euler*, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 32; *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62a; *Jahnke*, Der Verdienstausschluss im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 19; *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 135a; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 138; *Schellenberg/Ruf*, in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 120.

³ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 403: Nachweis der relevanten Tatsachen häufig mit kaum überwindbaren Schwierigkeiten verbunden; *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 88 mit Nachweis weiterer Literaturstimmen.

⁴ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 117.

⁵ Dafür Sympathie bekundend aus pragmatischen Gründen *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62; ebenso *Berger*, VersR 1981, 1105: Hinweis auf die Empfehlung des Verkehrsgerichtstages Goslar 1980: zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Beweisaufwands Abrechnung auf Ersatzkraftkosten bei kurzfristigem Ausfall eines Selbständigen, sofern der Geschädigte die Wahrscheinlichkeit eines nicht ganz unbeträchtlichen Arbeitsausfallsschadens beweisen kann.

⁶ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 111; *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 181.

⁷ Eine Übersicht über die Bandbreite der möglichen Haftungsgrundlagen findet sich bei *Ott*, in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 112.

⁸ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 134: Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes des Selbständigen von Nachfrage am Markt abhängig; *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2351: ersatzfähiger Wert der Tätigkeit nach dem betriebswirtschaftlichen Erfolg, nicht nach Dauer und Intensität des Arbeitszeiteinsatzes; *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 104: im Unterschied zum Arbeitnehmer bei Selbständigen nicht Wegfall der Arbeitskraft an sich maßgeblich, sondern Auswirkungen in seinem Vermögen, nicht nach Zeiteinsatz, sondern nach wirtschaftlichem Erfolg.

- Ein Arbeitnehmer erzielt typischerweise ein regelmäßiges Entgelt,⁹ selbst wenn er einen 13. und 14. Bezug bekommt sowie eine Gewinnbeteiligung am Erfolg des Unternehmens, für das er tätig ist.¹⁰ Für einen Selbständigen ist dem gegenüber charakteristisch, dass er unregelmäßige Einkünfte erzielt oder – jedenfalls in einer bestimmten Phase – womöglich gar keine. Zudem besteht keine Gewissheit, dass das einmal erreichte Einkommensniveau auf Dauer gehalten wird;¹¹ freilich ebenso wenig, dass es nicht in Zukunft eine Steigerung erfahren hätte.
- Auch eine wenige Tage andauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität führt bei einem Arbeitnehmer zu einem Erwerbsschaden, der im Regelfall auf Arbeitgeber oder Sozialversicherungsträger weitergewälzt wird. Bei einem Selbständigen führt die kurzzeitige Beeinträchtigung aber unter Umständen zu keinem rechnerischen Schaden;¹² umgekehrt ist es denkbar, dass die Folgen seiner Verletzung sich weit in die Zukunft erstrecken,¹³ wenn der Verletzte nach vollständiger Gesundung seine Tätigkeit wieder aufgenommen hat¹⁴ und es etwa darum geht, dass er verletzungsbedingt Dauerkunden verliert¹⁵ oder potentielle Kunden ihm wegen seiner zeitweiligen Abwesenheit misstrauen und deshalb ihre Nachfrage bei Konkurrenten decken.
- Beim Arbeitnehmer geht es um das ersatzfähige Entgelt, wobei mit relativ einfachen Mechanismen der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung eine Umlegung der Entgeltbestandteile auf die Tage erfolgt, an denen der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht einsetzen konnte.¹⁶ Beim Selbständigen geht es dem gegenüber nicht nur um den entgangenen Gewinn, sondern auch um den Ersatz der weiterlaufenden fixen Kosten. Kann er sein Unternehmen nicht mehr fortführen, kommen weitere Schadensposten in Betracht.¹⁷
- Der Selbständige hat im Vergleich zum Arbeitnehmer, der Weisungen unterliegt und seine Leistung in einer vorgegebenen Arbeitszeit erbringen muss, einen weiter reichenden Gestaltungsspielraum; dem entsprechend ist die Bandbreite dessen, welche Abhilfemaßnahmen ihm gegenüber dem Ersatzpflichtigen abzuverlangen sind, sehr viel größer. Da nur der vom Schädiger verursachte Erwerbsschaden zu ersetzen ist, muss geprüft werden, ob ein Gewinnrückgang oder eine Vergrößerung des Verlustes¹⁸ nicht – partiell – auf andere Ursachen zurückzuführen sind.¹⁹ Im Rahmen der

⁹ Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 108.

¹⁰ Grunsky, DAR 1988, 400: qualitativ andere Problematik.

¹¹ Wussow/Dressler, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 4.

¹² Harrer in Schwimann, Praxiskommentar ABGB³ § 1325 Rz 24; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 108, 112.

¹³ Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 53.

¹⁴ Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 117.

¹⁵ Staudinger/Schiemann, § 252 Rn 41.

¹⁶ Ch. Huber, FS-Dittrich, 411ff.

¹⁷ ZürichKomm³/Landolt, Art 46 Rn 660: Verminderung des Wertes des Unternehmens, wenn kein Ersatz durch einen Betriebsleiter, sowie Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens in Gestalt eines Erschwerungsschadens.

¹⁸ Für dessen Ersatzfähigkeit Staudinger/Schiemann, § 252 Rn 41; Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 124.

¹⁹ Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 53.

Prognose ist dabei auf die Entwicklung der Konjunktur sowie Besonderheiten der Branche zu achten.

1.2. Definition des Selbständigen

Den Selbständigen kann man negativ und positiv umschreiben. Selbständig ist, wer eine Erwerbstätigkeit nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrags ausführt.²⁰ Eine positive Definition erfasst Kaufleute, Freiberufler unter Einschluss von Sportlern und Künstlern²¹ sowie Land- und Forstwirte.

1.3. Warum so große Bedeutung

Der Erwerbsschaden des Selbständigen hat aus mehreren Gründen große Bedeutung:

- Er ist nach einer fremdverschuldeten Körperverletzung zumeist der größte Schadensposten.²² Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse oder der Haushaltsführerschaden sind meist wesentlich geringer; erst recht gilt das für den (Kfz-)Sachschaden.
- Die Vorstellungen von Anspruchsteller und Ersatzpflichtigen liegen häufig beträchtlich aus einander, was weder an der Bösartigkeit des Haftpflichtversicherers noch überzogenen Begehrensvorstellungen des Verletzten liegt.²³
- Der Verletzte muss einen solchen Anspruch in besonders hohem Maß selbst durchsetzen, weil der sozialversicherungsrechtliche Schutz deutlich geringer ausgeprägt ist als bei einem Arbeitnehmer.²⁴ Nach § 132 GSVG gibt es keine dem Erwerbsschaden sachlich kongruente Leistung, sofern die Beeinträchtigung kürzer als 6 Monate ist. Der eingetretene Erwerbsschaden reicht zudem häufig über die Höchstbemessungsgrundlagen des Sozialversicherungsrechts hinaus.

1.4. Heranziehung von deutscher und schweizerischer Literatur und Judikatur

Wenn es sich um eine so bedeutsame Problematik handelt, sollte man meinen, dass es dazu eine reichhaltige oberstgerichtliche Judikatur sowie ein umfassendes Schrifttum gibt. Zum österreichischen Recht stellt man indes fest, dass es in der Literatur bloß kursorische Äußerungen gibt. Und die Judikatur des OGH ist dadurch geprägt, dass Fragen der Schadensberechnung nur in eingeschränktem Maße revisibel sind, sodass auch der Befund der – nahezu ausschließlich veröffentlichten höchstrichterlichen – OGH-Recht-

²⁰ *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46 Rn 699.

²¹ OGH 14.8.2008, 2 Ob 191/07p, ZVR 2010/9 (*Ch. Huber*): Kunstmaler, frei schaffende Künstler nach der Verkehrsauffassung freiberuflich.

²² *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343, 344.

²³ Prototypisch OGH 22.2.2007, 2 Ob 156/06i, ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*): Gaststätten-Komplementär; Angebot 5.000,- €, Begehren 80.000,- €, schließlich Zuspruch ca in der Mitte.

²³ Weder Bösartigkeit des Haftpflichtversicherers noch überzogene Begehrensvorstellungen des Verletzten.

²⁴ Ähnlich der Befund für die Schweiz: *Ott in Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen (2001), 95: wegen des fehlenden UVG-Obligatoriums häufig privat minimal gegen Folgen von Unfall und Krankheit versichert; *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343: ungedeckter Rest kann sehr hoch sein, unter Umständen sogar 100 %.

sprechung nicht übertrieben ergiebig ist.²⁵ Weitere Gründe mögen darin liegen, dass es in Österreich – im Unterschied zu Deutschland und der Schweiz – keine spezialisierten Fachanwälte gibt und namentlich in Ostösterreich viele Konflikte im Kaffeehaus und beim Heurigen amikal beigelegt werden, während anderswo die Gerichte bemüht werden. Ersteres erspart Regulierungskosten, Letzteres befördert das Wissen und die Erfahrung in Bezug auf die anstehenden Probleme; jedenfalls wird ein umfangreicheres Anschauungsmaterial dem Fachpublikum zugänglich.

Es erscheint angezeigt, Literatur und Judikatur der beiden anderen deutschsprachigen Rechtsordnungen, nämlich von Deutschland²⁶ und der Schweiz²⁷, für diesen Beitrag zu verwerten. Während die Bezugnahme auf deutsche Rechtsquellen im österreichischen Schadenersatzrecht ohnehin zum guten Ton gehört, ist das Eingehen auf die Rechtsentwicklung in der Schweiz seltener. Gerade im untersuchten Zusammenhang ist das aber aus folgenden Gründen durchaus lohnend:

Die rechtstatsächlichen Probleme sind naturgemäß ähnlich oder sogar gleich. Die Gesetzeslage der Schweiz ist mit der Deutschlands und Österreichs vergleichbar. Nach einer vom Schädiger zu verantwortenden Körperverletzung ist der Erwerbsschaden zu ersetzen, und zwar nach § 1325 ABGB, § 842f BGB bzw Art 46 Abs 1 OR. Es geht um den Ausgleich der erlittenen Einbuße, die möglichst konkret erfolgen soll. Je weiter der Schaden in der Zukunft liegt, umso bedeutsamer sind statistische Untersuchungen im Rahmen der Prognose. Je gehaltvoller und umfassender diese sind, desto präziser ist das Ergebnis, das sich erzielen lässt. Da der Schädiger den Verletzten in die Lage gebracht hat, dass er Beweisprobleme hat, gilt zugunsten des Anspruchstellers ein Schätzungsbonus. Zwar ist der Geschädigte in Bezug auf den Nachweis des erlittenen Schadens beweisbelastet; aber seine Darlegungslast ist reduziert.²⁸ Es genügt, wenn er brauchbare Anknüpfungstatsachen beweist, die eine richterliche Schadensschätzung gemäß § 273 ZPO, § 252 S 2 BGB sowie § 287 dZPO bzw Art 42 Abs 2 OR ermöglichen sollen.²⁹ Jedenfalls eine „Schätzung ins Blaue“ oder eine, die in der Luft hängt, soll verhindert werden.³⁰ Im Regelfall ist das Vorbringen aber immerhin für die Schätzung eines Mindestschadens ausreichend; aber es kann auch zu einer völligen Abwei-

²⁵ So auch für das deutsche Recht *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690: Schrifttum verhältnismäßig unbedeutend zu dieser Frage; das überraschend, da sich die Praxis täglich mit einschlägigen Fällen zu beschäftigen hat. Ähnlich der Befund zum schweizerischen Recht *Ott in Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen (2001), 95: Judikatur und Literatur spärlich; 109: in Standardwerken und Lehrbüchern zum Haftpflichtrecht keine erschöpfenden Antworten. Zum deutschen und schweizerischen Recht gibt es freilich wesentlich mehr Veröffentlichungen als in Österreich!

²⁶ An Aufsatzliteratur sind für Deutschland zu nennen: *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690ff; VersR 1972, 114ff: Sicht der Haftpflichtversicherer; *Grunsky*, DAR 1988, 400ff: Professor; *Kendel*, zfs 2007, 372ff: Wirtschaftstreuhänder, wenig aussagekräftig, eher Aufsatz, um auf sich aufmerksam zu machen.

²⁷ *Landolt*, Der Unternehmensschaden (2011).

²⁸ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 89; *Ott in Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen (2001), 95, 98: Beweiserleichterung nach Art 42 Abs 2 OR, aber keine Befreiung des Geschädigten von der Beweislast.

²⁹ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 4.

³⁰ *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 691.

sung kommen.³¹ Wie in Österreich ist die trichterliche Ermittlung des Umfangs des Ersatzes nur in beschränktem Ausmaß durch ein Rechtsmittel an das Höchstgericht überprüfbar.³²

Die Unterschiede sind dem gegenüber allenfalls homöopathisch: Im österreichischen Recht ist gemäß §§ 1323f, 1332 ABGB die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn – noch – bedeutsam. Im deutschen Recht gilt ein unterschiedliches Beweismaß zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität, nämlich der Strengbeweis nach § 286 dZPO für erstere und die überwiegende Wahrscheinlichkeit im Rahmen des § 287d ZPO für letztere, wenn also feststeht, dass ein realer Schaden eingetreten ist und es bloß um dessen Ausmaß geht.³³ Im schweizerischen Recht gibt es neben dem Erwerbsschaden noch die Kategorie der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens gemäß Art 46 OR.³⁴

Die Heranziehung der beiden Nachbarrechtsordnungen führt dazu, dass schon deren Begrifflichkeit ein bestimmtes Phänomen mitunter treffender umschreibt. Dazu kommt, dass für das eine oder andere Detailproblem eine höhere Sensibilität besteht. Während deutsche Darstellungen überwiegend aus der Feder von Vertretern der (Haftpflicht-)Versicherungswirtschaft stammen,³⁵ sodass der Akzent darauf liegt, dass dem Geschädigten keinesfalls ein zu hoher Ersatz zuerkannt werden soll,³⁶ zeichnet sich die Schweiz dadurch aus, dass sich auch Betriebswirte³⁷ in die Diskussion einbringen und darüber hinaus auch Vertreter der Geschädigtenseite die literarische Auseinandersetzung bereichern.³⁸ Die Folge ist, dass darauf geachtet wird, dass nicht weniger als die erlittene Einbuße ersetzt wird. Da wie dort wird deutlich, dass der main stream der Literatur Auswirkungen auf die – höchstrichterliche – Rechtsprechung hat.

1.5. Abbildung der Dynamik des Geschehens

Der Selbständige wird zu einem bestimmten Zeitpunkt am Körper verletzt. Bis dahin hat er sein Unternehmen schon mehrere Jahre betrieben oder gerade erst gegründet; womög-

³¹ BGH 16.3.2004, VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945: Assekuranzmakler; trotz Vorhalt durch das Gericht erforderliche Unterlagen aus der Zeit vor und nach dem Unfall nicht vorgelegt; *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 54.

³² *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 692: gegenüber weitgehenden Befugnissen des Trichters Möglichkeiten einer Nachprüfung durch den BGH begrenzt; BGH 10.12.1996, VI ZR 268/95, NZV 1997, 174: Handwerksbetrieb für Kälte- und Klimatechnik, hier Überprüfung bejaht, weil die Entscheidung des BerG in sich widersprüchlich war und ein Verstoß gegen Denkgesetze vorlag; ebenso für die Schweiz *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46 Rn 744.

³³ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht⁵, Kap 33 Rn 3.

³⁴ Zu dieser Schadenskategorie *Schatzmann*, SJZ 2000, 333ff.

³⁵ Als Ausnahme von der Regel sei verwiesen auf *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 (BGH-Richter); *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, [Richter am LG Braunschweig]; *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, [Geschädigtenanwälte]; *Grunsky*, DAR 1988, 400ff (Professor).

³⁶ So explizit *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690ff; VersR 1972, 114ff.

³⁷ *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343ff; *Ott in Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95ff; *Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117ff.

³⁸ Besonders hervorgehoben seien die Werke von *Landolt*, namentlich *Der Unternehmerschaden* (2011); *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46.

lich steht er erst knapp davor. Mit der Verletzung kommt es zu einer Zäsur im Unternehmen des Verletzten. Der Sachverständige erstellt sein Gutachten geraume Zeit später. Denkbar ist, dass der Verletzte zu diesem Zeitpunkt wieder gesund ist oder der Zustand seiner Beeinträchtigung einen Endzustand erreicht hat.³⁹ Häufig ist der Heilungsprozess aber noch nicht abgeschlossen, was zu besonderen Problemen führt.⁴⁰

Wozu der Anspruchsteller verletzungsbedingt noch bzw nicht mehr in der Lage ist, fällt in die Kompetenz des medizinischen Sachverständigen. Keinesfalls kommt es im Schadenersatzrecht auf die im Sozialversicherungsrecht maßgebliche allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit an,⁴¹ abzustellen ist vielmehr auf die konkrete Beeinträchtigung bei Ausübung der jeweiligen Tätigkeit.⁴² Zu bedenken ist dabei, dass nicht allein die Funktionsfähigkeit von Gliedmaßen oder Sinnesorganen maßgeblich ist. Selbst wenn die beeinträchtigten Teile nicht unmittelbar für bestimmte Tätigkeiten konkret benötigt werden, wird die Arbeitseffizienz darunter leiden. Konzentrations- und Ausdauerdefizite haben Auswirkungen bei Zuverlässigkeit und Belastbarkeit.⁴³

Relativ einfach ist die Beurteilung, wenn die Rahmenbedingungen beim Verletzten konstant sind. Gelegentlich kommt es aber zu Umstrukturierungen, etwa Änderungen der Rechtsform,⁴⁴ Einstellung oder Entlassung von Personal bzw modifizierter Gewichtung⁴⁵ sowie die Aufgabe oder Eröffnung neuer Geschäftsfelder.⁴⁶ Es gilt dann zu klären, ob die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung dafür ursächlich war oder die Änderungen aus ganz anderen Gründen erfolgten, etwa vorangehenden Fehldispositionen oder einer Rezession.

Zu unterscheiden sind jedenfalls drei Phasen, nämlich die bis zur Verletzung, die zwischen Verletzung und dem Zeitpunkt der Beurteilung durch den Sachverständigen bzw des Endes der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz in einem Zivilprozess sowie die daran anschließende Phase, für die eine Prognose zu erstellen ist. In der Schweiz ist für die zweite und dritte Phase die Terminologie aufgelaufener und zukünftiger Schaden geläufig.⁴⁷ Die Expertise erfolgt häufig am Übergang von der zweiten zur dritten Phase.⁴⁸ Der Sachverständige hat – wiederum nach schweizerischer Begrifflichkeit – die Differenz zwischen Validen- und Invalideneinkommen zu ermitteln, also den Unterschiedsbetrag zwischen dem Gewinn als Verletzter und dem als Gesunder.

³⁹ *Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 120; häufig betriebswirtschaftliche Expertise dann, wenn medizinischer Residualzustand erreicht, also keine wesentliche Änderung des Gesundheitszustands mehr zu erwarten ist.

⁴⁰ *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 694.

⁴¹ *Jahnke*, Der Verdienstausfall im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 24.

⁴² *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2350; geschäftsspezifische Herabsetzung.

⁴³ *Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 135.

⁴⁴ *Kendel*, zfs 2007, 372, 373; Umwandlung einer Einzelpraxis in eine Gemeinschaftspraxis.

⁴⁵ OGH 3.7.1984, 2 Ob 69, 70/83, ZVR 1985/47: *Bäcker*, Veränderung des Gesellschaftsvertrags, Vater vermindert seinen Anteil.

⁴⁶ BGH 10.12.1996, VI ZR 268/95, NZV 1997, 174: Handwerksbetrieb für Kälte- und Klimatechnik, Erwerb einer weiteren Firma nach dem Unfall.

⁴⁷ *Ott in Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 97f.

⁴⁸ BGH 10.12.1996, VI ZR 268/95, NZV 1997, 174: Handwerksbetrieb für Kälte- und Klimatechnik; BGH 16.3.2004, VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945: Assekuranzmakler; *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 5.

1.6. Anliegen des Beitrags und persönlicher Bezug zum Jubilar

Es geht um die Abklärung des schadenersatzrechtlichen und (allenfalls) prozessualen Umfelds für den betriebswirtschaftlichen Sachverständigen. Die an der Regulierung eines solchen Schadens beteiligten Fachleute, nämlich Anwälte, Richter, Sachbearbeiter des Haftpflicht- und Sozialversicherers, sollen dafür sensibilisiert werden, was durch Einschaltung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen in welcher Zeit und mit welchen Gebühren⁴⁹ leistbar ist – und was nicht. Mitunter mag die Expertise einer klassischen Unternehmensbewertung gleichen.⁵⁰

Dem Sachverständigen, der mit der Klärung von Tatfragen betraut ist, sollen in diesem Aufsatz Grundzüge vermittelt werden, welche Tatsachen für den zu regulierenden Schadenersatzanspruch bedeutsam sein können, mag das auch nicht zum Berufsbild eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers gehören.⁵¹ Er muss wissen, welche Tatsachen er ermitteln muss⁵² und dass bei diesen im Rahmen des Beweismaßes auch Wahrscheinlichkeitskalküle eine Rolle spielen (können),⁵³ so namentlich im österreichischen Recht bei der Abgrenzung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn.

Werden diese Vorgaben nicht beachtet, kann das Gutachten seine ihm zuge dachte Aufgabe nicht erfüllen.⁵⁴ Jedenfalls muss der Sachverständige für die Empfänger das Ergebnis verständlich darstellen, also nicht nur in Tabellen und Zahlen, sondern auch durch Erklärungen und Begründungen.⁵⁵ Besonders, wenn wie häufig kein punktgenaues Ergebnis ermittelt werden kann, muss er offen legen, auf welchem Weg er zu den Ergebnissen gelangt ist und mit welchen Unwägbarkeiten diese behaftet sind.⁵⁶

Ausfluss der Analyse der jeweiligen Befugnisse soll sein, dass die dem Sachverständigen gestellten Fragen sich in dem von diesem bewältigbaren Bereich bewegen bzw der Sachverständige an der Korrektur der an ihn gerichteten Fragen mitwirkt. Er muss wissen, dass er bloß ein Vorprodukt liefert, aber nicht an die Stelle des Anspruchstellers, Ersatzpflichtigen oder Richters tritt. Der Beitrag wird verfasst von einem keiner Lobby verpflichteten Professor, der somit sowohl die Interessen des Anspruchstellers als auch die des Ersatzpflichtigen angemessen berücksichtigen kann.

Die untersuchte Fragestellung liegt an der Schnittstelle zwischen materiellem Schadenersatzrecht, Zivilprozessrecht und Betriebswirtschaftslehre und weist einen besonde-

⁴⁹ Die Dauer der Gutachten und die Höhe der Gebühren monierend *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690 bzw. VersR 1972, 114, 120.

⁵⁰ *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 118.

⁵¹ *Kendel*, zfs 2007, 372.

⁵² *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 149: es ist darauf zu achten, dass der Steuerfachmann Grundsätze des Schadenersatzrechts und anrechenbare Vorteile beachtet.

⁵³ *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 68: gebotener Hinweis, dass bei der Prognose Beweiserleichterungen gelten.

⁵⁴ Noch deutiger *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 68: Gutachter muss eindeutig gesagt bekommen, worum es geht. Solche Gutachten sind oft teuer, zudem noch weitgehend unbrauchbar, weil die haftungsrechtlichen Fragestellungen vom beauftragten Sachverständigen nicht ausreichend erkannt und beachtet werden.

⁵⁵ *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 123, 127f; ähnlich *Ruhkopf/Book*, VersR 1972, 114: vermeiden, dass Zahlen mit großem Fleiß ohne rechtliche Beziehungen zum Schaden zusammengestellt werden, die die rechtliche Beurteilung nicht fördern.

⁵⁶ *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343, 347.

ren Bezug zur Methodenlehre auf. Solche Fragestellungen beschäftigen sowohl den Jubilar⁵⁷ als auch den Autor seit Jahrzehnten, den Jubilar als juristisch versierten Betriebswirt, mich als ökonomisch angehauchten Schadenersatzrechtler. Ich verbinde mit diesem Aufsatz die Hoffnung, dass dieser nicht nur einen Beitrag auf einem in der österreichischen Rechtsordnung bisher unbeackerten Feld liefert, sondern auch der Jubilar die Themenstellung für den Anlass passend (emp)finden möge.

1.7. Ausklammerung folgender Probleme

Um bezüglich des Umfangs nicht völlig aus dem Ruder zu laufen, erfolgt eine Beschränkung auf die Probleme, die aus der Sicht der Heranziehung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen im Kernbereich liegen.

Ausgeklammert wird die Frage des Erwerbsschadens eines Gesellschafters.⁵⁸ Einerseits wurde diese Problematik an anderer Stelle ausführlich thematisiert, wobei die zentralen Thesen mittlerweile vom OGH⁵⁹ übernommen worden sind: Eine Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens des Gesellschafters einer Personengesellschaft ist auch bezüglich der Gewinneinbuße der übrigen Gesellschafter insoweit gegeben, als eine Schadensverlagerung vorliegt. Das ist immer dann der Fall, wenn es sich beim Gewinnanteil um eine Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes des verletzten Gesellschafters handelt.

Soweit eine Tätigkeitsvergütung vereinbart ist, sind die Regeln des Lohnfortzahlungsschadens ebenso anzuwenden wie bei Verletzung eines Geschäftsführers einer GmbH oder eines Vorstands einer AG, mögen diese an der Gesellschaft auch kapitalmäßig beteiligt sein. Insoweit tun solche Gesellschafter sich mit dem Nachweis eines (Mindest-)Schadens viel leichter als ein Einzelunternehmer. Der OGH⁶⁰ hat sogar eine Überprüfung abgelehnt, ob die Gesellschaft wegen ihrer schlechten finanziellen Lage auf Dauer in der Lage ist, ein solches Entgelt zu zahlen, wobei einzuräumen ist, dass lediglich der Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz zu beurteilen war.

Soweit freilich ein über den Lohnfortzahlungs- bzw sonst verlagerten Schaden eintritt, gelten für den Erwerbsschaden eines Gesellschafters die gleichen Grundsätze wie für den Erwerbsschaden eines Einzelunternehmers. Die überaus feinsinnige, aber lebensfremde Unterscheidung, ob ein einspringender Sohn bei Verletzung eines Elternteils seine Mehranstrengung bloß dem verletzten Elternteil oder der zwischen den Eltern an-

⁵⁷ *Schlager*, Die unternehmerische Steuergestaltung – Planung, Durchsetzbarkeit, Grenzen; *ders*, Schadensberechnung – Vernetzung von rechtlichen und (betriebs)wirtschaftlichen Erkenntnissen, WT 1994/4, 16ff; *ders*, Das betriebswirtschaftliche Gutachten und die (Buch-)Sachverständigentätigkeit in Krise, Sanierung und Insolvenz, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz, 779ff.

⁵⁸ Zum Ausgangspunkt OGH 12.2.1985, 2 Ob 2/85, GesRZ 1985/138 mit Besprechungsaufsatz von *Harrer*, GesRZ 1985, 130ff sowie der Gegenposition von *Ch. Huber*, JBl 1987, 613ff.

⁵⁹ Die Änderung andeutend OGH 22.2.2007, 2 Ob 156/06i, ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*): Komplementär einer Gaststätten GmbH; die Übernahme meines Lösungsansatzes dann in OGH 14.2.2008, 2 Ob 238/07z ZVR 2008/239 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, ZVR 2008, 484ff; ausdrücklich auf dieser Linie *Hinteregger*, ABGB-ON § 1325 Rn 23: keine Begrenzung des Ersatzes auf die Gewinneinbuße des verletzten Gesellschafters.

⁶⁰ OGH 26.1.1999, 4 Ob 299/98v, SZ 72/8 = ZVR 1999/66; zu Recht kritisch *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB³ § 1325 Rz 32.

genommenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts erbringen wollte,⁶¹ wurde mittlerweile zu Recht aufgegeben.

Bei Tötung eines Selbständigen stellen sich im Ausgangspunkt im Rahmen des Unterhaltersatzanspruchs nach § 1327 ABGB ganz ähnliche Probleme, da der gesetzliche Unterhalt ein bloßer Ausschnitt des Erwerbsschadens ist. Allerdings tritt bei sehr hohem Einkommen relativ rasch beim Kindesunterhalt, letztendlich aber auch beim Ehegattenunterhalt eine Sättigungsgrenze ein, sodass man sich hier meist mit der Schätzung eines Mindestschadens begnügen kann. Ob der Beistandsentgang für sich – nach wie vor gesondert – ersatzfähig sein soll,⁶² erscheint nicht sachgerecht. Soweit sich entgangene Beistandsleistungen nicht auf den Unterhaltsstandard des Hinterbliebenen auswirken, soll es dafür mE keinen Ersatz geben.⁶³

Ausgeklammert werden grundsätzlich auch Fragen der abstrakten Rente sowie der Verunstaltungsentschädigung, weil es insoweit auf eine Präzisierung des eingetretenen Erwerbsschadens durch ein Gutachten eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen nicht ankommt. Nur am Rande behandelt werden Fragen des Steuer- und Sozialversicherungsrechts. Für den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers gilt Entsprechendes wie für den Unterhaltersatzanspruch. Dafür reicht im Regelfall die Schätzung eines Mindestschadens, wofür man im Regelfall nicht auf die Mithilfe eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen angewiesen ist. Nicht gesondert eingegangen wird auf die Konstellation, dass den Anspruchsteller eine Mitverantwortung trifft mit der Folge, dass bloß ein Teil seines Schadens überwälzbar ist.

2. Die – legitime – Rolle des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen

2.1. Beschränkung auf die Ermittlung von (Anknüpfungs-)Tatsachen

Mitunter wird der Eindruck vermittelt, als sei es Aufgabe des (betriebswirtschaftlichen) Sachverständigen, den ersatzfähigen Schaden zu ermitteln bzw den entgangenen Gewinn zu schätzen.⁶⁴ Sofern der Sachverständige über ausreichende (Schadenersatz-) Rechtskenntnisse verfüge, könne es bei marginalen Retuschen bleiben.⁶⁵ Nur wenn das nicht der Fall sei, sei eine stärkere Korrektur des Haftpflichtjuristen geboten. Die Expertise des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen wird in die Nähe der Naturwissenschaften gerückt, wo es so sein mag, dass Erkenntnisse aufgrund objektiver Vorgaben wertneutral ermittelt werden können.

⁶¹ So noch OGH 10.8.1998, 7 Ob 33/98y, JBl 1999, 185, = RdW 1999, 667. Ähnlich künstlich *Dressler*, FS-Steffen, 121ff.

⁶² So aber OGH 5.12.1968, 2 Ob 332/68, SZ 41/169: Witwer kann das durch den Tod der Ehefrau unrentabel und passiv gewordene Unternehmen (Hotel garni) auf Kosten des Ersatzpflichtigen weiterführen, obwohl er über andere ausreichende Einnahmequellen verfügt.

⁶³ So BGH 20.5.1980, VI ZR 202/78, BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196: Förderung der Tätigkeit des Mannes als Volleyballtrainer durch Übersetzungs- und Bürotätigkeiten der getöteten Ehefrau ohne zusätzliche finanzielle Abgeltung durch den Volleyballverband.

⁶⁴ *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 149: Jurist wird Schätzung des entgangenen Gewinns dem Steuerfachmann, dem Betriebs- oder Volkswirt überlassen.

⁶⁵ *Jahnke*, Der Verdienstausschlag im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 42: Ergebnisse eines Finanzfachmannes häufig auch unter schadenersatzrechtlichen Aspekten noch juristisch zu überprüfen.

Dem ist mE mit Entschiedenheit entgegenzutreten. So hilfreich es ist, wenn der betriebswirtschaftliche Sachverständige weiß, wofür die von ihm ermittelten Tatsachen verwendet werden, welche bedeutsam sind oder es auf den Wahrscheinlichkeitsgrad des Eintritts eines künftig angenommenen Ereignisses ankommt,⁶⁶ so klar muss es sein, dass seine legitime Aufgabe auf den Tatsachenbereich beschränkt ist. Das hat zur Folge, dass die Fragestellung an den Sachverständigen nicht lauten kann: Wie hoch ist der ersatzfähige Erwerbsschaden?⁶⁷ Vielmehr ist es Aufgabe des Haftpflichtjuristen, die Fragestellung möglichst präzise zu formulieren.⁶⁸ Sollte der Sachverständige durch die Fragestellung in die Rolle gedrängt werden, haftpflichtrechtliche Wertungsfragen zu beantworten, muss er darauf hinweisen, dass dies durch seine Fachkompetenz nicht gedeckt ist. Unterlässt er einen solchen Hinweis, macht er sich nicht nur gegenüber der dadurch belasteten Seite angreifbar; vielmehr liegt Einlassungsfahrlässigkeit vor, die womöglich zu einer Haftung des Sachverständigen führt.

Keine vom Sachverständigen zu beantwortende Tatfrage ist etwa, ob den Verletzten eine Obliegenheit zur Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit trifft,⁶⁹ sondern allenfalls, wie hoch derartige Einkünfte sein könnten. Ob der Verletzte trotz Verlusten berechtigt ist, das Unternehmen fortzuführen, ist keine Frage, die der Sachverständige zu beantworten hat, wohl aber, in welcher Höhe Verluste entstehen werden. Ob der Sachverständige bei seiner Prognose davon ausgehen darf, alle nicht rentablen Bereiche auszuklammern,⁷⁰ erscheint mE fraglich; jedenfalls müsste er eine solche Annahme offen legen. Im Regelfall wird er die Fortführung des Unternehmens unterstellen dürfen.⁷¹

Selbst auf dem Gebiet der Ermittlung von Tatsachen ist die Umschreibung der Expertise durchaus facettenreich. Genannt werden folgende Fachgebiete:

- Betriebswirtschaftslehre (allgemein)⁷²
- Volkswirtschaftslehre⁷³
- Steuerberater bzw Steuerfachmann⁷⁴
- Wirtschaftsprüfer⁷⁵
- Ausfallsachverständige⁷⁶

⁶⁶ Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 124: Erfordernis einer Experteninstruktion.

⁶⁷ Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 115: Sachverständiger häufig durch zu allgemein gehaltene Formulierungen in den Beweisbeschlüssen überfordert. Vgl auch OGH 18.4.1968, 2 Ob 12/68, SZ 41/46: Das Erstgericht hat pauschal auf das Sachverständigengutachten verwiesen, aber keine konkreten Feststellungen getroffen.

⁶⁸ Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 53: dem Gutachter sind möglichst viele Vorgaben zu machen.

⁶⁹ Zutreffend Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 133.

⁷⁰ So aber Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 131.

⁷¹ Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 147.

⁷² Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 120.

⁷³ Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62a.

⁷⁴ Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62a.

⁷⁵ Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2359.

⁷⁶ Himmelreich/Halm/Euler, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 32.

- Unternehmensbewertung⁷⁷
- Branchenkenntnisse⁷⁸
- Marktbeobachtung⁷⁹
- Konjunktorentwicklung⁸⁰

Der Jubilar wird so ein „Tausendsassa“ sein, der alle oder die meisten der hier genannten Themenfelder kompetent abdecken kann. Das wird man aber keinesfalls bei jedem Wirtschaftstreuhänder annehmen können. Ganz bedeutsam ist zudem, dass bei Erteilung des Gutachtenmandats abgeklärt wird, mit welchem Detaillierungsgrad bzw. welcher Präzision eine bestimmte Frage beantwortet werden soll. Vorstellbar und wünschenswert ist vieles; je geringer der Streitwert ist, umso eher stellt sich freilich die Frage der Verhältnismäßigkeit des dafür erforderlichen Gutachtenhonorars.

Vorangestellt sei das hehre Dogma, dass der Sachverständige unabhängig sine ira et studio die von ihm erbetenen Tatsachen ermitteln soll. Zu bedenken ist indes: Ein betriebswirtschaftlicher Sachverständiger ist nicht a priori ein Säulenheiliger. In Bezug auf seine Unabhängigkeit sind Abstufungen und Nuancierungen denkbar, je nach dem, welche Rolle er wahrzunehmen hat. Und diesbezüglich sind durchaus verschiedene denkbar:

2.2. Außergerichtliche Regulierung

2.2.1. Berater bei der Darlegung des eingetretenen Schadens – Gehilfe des Anwalts des Anspruchstellers

Der Geschädigte und dessen Anwalt haben eine – dumpfe – Vorstellung vom Ausmaß des eingetretenen sowie zukünftig drohenden Schadens. Für ein schlüssiges Begehren muss der klägerische Anwalt auch im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung möglichst konkrete Anknüpfungstatsachen vorbringen.⁸¹ Welche das sind und wie diese aus dem betrieblichen Rechnungswesen zu gewinnen sind, dabei kann ein für ein solches Vorhaben herangezogener betriebswirtschaftlicher Sachverständiger eine überaus wertvolle Hilfe sein. Es dürfte für die allermeisten Geschädigtenanwälte zutreffen, dass sie die maßgeblichen Wirtschaftsdaten nicht selbst ermitteln bzw. aufbereiten können.⁸² Der Anwalt muss den Sachverständigen dafür sensibilisieren, dass es Beweiserleichterungen – im deutschen Recht nach § 287 dZPO – gibt und auch die Anforderungen an die Darlegungslast herabgesetzt sind.⁸³ Er muss ihn auch darüber aufklären, dass nicht nur ein Gewinnentgang ersatzfähig ist, sondern auch die Steigerung des Verlustes bzw. ein Phasenverschiebungs-

⁷⁷ Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 118.

⁷⁸ Hunziker-Blum, ST 2002, 343, 347; ähnlich Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 115: Gutachter soll Fakten, insbesondere Vergleichsmaterial liefern.

⁷⁹ Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 118.

⁸⁰ Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 53.

⁸¹ Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 61; Nomos²/Ch. Huber, §§ 842, 843 Rn 135: viel hängt vom anwaltlichen Geschick und dem jeweiligen Vorbringen ab.

⁸² C. Shah Sedi/M. Shah Sedi, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 113 mit dem zusätzlichen Hinweis: Der Anwalt des Geschädigten soll mindestens die Hilfe des Steuerberaters seines Mandanten heranziehen.

⁸³ Wussow/Dressler, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 3; Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 66.

schaden, also der Umstand, dass bei Verletzung eines Selbständigen in der Gründungsphase dieser die Gewinnschwelle erst zu einem späteren Zeitpunkt erreicht.⁸⁴

Der Sachverständige hat womöglich aber mehr Einfühlungsvermögen in Bezug auf den Verlust von Stammkunden oder den verletzungsbedingten Entgang von Neukunden; womöglich führt erst seine wirtschaftliche Sensibilität dazu, dass der Anwalt einen solchen Schadensposten in sein Begehren aufnimmt. Sofern nicht ein darauf spezialisierter betriebswirtschaftlicher Sachverständiger betraut wird, muss jedenfalls der Steuerberater des Anspruchstellers beigezogen werden;⁸⁵ an Unterlagen sind mindestens die Bilanzen, die Gewinn- und Verlustrechnungen sowie die Steuerbescheide vorzulegen.⁸⁶

Besonders problematisch sind Konstellationen, in denen während der Verletzungsphase der Umsatz nicht nur nicht gesunken, sondern sogar noch gestiegen ist.⁸⁷ Ist eine Ersatzkraft eingestellt worden, ist mit der Einwendung zu rechnen, dass deren – vom Ersatzpflichtigen übernommene – Bezahlung dafür verantwortlich ist, sodass Abschläge beim Ersatz bei der Übernahme der vollen Kosten vorzunehmen sind. Sollte die Ursache auf anderem Gebiet liegen, ist es Aufgabe des Sachverständigen, mithilfe der Kostenrechnung die Wirklichkeit wahrheitsgemäß abzubilden.

Im Fall eines verletzten Bestattungsunternehmers⁸⁸ war das so. Der betriebswirtschaftliche Sachverständige konnte nachweisen, dass die Anzahl der Bestattungen und auch der Arbeitskraftaufwand gleich geblieben sind, aber die Erlöse für die Särge – womöglich branchenüblich – gestiegen wären, weil sich die Nachfrage so entwickelt hat. Ein Abzug bei den ersetzten Personalkosten konnte auf diese Weise abgewendet werden. Entsprechendes gilt bei einem neu gegründeten Unternehmen, bei dem der Inhaber gerade in der Phase verletzt wird, in der die Gewinnschwelle erreicht wird.⁸⁹

Mag auch in dieser Funktion der Sachverständige zur Unabhängigkeit verpflichtet sein, so wirkt er mit am Nachweis eines subjektiven, aber begründeten Einkommenschadens, der einer einseitigen strategischen Sichtweise dient und die Verhandlungsposition für das erhobene Begehren stärken soll.⁹⁰

2.2.2. *Betraung durch den Haftpflichtversicherer*

Auch für den vom Haftpflichtversicherer betrauten Sachverständigen gilt der von der Gewerkschaft geläufige Satz: Dessen Brot ich esse, dessen Lied ich singe. Je nach dem, wer Vertragspartner des Sachverständigen ist, zeitigt die Expertise unterschiedliche Ergebnisse. Ein solcher Sachverständiger hat andere Fragen zu beantworten bzw. einem

⁸⁴ BGH 6.7.1993, VI ZR 228/92, NJW 1993, 2673: Schwedenbauhäuschen; Verweis auf Umsätze in der Gründungsphase und Vergleichsbetrieb.

⁸⁵ C. *Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 113.

⁸⁶ OLG Oldenburg 10.11.1992, 5 U 43/92, NJW-RR 1993, 798.

⁸⁷ *ZürchKomm³/Landolt* Art 46 Rn 724: der Geschädigte ist beweispflichtig, dass die Gewinnsteigerung nicht durch Ausweitung des Umsatzes als Folge der Anstellung von zusätzlichem Personal erfolgte – unter Bezugnahme auf BGer 31.8.2000, 4 P 65/2000.

⁸⁸ BGH 31.3.1992, VI ZR 143/91, NJW-RR 1992, 852.

⁸⁹ OGH 18.4.1968, 2 Ob 12/68, SZ 41/46: Vertrieb eines Produkts für Baustellen.

⁹⁰ Insoweit völlig zutreffend *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 126; ähnlich C. *Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 113: vornehmlich über die Erwerbsprognose unterschiedliche Ansicht von Geschädigtem und Haftpflichtversicherer.

solchen werden dem Ersatzpflichtigen dienliche Weisungen erteilt, ganz abgesehen davon, dass er weiß, welche Ergebnisse produziert werden sollen, um eine abermalige Betrauung zu befördern. Der Ermessensspielraum wird dadurch beeinflusst.

Die unterschiedliche Betrauung des Kfz-Sachverständigen in Deutschland durch den Geschädigten, in Österreich aber durch die Kfz-Haftpflichtversicherung, ist dafür ein beredtes Beispiel. Daran ändert auch ein beschwörender Hinweis nichts, dass der Sachverständige unabhängig und ein ehrlicher Makler sei⁹¹ sowie von *Ruhkopf/Book* der Eindruck vermittelt wird, dass die Übernahme der Kosten durch den Haftpflichtversicherer ein besonderes Entgegenkommen wäre. Wenn der Geschädigte – im Wesentlichen – obsiegt, muss der Haftpflichtversicherer diese Kosten in jedem Fall tragen!

Zutreffend ist vielmehr die Einschätzung von *Schellenberg/Ruf*,⁹² wonach ein solcher Sachverständiger ein *advocatus diaboli* sei, der eine Sensitivitätsanalyse durchführe. Seine Rolle ist vergleichbar mit der eines steuerlichen Betriebsprüfers, dessen Aufgabe es ist, die Erklärungen des Steuerpflichtigen auf Wahrheitsgehalt und Plausibilität hin zu überprüfen.

2.2.3. Schiedsrichter

Nur für den Fall, dass ein solcher Sachverständiger als Schiedsrichter fungiert, der dann aber auch mehr als rudimentäre Kenntnisse im Haftpflichtrecht haben müsste, handelt es sich um einen für beide Seiten objektivierten Einigungswert, der als ersatzfähiger Schaden präsentiert wird.⁹³

2.3. Gerichtlicher Sachverständiger – Gehilfe des Gerichts

Der gerichtliche Sachverständige ist ein Gehilfe des Gerichts. Mit dem Schiedsrichter hat er gemeinsam, dass er uneingeschränkt zu Unparteilichkeit verpflichtet ist. Wie bei der Mitwirkung im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung als Sachverständiger einer Partei hat sich der Sachverständige auf die Ermittlung von Tatsachen zu beschränken. An der Korrektur überschießender Beweisbeschlüsse hat er mitzuwirken bzw schon bei Übernahme des Mandats darauf hinzuweisen. Bei gerichtlicher Streitaustragung kommt es typischerweise zur Betrauung eines (betriebswirtschaftlichen) Sachverständigen; ein Verzicht darauf kann ein Verfahrensfehler sein.⁹⁴ Der Sachverständige soll das Zahlenmaterial aufbereiten, aber nicht das Urteil vorwegnehmen.⁹⁵

3. (Mechanische) Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen – Tatfragen

3.1. Terminologische Unterscheidung zwischen Umsatz, Rohgewinn und Reingewinn

Für einen betriebswirtschaftlichen Sachverständigen gehört die Unterscheidung von Umsatz und Gewinn zum kleinen Einmaleins; auch dass die Größen Rohgewinn und

⁹¹ *Ruhkopf/Book*, VersR 1972, 114.

⁹² *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 126.

⁹³ *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 126.

⁹⁴ KG 26.1.2004, 12 U 8954/00, NZV 2005, 148: Bauunternehmer; *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 89.

⁹⁵ *Ruhkopf/Book*, VersR 1972, 114.

Reingewinn einen verschiedenen Differenzbetrag ausdrücken, ist für ihn selbstverständlich. Die von den (österreichischen) Gerichten und Literaturstimmen verwendete Begrifflichkeit lässt hingegen darauf schließen, dass diese schon damit Probleme haben. In nicht wenigen OGH-Entscheidungen⁹⁶ findet sich der Satz, dass die Kosten einer Ersatzkraft zu ersetzen seien, weil dadurch ein Gewinnentgang verhindert werde.⁹⁷ Gemeint ist selbstverständlich ein Umsatzrückgang.⁹⁸ Die Übernahme einer unzutreffenden Ausdrucksweise des OGH in der Literatur⁹⁹ macht diese naturgemäß auch nicht richtig(er). Wie kann es dazu kommen, dass (Haftpflicht-)Juristen Fehler bei solch trivialen Begriffen machen? In Bezug auf die Gerichte ist es jeweils der besonders gelagerte Sachverhalt, für den eine Aussage zumindest für den Ausgangsfall passen mag. Die ungeprüfte Übernahme in der Literatur ist freilich Ausdruck unzureichender Reflexion.

Im Verletzungsfall für einen begrenzten Zeitraum eine Ersatzkraft zu finden, ist häufig ein Ding der Unmöglichkeit. Deshalb springen Familienangehörige ein, die für ihren Arbeitskräfteeinsatz nichts in Rechnung stellen. In solchen, aber nur in diesen Fällen¹⁰⁰ wird bewirkt, dass der Gewinn aufrechterhalten wird und der Verletzte dafür die Kosten einer Ersatzkraft erhält, weil das Verhalten des einspringenden Familienangehörigen den Schädiger nicht entlasten soll. Schon im Fall der tatsächlichen Einstellung einer entlohn-ten Ersatzkraft und der Zahlung von Überstunden an Mitarbeiter des Unternehmens¹⁰¹ führt die Zahlung des Entgelts aber dazu, dass zwar der Umsatz stabilisiert werden mag, aber der Gewinn naturgemäß um die Kosten der Ersatzkraft sinkt.

Rohgewinn und Reingewinn mögen zwar ähnlich klingen; es handelt sich aber um unterschiedliche Residualgrößen. Der Rohgewinn ist die Differenz zwischen Umsatz und variablen Kosten, während beim Gewinn auch noch die fixen Kosten abzuziehen sind. Ersatzfähig ist der Rohgewinn.¹⁰² Der Verletzte kann die fixen Kosten kurzfristig nicht abbauen und hätte diese auch ohne Verletzung erwirtschaftet.¹⁰³

3.2. Die unterschiedlichen Bewertungsansätze

Für die Ermittlung des Erwerbsschadens des Selbständigen kommen verschiedene Ansätze in Betracht. Dem Anspruchsteller können verletzungsbedingt konkrete Geschäfte entgangen sein; er mag zur Abwehr einer Umsatzeinbuße eine Ersatzkraft eingestellt ha-

⁹⁶ OGH 3.7.1984, 2 Ob 69, 70/83, ZVR 1985/47; 28.4.1987, 2 Ob 46/86, ZVR 1988/84; 10.8.1998, 7 Ob 33/98y, JBl 1999, 185 = RdW 1999, 667; ebenso OLG Wien 28.6.1999, 11 R 202/98a, ZVR 2000/51.

⁹⁷ Ähnlich missverständlich *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 66: Ersatzkraftkosten nur ersatzfähig, wenn Gewinnentgang dadurch verringert oder vermieden wird; gemeint ist wohl auch hier Umsatzrückgang.

⁹⁸ Zutreffend *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 2; *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 125.

⁹⁹ *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 12.

¹⁰⁰ OGH 28.4.1987, 2 Ob 46/86, ZVR 1988/84; 10.8.1998, 7 Ob 33/98y, JBl 1999, 185 = RdW 1999, 667.

¹⁰¹ OGH 3. 7. 1984, 2 Ob 69, 70/83, ZVR 1985/47: Zahlung von Überstunden an einen Gesellen.

¹⁰² *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 85; *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 137; *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 697f.

¹⁰³ *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2353.

ben; oder aber es ist zu einer Gewinneinbuße gekommen, die sich in die Zukunft fort-pflanzen wird. Bei diesen Ansätzen ist eine Mitwirkung des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen in unterschiedlichem Ausmaß gegeben:

3.2.1. Konkret entgangene Geschäfte

Bezüglich des Nachweises von konkret entgangenen Geschäften kommen bloß manche Selbständige in Betracht. Genannt werden Makler, Architekten, Steuerberater oder Künstler.¹⁰⁴ Es werden aber strenge Beweisanforderungen gestellt, weil die Manipulationsgefahr durch Ausstellung von Gefälligkeitsbescheinigungen sehr groß ist.¹⁰⁵ Zu beachten ist, dass diese Methode der Ermittlung einer Einbuße nicht mit anderen, dem künftigen globalen Gewinnentgang oder der Erstattung von Ersatzkraftkosten kombiniert werden darf, weil dadurch die Gefahr der – im Schadenersatzrecht stets verpönten – Doppelliquidation gegeben wäre.¹⁰⁶

3.2.2. Ersatzkraftkosten

*Harrer*¹⁰⁷ weist darauf hin, dass die Kosten von tatsächlich eingestellten Ersatzkräften im Allgemeinen – anders als beim Gewinnentgang – ohne Weiteres zu belegen seien. Das trifft zu. Freilich stellen sich namentlich dann, wenn eine Ersatzkraft wie im Regelfall nicht zu Beginn des Jahres oder nur für einen Teil des Jahres eingestellt wurde, weitere Zurechnungsfragen: Wie bei einem Arbeitnehmer geht es nicht allein um den Ersatz des netto an die betreffende Person fließenden Entgelts. Auch das Bruttoentgelt ist nicht ausreichend. Maßgeblich sind die Arbeitskraftkosten.

Betriebswirtschaftliche Expertise ist insoweit geboten, als bei Ermittlung von ersatzfähigen Tagessätzen die Zeiten für Feiertage, Krankheit, Urlaub und auch Fortbildung herausgerechnet werden müssen.¹⁰⁸ Schon beim Arbeitnehmerschaden lässt der geschädigte Arbeitgeber häufig einen beträchtlichen Teil der ihm zustehenden Vermögenseinbuße liegen, weil sein (Geschädigten-)Anwalt simple Phänomene der Kostenrechnung und Lohnbuchhaltung nicht beherzigt und sich den Luxus erlaubt, auf die Beiziehung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigen zu verzichten.¹⁰⁹ Mehr als den begehrten Betrag wird ein Gericht nämlich nicht zusprechen. Wird ein betriebswirtschaftlicher Sachverständiger für die Darlegung des Begehrens herangezogen, bringt dieser meist mehr, als er kostet, ganz abgesehen davon, dass mE derartige Kosten auf den Schädiger überwälzbar sind.

Betriebswirtschaftliches Know-how in gesteigertem Maß ist freilich geboten, wenn nach dem Schadensereignis Familienangehörige zunächst unentgeltlich einspringen, um

¹⁰⁴ *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2370; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 140.

¹⁰⁵ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 85; *Himmelreich/Halm/Euler*, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 32; *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 70.

¹⁰⁶ KG 26.1.2004, 12 U 8954/00, NZV 2005, 148 Bauunternehmer; *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 138; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 140.

¹⁰⁷ *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB³, § 1325 Rz 26.

¹⁰⁸ Dafür *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2373, 2379.

¹⁰⁹ Umfassend zum österreichischen Haftpflichtrecht *Ch. Huber*, FS-Dittrich, 411ff.

eine Umsatzeinbuße nach Möglichkeit abzuwenden. Es stellt sich dann die Frage, wie viel eine entsprechende Ersatzkraft gekostet hätte. Insoweit mag es um zusätzliche Kenntnisse auf dem Gebiet der Eingruppierung gehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass eine solche Person nicht nur über Sachkunde verfügen, sondern auch besonders zuverlässig sein muss. Maßgeblich ist, welche Tätigkeiten der Familienangehörige verrichtet und in welchem Ausmaß. Nimmt er Leitungsaufgaben wahr, ist wohl das Entgelt für einen Geschäftsführer oder leitenden Angestellten passend. Springt der Familienangehörige für einen kürzeren Zeitraum ein und passt er sich dem Bedarf, wie er sich aus dem Heilungsfortschritt des Verletzten ergibt, an, kann eine Orientierung an dem (höheren) Entgelt eines Insolvenzverwalters passender sein.

Die Zuerkennung von Ersatzkraftkosten schließt einen restlichen Gewinnentgang nicht aus,¹¹⁰ ist doch nur in der Werbung von Rank Xerox die Kopie besser als das Original.¹¹¹ Typischerweise bedarf die Ersatzkraft einer Einarbeitungsphase,¹¹² das Netzwerk des „Patrons“ ist kaum zu ersetzen;¹¹³ und auch in vielen anderen Belangen ist das Einspringen einer Ersatzkraft eben das „second best“.¹¹⁴

3.2.3. Der entgangene Gewinn

Die Einkommensvergleichsmethode, die das Validen- und Invalideneinkommen des Verletzten gegenüberstellt,¹¹⁵ wird als das für die Praxis wichtigste und in der Regel auch zweckmäßigste Verfahren bezeichnet.¹¹⁶ Die jeweilige Einbuße kann damit am präzisesten gemessen werden.

3.2.3.1. Die in Betracht kommenden Unterlagen

Es ist eine Binsenweisheit, dass es unterschiedliche Gewinnermittlungsmethoden gibt, nämlich die Bilanzierung nach § 4 Abs 1 bzw § 5 Abs 1 EStG sowie die Einnahmen-Ausgaben-Rechnung nach § 4 Abs 3 EStG. Zudem gibt es eine Unterscheidung zwischen Handels- und Steuerbilanz. Aus der Perspektive des Haftpflichtrechts ist zunächst außer Streit zu stellen, dass das Ausmaß des ersatzfähigen Erwerbsschadens eines Selbständigen nicht davon abhängig sein kann, für welche Gewinnermittlungsmethode dieser sich – vor dem Zeitpunkt der Verletzung – entschieden hat.

¹¹⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³, § 1325 Rn 37.

¹¹¹ Ch. Huber, ZVR 2007, 409 Anmerkung zu OGH 22.2.12007, 2 Ob 156/06i, ZVR 2007/255 – Gaststättenkomplementär.

¹¹² Ch. Huber in Schwimann, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 65.

¹¹³ Hunziker-Blum, ST 2002, 343, 344: je länger die Ersatzlösung andauert, umso mehr wird sich die Absenz auswirken; ähnlich Ott, in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 110: der Chef als Seele des Geschäfts in der Regel nicht voll zu ersetzen; ZürichKomm³/Landolt Art 46 Rn 751 unter Bezug auf BGE 21 II 1042: in einem gut eingeführten und soliden Geschäft kann Aufsicht und sogar bloße Gegenwart des Meisters im Geschäft einen Wert darstellen.

¹¹⁴ OGH 2.4.1970, 2 Ob 70/70, ÖJZ 1970/261: Gärtner; insbesondere bei einem kleinen, ganz auf die Person des Inhabers abgestellten Gewerbebetrieb kann die intensive Arbeitsleistung des erfahrenen Inhabers durch Hilfskräfte nie vollständig ersetzt werden, deshalb Kombination von Kosten einer Ersatzkraft und Gewinnentgang.

¹¹⁵ Landolt, Der Unternehmerschaden, Rn 393.

¹¹⁶ Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 145.

Als Ausgangspunkt sind die Bilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen, die Einkommens- und Umsatzsteuerbescheide sowie Umsatzsteuervoranmeldungen¹¹⁷ vorzulegen. Umstritten ist, für welchen Zeitraum das erfolgen soll. In Deutschland neigt man zu 3 Jahren¹¹⁸ oder noch weniger,¹¹⁹ während in der Schweiz 5 Jahre als Untergrenze gelten.¹²⁰ Jedenfalls müssen diese möglichst aktuell sein.¹²¹

Bei den weiteren Unterlagen ist zum Teil umstritten, ob es sich um subsidiäre oder zusätzliche Beweismittel handelt. Bei jungen Unternehmen sind die genannten Unterlagen nicht ausreichend,¹²² vielmehr sollen zusätzlich Auftragslage, in Aussicht stehende Aufträge sowie die Kostensituation eine Rolle spielen¹²³ oder auch statistische Branchenerhebungen.¹²⁴ Bei einer verletzungsbedingten Behinderung von weniger als einem Jahr ist der Steuerbescheid nicht aussagekräftig, weil dieser nur eine Aussage über das gesamte Jahr erlaubt.¹²⁵ Bei einem Handelsvertreter kommt das Erwerbseinkommen des Nachfolgers als Anhaltspunkt in Betracht.¹²⁶ Ein Branchenvergleich wird genannt, zudem die Privatentnahmen¹²⁷ bzw. der gepflogene Lebensstandard der Familie¹²⁸ oder auch der Lohn einer Ersatzkraft¹²⁹ bzw. eines Abteilungschefs oder Direktors.¹³⁰ Außerdem bedeutsam kann sein die Witterung in der Landwirtschaft, die Konjunktur und saisonale Besonderheiten¹³¹ und auch der Auslastungsgrad des Unternehmens¹³² bzw. dessen Kapazitätsgrenzen.¹³³ Hingewiesen wird darauf, dass die Unterlagen des Rech-

¹¹⁷ *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62.

¹¹⁸ *MüKo*⁵/*Wagner*, § 842 Rn 43; *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2383; mindestens drei Jahre: *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 146; *Himmelreich/Halm/Euler*, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 32; 3-5 Jahre: *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 110; *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62; *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 61.

¹¹⁹ BGH 6.2.2001, VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640: Rohrleitungsbauer; auch 2 ½ Jahre können ausreichend sein.

¹²⁰ *Landolt*, Der Unternehmerschaden. Rn 395; *ZürchKomm*³/*Landolt*, Art 46 Rn 729; *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343.

¹²¹ BGH 16.3.2004, VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945: Assekuranzmakler; keine feste Größe, wie viele Jahre, jedenfalls nicht bloß solche, die zehn Jahre zurückliegen.

¹²² *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 112 unter Hinweis auf BGH 6.7.1993, VI ZR 228/92, NJW 1993, 2673: Schwedenbauhäuschen; Verweis auf Umsätze in der Gründungsphase und Vergleichsbetrieb.

¹²³ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 4.

¹²⁴ *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 114.

¹²⁵ *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 63.

¹²⁶ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 136; über den Fall des Handelsvertreters hinaus diesen Ansatz befürwortend *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 80.

¹²⁷ *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 355.

¹²⁸ *Ott*, in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 140; *ZürchKomm*³/*Landolt*, Art 46 Rn 707.

¹²⁹ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 135: für die Landwirtschaft.

¹³⁰ *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 383.

¹³¹ *Staudinger/Schiemann*, § 252 Rn 41.

¹³² *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 140.

¹³³ *Ott*, in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 127. ⁵

nungswesens mitunter ohne Revisionspflicht erstellt werden, was dazu führt, dass es zu einer Vermischung von Geschäft und Privathaushalt kommt.¹³⁴

Tendenziell betont man in Deutschland stärker die Subsidiarität weiterer Unterlagen,¹³⁵ während in der Schweiz versucht wird, alle zweckdienlichen Quellen heranzuziehen,¹³⁶ um namentlich für die Prognose ein möglichst gut abgestütztes Ergebnis zu erzielen. ME ist die schweizerische Position – zumindest im Rahmen der Plausibilitätskontrolle – vorzugswürdig, wobei zu bedenken ist, dass der zusätzliche Erhebungsaufwand nicht unentschädigt bleiben darf.

3.2.3.2. Aufbereitung des sich daraus ergebenden Zahlenmaterials

Zielsetzung des Gutachtens des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen ist die Abbildung der tatsächlichen Entwicklung, einerseits für die Phase zwischen Verletzung und Beurteilung und andererseits für die Prognose für den sich anschließenden Zeitraum. Dafür ist es geboten, schon die der Verletzung vorangegangenen 3 bis 5 Jahre um „Störfaktoren“ zu korrigieren. Der nach Bilanzgrundsätzen ermittelte Gewinn ist zwar einerseits gegenüber einer Einnahmen-Ausgaben-Rechnung aussagekräftiger, andererseits kann er aber in besonderer Weise durch Bewertungswahlrechte verzerrt sein.¹³⁷ Die folgenden Ausführungen müssen notwendigerweise cursorisch sein, ganz abgesehen davon, dass es sich um betriebswirtschaftliche und nicht um haftpflichtrechtliche Fragen handelt:

Maßgeblich ist primär die Handels- und nicht die Steuerbilanz.¹³⁸ Der Steuerbescheid ist der „natürliche Feind des Erwerbsschadens“,¹³⁹ rechnet sich der Steuerpflichtige gegenüber dem Finanzamt doch möglichst arm, während es beim Erwerbsschaden darum geht, die gesamte Einbuße zu erfassen. Es kann daher nicht verwundern, dass aus der Sicht des Haftpflichtsachbearbeiters die Einkommenssteuerveranlagung eine geeignete Grundlage für § d287 ZPO darstellt.¹⁴⁰ Der Wahrheit näher kommen wird, dass das

¹³⁴ Schellenberg/Ruf, in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 122.

¹³⁵ Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 126: wenn keine anderen Unterlagen vorhanden, dann Branchenvergleich; weitergehend jedoch Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2383 sowie Himmelreich/Halm/Euler, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 32: auch branchentypische Entwicklung ist auszuloten; differenzierend MüKo⁵/Wagner, § 842 Rn 43: Einkommensentwicklungen einschlägiger Berufsgruppen, Marktentwicklungsprognosen; je stärker das Einkommen Spiegelbild der persönlichen Leistungsfähigkeit, umso enger Ausrichtung der Schätzung an den Gewinnen der vergangenen Jahre. Letzteres ist mE fragwürdig, weil sich auch eine noch so starke Unternehmerpersönlichkeit einem gesamtwirtschaftlichen oder branchentypischen Trend kaum wird entziehen können.

¹³⁶ Landolt, Der Unternehmerschaden, Rn 398; Hunziker-Blum, ST 2002, 343, 346; Ott, in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 133.

¹³⁷ Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2384.

¹³⁸ KG 26.1.2004, 12 U 8954/00, NZV 2005, 148: Bauunternehmer; höherer Gewinn aufgrund der Handelsbilanz gegenüber der Steuerbilanz; aA Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 116: maßgeblich Steuerbilanz mit Ausnahme von Sonderabschreibungen – Sicht des Haftpflichtversicherers.

¹³⁹ Grunsky, DAR 1988, 400, 406; Nomos²/Ch. Huber, §§ 842, 843 Rn 138.

¹⁴⁰ Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 116; ähnlich aber auch MüKo⁵/Wagner, § 842 Rn 43: steuerliche Gewinnrichtsätze; finanzamtliche Gewinnschätzungen; aA Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2352: auf das steuerliche Ergebnis insbesondere bei Bilanzierung ist schadensrechtlich nicht abzustellen.

sich aus dem Einkommenssteuerbescheid ergebende Einkommen der Mindestschaden sein wird.¹⁴¹

ME ist der Meinung zu folgen, dass alles zu erfassen ist, was eingenommen wurde,¹⁴² mag wegen der damit einhergehenden Probleme mit dem Finanzamt der Sieg an der Schadenersatzfront zu einem Pyrrhussieg werden.¹⁴³ Kein legitimes Interesse ist dem Geschädigten zuzubilligen, dass er ohne Verletzung ein beträchtliches Einkommen an den Finanzbehörden vorbei erzielen hätte können.¹⁴⁴ Entsprechende Behauptungen vor Gericht oder auch gegenüber der Haftpflichtversicherung können zu einer Benachrichtigung des Finanzamtes führen mit den sich daraus ergebenden steuerlichen Folgen.¹⁴⁵

Von der Steuerhinterziehung ist die Steueroptimierung zu unterscheiden.¹⁴⁶ Die wahrgenommenen Bewertungswahlrechte für die vergangenen Jahre sind zu korrigieren, um Verfälschungen zu bereinigen. In welchen Bilanzpositionen derartiges Potenzial steckt, kann hier bloß angedeutet werden: Sonderabschreibungen, die mitunter auch wirtschaftspolitisch indiziert sind,¹⁴⁷ offene oder stille Rücklagen im Anlage- und Umlaufvermögen oder zu hohe Dotierung von Rückstellungen. Für die Prognose ist es bedeutsam, außerordentliche Erträge sowie außerordentliche Aufwendungen zu eliminieren.¹⁴⁸ Dazu kommt, dass Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen die steuerliche Bemessungsgrundlage mindern, aber Einkommen darstellen.¹⁴⁹

Während ein Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge entrichten muss bzw. als Entgeltbestandteil Anwartschaften für eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung aufbaut, sind die Rücklagen – präziser wohl Rückstellungen – des Selbständigen für seine Altersversorgung ebenfalls zu berücksichtigen.¹⁵⁰ Da nicht bloß der Reingewinn, sondern der Rohgewinn zu ermitteln ist, müssen die fixen Kosten hinzukommen. Plausibel ist der Vorschlag von *Schellenberg/Ruf*,¹⁵¹ eine Abschreibung auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten vorzunehmen. Namentlich bei Familienunternehmen ist zudem herauszurechnen, wenn das Erwerbseinkommen auch durch die Mitwirkung von Familienmitgliedern bereits vor der Verletzung zustande kam.¹⁵²

¹⁴¹ *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2384; *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 126.

¹⁴² *Ott* in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 105; *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 130; aA *Jahnke*, Der Verdienstausschluss im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 46; ders., in *van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1078 – Sicht des Haftpflichtversicherers.

¹⁴³ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 408.

¹⁴⁴ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 407.

¹⁴⁵ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 11; *Grunsky*, DAR 1988, 400, 401; *Ch. Huber*, ZVR 2000, 290ff.

¹⁴⁶ *Ott*, in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 106.

¹⁴⁷ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 407.

¹⁴⁸ *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 63: bloß Erwähnung der außerordentlichen Erträge.

¹⁴⁹ *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 137.

¹⁵⁰ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 101.

¹⁵¹ *Schellenberg/Ruf*, in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 134.

¹⁵² *Ott* in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 121; *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 141.

In Bezug auf die Prognose ist es unzulässig, den Jahresverdienst einfach auf die Tage der Krankschreibung umzulegen.¹⁵³ Auch eine mechanische Extrapolation¹⁵⁴ oder ein arithmetischer Mittelwert¹⁵⁵ sind abzulehnen. Bedeutsam kann sein, dass nach Wiederaufnahme der Tätigkeit nach der Verletzung das Erwerbseinkommen besonders hoch ist, weil liegen gebliebene Geschäfte – bei freien Kapazitäten – nun erledigt werden können.¹⁵⁶

3.2.3.3. Vereinfachung der Gewinnermittlung durch Abstellen auf Tagessätze

In manchen Berufen ist es möglich, das Erwerbseinkommen nach Tagessätzen zu ermitteln. Es ergeben sich insoweit ähnliche Zurechnungsfragen wie beim Lohnfortzahlungsschaden des Arbeitgebers bei Verletzung des Arbeitnehmers. Beim Arbeitnehmer ist ein 5-6-wöchiger Jahresurlaub zugrunde zu legen. Als Anhaltspunkt gilt mE für den Selbständigen Entsprechendes,¹⁵⁷ es sei denn, die konkreten Umstände sehen anders aus; oder es gibt für Selbständige generell oder die betreffende Berufsgruppe statistische Unterlagen.¹⁵⁸

Eine große Bedeutung hat dabei die saisonale Verteilung, die nicht bloß bei Taxis¹⁵⁹ und anderen Transportdienstleistungen¹⁶⁰ bedeutsam ist; selbst bei Notaren – vor Weihnachten –, Wirtschaftsprüfern – erste Jahreshälfte – und Ärzten – nicht oder besonders in der Urlaubssaison je nach Profession des Arztes – ist Derartiges zu beobachten; tauglicher Anknüpfungspunkt könnten in einem solchen Fall die Umsätze der Vergleichsperiode vergangener Jahre sein¹⁶¹ sowie die Positionierung innerhalb der Branche. Das gilt auch für die Anrechnung ersparter variabler Kosten¹⁶² sowie die Relation von Umsatz zu Rohgewinn.¹⁶³ Bei einem Anwalt hat man in der Schweiz die Anzahl der fakturierten Arbeitsstunden als Anknüpfungspunkt herangezogen.¹⁶⁴

¹⁵³ Jahnke, in van Bühren/Lemcke/Jahnke, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1082.

¹⁵⁴ Nomos²/Ch. Huber, §§ 842, 843 Rn 137.

¹⁵⁵ Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2386: Ein solcher arithmetischer Mittelwert zur Prognose des zukünftigen Gewinns ist am unzuverlässigsten.

¹⁵⁶ Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 112 mit Hinweis auf BGH 16.2.1971, VI ZR 147/69, BGHZ 55, 329 = NJW 1971, 836: Fahrlehrer.

¹⁵⁷ Gegenteilig Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2380: 1 Monat.

¹⁵⁸ Schellenberg/Ruf in Schaffhauser/Kieser, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 137: Vollzeit-Selbständigerwerbender 1 Woche weniger Ferien.

¹⁵⁹ Heß/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 57.

¹⁶⁰ Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2371; Nomos²/Ch. Huber, §§ 842, 843 Rn 141.

¹⁶¹ Fragwürdig Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62: bei mehrjähriger Betrachtung nicht nur konjunkturelle, sondern auch saisonale Besonderheiten erkennbar. Das ist mE aus den akkumulierten Größen eines Jahres jedenfalls nicht ohne Weiteres der Fall.

¹⁶² Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 133: bei Taxiunternehmer Anrechnung der Ersparnis von Benzin und Öl.

¹⁶³ Ruhkopf/Book, VersR 1972, 114, 117.

¹⁶⁴ Ott, in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 115: Bezug auf BG 11.5.1971, BGE 97 II 216: Verletzung eines frei erwerbenden Anwalts in St. Gallen, Ausgangsgröße 1600 fakturierbare Arbeitsstunden für Anwalt pro Jahr.

4. Eckpunkte der normativen Beurteilung – Rechtsfragen

Ging es im vorangegangenen Punkt C um die vom betriebswirtschaftlichen Sachverständigen zu beantwortenden Tatfragen, geht es im anschließenden Punkt D um die Einbettung in ein normatives Gerüst. Die Grundzüge des Haftpflichtrechts der deutschsprachigen Rechtsordnungen sind im Wesentlichen ident; Abweichungen mag es auf terminologischer Ebene geben, aber kaum auf inhaltlicher.

4.1. Restitution und Kompensation

Ziel ist der Ausgleich des Schadens. Zentral ist dabei die Unterscheidung zwischen Restitution und Kompensation. Im Rahmen der Restitution geht es um die Wiederherstellung des realen Zustands wie ohne Verletzung. Das österreichische Recht kennt dafür den treffenden Begriff der Schaffung einer Ersatzlage und trägt damit schon von der Begrifflichkeit dem Umstand Rechnung, dass es eine (100 %ige) Naturalrestitution selten gibt. Die Einstellung einer Ersatzkraft, Überstunden der Mitarbeiter, Einspringen Dritter sowie die Mehranstrengung des Verletzten selbst sind solche Ausprägungen;¹⁶⁵ das gilt auch für die Weitergabe eines Geschäfts an einen Subunternehmer.¹⁶⁶

Dem steht die Kompensation gegenüber, die lediglich darauf abstellt, welche Vermögenslücke gerissen wurde, mögen zu ihrer Abwendung auch keine Abwehrmaßnahmen ergriffen worden sein. Die Frage lautet: Wie hoch ist der Rohgewinn, der entgangen ist? Die Ermittlung anhand der Einkommensvergleichsmethode oder der entgangenen Geschäfte sind Modalitäten zur Ermittlung des Kompensationsinteresses. Auch im österreichischen Recht ist man sich einig, dass der Erwerbsschaden des Selbständigen nach der subjektiv-konkreten Methode so präzise wie möglich zu bestimmen ist.¹⁶⁷ Manche¹⁶⁸ hängen dem gegenüber der überkommenen Methode einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung an, wonach ein Wahlrecht bestehen soll zwischen subjektiv-konkreter und objektiv-abstrakter Schadensberechnung.

Restitution und Kompensation können nicht beliebig kumuliert werden. Allerdings ist es häufig so, dass trotz Schaffung einer Ersatzlage ein restliches Kompensationsinteresse verbleibt, welches neben den Aufwendungen zur Schadensbeseitigung ersatzfähig ist.¹⁶⁹ Bedeutsam ist die Unterscheidung deshalb, weil die Aufwendungen zur Schaffung einer Ersatzlage nur bei Herstellung eines solchen Zustands gebühren;¹⁷⁰ zudem kommt

¹⁶⁵ *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1325 Rn 37; *Ch. Huber in Schwimann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 62.

¹⁶⁶ OGH 26.6.2003, 2 Ob 135/03x, ZVR 2004/48: Ersatz der Mehrkosten aus der Weitergabe einer termingebundenen Werkausführung an einen Subunternehmer durch einen Tischlermeister.

¹⁶⁷ *Apathy*, EKHG, § 13 Rn 11.

¹⁶⁸ *Schlosser/Fucik/Hartl*, Handbuch des Verkehrsunfalls 6. Teil: Zivilrecht², Rn 726 unter Berufung auf *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II², 132.

¹⁶⁹ *Ch. Huber in Schwimann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 65.

¹⁷⁰ OGH 30.6.1994, 2 Ob 54/94, ZVR 1995/45: Ersatzkraftkosten jedenfalls nicht bei Betriebseinstellung, Hinweis auf Parallele zu fiktiven Reparaturkosten; zustimmend *Harrer in Schwimann*, Praxis-kommentar ABGB³, § 1325 Rz 28; *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1325 Rn 37; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 12. Ähnlich *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 692: bei ungünstiger Ertragslage keine Pauschalabgeltung der Arbeitskraft mit Normalgehältern wegen einer dadurch bewirkten nicht gerechtfertigten Besserstellung des Verunfallten.

es vor, dass solche – ersatzfähigen – Aufwendungen höher sind als die Vermögenseinbuße bei Verzicht auf die Schaffung einer Ersatzlage.

4.2. Ersatzkraftkosten

4.2.1. Ausgangspunkt: Eine tatsächlich eingestellte Ersatzkraft

Im Ausgangspunkt sollen die Fälle untersucht werden, in denen der verletzte Selbständige gegen – marktkonformes – Entgelt zusätzliche Arbeitskraft „einkauft“. ¹⁷¹ Der Einstellung einer Ersatzkraft kommt dabei die Aufstockung der Arbeitszeit bisher im Unternehmen beschäftigter Mitarbeiter gleich. In einem zweiten Schritt werden dann Konstellationen untersucht, bei denen zwar kein rechnerischer Schaden feststellbar ist, die aber normativ wie die Einstellung einer Ersatzkraft zu behandeln sind.

4.2.1.1. Einstellung einer Ersatzkraft als keine passende Alternative

Die Einstellung einer Ersatzkraft kommt dann nicht in Betracht, wenn unvertretbare Handlungen betroffen sind, ¹⁷² wie das bei einem Künstler, ¹⁷³ Sportler ¹⁷⁴ oder Erfinder ¹⁷⁵ der Fall sein wird. Je stärker die vom Verletzten zu erbringende Leistung auf dessen besonderer persönlicher Zuverlässigkeit und seiner – charismatischen – (Unternehmer-)Persönlichkeit beruht, umso weniger wird man eine Obliegenheit des Verletzten zur Einstellung einer Ersatzkraft annehmen dürfen; insoweit wird man einen weiten unternehmerischen Spielraum einräumen müssen. ¹⁷⁶

Die – kurzfristige – Einstellung einer Ersatzkraft kommt auch dann nicht in Betracht, wenn ein übernommenes Geschäft bis zu einem bestimmten Termin erfüllt sein muss; ¹⁷⁷ die Betrauung eines Subunternehmers ist dann eine passende Alternative. Zu bedenken ist bei Beurteilung der – gegenüber der Einstellung einer Ersatzkraft höheren – Kosten bei Betrauung eines Subunternehmers, dass der Schädiger ansonsten auch für die Pflicht zum Ersatz des Verzögerungsschadens durch den Verletzten gegenüber dem aus dem Vertrag mit dem Verletzten anspruchsberechtigten Vertragspartner einzustehen hätte. ¹⁷⁸

4.2.1.2. Ersatz – nur – bei Erfüllung der Schadensminderungsobliegenheit?

Führt die Einstellung einer Ersatzkraft dazu, dass deren Kosten geringer sind als die ansonsten eintretende Gewinneinbuße, ist es geradezu im Interesse des Schädigers, dass sich der Geschädigte für eine solche Maßnahme entscheidet, weil auf diese Weise das

¹⁷¹ *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB3, § 1325 Rz 26: Verdienstentgang selbständig Erwerbstätiger kann sich auch in den Kosten aufgenommener Ersatzkräfte ausdrücken.

¹⁷² *Grunsky*, DAR 1988, 400, 404.

¹⁷³ OGH 14.8.2008, 2 Ob 191/07p, ZVR 2010/9 (*Ch. Huber*): Kunstmaler.

¹⁷⁴ In Erinnerung zu rufen ist der Verkehrsunfall des Tennisspielers *Thomas Muster*.

¹⁷⁵ BGH 5.5.1970, VI ZR 212/68, BGHZ 54, 45 = NJW 1970, 1411: Diplomchemiker.

¹⁷⁶ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 65; *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 86, 95; *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 136.

¹⁷⁷ OGH 26.6.2003, 2 Ob 135/03x, ZVR 2004/48: Herstellung einer Wohnzimmereinrichtung nach Fung-Shui-Kriterien zu einem runden Geburtstag des Bestellers; kurzfristige Einstellung einer Ersatzkraft kam nicht in Betracht.

¹⁷⁸ *ZürchKomm*³/*Landolt*, Art 46 Rn 725.

Ausmaß des geschuldeten Schadenersatzbetrags vermindert wird. Ob das der Fall ist, weiß man freilich erst nach einer gesetzten Maßnahme; und auch dann mag man mutmaßen: Was wäre, wenn ...

Im Schadenersatzrecht kann es aber allein auf die Perspektive ex ante ankommen.¹⁷⁹ Die Umschreibung, unter welchen Voraussetzungen der Verletzte zur Einstellung einer Ersatzkraft – im Verhältnis zum Schädiger, der für deren Kosten aufkommen soll – gehalten sein soll, weisen durchaus Nuancen auf. Eine solche Maßnahme

- sei nach den Interessen beider Teile auf Basis der Grundsätze des redlichen Verkehrs geboten,¹⁸⁰
- dürfe nicht von Anfang an kaufmännisch unvertretbar sein,¹⁸¹
- dürfe unter kaufmännischen Gesichtspunkten nicht schlichtweg unvertretbar sein,¹⁸²
- habe sich zu orientieren am Maßstab eines wirtschaftlich vernünftig denkenden Kaufmanns,¹⁸³
- sei nur zu billigen, wenn ein anderer Unternehmer bei rationaler betriebswirtschaftlicher Kalkulation den Betrieb fortführte.¹⁸⁴

Wenn absehbar sei, dass die Kosten höher als die ansonsten drohende Gewinneinbuße sein würden, dürfe eine Ersatzkraft auf Kosten des Schädigers nur eingestellt werden,

- wenn der Verletzte ein besonderes wirtschaftliches Interesse daran habe, dass der Betrieb ungestört weiterlaufe, etwa wegen des Kundenstamms oder aus Wettbewerbsgründen,¹⁸⁵
- ausnahmsweise bei berechtigtem Interesse an der gegebenenfalls vorübergehenden Aufrechterhaltung des Betriebs,¹⁸⁶
- dann habe aber eine Begrenzung auf die ansonsten drohende Gewinneinbuße zu erfolgen.¹⁸⁷

Letztere Ansicht ist die Mindermeinung einer Autorin der Versicherungswirtschaft; sie ist interessengeleitet – möglichst geringer Ersatz – und ist schadenersatzrechtlich nicht begründbar. Es stellt sich die Frage, ob es allein auf das (betriebs-)wirtschaftliche Kalkül ankommt. Und selbst dann wäre zwischen einer kurz- und mittelfristigen Perspektive – ex ante – zu unterscheiden.¹⁸⁸ Einem Taxiunternehmer wird nach deutschem Recht eingeräumt, Mietwagenkosten in einer Höhe von 100 % oder 200 % gegenüber der ansons-

¹⁷⁹ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 136.

¹⁸⁰ OGH 25.6.1998, 2 Ob 147/98a, ZVR 1998/122; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 15. Mit dieser Allerweltsformel lässt sich mE so gut wie jedes Ergebnis begründen.

¹⁸¹ *Lange/Schiemann*, Schadenersatz³, 316.

¹⁸² *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 125; BGH 10.12.1996, VI ZR 268/95, NZV 1997, 174: Handwerksbetrieb für Kälte- und Klimatechnik; in concreto verneint.

¹⁸³ *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 64.

¹⁸⁴ *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 142.

¹⁸⁵ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 130.

¹⁸⁶ *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 142.

¹⁸⁷ *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 66; ähnlich bereits *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 694: im Endergebnis muss das zu einer Minderung des Schadens führen.

¹⁸⁸ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 147.

ten drohenden Gewinneinbuße aufwenden zu dürfen, um auf diese Weise Stammkunden zu halten.¹⁸⁹

Der OGH geht in seiner Rechtsprechung bei Verletzung von Landwirten, insbesondere solchen von – aus rein ökonomischer Sicht – unrentablen (Berg-)Bauernhöfen, deutlich darüber hinaus. Wenn die Schließung des Betriebs droht, werden dem Schädiger ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung die marktkonformen Kosten einer Ersatzkraft auferlegt.¹⁹⁰ Selbst wenn man berechtigterweise ein Integritätsinteresse des Verletzten an der Fortführung des von ihm betriebenen Unternehmens bejaht¹⁹¹ und nicht mit ganz spitzem betriebswirtschaftlichen Griffel rechnet,¹⁹² erscheint ein Überhang von 900 % mE doch bedenklich. Da es keine *lex agricolae pauperis* gibt, sind derartige Überhänge – jedenfalls auf Dauer – nicht angemessen zu begründen. Ökologische Gesichtspunkte wie die Erhaltung der Landschaft können nicht durch Auferlegung eines Sonderopfers zu Lasten eines einzelnen Ersatzpflichtigen, mag hinter dem auch ein Haftpflichtversicherer stehen, finanziert werden.

4.2.1.3. Keine passgenaue Ersatzkraft

Bloß im ökonomischen Modell, nicht aber in der Lebenswirklichkeit lässt sich die durch die Verletzung eines Selbständigen gerissene Lücke 1:1 durch eine Ersatzkraft schließen. Im Leben sind bestenfalls Annäherungslösungen zu erzielen.

4.2.1.3.1. Aufwendungen und Umdispositionen

Anhand von drei prototypischen Entscheidungen soll veranschaulicht werden, um welche Probleme es geht:

In der Entscheidung SZ 41/46¹⁹³ ist für den verletzten Selbständigen dessen Bruder eingesprungen, der freilich erst angelehrt werden musste. Dieser konnte zwar für die Baustellenbetreuung und die Erläuterung des Produkts eingesetzt werden, nicht aber für die Kundenwerbung. Zudem hat sich der Zustand des Verletzten kontinuierlich gebessert, so dass die Hilfe des einspringenden Bruders zunehmend weniger benötigt worden ist.

In der Entscheidung ZVR 1985/47¹⁹⁴ wurde dem Gesellen eines Bäckerbetriebs ein Überstundenentgelt von 150 % bezahlt. Da der Inhaber verletzungsbedingt Pausen einlegen musste, war von ihm – gleich einem Arbeitnehmer – nicht zu verlangen, dass er länger arbeitete. Der Leidenszustand des Verletzten veränderte sich; da dieser nicht

¹⁸⁹ Näherers bei *Himmelreich/Halm/Grabenhorst*, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 5 Rn 94.

¹⁹⁰ OGH 5.12.1968, 2 Ob 332/68, SZ 41/169: Unterhaltersatz bzw Beistandsentgang nach Tötung der Ehefrau bei einem Hotel garni; OGH 10.5.1988, 2 Ob 48/88, ZVR 1989/30: Bergbauernhof, Angehörige leben von Sozialleistungen, 40.000,- öS (nicht €!) Jahresertrag, ausreichend für variable Kosten, Lebensunterhalt von Sozialleistungen bestritten; OGH 1.7.1992, 2 Ob 22, 23/92, EFSlg 69.109: nicht rentabler Nebenerwerbsbauer, voller Ersatz wegen Beeinträchtigung im Beruf als Autolackierer, Betriebseinkommen 20.591,- öS pro Jahr, unter Berücksichtigung von Mietwert und Eigenverbrauch 36.000,- bis 40.000,- öS, Bruttolohn für Hilfskräfte 222.700,- öS zugesprochen.

¹⁹¹ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 136a.

¹⁹² *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 62; *Ch. Huber*, FS-M. Binder, 583, 599ff.

¹⁹³ OGH 18.4.1968, 2 Ob 12/68, SZ 41/46.

¹⁹⁴ OGH 3.7.1984, 2 Ob 69, 70/83, ZVR 1985/47.

mehr in der Produktion mitwirken konnte, betätigte er sich als Brotzusteller, wozu man einen Arbeitnehmer im Rahmen von dessen Schadensminderungsobliegenheit wohl kaum anhalten hätte können. Folgerichtig müsste das auch beim Selbständigen eine nicht anrechnungspflichtige überobligationsgemäße Mehranstrengung darstellen. Schließlich wurde der Gesellschaftsvertrag geändert und der Vater verminderte seinen Anteil.

In der E ZVR 2000/51¹⁹⁵ stellte der Betreiber einer Gaststätte einen Koch ein. Nachdem für die ersten 14 Tage Verwandte und Freunde eingesprungen waren, bot er dem engagierten Koch auch eine Wohnung an, weil er kurzfristig sonst keinen bekommen hätte. Der Verletzte betätigte sich als Kellner, weil das anders als die Tätigkeit eines Kochs kein Heben schwerer Lasten erforderte.¹⁹⁶ Das OLG Wien sprach zwar die Inseratkosten zu, versagte jedoch die Kosten der Wohnung, weil das laut Sachverständigengutachten nach dem Kollektivvertrag nicht vorgesehen sei; Niederösterreich sei nicht mit Westösterreich vergleichbar – und das ungeachtet des Vorbringens, dass zum Zeitpunkt der Beendigung des Dienstes des Kochs nach Mitternacht keine öffentlichen Verkehrsmittel mehr in Betrieb seien.

Auch in dieser Entscheidung stellt sich die Frage, ob ein Unternehmer – anders als ein Arbeitnehmer – seine Restarbeitskraft als Kellner nutzen muss, obwohl er Betreiber einer Gaststätte ist. Das ist mE zu verneinen. In Bezug auf die Versagung der Wohnkosten hat die strikte Orientierung an einem Sachverständigengutachten im konkreten Fall zu einem mE unzutreffenden Judiz geführt. Was nützt es, dass ein Koch nach dem Kollektivvertrag keinen Anspruch auf eine bestimmte Gegenleistung hat? Maßgeblich kann nur sein, ob dem Geschädigten ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen ist. Wenn bei kurzfristigem Bedarf dieser nicht anders zu decken ist, bleibt mE gar nichts Anderes übrig, als in den sauren Apfel zu beißen und die Wohnkosten zusätzlich zu tragen. Insofern kommt es nicht darauf an, ob sich der Sachverhalt in West- oder Ostösterreich abspielt, sondern zu welchem Entgelt kurzfristig ein bestimmter Bedarf zu decken ist.

Alle drei Entscheidungen machen deutlich, dass zwar bei tatsächlicher Einstellung einer Ersatzkraft die jeweils anfallenden Kosten auf den Cent genau nachweisbar sind; dessen ungeachtet bleiben gleichwohl knifflige Bewertungsfragen. Dass mit der Einstellung einer Ersatzkraft der Umsatz häufig nicht aufrechterhalten werden kann, ergibt sich auch daraus, dass nach einer schweizerischen Untersuchung der durchschnittliche Selbständige im Vergleich zu einem Arbeitnehmer länger arbeitet,¹⁹⁷ namentlich in der Gründungsphase und zudem weniger Urlaub macht.¹⁹⁸ Es ist mE plausibel, dass sich diese Beobachtung nicht auf die Eidgenossenschaft beschränkt, mag es sich insoweit auch um ein besonders fleißiges Volk handeln.

¹⁹⁵ OLG Wien 28.6.1999, 11 R 202/98a, ZVR 2000/51.

¹⁹⁶ Zu ähnlichen Umdispositionen im Rahmen einer Gaststätte: OGH 22.2.12007, 2 Ob 156/06i, ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*): Gaststättenkomplementär.

¹⁹⁷ *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 399.

¹⁹⁸ *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 137: Vollzeit-Selbständigerwerbender 51,7 Stunden, im Angestelltenverhältnis 41,7 Stunden, 1 Woche weniger Ferien; 138: überdurchschnittlicher Arbeitszeiteinsatz in der Gründungsphase, 60 bis 70 Stunden.

4.2.1.3.2. Ersatzkraft, die Umsatzniveau nicht halten kann

Wenn die Ersatzkraft das Umsatzniveau des verletzten Unternehmers nicht halten kann, ist sie nicht a priori untüchtig. Sie muss sich einarbeiten und mit den Abläufen vertraut machen. Zudem arbeitet sie weniger umfänglich und intensiv. Sie wird mit einem Fixbetrag entlohnt und ist nicht am Gewinn beteiligt, weswegen sie – womöglich – mit weniger Herzblut bei der Sache ist.¹⁹⁹ Denkbar ist aber auch, dass eine ausgewählte Ersatzkraft der ihr übertragenen Aufgabe nicht gewachsen ist, was ex ante nicht immer erkennbar ist. Für die Kosten der Ersatzkraft, die eine stärkere Gewinneinbuße bewirkt,²⁰⁰ als auch mit den Abwicklungskosten für die bisherige Ersatzkraft sowie den Suchkosten für eine neue Ersatzkraft²⁰¹ hat der Schädiger auszukommen.

4.2.1.3.3. Anrechnung von Vorteilen

Autoren der Versicherungswirtschaft achten stets penibel darauf, dass es durch die Ersatzleistung zu keiner Bereicherung des Geschädigten kommt. Sie verweisen auf die Ersatzkraft, die tüchtiger sei als der verletzte Unternehmer, weshalb der Umsatz – und nach Tragung der Ersatzkraftkosten – auch der Gewinn für den Verletzten steige.²⁰² Aus den oben beschriebenen Gründen dürfte das ziemlich so häufig sein wie die sprichwörtliche Stecknadel im Heuhaufen. Dass ungeachtet der Einstellung einer Ersatzkraft der Gewinn steigt, hat entweder ganz andere Ursachen oder ist darauf zurückzuführen, dass die Resource Arbeitskraft sich nicht so portionieren lässt wie der Einsatz von Material.

Wird eine Ersatzkraft eingestellt und kann sich der Verletzte wegen seines Genesungsfortschritts kontinuierlich wieder im Unternehmen betätigen, kann zumeist nicht im gleichen Ausmaß das Ausmaß der Ersatzarbeitskraft reduziert werden. Sofern insofern ein Gewinn erzielt wird, ist dieser anzurechnen.²⁰³ Eine Versagung jeglicher Gewinnabschöpfung würde schon dem Grundsatz des guten und des bösen Tropfens widersprechen. Wenn der Schädiger das Risiko einer untüchtigen Ersatzkraft tragen muss, soll er auch von den Vorteilen einer besonders tüchtigen oder noch nicht sogleich abgebauten profitieren.

Verwiesen wird von Vertretern der Versicherungswirtschaft²⁰⁴ zudem darauf, dass infolge entgangener Geschäfte Arbeitskapazität frei geworden sei. Das ist zutreffend. Aber ebenso wie die Beeinträchtigung der Arbeitskraft als solche keinen ersatzfähigen Schaden begründet, verhält es sich mit zusätzlichen freien Kapazitäten. Nur wenn der Verletzte gerade dadurch in die Lage versetzt wird, zusätzliche gewinnträchtige Geschäfte oder zumindest solche mit einem Deckungsbeitrag anzunehmen, kann eine Vorteilsausgleichung vorgenommen werden.

¹⁹⁹ Landolt, Der Unternehmerschaden, Rn 380 unter Bezug auf KGer 25.3./17.5.1966, ZF 3/66, PKG 1966/7: Personal konnte Ausfall der Kl nicht ersetzen, weil es durchwegs subalterne Funktionen erfüllte.

²⁰⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³, § 1325 Rn 37; Ch. Huber in Schwimann, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 65; Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2392.

²⁰¹ Ruhkopf/Book, VersR 1970, 690, 694.

²⁰² Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 142; Ruhkopf/Book, VersR 1970, 690, 692.

²⁰³ AA Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 116.

²⁰⁴ Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 141; Jahnke in van Bühren/Lemckel/Jahnke, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1088.

4.2.2. Rechtlich gleichwertige Konstellationen

Nicht immer findet der Verletzte sogleich²⁰⁵ oder passgenau eine Ersatzkraft, die das von ihm bewältigte Tätigkeitsspektrum abdecken kann. Mitunter leisten Arbeitnehmer Überstunden,²⁰⁶ die zu einem rechnerischen Schaden führen, oder sie arbeiten während der vereinbarten Arbeitszeit intensiver, um den verletzten „Chef“ nicht im Stich zu lassen. Häufig sind es – insbesondere in der Landwirtschaft und in Familienunternehmen²⁰⁷ – aber zusätzlich²⁰⁸ oder ausschließlich Familienangehörige²⁰⁹ oder allenfalls Freunde bzw. Nachbarn,²¹⁰ die einspringen, um dem Verletzten aus der Patsche zu helfen. In Betracht kommt schließlich, dass sich der Verletzte selbst mehr anstrengt, als er im Verhältnis zum Schädiger verpflichtet wäre.²¹¹

All diese Sonderleistungen sollen nach der Wertung des § 14 Abs 4 EKHG – im deutschen Recht § 843 Abs 4 BGB – nicht den Schädiger entlasten. Das betrifft sowohl den Fall, dass den Dritten nach dem Innenverhältnis zum Verletzten eine Unterhalts- oder Beistandspflicht traf,²¹² oder das nicht der Fall war. Sosehr im Grunde darüber Einigkeit besteht, stellt sich die Frage nach den passenden Bewertungsansätzen. In der Schweiz fasst man diese Fälle unter dem Begriff des normativen Schadens zusammen, für den charakteristisch ist, dass es zur Schaffung einer Ersatzlage kommt, während beim fiktiven Schaden – dort – Ersatz danach begehrt werden kann, wie man sich verhalten dürfte, ohne dass es darauf ankommt, ob dies auch tatsächlich geschieht, was ausschließlich beim Haushaltsführungs- und Pflegeschaden anerkannt ist.²¹³

4.2.2.1. „Unentgeltliches“ Einspringen von Angehörigen, Mitarbeitern oder Nachbarn bzw. Freunden

Diese Dritten substituieren eine Ersatzkraft, weshalb es folgerichtig ist, deren Arbeitskräfteeinsatz im Ausmaß der Kosten einer Ersatzkraft abzugelten. Selbst im Rahmen dieses Maßstabs kommt eine beträchtliche Bandbreite des Ersatzbetrags in Betracht. Am engherzigsten ist die Bemessung in Deutschland. Unter Berufung auf eine vereinzelte Entschei-

²⁰⁵ OLG Wien 28.6.1999, 11 R 202/98a, ZVR 2000/51: Einspringen von Freunden für die ersten 14 Tage.

²⁰⁶ OGH 3.7.1984, 2 Ob 69, 70/83, ZVR 1985/47: Leistung von Überstunden mit einem Zuschlag von 150 % durch den angestellten Bäckergehilfen.

²⁰⁷ *ZürchKomm³/Landolt* Art 46 Rn 712; OGH 14.2.2008, 2 Ob 238/07z ZVR 2008/239 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Auslandsunfall eines deutschen Ehepaars in Österreich, ZVR 2008, 484ff: bei landwirtschaftlichen und gewerblichen Familienunternehmen derartige Hilfeleistungen von Angehörigen häufig anzutreffen.

²⁰⁸ Instruktiv BGH 10.12.1996, VI ZR 268/95, NZV 1997, 174: Handwerksbetrieb für Kälte- und Klimatechnik; Einspringen von Ehefrau und Vater, Einstellen eines technischen Betriebsleiters, Leistung von Überstunden durch die Mitarbeiter.

²⁰⁹ OGH 10.5.1988, 2 Ob 48/88, ZVR 1989/30: Familie mit acht Kindern, selbständige Landwirtin, Kinder halfen vermehrt mit; OGH 14.2.2008, 2 Ob 238/07z ZVR 2008/239 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, ZVR 2008, 484ff: Einspringen des Ehegatten und der Kinder.

²¹⁰ OGH 27. 2. 1986, 8 Ob 86/85, ZVR 1987/56: Nachbarschaftshilfe und Angehörige.

²¹¹ *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB³, § 1325 Rz 27; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1325 Rn 37.

²¹² Überholt insoweit *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 694: Abgeltung des Einsatzes von Familienmitgliedern nur dann, wenn diese über das gesetzliche Maß hinaus tätig werden.

²¹³ *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 184ff.

derung des OLG Oldenburg²¹⁴ wird von Autoren der Versicherungswirtschaft²¹⁵ die Ansicht vertreten, dass lediglich der Nettolohn einer Ersatzkraft gebühre. Begründet wird das mit dem Verweis auf den Haushaltsführerschaden. Das ist zwar auch dort unzutreffend; im vorliegenden Kontext aber umso mehr, weil es bei Tätigkeiten zur Substitution von solchen von Arbeitnehmern oder Selbständigen durchaus präzise Bewertungsparameter gibt.

Im österreichischen und schweizerischen Recht hält man dem gegenüber die Bruttokosten inklusive Sozialversicherungsleistungen für angemessen.²¹⁶ Das entspricht dem Ausgleichsgedanken, wird doch gerade eine solche Arbeitsleistung substituiert.²¹⁷ Aber selbst dieser Ansatz greift typischerweise zu kurz, ist es doch so, dass ein österreichischer Arbeitnehmer unter Berücksichtigung von Urlaub, Feiertagen und Krankenständen – grob gesprochen – 10 Monate oder weniger arbeitet und dafür 14 Bezüge erhält. Erst bei Berücksichtigung dieser Umstände wird der volle Wert der Arbeitsleistung erstattet.

Abgesehen von der Frage des Ersatzes in Netto- oder Bruttohöhe oder der vollen Arbeitskraftkosten geht es um die Frage, welcher Bewertungsansatz angemessen ist. Das hängt naturgemäß davon ab, ob ein Dritter bloß subalterne Aushilfstätigkeiten übernimmt oder Leitungsaufgaben wahrnimmt.²¹⁸ Im ersteren Fall ist eine Orientierung am Tariflohn der betreffenden Berufsgruppe passend, im letzteren hat eine Orientierung an Bezügen leitender Angestellter oder Geschäftsführern zu erfolgen. Nehmen Familienangehörige solche Tätigkeiten neben ihrem angestammten Beruf stundenweise wahr, kommt bei der Bemessung des Stundenlohns ein Überstundenzuschlag in Betracht, der schließlich auch dem Arbeitnehmer des Unternehmens zu bezahlen wäre.

Wenn sich die Angehörigen, die spontan einspringen,²¹⁹ in der Bereitstellung ihrer Arbeitskraft geschmeidig dem verletzungsbedingten Bedarf anpassen, also ihren Arbeitseinsatz in dem Ausmaß reduzieren, wie der Verletzte sich wieder in seinen ange-

²¹⁴ OLG Oldenburg 10.11.1992, 5 U 43/92, NJW-RR 1993, 798: Einspringen von Ehefrau und Mutter; wegen eines Grundbesitzererwerbs nach dem Unfall waren keine liquiden Mittel für die Bezahlung einer Ersatzkraft vorhanden, was zur Orientierung an der Rechtsprechung zum Haushaltsführerschaden führte. Daraus ergibt sich ein eindrucksvoller Zirkelschluss: Da der Schädiger nicht zahlt, konnte keine Ersatzkraft eingestellt werden; weil deshalb keine eingestellt wurde, gebühren bloß die Nettokosten. Ein klarer Anreiz für den Ersatzpflichtigen, die Regulierung zu verschleppen. Kann das von der Rechtsordnung gewollt sein?

²¹⁵ *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 144; *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 66; *Jahnke* in *van Bühren/Lemckel/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1092; *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 64; ebenso *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 96. Kritisch indes *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2398: auf Nettokosten mag abgestellt werden, wenn Familienangehörige unentgeltlich aushelfen; deutlicher *Grunsky*, DAR 1988, 400, 405: bessere Gründe sprechen für Bruttovergütung.

²¹⁶ OGH 27.2.1986, 8 Ob 86/85, ZVR 1987/56: Kosten einer fremden Ersatzkraft: der sonst übliche Bruttolohn einschließlich Sozialversicherungsabgaben, hier 24,1 %; *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 64; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 738; *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 190, 361.

²¹⁷ OGH 1.7.1992, 2 Ob 22, 23/92, EFSIg 69.109: Einspringen von Familienangehörigen gleichwertig; unrentable Nebenerwerbslandwirtschaft.

²¹⁸ *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2395: Berücksichtigung der verlängerten Arbeitszeit, Tarifgehälter nicht passend, weil Anforderungen an die Ersatzkraft wesentlich höher.

²¹⁹ *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 146: kurzfristig Arbeitnehmer zum Durchschnittslohn nicht zu bekommen. Ebenso *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 694 unter Hinweis auf die begrenzte Zeitdauer des Bedarfs.

stammten Beruf einbringen kann, ist mE erwägenswert, einen ganz anderen Bewertungsansatz heranzuziehen, etwa die Honorierung eines Insolvenzverwalters für ein zeitlich befristetes Mandat. Denn es passt nicht zur Entlohnung eines Arbeitnehmers, dass dieser im Laufe der Zeit – auch in zeitlicher Hinsicht – Abstriche macht nach den Vorgaben desjenigen, für den er tätig ist. Sein Lohn ist vielmehr – moderat – bemessen unter der Voraussetzung einer durchgängigen Beschäftigung.

Am schwierigsten ist die Bewertung einer intensiveren Betätigung der Arbeitskraft durch die Mitarbeiter. Ob jemand mit gleicher Intensität länger arbeitet, was zu entschädigungspflichtigen Überstunden führt, oder in der gegebenen Arbeitszeit intensiver, macht vom wirtschaftlichen Ergebnis her keinen Unterschied. Es ist deshalb angebracht, den – wohl auch nur für eine bestimmte Phase möglichen besonders intensiven – Arbeitskräfteeinsatz der Mitarbeiter so zu bewerten, als hätten sie Überstunden geleistet. Ob der Verletzte den vereinbarten Ersatzbetrag weiterleitet, wozu er der guten Ordnung und des Anstands nach gehalten ist, darauf kommt es für die schadenersatzrechtliche Beurteilung nicht an. Auch wenn er den Ersatzbetrag in den eigenen Sack steckt, hat ihn der Schädiger zu leisten.

4.2.2.2. „Überobligationsgemäße“ Mehranstrengung des Verletzten

Beim Verletzten selbst stellt sich zunächst die Frage, welche Tätigkeiten als überobligationsgemäß anzusehen sind; und hat man diese Wertung vorgenommen, geht es darum, wie diese zu bewerten ist.

In Deutschland wird im Anschluss an die Fahrtschullehrer-Entscheidung²²⁰ angenommen, dass ein Selbständiger zu einer maßvollen Verlängerung der täglichen Arbeitszeit verpflichtet sein kann, um Geschäfte nachzuholen.²²¹ Im konkreten Fall ging es um solche wegen der Beschädigung eines Fahrtschulautos; wertungsmäßig gilt Entsprechendes, wenn nicht das Werkzeug, nämlich das Fahrtschulauto, beeinträchtigt ist, sondern der Fahrtschullehrer verletzungsbedingt während eines bestimmten Zeitraums nicht zur Verfügung steht. Die tägliche maßvolle Verlängerung der Arbeitszeit schließt aber einerseits das Wochenende aus und legt zugrunde, dass eine solche Ausweitung aus Kapazitätsgesichtspunkten in Betracht kommt. In Österreich und der Schweiz²²² wird das abgelehnt. Holt der Unternehmer Geschäfte nach, weil er auf seinen Urlaub²²³ – oder auf eine Fortbildung²²⁴ – verzichtet, wird das generell als überobligationsgemäß qualifiziert.

²²⁰ BGH 16.2.1971, VI ZR 147/69, BGHZ 55, 329 = NJW 1971, 836.

²²¹ Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 128: maßvolle Verlängerung der täglichen Arbeitszeit für einen überschaubaren Zeitraum bei Selbständigen immer zumutbar. Ebenso Jahnke in van Bühren/Lemcke/Jahnke, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1100; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 130; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 151; vorsichtiger Luckey, VRR 2005, 404, 406: „soll“ er verpflichtet sein; noch weitergehend Jahnke, Der Verdienstausfall im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 31: Obliegenheit, Fahrstunden auch am Wochenende anzubieten.

²²² Landolt, Der Unternehmerschaden, Rn 370: Hinweis, dass Leistungen außerhalb der ordentlichen Arbeitszeit in der Regel besonders und zudem nach erhöhten Ansätzen entschädigt werden; ebenso Rn 399; Ott in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 110.

²²³ OGH 12.4.1983, 2 Ob 81/83, ZVR 1984/177; Apathy, EKHG § 13 Rn 11; Ch. Huber in Schwimann, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 64: Verzicht auf Urlaub, Tätigkeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit. AA für das deutsche Recht Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2351; BGH 11.1.1983, VI ZR 222/80, BGHZ 86, 212 = NJW 1983, 1107: Verletzung eines Arztes während seines Urlaubs; Abweisung, weil Urlaub nicht nachgeholt worden ist.

²²⁴ Grunsky, DAR 1988, 400, 405.

Im Ausgangspunkt ist mE der schweizerische und österreichische Standpunkt zutreffend. Allerdings ist zu bedenken, dass eine selbständige Tätigkeit typischerweise sich nicht in einer 40-Stunden-Woche erschöpft. Wenn der Unternehmer – unabhängig von einer vorangegangenen Verletzung – mehr als die 40 Stunden arbeitet und er von seinen Kapazitäten Freiräume hat, durch die Verletzung entgangene Geschäfte nachzuholen, ist ihm das mE zumutbar.²²⁵ Maßgeblich sind die individuellen Verhältnisse; sind diese nicht feststellbar, kommt es auf die eines solchen Selbständigen an. Als Faustregel wird man mit *Berger*²²⁶ als Betrachtungszeitraum ein Quartal heranziehen können.

Ob einem Selbständigen generell mehr zumutbar ist als einem Arbeitnehmer, ist fragwürdig. Die Erledigung von Akten am Krankenbett durch einen selbständigen Anwalt ist es nicht.²²⁷ Bedenklich ist mE die Ansicht, dass für einen Selbständigen eine erbrachte Arbeitsleistung nicht schon dann unzumutbar sei, wenn sich bei gleicher Situation ein Arbeitnehmer hätte krankschreiben lassen können.²²⁸ Bei einer Schnittverletzung am linken Oberarm liege die Grenze erst dort, wo die Gefahr der Verschlimmerung der Gesundheitsschäden oder Raubbau an den Kräften des Verletzten drohe. Er müsse sich so behandeln lassen, als ob es keinen ersatzpflichtigen Schädiger gebe.

Es handelt sich dabei um eine Entscheidung aus der Schwabenmetropole, die für ihr besonders hohes Arbeitsethos bekannt ist; schon allein deshalb ist die Verallgemeinerungsfähigkeit begrenzt. Jedenfalls unangemessen ist der Maßstab, wie sich der Verletzte verhalten hätte, wenn keine Überwälzung auf den Schädiger erfolgen könne. Denn es macht nicht nur einen Unterschied, es darf auch einen machen, ob eine Überwälzung möglich ist. Während sich so mancher Geschädigte bei Selbsttragung des Schadens mit Behelfslösungen zufrieden gibt bzw geben muss, kann er bei Einstandspflicht eines Schädigers volle Restitution verlangen. Auch ein Selbständiger muss mE nicht bis an die Grenze des Raubbaus seiner Kräfte gehen.

Steht das Überobligationsgemäße einmal fest, geht es um die Frage, ob insoweit eine bloß ideelle Einbuße gegeben ist, die im Wege der Schmerzensgelderhöhung zu berücksichtigen oder ein Vermögensschaden gegeben ist.²²⁹ Da die Substituierung einer Ersatzkraft vorliegt, ist mE ein Vermögensschaden zu bejahen; nur dieser führt zu einem signifikanten Ersatzbetrag.²³⁰ Im Rahmen des Schmerzensgeldes würde dieser Umstand im Rahmen der Globalbemessung entweder völlig unter den Tisch fallen oder bloß in einer kaum wahrnehmbaren homöopathischen Dosierung wahrgenommen werden. Als Bewertungsansatz kommt in Betracht, dass die Gewinneinbuße gebührt, die durch das überpflichtgemäße Verhalten gerade abgewendet worden ist;²³¹ oder aber der Ansatz der Kosten einer entsprechend qualifizierten Arbeitskraft.²³²

²²⁵ *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 57a.

²²⁶ *Berger*, VersR 1981, 1105, 1106; so jedenfalls bei Arzt oder Anwalt.

²²⁷ *Zoll*, r+s Sonderheft 2011, 133, 136; *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 136.

²²⁸ So aber OLG Stuttgart 30.4.1980, 1 U 117/79, VersR 1981, 290; *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 10.

²²⁹ Widersprüchlich *Hinteregger*, ABGB-ON, § 1325 Rn 13: bloße Mehranstrengungen im Beruf durch das Schmerzensgeld abzugelten; Rn 23: bei eigenen Mehranstrengungen ersatzfähig Kosten einer Ersatzkraft.

²³⁰ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 82.

²³¹ Dafür *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 128; *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 85.

²³² Für ein Wahlrecht, je nach dem, welche Größe leichter beweisbar ist, OGH 12.4.1983, 2 Ob 81/83, ZVR 1984/177; *Apathy*, EKHG § 13 Rn 11.

Davon sind Konstellationen zu unterscheiden, in denen die verletzte Person die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität zum Anlass nimmt, ihre selbständige Tätigkeit in einer qualifiziert anderen Art wahrzunehmen. Prototypisch dafür ist der vom BGH entschiedene Landärztin-Fall.²³³ Eine Landärztin hatte bisher Praxisvertretungen wahrgenommen, wozu sie sich aber aufgrund ihrer körperlichen Beeinträchtigung nicht mehr in der Lage sah. Sie gründete daher im Anschluss eine eigene Praxis. Der BGH sah das als überobligationsgemäße Risikoinvestition an, deren Einkünfte sie sich nicht anrechnen lassen müsse. Dem ist mE nur mit der Einschränkung zu folgen, dass das für den Teil des Gewinns gilt, der über das Erwerbseinkommen einer angestellten Ärztin hinausgeht, wenn dieser eine solche Tätigkeit als Arbeitnehmerin weiterhin zumutbar gewesen wäre.²³⁴

4.3. Der entgangene Gewinn

4.3.1. Die für das österreichische Recht – noch – maßgebliche Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn

Beide Schadenersatzreformgruppen sind sich einig über die Abschaffung des gegliederten Schadensbegriffs, also der Abstufung des Ersatzes zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn, je nachdem, ob das Verhalten des Schädigers bloß leicht oder grob fahrlässig bzw. vorsätzlich ist.²³⁵ Noch ist diese Unterscheidung aber Bestandteil der *lex lata*. Soweit ein künftiger Gewinnentgang als mit hoher, also nicht bloß überwiegender Eintrittswahrscheinlichkeit angenommen wird,²³⁶ wird er als positiver Schaden qualifiziert,²³⁷ was auch bei trotz Verletzung gleich gebliebenem Umsatz bzw. Gewinn gegeben sein kann,²³⁸ ansonsten als entgangener Gewinn. Um die Unwägbarkeit eines künftigen, nur bei grober Fahrlässigkeit ersatzfähigen Nachteils deutlich herauszustreichen, wird mitunter der Begriff Gewinnchance²³⁹ verwendet.

Der OGH vernebelt dieses an sich einigermaßen klare Konzept dadurch, dass er außerordentliche Gewinne selbst bei hoher Eintrittswahrscheinlichkeit nicht zum positiven Schaden zählt. Der Hinweis, dass es beim positiven Schaden nur auf die nach Berufs-klasse und wirtschaftlicher Situation typische Vermögenseinbuße ankomme,²⁴⁰ der

²³³ BGH 25.9.1973, VI ZR 97/71, NJW 1974, 602.

²³⁴ *Nomos*²/*Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 145a.

²³⁵ *Ch. Huber*, ZVR 2006, 472, 476.

²³⁶ Wenig weiterführend *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 12: Regelbeweismaß ist eine hohe, aber auch nicht an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit; das beinhaltet eine gewisse Bandbreite, die von den objektiven Umständen des Einzelfalles als auch der subjektiven Einschätzung des Richters abhängig ist. Dem ist entgegenzuhalten: Lässt sich gestützt darauf eine Prognose treffen, wie die Entscheidung ausfallen wird?

²³⁷ *Hinteregger*, ABGB-ON, § 1325 Rn 13; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1293 Rn 8: dass der Erwerbsschaden des Selbständigen nach § 273 ZPO zu schätzen ist, ist für die Qualifizierung als positiver Schaden nicht hinderlich.

²³⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1293 Rn 8 unter Bezug auf OGH 18.4.1968, 2 Ob 12/68, SZ 41/46: Vertrieb eines Produkts für Baustellen.

²³⁹ OGH 14.8.2008, 2 Ob 191/07p, ZVR 2010/9 (*Ch. Huber*): Kunstmaler.

²⁴⁰ So in OGH 25.2.1999, 2 Ob 27/99f, ZVR 2000/17 unter Berufung auf *F. Bydlinski*, Fragen der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 51f.

Schaden also nur objektiv-abstrakt berechnet werden könne, ist seit Jahrzehnten aufgeben; hier wird diese Schimäre aber zur Abwehr eines unbillig erscheinenden „Übermaßgewinns“ wieder aus der Mottenkiste geholt.

So hat der OGH bei leicht fahrlässigem Verhalten des Schädigers einen Ersatz abgelehnt, der in der Vereitelung einer Gesellschafterstellung eines Arbeitnehmers bestand,²⁴¹ einer verletzungsbedingt unterbliebenen Hofübertragung²⁴² oder der Schaffung von Bildern durch einen Maler, die er vorläufig nicht verkauft hat und als Altersrücklage widmete.²⁴³ Diese „Reduktionsklausel“ mag billig erscheinen; die Versagung eines entsprechenden Ersatzes bei nachgewiesener hoher bzw. höchster Wahrscheinlichkeit erscheint indes wenig sachgerecht. Der betriebswirtschaftliche Sachverständige wird diesen Umstand indes berücksichtigen müssen.

4.3.2. Verletzungsbedingter Verlust von Kunden – Entsprechung zum merkantilen Minderwert

Namentlich bei Freiberuflern ist folgendes faktische Phänomen zu beobachten: Der Anwalt, Steuerberater oder Architekt ist während eines längeren Zeitraums verletzungsbedingt außer Gefecht. Kunden, die eine fortlaufende Betreuung, womöglich mit zeitkritischem Ablauf wünschen, wenden sich von ihm ab,²⁴⁴ selbst dann, wenn eine Ersatzkraft eingestellt wird, weil diese den „Chef“ eben selten ersetzen kann.²⁴⁵ Oder potentielle Kunden nehmen von der Inanspruchnahme der Dienstleistungen des wieder genesenen Verletzten Abstand, weil sie skeptisch sind, ob er gesundheitlich wieder voll hergestellt bzw. auf dem (aller-)neuesten Stand ist.²⁴⁶ Solche Verluste lassen sich konkret kaum jemals nachweisen, würden doch potentielle Klienten oder Kunden bei Befragung andere Gründe vorschieben. Gleichwohl ist eine Einbuße gegeben.²⁴⁷ In der Schweiz wird diese womöglich im Rahmen der wirtschaftlichen Erschwerung des Fortkommens gemäß Art 46 OR erfasst.

Es besteht eine Strukturparallele zur Reparatur beschädigter Kraftfahrzeuge.²⁴⁸ Bei diesen wird ein merkantiler Minderwert zuerkannt, weil ein potentieller Erwerber bei Kauf eines reparierten Unfallfahrzeugs einen Risikoabschlag gegenüber einem unfallfreien Fahrzeug machen würde, verbleibt doch trotz moderner Reparaturtechnik das Risiko, dass nicht alle Gebrechen erkannt bzw. ordentlich behoben worden sind.²⁴⁹ Zeigt sich ein solches Gebrechen in der Folge nicht, schmilzt mit zeitlichem Abstand diese Vermögenseinbuße, weil der Lauf der Zeit dann bestätigt, dass sich das Risiko gerade

²⁴¹ OGH 29.10.1998, 2 Ob 270/98i, RdW 1999, 19: Das angeführte Argument der Gefahr einer partiellen Doppelliquidation ist mE vordergründig, ließe sich doch diese durch Anrechnung der als Arbeitnehmer erzielten Einkünfte beseitigen.

²⁴² OGH 25.2.1999, 2 Ob 27/99f, ZVR 2000/17.

²⁴³ OGH 14.8.2008, 2 Ob 191/07p, ZVR 2010/9 (Ch. Huber): Kunstmaler.

²⁴⁴ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 85; *Hunziker-Blum*, ST 2002, 343, 346: umso eher, je höher die Wettbewerbsintensität ist.

²⁴⁵ Gegenteilig die Einschätzung von *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 694: Gefahr der Entfremdung und Abgang des Kundenstammes, der durch Einstellung einer Ersatzkraft vorgebeugt wird.

²⁴⁶ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 139.

²⁴⁷ Grundlegend *Grunsky*, DAR 1988, 400, 401f.

²⁴⁸ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 402.

²⁴⁹ Umfassend zum merkantilen Minderwert *Ch. Huber*, FS Welser, 303ff.

nicht verwirklicht hat. Der OGH spricht bei Kraftfahrzeugen seit mehr als einem halben Jahrhundert²⁵⁰ den merkantilen Minderwert als Teil des positiven Schadens zu.

In Österreich gibt es keine OGH-Entscheidung, in der ein derartiger Schadensposten jemals geltend gemacht wurde.²⁵¹ Ein Grund könnte darin liegen, dass es keine ausreichend versierten Geschädigtenanwälte gibt bzw diese auf die Inanspruchnahme von betriebswirtschaftlichen Sachverständigen verzichtet haben, die einen solchen Nachteil mit ausreichender Wahrscheinlichkeit immerhin plausibel machen hätten können. Denkbar könnte sein, dass der OGH einen solchen Schadensposten zum entgangenen Gewinn und nicht zum positiven Schaden rechnet, sodass er nur bei grober Fahrlässigkeit ersatzfähig wäre.

Dagegen würde freilich die Strukturparallele zum Kfz-Sachschaden sprechen. Zudem handelt es sich insoweit nicht um einen ganz außerordentlichen Gewinn wie die verletzungsbedingt vereitelte Erlangung einer Gesellschafterstellung durch einen Arbeitnehmer²⁵² oder eine verletzungsbedingt gescheiterte Hofübergabe;²⁵³ vielmehr geht es um Einbußen im Alltagsgeschäft. Würde man freilich verlangen, dass der Nachteil aus dem Verlust konkreter Kunden nachgewiesen werden müsste,²⁵⁴ wäre das eine Beweishürde, die womöglich noch bei abgesprungenen Dauerkunden, aber kaum jemals bei abgesprungenen Neukunden genommen werden könnte. Auch beim Kfz-Sachschaden ist das Risiko als solches ausreichend.

4.3.3. Berechnung des Gewinnentgangs nach den Kosten einer – nicht eingestellten und daher fiktiven – Ersatzkraft

Statistische Untersuchungen aus der Schweiz ergeben, dass der Gewinnausfall eines Selbständigen um 30 bis 40 % höher liegt als der Lohnausfall eines entsprechenden Arbeitnehmers.²⁵⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob ein Selbständiger einen Mindestwerbsschaden nach den Kosten für eine nicht eingestellte Ersatzkraft berechnen kann. In Deutschland hat sich diese Frage an der Diplomchemiker-Entscheidung²⁵⁶ entzündet. Ein Erfinder, der Betreiber eines pharmazeutischen Unternehmens, hatte bereits 400 Schutzrechte erfolgreich angemeldet, als er verletzt wurde. Er war daran gehindert, mit seinen Erfindungen voranzuschreiten.

Seinen Gewinnausfall hat er im Weg der Ersatzkraftkosten einer entsprechend qualifizierten Ersatzkraft beziffert. Sein Begehren wurde abgewiesen, weil sich fix besoldete und Monat für Monat ihr Salär empfangende Bundesrichter, namentlich wenn sie keine Nebeneinkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielen, damals nicht vorstellen konnten, dass man womöglich Monate und Jahre seine Arbeitskraft in ein Projekt steckt, das nach Abschluss dann einen – hoffentlich satten – Gewinn abwirft.

²⁵⁰ Erstmals in OGH 24.2.1954, 2 Ob 88/54, SZ 27/52.

²⁵¹ Die Vermögensqualität trotz der Bewertbarkeit im Rahmen des Good Will des Unternehmens leugnend *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2355.

²⁵² OGH 29.10.1998, 2 Ob 270/98i, RdW 1999, 19.

²⁵³ OGH 25.2.1999, 2 Ob 27/99f, ZVR 2000/17.

²⁵⁴ Dafür *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 127.

²⁵⁵ *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46 Rn 699 unter Bezug auf BG 10.2.1976, BGE 102 II 334; ähnlich *Ott* in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 130.

²⁵⁶ BGH 5.5.1970, VI ZR 212/68, BGHZ 54, 45 = NJW 1970, 1411.

Diese Entscheidung würde – jedenfalls sollte – heute anders ausfallen.²⁵⁷ Die Rentabilitätshypothese spricht jedenfalls im Regelfall dafür, dass ein Unternehmer jedenfalls ein Erwerbseinkommen in der Höhe erzielt, als wäre er in einer entsprechenden Position als Arbeitnehmer tätig. Anderes mag in unrentablen Betrieben der Landwirtschaft gelten²⁵⁸ sowie dann, wenn keine greifbaren Anhaltspunkte gegeben sind, welche Tätigkeit in welchem Umfang angegangen wurde.²⁵⁹ Ansonsten möge bedacht werden, dass nach einer Schweizer Untersuchung ein Selbständiger gegenüber einem Arbeitnehmer wöchentlich länger arbeitet und weniger Urlaub macht.²⁶⁰ Zudem geht es nicht allein um den Reingewinn, sondern den Rohgewinn.²⁶¹

4.3.4. Anrechnung von Ersparnissen – Vorteilsausgleichung oder Teil der Schadensberechnung, Auswirkungen auf die Beweislastverteilung

Wird der selbständig Erwerbstätige verletzt, kann er seine berufliche Tätigkeit nicht ausüben. Es entgeht ihm dadurch ein Erwerbseinkommen; allerdings sind auch Ersparnisse die Folge: Variable Kosten für den Betrieb etwa eines Fahrzeugs wie Benzin oder Öl fallen nicht an;²⁶² zudem kann sich der Betreffende zu Hause kostengünstiger verpflegen und muss weniger adrett angezogen sein als im Beruf.²⁶³ Sofern getätigte Investitionen allerdings nutzlos werden, sind die diesbezüglichen Aufwendungen im Rahmen der fixen Kosten ersatzfähig.²⁶⁴

Umstritten ist allein, ob es sich bei den variablen Kosten um eine Frage der Vorteilsausgleichung handelt, für die der Schädiger beweisbelastet wäre, wobei den Geschädigten aber eine sekundäre Darlegungslast trifft, dieser also bei entsprechenden Behauptungen des Ersatzpflichtigen auskunftspflichtig ist, oder es sich um eine Frage der Schadensberechnung handelt, sodass die Beweislast in Bezug auf den Saldo zwischen Um-

²⁵⁷ *Staudinger/Schiemann*, § 252 Rn 43: Verringerung der Anforderungen an die Darlegungslast, Hinweis auf die Rentabilitätsvermutung, Lebenserfahrung spricht dafür, dass mindestens der Wert als Arbeitnehmer erwirtschaftet worden wäre; ebenso *Lange/Schiemann*, Schadensersatz³, 316; *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 19.

²⁵⁸ Insoweit zutreffend *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2390; *Jahnke*, Der Verdienstausschluss im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 10: nicht ersatzfähig fiktive Gehaltskosten eines Landwirtschaftsmeisters.

²⁵⁹ BGH 16.3.2004, VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945: Assekuranzmakler; auch nicht Ersatz nach durchschnittlichem Geschäftsführergehalt einer GmbH, wenn noch nebulös war, welche Tätigkeit überhaupt entfaltet worden wäre.

²⁶⁰ *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 137: Vollzeit-Selbständigerwerbender 51,7 Stunden, im Angestelltenverhältnis 41,7 Stunden, 1 Woche weniger Ferien; 138: überdurchschnittlicher Arbeitszeiteinsatz in der Gründungsphase, 60 bis 70 Stunden.

²⁶¹ Insofern noch überaus moderat *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 693: bei manuell mitarbeitenden Inhabern von Handwerksbetrieben Berechnung nach der Anzahl der versäumten Arbeitsstunden, zugrunde zu legen ist Stundenlohn eines Handwerksmeisters zuzüglich eines angemessenen Unternehmergewinns.

²⁶² OGH 14.8.2008, 2 Ob 226/07k, ZVR 2009/206 (*Ch. Huber*).

²⁶³ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 57.

²⁶⁴ BGH 15.7.1997, VI ZR 208/96, NJW 1997, 2943 = VersR 1997, 1154: Schweinemast; *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 113; *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46 Rn 727.

satz und variablen Kosten den Geschädigten trifft. Da der Schädiger keinerlei Einblick in die Sphäre des Geschädigten hat und es um den Nachweis des eingetretenen Schadens geht, sprechen die besseren Argumente dafür, das Problem als solches der Schadensberechnung zu qualifizieren mit der Folge der vollen Beweislast des Geschädigten.²⁶⁵

4.3.5. Alterssicherung – zwei Varianten der Berücksichtigung

Wird ein Arbeitnehmer verletzt, geht nach deutschem Recht der Regressanspruch in Bezug auf seine Altersversorgung nach § 119 SGB X im Weg einer Legalzession auf den Sozialversicherungsträger über. Besteht hingegen für den Verletzten keine Möglichkeit, trotz Wegfall der Erwerbsfähigkeit freiwillige Beiträge zu einer gesetzlichen Sozialversicherungsrente im Alter zu leisten, ist der Anspruchsteller darauf beschränkt, den Schaden erst zu dem Zeitpunkt geltend zu machen, zu dem er sich rechnerisch niederschlägt, nämlich bei Antritt der Altersrente ohne Verletzung.

Das österreichische Recht kennt keine dem § 119 SGB X entsprechende Norm; aber wegen der Kategorie der Schaffung einer Ersatzlage ist dem Geschädigten generell ein Wahlrecht einzuräumen.²⁶⁶ Entweder kann er vom Schädiger fortlaufend die Beiträge verlangen, um Rentenanwartschaften aufzubauen, so als ob er nicht verletzt worden wäre; oder aber er begehrt die Differenz zwischen ausbezahlter Altersrente bei geringeren Beitragsleistungen und Altersrente ohne Verletzung zum Zeitpunkt des Antritts der Altersrente ohne Verletzung.

ME ist der erste Weg für den Geschädigten in jedem Fall vorzugswürdig.²⁶⁷ Er erspart spätere Streitigkeiten über das Ausmaß der Differenz; durch laufende Rentenbeiträge erfolgt eine bessere Absicherung seiner Angehörigen für den Fall seines vorzeitigen Todes, sofern der Tod nicht vom Schädiger zu verantworten sein sollte. Und schließlich ist das Insolvenzrisiko geringer, mag doch ungewiss sein, ob der Ersatzpflichtige bzw die hinter ihm stehende Haftpflichtversicherung in 20, 30 oder 40 Jahren noch zahlungsfähig sind. Der Ersatzpflichtige wird die zweite Variante bevorzugen, ist doch gerade unsicher, ob der Verletzte das gesetzliche Rentenalter erreichen wird bzw früher stirbt, als es seiner Lebenserwartung entspricht.

Diese Grundsätze haben für selbständig Erwerbstätige besondere Bedeutung.²⁶⁸ Ersatzfähig sind Beiträge für eine Altersversorgung als Teil des Erwerbsschadens. Falls im Sozialversicherungsrecht keine Pflichtversicherung und auch keine freiwillige Versicherungsmöglichkeit vorgesehen sind, muss die Möglichkeit bestehen, eine entsprechende Privatversicherung abzuschließen, die zu einer entsprechenden Absicherung bzw Annäherung an den Zustand ohne Verletzung führt.

²⁶⁵ Grunsky, DAR 1988, 400, 405.

²⁶⁶ OGH 18.4.2002, 2 Ob 38/02f, ZVR 2002/103: zutreffender Hinweis darauf, dass die Mittel für eine freiwillige Versicherung verwendet werden müssen; *Hinteregger*, ABGB-ON, § 1325 Rn 19.

²⁶⁷ Ch. Huber in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 59.

²⁶⁸ *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 124: bei Selbständigen nicht in gleicher Weise Absicherung wie bei Arbeitnehmern.

4.3.6. Besondere Probleme vor und in der Gründungsphase

4.3.6.1. Anforderungen an die Konkretheit einer Unternehmensgründung

Soll ein Erwerbsschaden für ein erst künftig zu gründendes Unternehmen geleistet werden, müssen immerhin greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen.²⁶⁹ Das bloße Gedankenkonzept für die Eröffnung eines vegetarischen Restaurants²⁷⁰ oder die bloße Behauptung, sich kurz vor dem Unfall selbständig gemacht zu haben,²⁷¹ ist zu wenig. Solche Vorhaben müssen mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden.²⁷²

4.3.6.2. Besonderheiten der Umsatz- und Gewinnentwicklung

4.3.6.2.1. Phasenverschiebungsschaden – Verlassen der Verlustphase

Die naive Vorstellung eines Selbständigen, dass er sogleich mit Eröffnung seines Unternehmens Gewinne erwirtschaften werde, bewahrheitet sich nur in Ausnahmefällen. Im Regelfall muss eine Verlustphase zurückgelegt werden, ehe die Gewinnschwelle erreicht wird. Durch eine Verletzung in der Verlustphase wird der Zeitpunkt der Erreichung der Gewinnschwelle weiter in die Zukunft verschoben.²⁷³ Womöglich muss der Selbständige nach der Genesung wieder bei Null beginnen.²⁷⁴ Dann geht es nicht allein um eine Phasenverschiebung, sondern zusätzlich um den Ersatz von frustrierten Aufwendungen. Unter Ausgleichsgesichtspunkten ist die Vermögenseinbuße erst dann gegeben, wenn die Gewinnschwelle erreicht ist.²⁷⁵

4.3.6.2.2. Besonders starke Umsätze in der Gründungsphase

Ausnahmsweise kann es dazu kommen, dass gerade in der Gründungsphase besonders starke Umsätze – und damit auch Gewinne – erwirtschaftet werden, wenn etwa ein Versicherungsvertreter sich aus einer Arbeitnehmertätigkeit heraus selbständig macht und in der Lage ist, den „angesparten“ Kundenstamm zu sich herüberzuziehen.²⁷⁶ Ein entsprechendes Phänomen ergab sich bei Unternehmensgründungen nach der Wende in den Neuen Bundesländern.²⁷⁷

4.3.6.2.3. Kein Abstellen auf Durchschnittsgewinne

Wegen der Besonderheiten von Unternehmen nach der Gründung, bei denen auch die Werbeaufwendungen überproportional hoch sind,²⁷⁸ verbietet es sich, für die Prognose

²⁶⁹ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 5; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 138.

²⁷⁰ OLG Hamm 21.1.1993, 27 U 191/92, NZV 1994, 109: Verletzter verlor Geruchssinn; Unternehmensprojekt „passte“ zum – behaupteten – Erwerbsschaden bei der eingetretenen Verletzung.

²⁷¹ BGH 16.3.2004, VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945: Assekuranzmakler.

²⁷² *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 382.

²⁷³ *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2402; *Grunsky*, DAR 1988, 400, 402; *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 386.

²⁷⁴ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 403.

²⁷⁵ *Grunsky*, DAR 1988, 400, 403.

²⁷⁶ *Jahnke*, Der Verdienstaustausch im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 40.

²⁷⁷ *Kendel*, zfs 2007, 372, 373.

²⁷⁸ BGH 31.3.1992, VI ZR 143/91 NJW-RR 1992, 852: Bestattungsunternehmer und Florist.

auf Durchschnittsgewinne abzustellen.²⁷⁹ Für die Prognose ist es in solchen Fällen hilfreich, auf Referenzbetriebe,²⁸⁰ nach Möglichkeit aus der Region zu verweisen²⁸¹ sowie als zusätzliche Beweismittel die Befragung von Geschäftspartnern und Marktstudien heranzuziehen.²⁸²

4.3.6.3. Nachhaltig keine Gewinnerzielung – Verweis auf Erwerbseinkommen als Arbeitnehmer

Kommt die Erwerbsprognose zu dem Ergebnis, dass der Verletzte nachhaltig keinen Gewinn erzielt hätte, ist – jedenfalls bei einem jungen Menschen – anzunehmen, dass er ein entsprechendes Erwerbseinkommen als Arbeitnehmer erzielt hätte.²⁸³ Bei älteren Arbeitnehmern wird das heute – anders als Mitte der 50-er Jahre – in Frage gestellt,²⁸⁴ wobei zu bedenken ist, dass auch die Verletzung eines Arbeitslosen zu einem Erwerbsschaden führt.²⁸⁵

5. Bemessung der Rente

5.1. Dynamik der künftigen Entwicklung

5.1.1. Berücksichtigung von Inflation und Wirtschaftswachstum sowie branchenspezifischen Faktoren

Der Erwerbsschaden eines Selbständigen erfolgt typischerweise in Form einer Rente. Für die Bemessung ist maßgeblich der Kenntnisstand zum Zeitpunkt des Endes der letzten mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz, wobei dem Anspruchsteller ein Schätzungsbonus eingeräumt wird.²⁸⁶ Textbausteinartig wird wiederholt, dass künftige Entwicklungen so weit wie möglich zu berücksichtigen sind. Bei der Umsetzung verlässt das Gericht dann häufig der Mut. In einer Art „Vogel-Strauß-Politik“ wird so getan, als würde nach diesem Zeitpunkt alles beim Alten bleiben, obwohl mit Händen zu greifen ist, dass das nicht so ist.

Bei Umsetzung des selbst formulierten Postulats müssen daher schon bei erstmaliger Festsetzung der Rente alle in Betracht kommenden künftigen Änderungen berücksichtigt werden. Es geht dabei um mehr als eine Modalität im Rahmen des Ausgleichs der erlittenen Einbuße. Häufig wird nämlich darauf verwiesen, dass die künftige Entwicklung sich nicht verlässlich abschätzen lasse und jede Partei bei wesentlicher Änderung ohnehin eine Anpassung der Rente begehren könne.

²⁷⁹ BGH 1.10.1957, VI ZR 214/56, VersR 1957, 750.

²⁸⁰ BGH 6.7.1993, VI ZR 228/92, NJW 1993, 2673: Schwedenbauhäuschen.

²⁸¹ *Himmelreich/Halm/Euler*, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Kap 10 Rn 34.

²⁸² *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 62.

²⁸³ So ohne jegliche Einschränkung BGH 1.10.1957, VI ZR 214/56, VersR 1957, 750; *C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 114.

²⁸⁴ *Himmelreich/Halm/Staab/Kreuter-Lange*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Kap 17 Rn 62a, 65.

²⁸⁵ BGH 8.4.2008, VI ZR 49/07, NJW 2008, 2185 = JZ 2008, 1112 (*Ch. Huber*).

²⁸⁶ *MiKo*⁵/*Wagner*, § 842 Rn 43: besondere Schwierigkeiten durch sachgerecht-moderate Einstellung des Beweismaßes nach §§ 252 BGB, 287d ZPO zu meistern; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, Rn 138; zur begrenzten Bedeutung des Schätzungsbonus in der Rechtsprechung des BGH *Ch. Huber*, HAVE 2011, 253ff.

Das ist zutreffend, führt aber tendenziell zu einer Verkürzung des Anspruchstellers. Typischerweise geht es nämlich schon wegen der Geldentwertung um ein Erhöhungsbegehren. Ein solches kann aber erst gestellt werden, wenn eine wesentliche Änderung eingetreten ist, was im deutschen Recht explizit in § 323 Abs 1 dZPO angeordnet ist. Zudem kann ein abgeänderter Betrag gemäß § 323 Abs 3 dZPO nur ab dem Zeitpunkt der Erhebung der Abänderungsklage begehrt werden. Der Anspruchsteller steht damit vor dem Risiko der Abschätzung, wann ein Gericht eine Änderung als wesentlich ansieht;²⁸⁷ zudem erhält er für die Defizite bis zum Zeitpunkt der Erhebung keine Abgeltung, was evident dem Ausgleichsprinzip widerspricht.

Das schweizerische Recht sieht dem gegenüber keine Möglichkeit der Anpassung einer einmal festgesetzten Rente vor. Die Folge ist freilich, dass die an der Schadensregulierung Beteiligten eine sehr viel höhere Sensibilität in Bezug auf die Berücksichtigung künftiger Umstände entwickelt haben. Auch im deutschen und österreichischen Recht würde eine solche Haltung angebracht sein.²⁸⁸ Würde nämlich schon bei erstmaliger Festsetzung die Zukunft einigermaßen präzise abgebildet werden, wären Anpassungsprozesse entbehrlich. Das wäre auch wirtschaftlich effizient, würden dadurch nämlich Regulierungskosten gespart.

Was sind nun aber die maßgeblichen Faktoren, die bei der Prognose zu berücksichtigen sind? Mittel- bzw langfristig ist davon auszugehen, dass Selbständige ihr Erwerbseinkommen zumindest real erhalten, also nominelle Steigerungen jedenfalls in Höhe der Inflationsrate erzielen. Darüber hinaus ist aber plausibel, dass sie auch am Wirtschaftswachstum teilhaben, mag das in den letzten Jahren auch moderater ausgefallen sein als in der Boomphase der 50-er und 60-er Jahre. Insoweit ist gewiss eine präzisere Festlegung nach der jeweiligen Branche möglich. Wichtig ist, dass dabei nicht bloß Risiken²⁸⁹ berücksichtigt werden dürfen, sondern ebenso Chancen.²⁹⁰

Wenn für das österreichische Recht behauptet wird, dass eine dynamische, also an einen Index gebundene Rente unzulässig sei,²⁹¹ ist das unzutreffend. Der OGH hat in einer jüngeren Entscheidung²⁹² eine Anbindung an den österreichischen Verbraucherpreisindex bei einem Erwerbsschaden eines verletzten Ungarn abgelehnt. Der herangezogene Index hat insofern zweimal nicht gepasst: Die Entwicklung der Preissteigerung der Le-

²⁸⁷ BGH 15.5.2007, VI ZR 150/06, NJW 2007, 2475 (*Teichmann*): Ablehnung bei einer Schmerzensgeldrente unter 25 %.

²⁸⁸ Zutreffend *Grunsky*, DAR 1988, 400, 403: Rentenkurve schon vom Schadenersatzgericht festzulegen und nicht erst später über § 323 dZPO zu korrigieren.

²⁸⁹ OLG München 20.1.2010, 20 U 3013/09, BeckRS 2010, 10686: 34-jähriger Architekt, Abschlag von 25 %, weil nur ein Abnehmer und rückläufige Baukonjunktur; kritisch dazu *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 135: Die Baukonjunktur ist nicht ständig rückläufig; auf einen Abschwung folgt auch ein Aufschwung. BGH 6.2.2001, VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640 Rohrleitungsbauer; 10 % Abschlag, weil nur ein Auftraggeber; und das ungeachtet des Umstands, dass der Verletzte auch für andere tätig war, wenn er für den Hauptauftraggeber nicht ausgelastet war; hier allerdings bloß Rechtsmittel des Ersatzpflichtigen, der einen Abschlag von 50 % gefordert hatte.

²⁹⁰ *Ott*, in *Koller*, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 114: Hinweis auf BG 15.10.1963 BGE 89 II 396: arbeitsamer und tüchtiger Buchbinder von 30 Jahren, der einzige im Unterwallis, Steigerung des Umsatzes in 10 Jahren von 21.000 Fr auf 30.000 Fr.

²⁹¹ *Hinteregger*, ABGB-ON, § 1325 Rn 24; eingeschränkter *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 11: keine Bindung des Erwerbsschadens an den Verbraucherpreisindex.

²⁹² OGH 26.5.1997, 2 Ob 79/97z, ZVR 1998/21.

benshaltungskosten in Österreich wurde als untaugliche Anknüpfungsgrundlage für die Entwicklung des Erwerbseinkommens angesehen; und das bei einer Person, die in Ungarn lebte. Übersehen wird freilich, dass der OGH in dieser Entscheidung sich von der Vorentscheidung²⁹³ distanziert hat, die jegliche Indexbindung unter Hinweis auf die fehlende Bestimmtheit des Exekutionstitels abgelehnt hat. Bezug genommen wurde ausdrücklich auf § 8 Abs 2 EO in der Fassung der EO-Novelle 1991, BGBl 628, die einen indexgebundenen Exekutionstitel gerade vorsieht.

5.1.2. Alter des Unternehmens und des Verletzten

Bedeutsam für eine Erwerbsschadensprognose des verletzten Selbständigen ist sowohl dessen Alter²⁹⁴ als auch die Lebenszyklusphase, in der sich sein Unternehmen befindet.²⁹⁵ In der von der Versicherungswirtschaft dominierten deutschen Haftpflichtliteratur liest man allein den Hinweis auf das Nachlassen der Kräfte im Alter.²⁹⁶ Die ausgewogenere schweizerische Literatur nimmt freilich auch wahr, dass nicht nur bei Arbeitnehmern, sondern auch bei selbständig Erwerbstätigen bis zum 50. Lebensjahr eine Steigerung des Erwerbseinkommens stattfindet, ehe eine Stagnation eintritt, die von einer Abnahme ab dem 65. Lebensjahr abgelöst wird,²⁹⁷ eine Beobachtung, die sich branchenspezifisch noch verfeinern lässt, aber immerhin eine generelle Richtschnur bietet.

5.2. Befristung der Rente

Zum österreichischen Recht wird die Ansicht vertreten, dass für Selbständige das für Arbeitnehmer geltende gesetzliche Renteneintrittsalter nicht maßgeblich sei, die Rente jedenfalls nicht bis zum 65. Lebensjahr befristet werden dürfe.²⁹⁸ Aus Entscheidungen zu eher ausgerissenen Sachverhalten²⁹⁹ wird der Schluss gezogen, dass eine Befristung zu

²⁹³ OGH 6.12.1984, 8 Ob 48/84, JBl 1985, 551.

²⁹⁴ OGH 2.4.1970, 2 Ob 70/70, ÖJZ 1970/261: insbesondere deshalb keine Obliegenheit zur Aufgabe des Betriebs, weil der Verletzte nicht ganz arbeitsunfähig und erst 41 Jahre alt.

²⁹⁵ *Nomos²/Ch. Huber*, §§ 842, 843 Rn 142: sowohl Alter des Verletzten als auch des Unternehmens von Bedeutung; *Schellenberg/Ruf* in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 144: start up, Wachstum, Sättigung.

²⁹⁶ *Ruhkopf/Book*, VersR 1972, 114, 117.

²⁹⁷ *Schellenberg/Ruf*, in *Schaffhauser/Kieser*, Invalidität von Selbständigerwerbenden, 117, 146; *ZürchKomm3/Landolt*, Art 46 Rn 736: bei jungen Geschädigten eine kontinuierliche Gewinnsteigerung anzunehmen unter Bezug auf 15.10.1963, BGE 89 II 396: 30-jähriger Unternehmer, 4 % pro Jahr für die nächsten 10 Jahre; ebenso *Grunsky*, DAR 1988, 400, 403: bei jüngeren Geschädigten die künftig zu erwartenden Einkommenssteigerungen zu berücksichtigen; bei älteren zu beachten, dass diese sich langsam zur Ruhe setzen. Zu pauschal *C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Das verkehrrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, § 3 Rn 112: Einkommenstendenz zu sehen, nach oben oder unten.

²⁹⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1325 Rn 28; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 26. ErgLief (2012) C III 2 Rn 742.

²⁹⁹ OGH 15.9.1961, 2 Ob 288/61, ZVR 1962/60: Tischlereibetrieb, sogar angenommen, dass Reduzierung der Tätigkeit nach dem 65. Lebensjahr wegen Eintritt des Sohnes, es ging aber nur um die Frage der Befristung; OGH 5.12.1968, 2 Ob 332/68, SZ 41/169: Anspruch nach § 1327 ABGB; getötete Ehefrau 70 Jahre, keine Begrenzung für Ersatz der Mitwirkung im Hotel garni im Rahmen des ehelichen Beistands; OGH 10.5.1988, 2 Ob 48/88, ZVR 1989/30: keine Begrenzung der Rente einer Mutter von 8 Kindern in der Landwirtschaft auf das 65. Lebensjahr, Rente zusammen mit Beeinträchtigung im Haushalt zugesprochen.

unterbleiben habe.³⁰⁰ Soweit ein Nachlassen der Kräfte auch bei Selbständigen zu einem rückläufigen Erwerbseinkommen führe, wird das gleichfalls einem künftigen Anpassungsbegehren, hier des Ersatzpflichtigen, vorbehalten.

Dass Selbständige länger arbeiten als Arbeitnehmer, wird man statistisch belegen können.³⁰¹ Manche Berufsordnungen wie die der Ärzte oder Notare legen aber Altersgrenzen fest.³⁰² Wer über keine – angemessene – Altersversorgung verfügt, wird schon zur Aufrechterhaltung des gewohnten Lebensstandards über das gesetzliche Rentenalter hinaus arbeiten (müssen).³⁰³ Viele Selbständige tun das indes nicht allein aus finanziellen Erwägungen, sondern aus Lust an der Freude oder weil sie sich für unabkömmlich halten bzw ein Betätigungsfeld gefunden haben, auf dem sie ihre Erfahrung einbringen können. Dass Selbständige auf ihrem bisherigen konstant hohen Niveau weiterarbeiten und entsprechende Einkünfte erzielen, ehe sie von heute auf morgen tot umfallen, dürfte freilich durch keine Statistik zu belegen sein. Von daher verbietet sich ein unbefristeter Zuspruch einer nominell gleich hohen Erwerbsschadensrente.³⁰⁴

Die Prognose ist deshalb so schwierig, weil zwei gegenläufige Tendenzen zu beobachten sind: Auch Selbständige nehmen wahr, dass es Lebensfreuden abseits der Bewährung im Berufsleben gibt und schrauben mit zunehmendem Alter jedenfalls ihr Aktivitätsniveau zurück.³⁰⁵ Der demografische Wandel (mehr Alte bei weniger Geburten) im Zusammenwirken mit der Erhöhung der Lebenserwartung macht es erforderlich, dass die Menschen in den nächsten Jahrzehnten bis ins höhere Alter arbeiten werden (müssen), um den Zeitraum vom Rückzug aus dem Berufsleben bis zum Tod nicht immer weiter auszudehnen.³⁰⁶

Bei allen Unwägbarkeiten soll das zur Entscheidung berufene Gericht aber auch insoweit nicht den Kopf in den Sand stecken und eine zeitlich unbefristete Rente mit einem nominell gleich bleibenden Betrag zusprechen.³⁰⁷ Vielmehr ist eine Befristung der Er-

³⁰⁰ Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³, § 1325 Rn 15.

³⁰¹ Pardey, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2350: bei Selbständigen vom 70. Lebensjahr auszugehen, wenn es keine gesetzlichen Altersbegrenzungen für ausgeübte Tätigkeit gibt.

³⁰² So zum deutschen Recht Jahnke, Der Verdienstausfall im Schadenersatzrecht³, § 4 Rn 27: Kassenarztzulassung bis zum vollendeten 68. Lebensjahr gemäß § 95 VII SGB V; Notare bis zum vollendeten 70. Lebensjahr gemäß §§ 47, 48a BNotO.

³⁰³ Besonders gelagert OGH 10.5.1979, 8 Ob 7/79, SZ 52/77: schwerste Verletzung eines 18-jährigen, der auch keine Invaliditätspension bekommen kann, deshalb Zuspruch einer lebenslangen Rente; aber auch als Gesunder wohl Reduzierung des monatlichen Einkommens mit Eintritt in die Altersrente, deshalb Zuspruch einer nominell gleich bleibenden Rente auch hier mE unberechtigt.

³⁰⁴ So aber 5.12.1968, 2 Ob 332/68, SZ 41/169: Gleichsetzung von Lebenserwartung und Arbeitsfähigkeit bei Anspruch nach § 1327 ABGB; getötete Ehefrau 70 Jahre, weitere Lebenserwartung noch 11 Jahr und 11 Monate, diese gesund und agil, daher keine Begrenzung für Ersatz der Tätigkeit im Hotel garni.

³⁰⁵ Gegenteilig die Einschätzung von ZürichKomm³/Landolt, Art 46 Rn 748: Annahme, dass die berufliche Aktivität auch nach Erreichen des Pensionsalters noch fortgesetzt wird; womöglich ist das in dieser Allgemeinheit eine besondere schweizerische Tugend, die dann nicht für Deutschland und Österreich verallgemeinerungsfähig wäre.

³⁰⁶ Diesen Umstand berücksichtigend Ott in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, 95, 101.

³⁰⁷ Reischauer in Rummel, ABGB³, § 1325 Rn 28: konsequenter wäre es, auch bei Selbständigen auf die Grenze von Arbeitnehmern abzustellen, Selbständigen wird Widerlegung des gesetzlichen Rentenalters aber ohnehin leichter gelingen.

werbsschadensrente eines Selbständigen³⁰⁸ mit einer Staffelung, die dem Nachlassen der Kräfte Rechnung trägt,³⁰⁹ wobei als Ansatzpunkt das 65. Lebensjahr passend sein könnte,³¹⁰ die angemessenste Lösung.³¹¹ Statistiken der jeweiligen Branche können dafür eine Richtschnur geben. Und je älter der Anspruchsteller im Zeitpunkt der Verletzung ist, umso besser lässt sich abschätzen, wie lange er noch in welchem Ausmaß gearbeitet und Einkünfte in welcher Größenordnung erzielt hätte.³¹²

6. Verletzungsbedingte Liquidation des Unternehmens

Muss der Selbständige sein Unternehmen verletzungsbedingt aufgeben, stellen sich folgende Detailfragen:

*Ruhkopf/Book*³¹³ sehen bei einem Anspruchsteller im fortgeschrittenen Alter die Gefahr, dass die Verletzung womöglich ein willkommener Anlass ist, den Anforderungen des Lebenskampfes auszuweichen, um auf Kosten der Allgemeinheit ein Rentnerdasein zu fristen, insbesondere dann, wenn keine zureichende Altersvorsorge vorhanden ist. Es ist nicht auszuschließen, dass Derartiges vorkommt; zu unterstellen ist das freilich nicht, hängt doch ein Selbständiger typischerweise an seinem Unternehmen, sodass er alles oder doch vieles tun wird, um eine Schließung abzuwenden.

Ist eine Schließung des Unternehmens nicht zu vermeiden, kommt eine Verweisung auf eine Arbeitnehmertätigkeit nur insoweit in Betracht, als diese der gleichen (gehobenen) Stellung³¹⁴ und der gleichen sozialen Stufe³¹⁵ entspricht. Sofern das nicht der Fall ist, liegt eine überobligationsgemäße Anstrengung vor mit der Folge, dass eine Anrechnung zu unterbleiben hat. Dass in der Praxis dessen ungeachtet – mE zu Unrecht – jedes Erwerbseinkommen angerechnet wird, dürfte zutreffen.³¹⁶ Soweit eine Anrechnung erfolgt, sind freilich auch die Kosten der sozialen Absicherung mit einzubeziehen, weil ein Selbständiger diese zu seinem Nettoeinkommen zusätzlich verdienen muss.³¹⁷

Wird das Unternehmen veräußert, handelt es sich häufig um einen Notverkauf, bei dem Verluste entstehen, die ersatzfähig sind;³¹⁸ freilich nur, wenn diese der Verletzte erleidet, nicht aber die Erben.³¹⁹ In Ausnahmefällen kann die verletzungsbedingt vorzeiti-

³⁰⁸ *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess²⁶, Kap 4 Rn 124.

³⁰⁹ *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 89.

³¹⁰ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 7; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz³, 315; *Jahnke*, in *van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Rn 1094.

³¹¹ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 58, 66; *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 114.

³¹² *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 695.

³¹³ *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 695.

³¹⁴ *ZürchKomm³/Landolt*, Art 46 Rn 835.

³¹⁵ *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Kap 33 Rn 9.

³¹⁶ *Heß/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrs I idF der 29. ErgLief 2012 Kap 6 D Rn 80: jedes Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit anzurechnen.

³¹⁷ BGH 6.2.2001, VI ZR 339/99, NJW 2001, 1640: Rohrleitungsbauer, nachher Hausmeister; *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 119.

³¹⁸ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaschenKomm ABGB, § 1325 Rn 63; *Staudinger/Vieweg*, § 842 Rn 99; *Ruhkopf/Book*, VersR 1970, 690, 695; *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 332.

³¹⁹ *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, § 29 Rn 118; *Landolt*, Der Unternehmerschaden, Rn 334.

ge Veräußerung zu einem anrechnungspflichtigen Vorteil führen, wenn das wirtschaftliche Umfeld zu einem späteren Zeitpunkt einen derart hohen Erlös nicht mehr zugelassen hätte.³²⁰

Resümee

Ungeachtet des (beträchtlichen) Umfangs des Beitrags handelt es sich um eine durchaus punktuelle Darstellung. Anliegen war es, aufzuzeigen, dass der (betriebswirtschaftliche) Sachverständige zwar ein sehr wichtiges Vorprodukt für die Ermittlung des Umfangs des Erwerbsschadens eines Selbständigen liefert, aber die letztendliche Festsetzung von zahlreichen zivilrechtlichen Wertungsfragen abhängig ist. Die Kenntnis der Einbettung seiner ermittelten Tatsachen in die vorzunehmende rechtliche Beurteilung möge seine Sensibilität schärfen, welche Tatsachen bei welchem Wahrscheinlichkeitskalkül in der Folge verwertbar sind. Der Streifzug durch das Haftpflichtrecht auch der beiden deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen sollte vor Augen führen, wie vielfältig die normativen Stellschrauben sind, die nach Ermittlung der vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen vorgenommen werden können, um zu einem abschließenden Ergebnis zu gelangen. Deutlich werden sollte aber auch, wie vielfältig und anspruchsvoll die Anforderungen sind, denen der (betriebswirtschaftliche) Sachverständige zu genügen hat. Es ist großartig, dass es Persönlichkeiten wie *Josef Schlager* gibt, der sich solchen Herausforderungen stellt.

Literaturverzeichnis

Apathy, P., EKHG, Wien, New York 1992.

Berger, M., Zum Erwerbsschaden des Selbständigen, VersR 1981, 1105.

Bydlinski, F., Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.

Dauner-Lieb, B./Langen, W. (Hrsg), Nomos Kommentar BGB², Schuldrecht Band 2/2, §§ 611-853, Baden-Baden 2012.

Dressler, W.-D., Der Erwerbsschaden des im Betrieb des Partners mitarbeitenden Ehegatten, FS-Steffen, Berlin, New York 1995 121.

Gauch, P./Schmid J. (Hrsg), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht³, Teilband V1c, Zürich 2. Lieferung 2007.

Geigel, R./Haag, K. (Hrsg), Der Haftpflichtprozess²⁶, München 2011.

Greger, R., Haftungsrecht des Straßenverkehrs⁴, Berlin 2007.

Grunsky, W., Schadensersatz bei Verletzung eines Gewerbetreibenden oder Freiberuflers, DAR 1988, 400.

Heß, R./Burmam, M. (Hrsg), Handbuch des Straßenverkehrs I, 29. Ergänzungslieferung, München 2012.

³²⁰ OLG Saarbrücken 13.6.2006, 4 U 365/05 – 165, NZV 2007, 469: wegen des verletzungsbedingt 17 Monate früher als geplant erfolgten Verkaufs der Apotheke um 30 bis 40 % höherer Erlös, weil sich nachher die gesetzlichen Bedingungen geändert haben; *Pardey*, Berechnung von Personenschäden⁴, Rn 2352: anders aber, wenn Erlös über dem Verkehrswert bzw besonderes Kaufinteresse des Erwerbers und deshalb besonders hoher Erlös.

- Harrer, F.*, Schadenersatzansprüche eines geschäftsführenden Gesellschafters, *GesRZ* 1985, 130.
- Himmelreich, K./Halm, W.* (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht⁴, Köln 2012.
- Himmelreich, K./Halm, W./Staab, U.* (Hrsg), Handbuch der Kfz-Schadensregulierung², Köln 2012.
- Huber, Ch.*, Auslandsunfall eines deutschen Ehepaars in Österreich, *ZVR* 2008, 484.
- Huber, Ch.*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters – zugleich Besprechung von OGH 25.3.1999, 2 Ob 289/97g, *ZVR* 2000, 290.
- Huber Ch.*, Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, *FS-Welser Wien* 2004, 303.
- Huber, Ch.*, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäß § 1325 ABGB, *JB1* 1987, 613.
- Huber Ch.*, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, *ZVR* 2006, 472.
- Huber Ch.*, Die „Subventionierung des Arbeitsplatzes“ – eine neue Kategorie des Personenschadens, *FS-M. Binder, Wien* 2010, 583.
- Huber Ch.*, Die Wende beim Lohnfortzahlungsschaden – Analyse und Ausblick, *FS-Ditt- rich, Wien* 2000, 411.
- Huber Ch.*, Zwei neuere BGH-Entscheidungen zur Erwerbsschadensprognose – der „Schätzungsbonus“ des Verletzten und dessen (dürftige) Umsetzung – Besprechung der Urteile des BGH vom 5.10.2010, VI ZR 186/08, *NJW* 2011, 1148 (*Schiemann*) sowie 9.11.2010, VI ZR 300/08, *NJW* 2011, 1145 (*Schiemann*), *HAVE* 2011, 253.
- Hunziker-Blum, F.*, Die gutachterliche Ermittlung des Erwerbsschadens bei Selbständig- erwerbenden – Eine interessante und wichtige Aufgabe des Wirtschaftsprüfer, *ST* 2002, 343.
- Jahnke, J.*, Der Verdienstaufschlag im Schadenersatzrecht³, Bonn 2009.
- Kendel, A. E.*, Maßnahmen zur Regulierung des Erwerbsschaden bei Selbständigen und Freiberuflern, *zfs* 2007, 372.
- Kletečka, A./Schauer, M.*, ABGB-Online-Kommentar, 2012.
- Koziol, H./Bydlinski, P./Bollenberger, R.*, Kurzkommentar zum ABGB³, Wien, New York 2010.
- Koziol H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht II², Wien 1984.
- Küppersbusch, G.*, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰, München 2010.
- Landolt, R.*, Der Unternehmerschaden, Zürich/St. Gallen 2010.
- Lange, H./Schiemann, G.*, Schadensersatz³, Tübingen 2003.
- Luckey, J.*, Erwerbsschadenersatz bei Verkehrsunfällen, *VRR* 2005, 404.
- Ott, W. E.*, Erwerbsausfall von Selbständigerwerbenden, in *Koller, A.* (Hrsg), Haftpflicht- und Versicherungstagung der Universität St. Gallen, St. Gallen 2001, 95.
- Pardey, F.*, Berechnung von Personenschäden⁴, Heidelberg 2010.
- Ruhkopf, R./Book, H.*, Über die Haftpflichtansprüche körperlich verletzter, freiberuflich tätiger Personen und Gewerbetreibender wegen Gewinnentgangs, *VersR* 1970, 690.
- Ruhkopf, R./Book, H.*, Über die Haftpflichtansprüche körperlich verletzter, freiberuflich tätiger Personen und Gewerbetreibender wegen Gewinnentgangs (Teil II), *VersR* 1972, 114.
- Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, 2. Band, Teil 2, §§ 1175-1502, Wien 2007.

- Säcker, F.-J./Rixecker, R.* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁵, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-853, München 2009.
- Schah Sedi, C./Schah Sedi, M.*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5 Personenschaden, Bonn 2010.
- Schatzmann B.*, Die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, SJZ 2000, 333.
- Schellenberg, A. C./Ruf, R.*, Unfallbedingter Erwerbsschaden Selbständigerwerbender, in Schaffhauser, R./Kieser, U. (Hrsg), Invalidität von Selbständigerwerbenden, St. Gallen 2007, 117.
- Schlager, J.*, Das betriebswirtschaftliche Gutachten und die (Buch-)sachverständigentätigkeit in Krise, Sanierung und Insolvenz, in Feldbauer-Durstmüller, B./Schlager, J. (Hrsg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz, Wien 2002, 779.
- Schlager, J.*, Die unternehmerische Steuergestaltung – Planung, Durchsetzbarkeit, Grenzen, Wien 1978.
- Schlager, J.*, Schadensberechnung – Vernetzung von rechtlichen und (betriebs)wirtschaftlichen Erkenntnissen, WT 1994/4, 16.
- Schwimann, M.* (Hrsg), Praxiskommentar ABGB³, Wien 2006.
- Schwimann, M.* (Hrsg), Taschenkommentar ABGB, Wien 2010.
- Staudinger, J.* (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführung und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Berlin 2005.
- Staudinger, J.* (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführung und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 840-853 (Unerlaubte Handlungen 5), Berlin 2007.
- van Bühren, H./Lemcke, H./Jahnke J.* (Hrsg), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht², Köln 2012.
- Vrba, K./Lampelmayer, M./Wulff-Gegenbauer, W.*, Schadenersatz in der Praxis, 26. Ergänzungslieferung, Wien 2012.
- Wussow, W.*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Zoll, K.-H.*, Entwicklungen im Personenschadensrecht, r+s Sonderheft 2011, 133.