

Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht

Festschrift
für Martin Binder

herausgegeben von
Heinz Barta
Thomas Radner
Linda Rainer
Heidi-Theresa Scharnreitner

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.

Folgende Gesellschaften und Institutionen
ermöglichten die Drucklegung dieses Werkes:

Arbeiterkammer Salzburg

Arbeiterkammer Tirol

Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung

Evers-Marcic-Stiftung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Salzburg

Hypo Tirol Bank (Forschungsförderungspreis)

Land Vorarlberg

Österreichischer Gewerkschaftsbund

Stadt Innsbruck

Vizerektorat für Forschung, Universität Innsbruck

Wirtschaftskammer Österreich

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 978-3-7073-1477-9

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 WIEN Ges.m.b.H., Wien 2010
1210 Wien, Scheydgasse 24, Tel.: 01/24 630
www.lindeverlag.at

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

Die „Subventionierung des Arbeitsplatzes“ – eine neue Kategorie des Personenschadens?

Christian Huber

Inhaltsübersicht

1. Persönliche Vorbemerkung
2. Problemstellung: Die involvierten Akteure und deren – berücksichtigungswürdige – Interessen
3. Überwälzung getätigter Aufwendungen und Anstrengungen
 - 3.1. Haftpflichtversicherer
 - 3.2. Sozialversicherungsträger
 - 3.3. Geschädigter
4. Begrenztes Anliegen des Beitrags
5. Die möglichen Reaktionen des Verletzten und der betroffenen Akteure
6. Das Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation
7. Unterschiedliche Ausgestaltung von Sozial- und Haftpflichtrecht
8. Dogmatische Begründungsansätze für die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen für die Subventionierung des Arbeitsplatzes
9. Die Lösung der konkreten Fallkonstellationen beim Arbeitnehmer
 - 9.1. Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber ohne marktkonforme Gegenleistung
 - 9.2. Zuschuss des Sozialversicherungsträgers an den Arbeitgeber
 - 9.2.1. Keine Änderung der Rechtslage, wenn ein Glied mehr in der Kette
 - 9.2.2. Pflichtleistung, freiwillige Leistung, Leistung sui generis – Auswirkungen auf die Regressnorm
 - 9.2.3. Persönliche Kongruenz – Leistung an den Arbeitgeber
Modalität der Leistungserbringung an den Arbeitnehmer aus Gründen der Praktikabilität
 - 9.3. Abgeltung der Mehranstrengung des Verletzten
10. Entsprechungen bei Verletzung eines Unternehmers
 - 10.1. Grenzen der Schadensminderungspflicht: keine Aufgabe des Betriebs
 - 10.2. Ersatzfähigkeit von Ersatzkraftkosten auch bei Unwirtschaftlichkeit – insbesondere in der Landwirtschaft
 - 10.2.1. Ausgangspunkt
 - 10.2.2. Fortführung eines unrentablen Betriebs durch Ersatzkräfte auf Kosten des Schädigers
11. Ersatzfähigkeit sachlicher Investitionen
12. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Persönliche Vorbemerkung

Der Jubilar ist wie kein Zweiter in Österreich ein **beidbeiniger** – akademischer – **Fußballer**.¹ Er ist mit dem einen Bein im **bürgerlichen Recht** so treffsicher wie mit dem anderen im **Arbeits- und Sozialrecht**. Er hat all diese Rechtsgebiete im Kopf und trifft – ins Tor; er verfügt also nicht nur in jedem Bein über **enorme Schusskraft**, sondern ist auch ein **sprungkräftiger Kopfballspieler**, kurzum ein Paradestürmer. *Martin Binder* hat in seinem Gelehrtenleben viele wichtige Treffer erzielt! Die Behandlung eines Themas, das an der **Schnittstelle** all dieser Rechtsgebiete – Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht – liegt, könnte sein besonderes Interesse wecken. Seine Lebensmittelpunkte in **Innsbruck** und **Salzburg** liegen an den Tourismus- und Handelsrouten nach **Deutschland**. Es sei daher erlaubt, die folgenden Ausführungen mit einer Prise Gedankengutes aus dem **deutschen Recht** zu würzen. Der Jubilar kennt nicht nur den in Innsbruck oft wehenden **Föhn** aus dem **Süden**. Er ist auch für eine Brise aus dem **Norden** empfänglich. In meiner Zeit in Augsburg hatte ich die Ehre, von dort über den Zierler Berg nach Innsbruck zu kommen, um in seinem Seminar zu referieren. Die von ihm dabei entfachte lebhaftige Diskussion habe ich bis heute in nachhaltiger Erinnerung. Daran möchte ich anknüpfen und ihm die folgenden Zeilen widmen:

2. Problemstellung: Die involvierten Akteure und deren – berücksichtigungswürdige – Interessen

Ein **Arbeitnehmer** wird von einem **Schädiger** erheblich verletzt. Eine Dauerfolge bleibt zurück. Häufig ist es eine **Haftpflichtversicherung**, die den Schädiger, der ihr Versicherungsnehmer oder Versicherter ist, von der Ersatzpflicht freizustellen hat. Wegen dieser Verletzung hat der Geschädigte auch Ansprüche gegen einen **Sozialversicherungsträger**. Das **Zweipersonenverhältnis** zwischen Geschädigtem und Schädiger wächst sich damit bereits zu einem **Vierpersonenverhältnis** aus, wobei der Schädiger im Rahmen der Schadenregulierung meist keine Rolle (mehr) spielt. Ist der verletzte Arbeitnehmer aber nicht mehr in der Lage, seinen Beruf wie früher auszuüben,² ist auch dessen **Arbeitgeber** in die Chose involviert. Womöglich wird zusätzlich ein **Reha-Dienst** des Haftpflichtversicherers eingeschaltet, um den Verletzten auf den Pfad der Tugend zu lotsen. Dem Verletzten soll dabei Gutes getan werden; freilich wird ein Reha-Dienst nicht um Gottes Lohn tätig. Er soll letztendlich bewirken, dass sich die **Investition** des Haftpflichtversicherers rechnet.

Haftpflichtversicherungsunternehmen unterscheiden sich vom **barmherzigen Samariter** dadurch, dass ihr Handeln nicht allein der **Nächstenliebe** entspringt; vielmehr müssen sie ihren Anteilseignern darüber Rechenschaft ablegen, dass der **Aufwand für den Reha-Dienst rentabel** war, die Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten **nicht trotz**, sondern **gerade wegen** des Aufwands für diesen per saldo geringer ist als ohne sol-

¹ Diese Metapher sei erlaubt wegen der **besonderen Affinität** des Jubilars zum **Sport**. Auch in diesem ist er vielseitig und nicht auf eine Sportart reduziert. Dazu jüngst *M. Binder*, Österreichisches Bergsportrecht (2009); weiters *ders*, DRdA 2000, 78.

² Das spielt bei Tätigkeiten, bei denen es auf den Einsatz **körperlicher Kräfte** ankommt, eine größere Rolle als bei **intellektuellen Berufen**.

ches Engagement. Der **Sozialversicherungsträger** hat zwar keine Rendite zu erwirtschaften; wenn es ihm aber gelingt, bei einem bestimmten Beitragsaufkommen seine Aufwendungen bei gleich guter Zielerreichung zu reduzieren, ist das **Betteln um staatliche Zuschüsse** weniger dringlich oder aber **weitere Beitragserhöhungen** sind **entbehrlich** bzw nur in eingeschränktem Ausmaß erforderlich.

Welche Rolle spielen aber der **Verletzte** selbst und dessen **Arbeitgeber**? Man kann das auf folgende Kurzformel bringen: Diese beiden müssen (mitwirken) **wollen**, wenn das von Sozialversicherungsträger und Haftpflichtversicherer bzw dessen Reha-Dienst ausgeheckte Konzept umgesetzt werden soll. Im **Haftpflichtrecht** beachtlich sind primär die Interessen des **Verletzten**. Dessen **Arbeitgeber** ist ein **mittelbar Geschädigter**. Er kann lediglich den auf ihn **überwälzten Schaden** ersetzt verlangen, aber gerade nicht den eigenen. Er mag interessiert sein, den verletzten Arbeitnehmer bei vermindertem Entgelt oder, was wirtschaftlich gleichwertig ist, bei Leistung eines Zuschusses des Sozialversicherungsträgers weiter zu beschäftigen. Dann mag sich für ihn die **Weiterbeschäftigung rechnen**. Einen durchsetzbaren Anspruch darauf hat er aber nicht. Womöglich setzt er das Arbeitsverhältnis aber auch aus **Verbundenheit** gegenüber dem verletzten Arbeitnehmer fort, weil dieser ihm **viele Jahre treue Dienste** geleistet und in dieser Phase mehr gebracht als gekostet hat. Solche Verhaltensweisen sind in Zeiten der Wirtschaftskrise und des sich verschärfenden globalen Wettbewerbs selten (geworden). Aber auch im dritten Jahrtausend trifft man gelegentlich auf **verantwortungsvolle Unternehmer** mit **menschlichem Antlitz**.

Der Arbeitgeber hat zwar mitzuwirken, um bestimmte Maßnahmen realisieren zu können; im Vordergrund stehen aber die **Interessen des Verletzten**. Sein – konkreter – Schaden ist auszugleichen. Nicht nur von der **Schwere seiner Verletzung**, sondern auch von **seiner Bereitschaft**, sich trotz Behinderung und Schmerzen im Arbeitsleben betätigen zu wollen, hängen Art und Ausmaß der Leistungspflicht von Sozialversicherungsträger und Haftpflichtversicherer ab. Er muss bereit sein, die **verbliebene Arbeitskraft** zu aktivieren. Tut er das nicht, käme die Sanktion in Betracht, dass bei einem **schuldhaften Verstoß** gegen die **Schadensminderungspflicht** die Versicherungsleistungen gekürzt werden, und zwar sowohl die des Sozialversicherers als auch die des Haftpflichtversicherers. Dafür trifft jedenfalls im Haftpflichtrecht den **Ersatzpflichtigen** die **Beweislast**; und ein solcher Beweis ist häufig schwer zu führen.³ Außerdem wird im Regelfall der Verletzte bestrebt sein, sich nach Kräften zu bemühen, in **möglichst weitgehendem Ausmaß** sein **Leben so fortzuführen**, als wäre die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung nicht passiert. Häufig muss er sich dafür **mehr anstrengen** als ohne Verletzung.

3. Überwälzung getätigter Aufwendungen und Anstrengungen

3.1. Haftpflichtversicherer

Durch die vom Schädiger hervorgerufene Verletzung sind beim Verletzten Nachteile eingetreten. Sowohl der auf **Arbeitgeber** als der auch **Sozialversicherungsträger** weitergewälzte Schaden als auch die Aufwendungen für einen **Reha-Dienst** sind ebenso wie

³ *Harrer in Schwimann, ABGB*³ § 1325 Rn 39.

der beim **Verletzten verbleibende Restschaden** vom **Haftpflichtversicherer** zu tragen. Er ist das **letzte Glied** in der **Kette**, wo alles hängen bleibt.

3.2. Sozialversicherungsträger

Nach dem in § 332 ASVG zum Ausdruck gekommenen Konzept der **Schadensverlagerung** soll der Sozialversicherungsträger bloß in **Vorlage** treten. Es stellt sich die Frage: Gilt das nur dann, wenn er dem **Verletzten unmittelbar** eine Leistung erbringt, oder auch dann, wenn eine **Leistung an den Arbeitgeber** des verletzten Arbeitnehmers ausbezahlt wird? Ist der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers gegen den Haftpflichtversicherer davon abhängig, ob er zu dieser Leistung – gesetzlich – verpflichtet war; oder kann er sich auch dann beim Haftpflichtversicherer regressieren, wenn es sich um eine „**freiwillige**“ **Leistung** gehandelt hat? Geht es dann „bloß“ um den **Zeitpunkt des Anspruchsübergangs**, also gemäß § 332 ASVG mit Eintritt des realen Schadens und der dadurch ausgelösten **potenziellen Leistungspflicht** des Sozialversicherungsträgers oder – gemäß § 1042 ABGB oder § 332 ASVG analog? – mit **tatsächlicher Leistungserbringung**? Oder ist davon der Regressanspruch dem Grund nach abhängig? Jedenfalls ist zu beachten, dass ein Regressanspruch nur im Ausmaß eines dem Geschädigten in diesem Umfang – tatsächlich – zustehenden Schadenersatzanspruchs gegeben ist. Die Akzentverschiebung im Schadenersatzrecht weg von der **objektiv-abstrakten** bzw. fiktiven Abrechnung hin zur **subjektiv-konkreten** Schadensberechnung, bei der das Ausmaß des Ersatzes abhängig ist vom jeweils gesetzten Verhalten des Geschädigten, zeitigt demgemäß auch **Auswirkungen auf den Regress des Sozialversicherungsträgers**: Er besteht nur dann, wenn die verletzte Person ein entsprechendes Verhalten auch tatsächlich setzt.⁴

3.3. Geschädigter

Der Verletzte selbst ist als **Geschädigter** der **archimedische Punkt** im Schadenersatzrecht. Wenn er für die Ausübung der bisherigen beruflichen Erwerbstätigkeit **nicht mehr voll funktionstüchtig** ist, hat er dann einen **durchsetzbaren Anspruch auf Bezuschussung** seiner Arbeitsstelle, damit seine Beschäftigung für seinen **Arbeitgeber ausreichend rentabel** ist? Oder ist er eine bloße **Marionette**, abhängig von einem **Deal** zwischen **Sozialversicherungsträger** und **Haftpflichtversicherer**, in den nur der **Arbeitgeber** eingebunden werden muss? Wie ist es, wenn der Zuschuss des Sozialversicherungsträgers **umfanglich** und **zeitlich befristet** ist? Ist der **Verletzte** daneben und/oder danach selbst **aktivlegitimiert**, um eine solche Zahlung – an sich oder den Arbeitgeber – zu verlangen? Auffallend ist immerhin, dass eine **Streitaustragung** mit dem **Haftpflichtversicherer** bisher ausschließlich von **Regressgläubigern** erfolgte, nämlich dem **Arbeitgeber** oder einem **Sozialversicherungsträger**, aber niemals durch den verletzten **Arbeitnehmer**.

⁴ Ganz deutlich etwa bei den **fiktiven Heilungskosten**. Dazu OGH ZVR 1987/45: Bei Pflichtleistung Regress unabhängig davon, ob es auch nur wahrscheinlich ist, dass die Leistung in Anspruch genommen wird. Nach der Wende bei den fiktiven Heilungskosten in der E OGH SZ 70/220 = ZVR 1998/32 (dazu *Ch. Huber*, ZVR 1998, 74 ff) wäre nur noch ein Anspruch auf **Vorschuss** gegeben; und auch nur dann, wenn der Geschädigte die **Absicht** zur Durchführung der Operation bekundet. Vgl dazu OLG Linz ZVR 1999/88.

selbst. Das kann an der umfassenden Fürsorge dieser Beteiligten liegen; womöglich fehlt es aber auch am **Bewusstsein** der **Geschädigten** und ihrer Anwälte, welche Möglichkeiten das – geltende – Schadenersatzrecht eröffnet, um dem Verletzten eine annäherungsweise **Rückkehr** in das **Leben** zu ermöglichen, das er ohne die vom Schädiger zu verantwortende Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität führen könnte.⁵

Für den **Haftpflichtversicherer** ist eine solche Subventionierung des Arbeitsplatzes dann **wirtschaftlich rentabel**, wenn der ansonsten zu zahlende Erwerbsschaden höher ist. Wie ist es aber, wenn der **Zuschuss höher** ist als der vom **Verletzten erzielte Ertrag seiner Arbeitskraft**, wenn er nicht verletzt worden wäre? Oder aber, wenn ein höherer Zuschuss für eine vom Verletzten präferierte Tätigkeit mit gleich hohen Einnahmen anfällt?⁶ Kann der **Verletzte** somit auch die Kosten für eine berufliche Erwerbstätigkeit, die seinem **Integritätsinteresse** mehr entspricht, aber auch mehr kostet, oder die für eine **geschützte Werkstätte** verlangen? Und wie sieht es mit der Abgeltung seiner womöglich **überobligationsgemäßen Mehranstrengungen** – gegenüber dem Zustand ohne Verletzung – aus? Kommt insoweit eine **abstrakte Rente** in Betracht oder sind deren Voraussetzungen bei Leistung eines Zuschusses an den Arbeitgeber infolge eines **konkreten rechnerischen Schadens** nicht gegeben? Wie ist es schließlich, wenn der **Arbeitgeber** nach Wegfall des Zuschusses den verletzten Arbeitnehmer – zu den **gleichen Konditionen** wie bisher – weiterbeschäftigt; kommt auch dann ein Regress gegen den Haftpflichtversicherer in Betracht?

Sollte eine solche Bezuschussung des Arbeitsplatzes im Haftpflichtrecht für einen **Arbeitnehmer** zu bejahen sein, ist das eine Besonderheit seines Status als Arbeitnehmer, als einer **besonders schutzwürdigen Kreatur**? Oder gibt es dazu Entsprechungen bei einem **Unternehmer**? Gilt das nur bei Subventionierung der Arbeitskraft durch eine **Hilfsperson** oder auch bei **sachlichen Zuschüssen**? Aus der Perspektive des Haftpflichtrechts wäre es jedenfalls überzeugender, wenn man **alle Geschädigten** in Bezug auf **strukturell vergleichbare Aufwendungen** im Rahmen ihres **Erwerbsschadens** nach **gleichen Maßstäben** behandeln würde.

4. Begrenztes Anliegen des Beitrags

Die Fülle der dargestellten Fragen kann in einem Festschriftbeitrag nicht abschließend beantwortet werden. Immerhin sollen aus dem Blickwinkel des **Haftpflichtrechts** einige **zentrale Stellschrauben** näher betrachtet werden. Vorangestellt sei dabei die Wertentscheidung der Rechtsordnung, dass bei einem **Arbeitsvertrag** einer Äquivalenzstörung in Form der **Minderleistung** des die charakteristische Hauptleistung erbringenden Schuldners, nämlich des Arbeitnehmers, **nicht** durch eine **Reduktion der Gegenleistung** des Vertragspartners, im Klartext, einer Entgeltkürzung durch den Arbeitgeber, begegnet werden kann, wie das bei anderen Austauschverträgen, etwa dem Kauf- oder Werkvertrag,

⁵ Dazu OGH ZVR 2009/157 (Ch. Huber): Regress des Sozialversicherungsträgers wegen der anteiligen Kosten eines Arbeitshelfers für einen begrenzten Zeitraum. Nach Schadenersatzrecht steht – jedenfalls im konkreten Sachverhalt – ein solcher Anspruch dem **Verletzten** bzw seinem **Arbeitgeber** auch nach diesem **Zeitraum** womöglich in höherem **Ausmaß** zu.

⁶ Der Verletzte will sich mit seinem Know-how nicht als – gut bezahlter – **Anwalt** betätigen, sondern als – geringer entlohnter – **Professor** an der Universität, weil ihm das mehr Freude bereitet.

möglich ist. Beim **Arbeitsvertrag** verbleibt es häufig bei der Alternative des **Festhaltens am Vertrag** ohne Wenn und Aber oder dessen **Kündigung**. Diese starre Rechtsfolge des Hopp oder Topp steht in einem **Spannungsverhältnis** zum schadenersatzrechtlichen **Ausgleichsprinzip**, das zwar eine **voll angemessene Abgeltung** der erlittenen Einbuße bewirken, aber ebenso eine **Bereicherung des Geschädigten** verhindern soll. Näher zu prüfen wird dabei sein, ob die das gesamte Schadenersatzrecht beherrschenden Pole **Restitution** und **Kompensation** auch in diesem Zusammenhang bedeutsam sind.

5. Die möglichen Reaktionen des Verletzten und der betroffenen Akteure

Bei einer Verletzung, bei der eine Dauerfolge zurückbleibt, sind **zwei Konstellationen** zu unterscheiden: Der Verletzte kann schlussendlich mit oder ohne Umschulung seine bisherige oder eine neue **Tätigkeit wie ein Gesunder** ausüben. Erforderlich sind in einem solchen Fall bloß für einen **absehbaren Zeitraum Hilfen beim Wiedereinstieg** ins Erwerbsleben nach Rückkehr aus dem Krankenstand. Für den bisherigen oder neuen Arbeitgeber besteht ein **Restrisiko**, ob der nicht voll wiederhergestellte Arbeitnehmer die ihm übertragene Aufgabe wird bewältigen können. In der Phase des Wiedereinstiegs des verletzten Arbeitnehmers ins Erwerbsleben stellt die erbrachte **Arbeitsleistung kein voll angemessenes Äquivalent** für das **Arbeitsentgelt** dar. Der Arbeitgeber verlangt und erhält deshalb vom Sozialversicherungsträger **zeitlich befristete Zuschüsse** zur Erprobung und/oder Eingliederung, womöglich auch zu dem Zweck, dass ihm der Arbeitgeber einen **Arbeitshelfer** zur Seite stellt. Es handelt sich um eine **Anschubfinanzierung**. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Arbeitnehmer **auf Dauer** einen solchen Arbeitshelfer und/oder andere sachliche Hilfsmittel benötigt.

Bei der Alternative zwischen dem Verbleib im **angestammten Beruf** und/oder einer Umschulung beim **bisherigen Arbeitgeber** oder dem Antritt einer Stelle bei einem **neuen Arbeitgeber** gilt es folgende Gesichtspunkte zu beachten. Für den Verbleib beim **bisherigen Arbeitgeber** spricht, dass eine **Weiterbeschäftigung** in der Praxis eher zu erreichen sein wird als eine **Neueinstellung**. Der bisherige Arbeitgeber kennt den Arbeitnehmer; dieser kann seine im Betrieb gesammelten Kenntnisse und Erfahrungen einbringen. Kann er die **bisherige Tätigkeit** beibehalten, entfallen die **Kosten** für eine **Umschulung**. Namentlich bei einem **älteren Arbeitnehmer** spielt einerseits die Erfahrung eine größere Rolle; andererseits wird die Bereitschaft, sich auf einen neuen Beruf einzulassen, abnehmen; und schließlich werden auch die Chancen, im neuen Beruf auf dem – ersten – Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden, gering sein.

Manche **Tarifverträge** sehen Reaktionen für solche Eventualitäten vor, nämlich die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers mit einer **Dauerverletzung**, für die ein **Ersatzpflichtiger verantwortlich** ist. Die weiterhin in vollem Umfang erbrachte Zahlung an den Arbeitnehmer wird aufgespaltet in einen Teil, der ein **marktkonformes Entgelt** darstellt, und in einen Rest, der als Vorschuss bzw **fürsorgliche Sozialleistung** deklariert wird.⁷ Die

⁷ BGH VersR 1958, 454: Tarifliches Lohnsicherungsabkommen der Bundesbahn; LG Freiburg zfs 1987, 141: § 12 Abs 3 Tarifvertrag Postangestellte; ebenso OLG Hamm zfs 1992, 7 = VersR 1992, 66 (LS).

Aufteilung des Entgelts in diese Bestandteile hat zum Ziel, dass bezüglich der **fürsorglich erbrachten Transferleistung** ein **Regress** gegen den Haftpflichtversicherer erfolgen soll. Soweit das nicht im Tarifvertrag vorgesehen ist, wird mitunter versucht, den **Individualvertrag** in der Weise anzupassen oder jedenfalls bei unverändertem Arbeitsvertrag diesen Gedanken beim Regress gegenüber dem Haftpflichtversicherer zum Tragen zu bringen.⁸

6. Das Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation

Das gesamte Schadenersatzrecht ist geprägt vom Spannungsverhältnis zwischen **Restitutions-** und **Kompensationsinteresse**, wie das im österreichischen Recht erstmals *Apathy*⁹ deutlich herausgearbeitet hat. Beim Kompensationsinteresse geht es um die **Auffüllung** der gerissenen **Vermögenslücke**. Das Ausmaß des Ersatzes ist **unabhängig** von der **Reaktion des Geschädigten** und gewährt einen **Mindestersatz**. Das Restitutions- bzw. Integritätsinteresse des Geschädigten stellt darauf ab, dass dieser möglichst den **realen Zustand** wiederherstellt, der ohne das schädigende Ereignis gegeben gewesen wäre. Das Ausmaß des Ersatzes ist somit davon abhängig, welche **Verhaltensweise** er im Anschluss an den ihm zugefügten Schaden setzt. Diese Abstufung des Ersatzes gilt sowohl beim **Sach-** als auch beim **Personenschaden**. Im Regelfall geht der nach dem Restitutionsinteresse berechnete Ersatz über das Kompensationsinteresse hinaus.

Was bedeutet im vorliegenden Zusammenhang Kompensation und Restitution? Gilt diese Abstufung auch im hier untersuchten Kontext? Bleibt beim verletzten Arbeitnehmer ein Dauerschaden zurück und kann er seine ursprüngliche Tätigkeit nicht aufnehmen, ist ihm im Rahmen des Kompensationsinteresses das dadurch entgangene **Arbeitseinkommen** zu ersetzen. Allenfalls ist zu prüfen, wozu er nach den Kriterien der **Schadensminderungsobliegenheit** gehalten ist. Ist ihm eine – **entschädigungslose** – **Mehranstrengung** gegenüber dem Zustand als Gesunder ohne Weiteres zuzumuten? Muss er sich auf einen Referenzberuf verweisen lassen, der einen **sozialen Abstieg** bedeutet und/oder nicht bzw. wenig seinen **Neigungen** entspricht? Man wird hier womöglich alsbald an Grenzen stoßen, sodass jedenfalls in manchen Fällen der **ungekürzte Verdienstentgang** das Ausmaß der Ersatzleistung bestimmt.

Wenn der Verletzte aber seine Arbeitskraft wieder betätigt, stellt das jedenfalls eine Annäherung an den Zustand ohne Verletzung dar. Es geht um die **Schaffung einer Ersatzlage**,¹⁰ eine Ausprägung des Restitutionsinteresses. Was immer der Verletzte dabei verdient, führt zur **Reduzierung** seiner **Vermögenseinbuße** und damit zu einer **Verminderung der Ersatzpflicht** des Schädigers. Die vorliegende Konstellation führt somit – ausnahmsweise – dazu, dass bei Betätigung des Integritätsinteresses des Verletzten dessen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Kompensationsinteresse zurückbleibt. Die **geringere Belastung** des Ersatzpflichtigen geht dabei meist Hand in Hand mit einer **größeren Zufriedenheit** des Geschädigten, der sich durch die Möglichkeit der sinnvollen Betätigung seiner **Arbeitskraft** wieder als **wertvolles Mitglied** der **Gesellschaft** empfinden kann.

⁸ Zu ähnlichen Mechanismen beim Gesellschaftsvertrag *Ch. Huber*, JBl 1987, 613 ff.

⁹ Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

¹⁰ Dazu *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1323 Rn 2.

Wenn schon das Restitutionsinteresse bei dieser Konstellation den Schädiger weniger belastet, dann verdienen die Interessen des Geschädigten stärkeres Gewicht. Bei mehreren in Betracht kommenden **Möglichkeiten** der **Restitution** stellt sich häufig die Frage, bis zu **welcher Grenze** der Geschädigte die den **Ersatzpflichtigen stärker belastende Alternative** wählen darf. Instruktiv ist in diesem Zusammenhang ein Verweis auf den **Kfz-Sachschaden**: Der Geschädigte darf das Fahrzeug auch dann auf Kosten des Ersatzpflichtigen reparieren, wenn die Reparaturkosten (mitsamt dem merkantilen Minderwert) in **Österreich 110 %**,¹¹ in Deutschland **130 %**¹² des Wiederbeschaffungswertes betragen. Da das Wrack heute häufig einen erheblichen Wert darstellt, führt die **Reparaturkostenabrechnung** nicht selten zu einer gegenüber der **Totalschadensabrechnung** doppelt so hohen Belastung des Schädigers. Und dabei geht es um die relativ unbedeutsame Frage, mit **welchem fahrbaren Untersatz** der Geschädigte unterwegs ist. Mit aller kaufmännischen Zurückhaltung lässt sich formulieren: Die **Betätigungsmöglichkeit** der Arbeitskraft da oder dort hat **mindestens** diese Bedeutung! Der **Schwellwert** beim **Kfz-Sachschaden**, nämlich **1:2** zwischen der einen oder anderen Alternative der Betätigung des Integritätsinteresses, muss daher auch beim Erwerbsschaden gelten.

7. Unterschiedliche Ausgestaltung von Sozial- und Haftpflichtrecht

Sowohl das **Sozialrecht** als auch das **Haftpflichtrecht** sollen durch Ansprüche des Verletzten gegenüber Dritten bewirken, dass der Verletzte in die Lage versetzt wird, ins Erwerbsleben zurückzukehren.¹³ Auch im Schadenersatzrecht gilt die im Sozialrecht schon länger geläufige Devise „**Rehabilitation vor Rente**“.¹⁴ Im **Sozialrecht** wird diesem Umstand durch das jeweilige **Leistungsspektrum** Rechnung getragen. Im **Schadenersatzrecht** geht es demgegenüber um den Ausgleich von **konkreten Schäden**. Dabei ist freilich zu beachten, dass gegenüber dem **Auffüllen** der gerissenen **Vermögenslücke** das Prinzip der **Naturalrestitution** oder, soweit das nicht möglich ist, die Schaffung einer Ersatzlage **Vorrang** genießt.¹⁵

Im **Ausgangspunkt** und in der **Zielsetzung** stimmen beide Rechtsgebiete überein. Die **konkrete Umsetzung** ist indes verschieden: Das Sozialrecht knüpft an **typisierte Defizite** wie die **abstrakte Minderung der Erwerbsfähigkeit** an, das Schadenersatzrecht an den **jeweils konkreten Schaden**; das Sozialrecht will eine Basisversorgung für alle schaffen und muss sich mit **Mindeststandards** begnügen; mitunter erfolgt eine Abstufung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Das Schadenersatzrecht verfolgt demgegenüber die Zielsetzung des **vollen Ausgleichs** der jeweils eingetretenen Einbuße; es ist **nur dieser Maxime** verpflichtet. Im Regelfall geht der Schadenersatzanspruch über die Sozialleistung hinaus; nur im Ausnahmefall ist es umgekehrt.¹⁶

¹¹ OGH ZVR 2008/45.

¹² BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302; BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305; BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108; BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110.

¹³ *Baltzer*, VersR 1976, 1 ff; *Westphal*, VersR 1982, 1126 ff.

¹⁴ Dazu umfassend für das österreichische Recht *Jabornegg/Resch*, ZAS 1999, 65 ff.

¹⁵ So für das deutsche Recht *Baltzer*, VersR 1976, 1 ff; BGH NJW 1982, 1638 = VersR 1982, 767.

¹⁶ Die nach der allgemeinen Erwerbsminderung berechnete Rente im Sozialrecht kann bei einer intellektuellen Tätigkeit höher sein als der konkrete Erwerbsschaden.

8. Dogmatische Begründungsansätze für die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen für die Subventionierung des Arbeitsplatzes

Im Vordergrund stand bisher der Gedanke, dass der Verletzte im Rahmen der **Rettungspflicht** bzw **Schadensminderungsobliegenheit** gehalten ist, seine Arbeitskraft im Rahmen der **Zumutbarkeit bestmöglich** zu verwerten¹⁷. Wenn er auf diese Weise dazu beiträgt, dass sich der gegenüber dem Kompensationsinteresse ergebende Ersatzbetrag vermindert, liegt es auf der Hand, dass der **Ersatzpflichtige** für die insoweit **erforderlichen Aufwendungen** aufzukommen hat.¹⁸ Die Ersatzpflicht lässt sich – in einem darüber hinausgehenden Ausmaß – auch noch mit zusätzlichen Argumenten begründen: Häufig beruht der Wiedereinstieg des Verletzten ins Arbeitsleben auf der **Fürsorge Dritter**, nämlich des Arbeitgebers oder eines Sozialversicherungsträgers. Nach § 14 Abs 4 EKHG soll aber der **Schädiger** durch ein solches **Entgegenkommen Dritter** gerade **nicht entlastet** werden. Es ist deshalb **nicht rein mechanisch** die **Vermögenseinbuße** beim **Verletzten** zu messen; diese ist vielmehr **normativ** unter Beachtung dieses Gesichtspunktes zu korrigieren. Der Wiedereinstieg einer verletzten Person ins Arbeitsleben hat nicht nur eine **pekuniäre Dimension**. Es geht auch um deren **Selbstwertgefühl**, spezifisch juristischer das **Persönlichkeitsrecht** des Geschädigten.

Alle drei Ansätze führen dazu, dass die **Verbindlichkeit** des **Ersatzpflichtigen geringer** ausfällt als bei bloßem Abstellen auf das **Kompensationsinteresse**. Der Ansatz der Rettungspflicht oder Schadensminderungsobliegenheit betont den Aspekt der **Kostenminimierung** für den Haftpflichtversicherer. § 14 Abs 4 EKHG soll bewirken, dass der Schaden bei Verlagerung auf Dritte offengelegt und seine Ersatzfähigkeit deutlich wird: Der **Schädiger** soll **nicht** davon **profitieren**, dass es **andere Auffangmechanismen** gibt. Die Betätigung des Integritätsinteresses des Verletzten betont dessen legitimes Interesse an der **möglichst weitgehenden Herstellung** des **realen Zustands**, der ohne Schadensereignis bestanden hätte.¹⁹ Man kann sich vorstellen, dass das **Ausmaß** des Ersatzes **unterschiedlich** ausfällt, je nachdem, **welchen Begründungsansatz** man heranzieht.

9. Die Lösung der konkreten Fallkonstellationen beim Arbeitnehmer

9.1. Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber ohne marktkonforme Gegenleistung

Im österreichischen Recht gibt es einen Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Schädiger bei Entgeltfortzahlung an den verletzten Arbeitnehmer erst seit der grundlegenden OGH-Entscheidung SZ 67/52.²⁰ Es ist daher nachvollziehbar, dass es **keine österreichische Judikatur** zur Frage gibt, ob bei Weiterzahlung eines Teils des Arbeitsentgelts an den Arbeitnehmer als **fürsorgliche Leistung** auch in einem solchen Fall ein

¹⁷ KBB²/Danzl § 1325 Rn 22.

¹⁸ OGH 30.8.1988, 2 Ob 11/88; ZVR 2009/157 (Ch. Huber); BGH NJW 1982, 1638 = VersR 1982, 767.

¹⁹ BGH NJW 1982, 1638 = VersR 1982, 767.

²⁰ = JBl 1994, 684 = EvBl 1994/135 = ZVR 1994/88; dazu Ch. Huber, FS Dittrich (2000) 411 ff.

Regressanspruch gegen den Schädiger in Betracht kommen könnte. In Deutschland hatte sich damit schon das RG²¹ im Jahr 1940 zu beschäftigen.

Die deutsche Judikatur lässt sich so zusammenfassen: Wenn im Tarifvertrag dieser Fall bedacht worden ist,²² wurde eine **Regressfähigkeit bejaht**; sonst wurde sie **abgelehnt**. Als wenig sachgerecht empfand man dabei, dass ein **Entgegenkommen des Arbeitgebers** zu einem **Regressrecht des Sozialversicherungsträgers** führte, der eine an die **abstrakte Minderung der Erwerbsfähigkeit** geknüpfte **Rente** an den verletzten Arbeitnehmer ausbezahlte.²³ Begründet wurde die Ablehnung damit, dass die Zahlung an den Arbeitnehmer aus dem **Titel des Arbeitsentgelts** erfolgt sei und der Arbeitgeber damit einer **arbeitsrechtlichen Pflicht** entsprochen habe.²⁴ Es sei **keine freiwillige fürsorgliche Leistung** gewollt gewesen.²⁵ Außerdem sei beim Arbeitsvertrag **kein konkreter Erfolg** zu leisten; vom Arbeitnehmer geschuldet sei bloß die Bereitstellung der **Arbeitskraft** in der **jeweiligen Ausprägung**.²⁶ Abgelehnt wurde der Regress auch damit, dass der betreffende Arbeitnehmer in **früheren Jahren gute Dienste** geleistet habe²⁷ und sich der Arbeitgeber wegen der **langen Betriebszugehörigkeit** zur Weiterbeschäftigung verpflichtet fühlte.²⁸ Entsprechendes galt, wenn der Arbeitnehmer die Verletzung in **Ausübung des Berufs** erlitten hatte.²⁹

Wenn es eine **Abfolge von gleichförmigen Entscheidungen** gibt, dann steckt darin stets ein **wahrer Kern**. Da es sich aber um Einzelfallentscheidungen handelt, folgen sie **nicht immer einem nachvollziehbaren Strukturprinzip**. Die Frage, ob der Schadenersatzanspruch im **Außenverhältnis** von der Gestaltung des **Innenverhältnisses** abhängig sein soll, stellt sich auch in anderem Zusammenhang. Für den Erwerbsschaden des **Arbeitnehmers** bei der Entgeltfortzahlung sowie bei dem des **Gesellschafters**³⁰ wird das abgelehnt. Es ist daher nicht einzusehen, warum es im vorliegenden Zusammenhang darauf abschließend ankommen sollte. Es besteht nämlich die Gefahr eines **Vertrags zu Lasten Dritter** oder doch der Überwälzung eines Schadens, der womöglich **nicht konkret** eingetreten ist, sondern **bloß abstrakt** besteht.³¹

²¹ RG RGZ 165, 236.

²² BGH VersR 1958, 454: Tarifliches Lohnsicherungsabkommen der Bundesbahn; LG Freiburg zfs 1987, 141; § 12 Abs 3 Tarifvertrag Postangestellte; ebenso OLG Hamm zfs 1992, 7 = VersR 1992, 66 (LS).

²³ RG RGZ 165, 236; BGH VersR 1967, 1068; offenbleiben konnte das in BGH VersR 1958, 454: ein und dieselbe Stelle bei der Deutschen Bundesbahn.

²⁴ RG RGZ 165, 236; OLG Celle VersR 1974, 1208.

²⁵ BGH VersR 1967, 1068.

²⁶ BGH VersR 1967, 1068; OLG Celle VersR 1974, 1208; OLG Celle VersR 1983, 185.

²⁷ BGH VersR 1967, 1068.

²⁸ OLG Celle VersR 1983, 185.

²⁹ RG RGZ 165, 236: Weiterbeschäftigung des Straßenbahnangestellten nach Verkehrsunfall bei beruflicher Tätigkeit.

³⁰ Dazu *Ch. Huber*, JBl 1987, 613 ff.

³¹ *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁹ (2006) Rn 107 Fn 196; *AnwKomm/Ch. Huber* §§ 842, 843 Rn 93.

Wenn darauf hingewiesen wird, dass die **Causa** für das Entgelt die Verpflichtung aus dem **Arbeitsvertrag** sei, so überzeugt das insoweit nicht, als das für die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** ebenso gilt,³² in Deutschland und Österreich aber ein Regressanspruch unabhängig von einer gesetzlichen Regelung anerkannt ist.³³ Ebenso wenig kommt es bei der Entgeltfortzahlung auf den **Willen** des Arbeitgebers an;³⁴ maßgeblich ist, dass im **Verhältnis** zwischen **Arbeitgeber** und **Schädiger** Letzterer den Schaden tragen soll. Da die **Reaktion** im **Innenverhältnis** das Ausmaß der **Ersatzpflicht** im **Außenverhältnis** nicht abschließend determiniert, kann es auch nicht darauf ankommen, dass beim **Arbeitsvertrag** die Arbeitskraft des Arbeitnehmers in der **jeweiligen Ausprägung** geschuldet ist. Maßgeblich ist daher auch nicht, ob der Arbeitgeber bei einer Normabweichung nach unten im konkreten Fall das Recht hätte, das **Arbeitsverhältnis aufzukündigen**.³⁵ Abzustellen ist vielmehr darauf, ob und in welchem Ausmaß es eine **negative Abweichung** gegenüber dem adäquaten **Preis-Leistungs-Verhältnis** gibt.

Der Maßstab, an dem das zu messen ist, lautet: Zu welchem **Entgelt** würde ein **rational handelnder Arbeitgeber** eine solche Person einstellen? Dass der Unfall bei einer **beruflichen Tätigkeit** passiert³⁶ ist oder der Arbeitnehmer in der **Vergangenheit gute Dienste** geleistet hat,³⁷ ist dabei auszublenden. Die in der Vergangenheit unter Beweis gestellten Fähigkeiten des betreffenden Arbeitnehmers sind nur insoweit von Bedeutung, als sie für die dem **Arbeitnehmer zugewiesene Arbeit** – in **Zukunft** – von Bedeutung sind, weil das für den **Marktwert** der verbliebenen Arbeitskraft des Arbeitnehmers beim bisherigen Arbeitgeber ein Aktivum ist, das ein **rationaler Unternehmer** berücksichtigen würde.³⁸ Gibt es ein **Eingruppierungsschema**, dient das sich daraus ergebende Arbeitsentgelt als **Anhaltspunkt** für die Ermittlung des Differenzschadens im Verhältnis zum ungekürzt weitergezahlten Arbeitslohn. Ob eine solche **Gestaltung arbeitsrechtlich zulässig** ist, darauf kommt es im Schadeneratzrecht nicht an. Auch die **faktische Frage**, ob der jeweilige Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum vollen Lohn bzw ohne Zuschuss des Sozialversicherungsträgers faktisch eingestellt hätte, ist ohne Bedeutung.³⁹

Vorzugehen ist wie bei der Ermittlung der Preisminderung nach der **relativen Berechnungsmethode** bei Austauschverträgen nach dem Verhaltensmuster eines **homo oeconomicus**. Da wie dort lässt sich das nur im theoretischen Modell präzise bestimmen. Immerhin ergeben sich aber **Anhaltspunkte**, ob ein **Regress überhaupt** gegeben ist und nach **welchen Determinanten** das **Ausmaß** zu ermitteln ist. Dieser **Maßstab** gilt dann freilich auch bei einer **tarifvertraglichen Regelung**, um **Verträge zu Lasten Dritter** zu vermeiden sowie eine Orientierung am **konkreten Schaden** zu gewährleisten. Wie die

³² BGH VersR 1958, 454.

³³ So die deutsche Rechtslage vor § 6 EFZG und zu § 4 Lohnfortzahlungsg. Dazu *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 107.

³⁴ So aber BGH VersR 1967, 1068.

³⁵ Zu Irrelevanz solcher Anpassungsmechanismen im Innenverhältnis für das Außenverhältnis beim Erwerbsschaden des Gesellschafters *Ch. Huber*, JBl 1987, 613 ff.

³⁶ RG RGZ 165, 236.

³⁷ So in den Sachverhalten BGH VersR 1967, 1068; OLG Celle VersR 1983, 185.

³⁸ BGH VersR 1967, 1068; OLG Celle VersR 1974, 1208.

³⁹ So aber OLG Celle VersR 1983, 185.

Sozialleistung mag auch der **Tarifvertrag** das Auffangen des verletzten Arbeitnehmers nach **anderen Kriterien** festlegen, als es dem **konkreten normativen Schaden** entspricht. Im Schadenersatzrecht kommt es nur auf Letzteren an.

Es bleibt das **Konkurrenzproblem**, wenn der Sozialversicherungsträger eine an der **abstrakten Erwerbsminderung orientierte Rente** leistet und ein rechnerischer Schaden beim Verletzten dadurch vermieden wird, dass der **Arbeitgeber** ihn zum **vollen Entgelt weiterbeschäftigt**, obwohl der verletzte Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nur in stark reduziertem Ausmaß erbringen kann. Bei **rein formaler Betrachtung** würde der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers im Zeitpunkt der **Verletzung** auf diesen übergehen,⁴⁰ sodass bei der Entgeltzahlung bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses kein Schadensposten mehr vorhanden wäre, der auf den Arbeitgeber übergehen könnte. **Wertungsgesichtspunkte** sprechen indes für eine **gegenteilige Lösung**: Die aus **Fürsorge** erfolgende Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers mitsamt dem dafür geleisteten vollen Entgelt durch den Arbeitgeber ist das **unmittelbarere Korrelat** des Arbeitskraftdefizits. Nur dadurch kommt es dazu, dass **kein rechnerischer Schaden** entsteht. Das ist die **konkretere Auffangmaßnahme**. Im Konkurrenzfall gebührt deshalb dem **Arbeitgeber** der **Vorrang** gegenüber dem eine Erwerbsunfähigkeitsrente auszahlenden **Sozialversicherungsträger**.

9.2. Zuschuss des Sozialversicherungsträgers an den Arbeitgeber

9.2.1. Keine Änderung der Rechtslage, wenn ein Glied mehr in der Kette

Die „**Subventionierung**“ des Arbeitsplatzes eines Arbeitnehmers mit einer dauerhaften Verletzung kann dadurch erfolgen, dass der **Arbeitgeber** die volle Gegenleistung an den Arbeitnehmer weiterhin erbringt, aber ein **Teil des Entgelts nicht im Austauschverhältnis** steht, sondern aus **Entgegenkommen** gegenüber dem Arbeitnehmer erbracht wird. Insoweit wurde im Punkt I ein Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Schädiger bzw. den hinter ihm stehenden Haftpflichtversicherer bejaht. Soll sich an dieser **Lastenverteilung** etwas ändern, wenn ein **zusätzlicher Abfederungsmechanismus** dazwischengeschaltet ist, nämlich in der Form, dass der Sozialversicherungsträger einen **Lohnzuschuss** leistet oder die Kosten für einen **Arbeitshelfer** des verletzten Arbeitnehmers übernimmt?

Es handelt sich um eine rhetorische Frage, die mit „nein“ zu beantworten ist. Das gilt also, wenn es nicht um die Verlagerung des Arbeitnehmerschadens auf einen **Dritten**, den Arbeitgeber, sondern einen **Vierten**, den Sozialversicherungsträger, geht. Vorstellbar sind dabei weitere Glieder, etwa die Weiterwälzung von Kosten des **Integrationsamtes** auf den letztendlich einstandspflichtigen Sozialversicherungsträger, zB die gesetzliche Unfallversicherung.⁴¹ Dann ist eben ein **Fünfter** im Spiel. Maßgeblich ist stets, dass im Haftpflichtrecht bloß der **unmittelbare Schaden** des Verletzten ersatzfähig ist; ein Dritter, Vierter oder Fünfter kann jeweils nur Ersatz verlangen, wenn **dieser** auf ihn **verlagert** wird.

⁴⁰ § 332 ASVG entspricht im deutschen Recht § 116 SGB X.

⁴¹ Zur Weiterwälzung von Kosten zwischen Arbeitgeber, Integrationsamt und Rehabilitationsträger *Benz*, BG 2002, 528, 534.

Der **unmittelbare Schaden des Verletzten**, die relative Kürzung seines Entgelts wegen seiner verminderten Arbeitsfähigkeit nach dem Maßstab eines **homo oeconomicus** als **Arbeitgeber**, muss dabei **nicht deckungsgleich** sein mit dem vom Sozialversicherungsträger an den **Arbeitgeber erbrachten Zuschuss**. Diese Transferleistung mag sich an der **Leistungsfähigkeit des Sozialversicherungsträgers**⁴² bzw der des **Arbeitgebers**⁴³ orientieren; im Schadenersatzrecht kommt es darauf **nicht** an. Das OLG Köln⁴⁴ hat für maßgeblich angesehen, ob der **Sozialversicherungsträger** bei Vermittlung der Stelle **aktiv geworden** ist oder der Verletzte sich die Stelle selbst gesucht und auch ohne Zuschuss bekommen hätte. Das OLG Celle⁴⁵ hat einen **Einarbeitungszuschuss versagt** bzw sogar die Kondiktion der bereits gezahlten Transferleistung gebilligt, weil der Arbeitgeber ohne Berücksichtigung dieser Transferleistung bloß **70 % des tarifmäßigen Entgelts** gezahlt habe.⁴⁶ Der Arbeitgeber habe sich als „**Trittbrettfahrer**“ betätigt und **mitgenommen**, was „**auf dem Weg lag**“, ohne dass eine derartige Subventionierung des Arbeitsplatzes erforderlich gewesen wäre, sodass insoweit kein ersatzfähiger **konkreter Schaden** gegeben war. Die Fakten können an dieser Stelle nicht nachgeprüft werden. Stellung genommen werden kann aber dazu, ob das Gericht den **passenden Maßstab** angelegt hat.

Nach dem hier vertretenen Ansatz stellt die Einstellung eines Arbeitnehmers mit einer **Dauerverletzung** zum **Entgelt eines gesunden Arbeitnehmers** dann ein Entgegenkommen des Arbeitgebers dar, wenn diese Stelle zum **gleichen Entgelt** auch mit einem **unverletzten Arbeitnehmer** hätte besetzt werden können. Der Arbeitgeber mag sich – je nach Größe des Betriebs – bei Einstellung einer Person mit einer Schwerbehinderung eine **Ausgleichstaxe** gemäß § 9 BEinstG ersparen. Er nimmt aber damit bei einem solchen Arbeitnehmer erhebliche Imponderabilien in Kauf, nämlich eine **begrenzte Einsetzbarkeit** im Sinn einer besonderen Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand des Behinderten gemäß § 6 BEinstG bzw § 81 IV SGB IX, **Einschränkungen bei der Kündigung** gemäß § 8 BEinstG bzw §§ 85 ff SGB IX, im deutschen Recht **erhöhte Urlaubsansprüche** gemäß § 125 SGB IX und womöglich noch so manche weitere Rücksichtnahmepflicht. Es ist schwer vorstellbar, dass sich – bei der heutigen Arbeitsmarktlage, anders als in den Zeiten, in denen die Entscheidung des OLG Celle⁴⁷ erging – für eine bestimmte **Stelle kein gesunder Bewerber** findet. Ein **homo oeconomicus** als Arbeitgeber wäre zwischen der Einstellung eines gesunden und mit einer Dauerverletzung behafteten Arbeitnehmers erst dann **indifferent**, wenn der Zuschuss des Sozialversicherungsträgers so hoch wäre, dass bei unterstellter – in der Wirklichkeit aber kaum realistischer – gleicher Leistungsfähigkeit **all diese Sonderlasten abgegolten** wären. Ob dann der **Abschlag** von

⁴² Zur Beachtlichkeit dieses Kriteriums außerhalb einer Pflichtleistung OGH DRdA 2004, 263 (*Naderhirm*).

⁴³ So OGH ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*): Hinweis auf die begrenzte finanzielle Leistungsfähigkeit eines Kleinbetriebs.

⁴⁴ OLG Köln zfs 1988, 43.

⁴⁵ OLG Celle VersR 1983, 185.

⁴⁶ Womöglich wäre das heutzutage wegen des Diskriminierungsverbots gemäß §§ 7a ff BEinstG bzw § 81 II SGB IX sogar unzulässig.

⁴⁷ Entscheidungsdatum 28.4.1982.

30 % gegenüber dem tariflichen Entgelt ausreichend wäre, darf mE füglich bezweifelt werden.⁴⁸

9.2.2. Pflichtleistung, freiwillige Leistung, Leistung sui generis – Auswirkungen auf die Regressnorm

§ 332 ASVG ist die konstruktive Umsetzung der schadenersatzrechtlichen Wertung, dass bei gegenüber einem Schadenersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger **sachlich, persönlich und zeitlich kongruenten** Leistungen des Sozialversicherungsträgers ein bloß **verlagerter Schaden** gegeben ist. Der Schadenersatzanspruch des Verletzten wird im Weg einer **Legalzession** gemäß § 332 ASVG auf den leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger übergeleitet. Nach hM⁴⁹ soll der Geschädigte die **Aktivlegitimation** bereits im Zeitpunkt des Eintritts der Verletzung verlieren, wenn eine **potentielle Eintrittspflicht** des Sozialversicherungsträgers zu diesem Zeitpunkt **absehbar** bzw nicht auszuschließen ist. Der frühe Zeitpunkt des Übergangs des Schadenersatzanspruchs auf den Sozialversicherungsträger lässt sich wie folgt begründen: Der Geschädigte soll über den Anspruch **nicht disponieren** können. Er soll sich namentlich nicht mit dem Haftpflichtversicherer vergleichen und damit den **Regress des Sozialversicherungsträgers vereiteln** können. Diese Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, würde doch so mancher Geschädigte – geblendet von der absoluten Höhe der gebotenen Vergleichssumme – leichtfertig einen letztlich für ihn unvorteilhaften Vergleich schließen; und in der Folge die Leistungen der Sozialversicherungsträger gleichwohl in Anspruch nehmen.

Nach einer **sorgfältig begründeten Gegenansicht** von Resch⁵⁰ ist diese Zielsetzung freilich auch zu verwirklichen, wenn der Anspruchsübergang erst im **Zeitpunkt der Leistungserbringung** stattfindet. Damit würde auch die wenig einleuchtende Rechtsfolge beseitigt, dass der **Sozialversicherungsträger selbst dann regressberechtigt** sein soll, wenn dessen Versicherungsnehmer, der Geschädigte, die jeweiligen Leistungen niemals in Anspruch nimmt.⁵¹ Bei dieser Sichtweise wäre das Eingehen, ob es sich bei Rehabilitationsleistungen zwar um keine Pflichtleistungen, aber doch um **freiwillige Leistungen besonderer Art**,⁵² solche **sui generis**, handeln würde,⁵³ entbehrlich. Jedenfalls bei **Sozialversicherungsleistungen**, die **schwerer durchsetzbar** sind als ein Schadenersatzan-

⁴⁸ Realistischer OLG Köln VersR 1985, 94: Es spricht nichts dafür, dass es zu einer **Einstellung ohne Eingliederungshilfe** gekommen wäre. Ähnlich OLG Celle VersR 1988, 1252 unter zutreffendem Hinweis auf die maßgebliche Sicht ex ante; in concreto ist der betreffende Arbeitgeber in der Folge insolvent geworden, was freilich nicht absehbar war.

⁴⁹ Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁶ (2009) 204; Neumayr in Schwimann, ABGB³ § 332 ASVG Rn 25; Krejci/Böhler in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts idF der 21. ErgLfg (2008) 3.2.5.1.1.; OGH ZVR 1987/45.

⁵⁰ JBl 2002, 341 ff; zustimmend Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1312 Rn 13 f.

⁵¹ So aber OGH ZVR 1987/45.

⁵² Auf die Streitfrage, welche Regressnorm bei freiwilligen Leistungen anzuwenden sei, § 332 ASVG analog (Krejci, ZAS 1974, 123 ff) oder § 1042 ABGB (Ch. Huber, VR 1986, 321 ff und 405 ff), soll hier nicht eingegangen werden. Durch Konzessionierung der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Leistungserbringung wird der Kontroverse die Spitze genommen, weil sich die Rechtsfolge insoweit nicht unterscheidet.

⁵³ Darauf abstellend OGH SZ 56/44 = EvBl 1983/119; 30.8.1988, 2 Ob 11/88; ZVR 2009/157 (Ch. Huber); Krejci/Böhler in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts idF der 21. ErgLfg (2008) 3.2.3.3.1.; zustimmend Neumayr in Schwimann, ABGB³ § 332 ASVG Rn 14.

spruch, ist es sachgerecht, dass dem Geschädigten nicht der **leichter durchsetzbare Rechtsbehelf aus der Hand genommen** wird und er durch einen **Zwangsumtausch einen weniger leicht durchsetzbaren** aufgedrängt bekommt, soll doch das **soziale Netz** die Rechtsposition des Verletzten verbessern, ihm aber keine Prügel vor die Füße werfen. Hat der Sozialversicherungsträger freilich die jeweilige Leistung erbracht, bestehen diese Bedenken nicht mehr.

Rehabilitationsleistungen werden als solche **freiwilligen Leistungen sui generis** eingestuft mit der Folge, dass jedenfalls bei diesen der Anspruchsübergang erst im **Zeitpunkt der Leistungserbringung** stattfindet.⁵⁴ Aber selbst wenn es sich um Pflichtleistungen handeln würde, könnte nichts anderes gelten, weil der **Schadenersatzanspruch** erst mit **Durchführung der entsprechenden Maßnahme** entsteht; und ein bestehender Schadenersatzanspruch ist *Conditio sine qua non* für die Legalzession, selbst wenn man einen Rechtsübergang unabhängig von der Inanspruchnahme der Sozialleistung bejahen sollte.

9.2.3. Persönliche Kongruenz – Leistung an den Arbeitgeber Modalität der Leistungserbringung an den Arbeitnehmer aus Gründen der Praktikabilität

Eingliederungshilfen⁵⁵ und Zuschüsse für einen **Arbeitshelfer**⁵⁶ werden bei Verletzung des **Arbeitnehmers** an den **Arbeitgeber** gezahlt. Ist insoweit die **persönliche Kongruenz** der betreffenden Leistung in Bezug auf den korrespondierenden **Schadenersatzanspruch** des **Arbeitnehmers** zu verneinen?⁵⁷ Wohl nicht. Denn es handelt sich um eine **Modalität der Leistungserbringung** an den verletzten Arbeitnehmer, die aus Gründen der Abrechnungstechnik, Einfachheit und Praktikabilität erfolgt.⁵⁸

9.3. Abgeltung der Mehranstrengung des Verletzten

Setzt der Geschädigte trotz seiner Verletzung seine berufliche Tätigkeit fort, ist dies in aller Regel mit **Mehranstrengungen** gegenüber dem **Zustand ohne Verletzung** verbunden. Nach dem Ausgleichsprinzip bzw dem der Naturalrestitution kann der Schädiger das vom Geschädigten **nicht** bzw **nicht entschädigungslos** verlangen. Wenn der Verletzte seine Arbeitskraft trotz Mehranstrengungen betätigt, stellt sich die Frage, ob diese abgegolten werden müssen. Erfolgt die Betätigung der Arbeitskraft **überobligationsgemäß**, kann ein **Unternehmer**⁵⁹ oder ein **Haushaltsführer**⁶⁰ verlangen, so gestellt zu werden, als ob er sich nicht so verhalten hätte, und seinen Erwerbsschaden auf der Basis der Kosten

⁵⁴ *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts idF der 21. ErgLfg (2008) 3.2.3.3.1.

⁵⁵ OLG Köln VersR 1985, 94; OLG Celle VersR 1988, 1252.

⁵⁶ OGH ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*).

⁵⁷ Vgl aber OGH 30.8.1988, 2 Ob 11/88: Regressfähigkeit der Kosten für eine elektrische Schreibmaschine; beim Regress nach § 332 ASVG ausdrücklich darauf abstellend, dass die Leistung dem **Arbeitnehmer direkt** und nicht dem Arbeitgeber erbracht wurde.

⁵⁸ Ebenso jüngst OGH *ecolex* 2009/332 = Zak 2009/475: Zuschuss des Sozialversicherungsträgers an den Arbeitgeber bei Entgeltfortzahlung nach § 53b ASVG nach Verletzung von dessen Arbeitnehmer durch einen Schädiger.

⁵⁹ OGH EF 69.109: Bei jeder Bewegung zusätzliche Schmerzen. Zuletzt OGH ZVR 2008/239 und dazu *Ch. Huber*, ZVR 2008, 484 ff.

⁶⁰ OGH ZVR 1977/299.

einer fiktiven Ersatzkraft für diese Verrichtungen ersetzt verlangen.⁶¹ Auch beim **Sachfolgeschaden** wird dieser Bewertungsansatz gebilligt.⁶²

Wenn es um Mehranstrengungen eines **Arbeitnehmers** geht, werden diese nur im Rahmen der **abstrakten Rente** abgegolten, wobei freilich neben der **Ausgleichsfunktion** auch die **Sicherungsfunktion** gegeben sein muss.⁶³ Schon im Rahmen der Ausgleichsfunktion wird verlangt, dass die Mehranstrengung ein solches Ausmaß erreicht, dass eine **frühere Erschöpfung** in Betracht kommt; und im Rahmen der **Sicherungsfunktion** muss die dadurch bewirkte **Gefährdung des Arbeitsplatzes wahrscheinlich** sein. Bei so strengen Voraussetzungen an die Sicherungsfunktion bewegt sich der **Geschädigtenanwalt**, der für seinen Mandanten eine abstrakte Rente begehrt, häufig an der **Kippe des anwaltlichen Kunstfehlers**.⁶⁴ Verwirklicht sich nämlich zeitnah der nach der Prognose als wahrscheinlich zugrunde gelegte verletzungsbedingte Verlust des Arbeitsplatzes, dann hat der **Verletzte per saldo mehr verloren als gewonnen**. Die bis dahin **angesammelten Rentenbeträge** machen den in der Folge **viel größeren konkreten Schaden** nämlich bei weitem nicht wett. Bloß den Nachweis, dass der Geschädigte seinen Arbeitsplatz verletzungsbedingt verloren hat, muss er nicht mehr führen.

*Harrer*⁶⁵ hat daher völlig Recht, dass die Differenzierung zwischen „normalen“ **Arbeitnehmern** und **Beamten** oder auch solchen, denen die Wohltat des **BehinderteneinstellungsG**⁶⁶ zugute kommt, ebenso wenig zu überzeugen vermag wie die Ungleichbehandlung gegenüber **Unternehmern** und **Haushaltsführern**.⁶⁷ Mit dem OGH⁶⁸ sowie gegen *Harrer*⁶⁹, *Reischauer*⁷⁰ und *Faber*⁷¹ ist aber eine Berücksichtigung solcher Mehr-

⁶¹ OGH ZVR 1985/47: Erfordernis zusätzlicher Arbeitspausen; weitere Nachweise bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1325 Rn 39.

⁶² Dazu der – in Deutschland – berühmte Fahrschullehrerfall BGHZ 55, 329 = NJW 1971, 836.

⁶³ So OGH ZVR 2004/18: Beibehaltung der abstrakten Rente unter den bisherigen – restriktiven – Voraussetzungen. Ebenso in der Folge zB OGH Zak 2009/399; Zak 2009/513. Kritisch KBB²/Danzl § 1325 Rn 21; *Wittwer*, ZVR 2004, 55 ff.

⁶⁴ Prototypisch OGH EvBl 2007/27 = ZVR 2007/32 (*Danzl*) = ecolex 2007/109: **Querschnittgelähmter** quält sich, einen Beruf auszuüben; der Arbeitgeber kommt ihm entgegen. Als bald muss er seine Tätigkeit reduzieren und erleidet einen **konkreten Schaden**. Versagung der Ersatzfähigkeit der nunmehrigen Einbuße wegen der bis dahin erhaltenen abstrakten Rente. Unbillig, aber auf dem Boden der Rechtsprechung folgerichtig. Die durchaus plausible Einschätzung von *Harrer* (in *Schwimmann*, ABGB³ § 1325 Rn 59 Fn 269), „dass sich bei solchen Gefahren das Problem der abstrakten Rente gleichsam von selbst erledigen könnte“, dürfte sich angesichts der **Mehrzahl aktueller OGH-Entscheidungen** nicht bewahrheiten. Dazu OGH Zak 2009/513 mit Nachweis einer Vielzahl neuester OGH-Entscheidungen.

⁶⁵ In *Schwimmann*, ABGB³ § 1325 Rn 58.

⁶⁶ OGH ZVR 1985/48: Keine abstrakte Rente bei Schutz durch die §§ 2 Abs 1 sowie 8 InvEG, die Vorgängernorm zum BEinstG.

⁶⁷ Dazu OGH ZVR 2000/92: Abgeltung der Mehranstrengung eines verletzten Arbeitnehmers **nur** im Rahmen des **Schmerzensgeldes**; anders bei einer Hausfrau und einer – unentgeltlich arbeitenden – Landwirtin. Warum ausgerechnet bzw nur bei diesen ein Vermögensschaden gegeben sein soll, wird nicht begründet.

⁶⁸ OGH ZVR 2004/18.

⁶⁹ In *Schwimmann*, ABGB³ § 1325 Rn 58.

⁷⁰ In *Rummel*, ABGB³ § 1325 Rn 36.

⁷¹ JBl 2003, 243 ff.

anstrengungen **nicht allein** im Rahmen des **Schmerzensgeldes** möglich. Dort würde dieser Umstand sich nämlich im Rahmen der **Globalbemessung** allenfalls in **homöopathischer Dosis** auswirken. Wie der Erwerbsschaden des Unternehmers und der des Haushaltsführers belegen, gibt es auch im Rahmen des **Vermögensschadens** durchaus **rationale Bewertungsansätze**. Dort wird insbesondere gleich behandelt, ob der Verletzte für die gleiche Verrichtung länger braucht, er Pausen einlegen muss oder sich mehr anstrengen muss.⁷² Was dort Recht ist, kann nicht anderswo unbillig oder gar unmöglich sein.

Folgt man dem hier vorgeschlagenen Ansatz, würde dem verletzten Arbeitnehmer **allein** für die **Mehranstrengung** eine **zusätzliche Abgeltung** – im Rahmen des **Vermögensschadens** – nach den gleichen Grundsätzen wie einem Unternehmer oder Haushaltsführer gebühren. Dieser Schadensposten gebührt neben einem Regressanspruch des Arbeitgebers oder Sozialversicherungsträgers. Das ist keine Besonderheit, kann doch auch ein **Unternehmer** neben den Kosten einer eingestellten **Ersatzkraft** noch den dadurch nicht abgedeckten **Gewinnentgang** verlangen.⁷³ Freilich wäre diesbezüglich die sachliche Kongruenz einer sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeitsrente zu bejahen, was bei der abstrakten Rente abgelehnt wird, die zusätzlich zu solchen Renten dem Verletzten verbleibt.

Auf dem Boden der herrschenden Rechtsprechung zur abstrakten Rente steht diese dem Verletzten bei einem **Regressanspruch** des **Arbeitgebers** oder **Sozialversicherungsträgers** gegen den Ersatzpflichtigen wegen Subventionierung seines Arbeitsplatzes infolge einer dauerhaften Verletzung freilich **nicht** zu.⁷⁴ Diese setzt nämlich voraus, dass bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz **kein konkreter Schaden** beim **Verletzten** eingetreten sein darf; und gerade das ist bei einem Schaden des Verletzten, mag er auch auf einen **Dritten, Vierten** oder **Fünften** verlagert sein, der Fall. Die sachliche Berechtigung einer abstrakten Rente entfällt in solchen Fällen, weil die **Subventionierung des Arbeitsplatzes** schon ein **Indiz** für dessen **Gefährdung** darstellt, was die **Beweisprobleme** in Bezug auf die Kausalität beträchtlich reduziert, wenn es zum verletzungsbedingten Verlust des Arbeitsplatzes kommt.

10. Entsprechungen bei Verletzung eines Unternehmers

Es ist in der Folge zu untersuchen, ob die Ersatzfähigkeit der Subventionierung des Arbeitsplatzes auf den Arbeitnehmer beschränkt ist oder auch bei einer unternehmerischen Tätigkeit in Betracht kommt:

10.1. Grenzen der Schadensminderungspflicht: keine Aufgabe des Betriebs

Vom Geschädigten kann nicht – ohne Weiteres – verlangt werden, dass er seinen **Betrieb einstellt**, mag dieser nach dem ökonomischen Kalkül auch nicht – besonders – ertragreich sein.⁷⁵ Es wird damit anerkannt, dass die Betätigung nicht allein zur Erzielung eines **Erwerbseinkommens** erfolgt, sondern auch der **Selbstverwirklichung** des Menschen dient.

⁷² *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1325 Rn 27.

⁷³ OGH EvBl 1979/261; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rn 37.

⁷⁴ So bereits *Ch. Huber*, ZVR 2009, 302, 304.

⁷⁵ OGH EvBl 1970/261. Ebenso für den Beistandsentgang im Rahmen des § 1327 ABGB: OGH SZ 41/169.

10.2. Ersatzfähigkeit von Ersatzkraftkosten auch bei Unwirtschaftlichkeit – insbesondere in der Landwirtschaft

10.2.1. Ausgangspunkt

Im Grundsatz gilt Folgendes: Der **verletzte Unternehmer** kann seinen Erwerbsschaden berechnen, indem er den **verletzungsbedingt entstandenen Gewinnentgang** nachweist; alternativ kann er die durch seinen Ausfall entstandenen **Ersatzkraftkosten** verlangen, wenn die bei ihm vereitelte Tätigkeit durch eine Ersatzkraft, andere Dritte oder in überobligationsgemäßer Anstrengung von ihm selbst verrichtet wird.⁷⁶

Dieser Grundsatz ist in der Weise zu präzisieren, dass häufig trotz Einstellung einer Ersatzkraft ein **restlicher Erwerbsschaden** in Form eines dadurch **nicht gedeckten Gewinnentgangs** verbleibt. Auch dieser ist zu ersetzen. Voraussetzung für die Ersatzkraftkosten ist zwar nicht die Einstellung einer Ersatzkraft, sehr wohl aber, dass die entsprechende Tätigkeit tatsächlich verrichtet wird. Das ist jedenfalls bei Aufgabe des Betriebs nicht gegeben.⁷⁷ Der OGH⁷⁸ hat folgende durchaus **zutreffende Parallele** gezogen: Wie beim **Kfz-Sachschaden** nach **Veräußerung** des Unfallfahrzeugs keine – fiktiven – Reparaturkosten mehr verlangt werden können, scheidet das Verlangen nach **Ersatzkraftkosten** auch nach **Einstellung** des Betriebs aus.⁷⁹ Davon zu unterscheiden ist der Umstand, dass die Kosten einer entsprechend ausgebildeten Ersatzkraft als **Anhaltspunkt** für die **Schätzung** des entgangenen Gewinns nach **§ 273 ZPO** herangezogen werden.⁸⁰ Auch bei einem Unternehmer gilt die **Rentabilitätshypothese**: Die Betätigung der Arbeitskraft bei einem – selbständigen – Unternehmer wird am Markt in aller Regel mit mindestens dem Entgelt honoriert, das man einem – abhängigen – Arbeitnehmer zahlen müsste. Freilich ist das bloß eine **Hypothese**, die sich in der **Praxis nicht stets** bewahrheitet.⁸¹

10.2.2. Fortführung eines unrentablen Betriebs durch Ersatzkräfte auf Kosten des Schädigers

Namentlich in der **Landwirtschaft** kommt es vor, dass bei so manchem Betrieb **weniger erwirtschaftet** wird, als die Einstellung einer entsprechenden Ersatzkraft kosten würde. Kann der Ersatzpflichtige den verletzten Landwirt dann auf dessen **Vermögenseinbuße** verweisen oder hat der Verletzte ein **anerkennenswertes Integritätsinteresse**, den – aus ökonomischer Perspektive unrentablen – Betrieb auf Kosten des Ersatzpflichtigen fortzuführen?⁸² Man kann die Frage noch in folgender Weise zuspitzen: In aller Regel wird keine Ersatzkraft eingestellt; vielmehr springen **Familienangehörige** ein, um den (Bergbauern-)Hof weiter zu bewirtschaften. Kann der Verletzte – zu deren Gunsten – das

⁷⁶ OGH ZVR 1985/47; ZVR 1987/56; ZVR 1988/84; ZVR 1989/107; EF 69.109; ZVR 1995/45; JBI 1999, 185 = RdW 1998, 667.

⁷⁷ *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1325 Rn 28

⁷⁸ OGH ZVR 1995/45.

⁷⁹ OGH ZVR 1995/45; JBI 1999, 185 = RdW 1998, 667.

⁸⁰ OGH ZVR 1977/299; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rn 37.

⁸¹ So auch *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1325 Rn 27.

⁸² Vgl dazu OGH ZVR 1977/299: Beim Haushaltsführerschaden verweist der OGH darauf, dass ansonsten der **Haushalt „verlottern“** würde. Das würde wohl auch für einen **landwirtschaftlichen Betrieb** gelten.

marktkonforme Entgelt einer Ersatzkraft in Rechnung stellen und damit bewirken, dass ein **Familieneinkommen** erzielt wird, das **ohne den Unfall niemals möglich** gewesen wäre? Man wird das jedenfalls nicht ohne Weiteres mit „ja“ beantworten können.

Bei einem Unternehmer, insbesondere einem Landwirt, dürfte es so sein, dass die **konkrete Art der Betätigung** seiner **Arbeitskraft** eine **beträchtliche immaterielle Komponente** aufweist. Nach dem **wirtschaftlichen Kalkül** hätte er sich – im gesunden Zustand – längst **anderweitig verdingen** müssen. Er hat sich aber anders entschieden (gehabt) – womöglich für **mehr Selbstverwirklichung** und **weniger Geld**. Im Verletzungsfall kommt es ihm häufig nicht nur auf den Ersatz der Einbuße an, sondern darauf, dass der von ihm geführte Betrieb nicht liquidiert wird. In der **Landwirtschaft** ist mit dem **Arbeitsplatz** auch der **Wohnsitz** verbunden. Dazu kommen mag, dass das Gehöft seit Generationen oder womöglich nicht nur über **Jahrzehnte**, sondern **Jahrhunderte** von den familiären Vorfahren bewirtschaftet wurde, was an die nächste Generation weitergegeben werden soll. Auch wenn ein derartiger ideeller Schaden per se nicht ersatzfähig ist, so ist dieses **Integritätsinteresse** doch im Rahmen der **Tunlichkeit** bzw **Wirtschaftlichkeit** beachtlich.

Wenn bei einem **Kfz-Sachschaden** von zwei **Restitutionsformen** die eine – auf Kosten des Ersatzpflichtigen – das **Doppelte** der anderen kosten darf, nämlich die Reparatur gegenüber der Ersatzbeschaffung, dann sollte bei derartigen Konstellationen im Rahmen des Erwerbsschadens die **Unwirtschaftlichkeitsschwelle** **deutlich höher** angesetzt werden.⁸³ Ein Gegenargument könnte lauten: Beim **Kfz-Sachschaden** geht es um relativ **geringfügige Beträge**, während beim Erwerbsschaden eines Selbständigen bei einer **Rente** **viel höhere Summen** auf dem Spiel stehen. Dem sei entgegengehalten, dass das **Rechtsgut** der **körperlichen Integrität** – hoffentlich – einen **viel höheren Stellenwert** aufweist als das **Eigentum**. Aber auf diese normative Betrachtung kommt es nicht einmal an. Denkbar ist, dass ein **Porsche** einen an den Totalschaden angrenzenden Reparaturschaden erleidet; und dann ist das Ersatzausmaß womöglich gar nicht mehr so weit vom Erwerbsschaden eines **verletzten Bergbauern** entfernt. Dazu kommt, dass **75 %** der Zahlungen der Kfz-Haftpflichtversicherer auf den **Kfz-Sachschaden** entfallen und bloß **25 %** auf den **Personenschaden**. Zudem sind Fragen der stärkeren Belastung des Haftpflichtversicherers durch die **Reparaturkosten-** im Vergleich zur **Totalschadensabrechnung** an der **Tagesordnung**, während die Frage der Ersatzfähigkeit der Aufwendungen für Ersatzkräfte eines **defizitären** – landwirtschaftlichen – **Betriebs** in der Judikatur bisher in etwa so häufig war wie die sprichwörtliche **Stecknadel im Heuhaufen**.

Gleichwohl seien gewisse Grenzen hier skizziert: Referenzgröße ist **nicht** der **steuerliche Betriebsgewinn**, sondern das **tatsächlich erzielte Einkommen** unter Berücksichtigung der für den **Eigenverbrauch** hergestellten Güter.⁸⁴ Anzurechnen sind darauf **Pachteinnahmen** bei einer – zumutbaren vorübergehenden – Verkleinerung des Betriebs

⁸³ Dazu OGH EF 69.109: Aushilfskraftentschädigung von **222.000 ATS** in keiner Relation zum tatsächlichen Verdienstentgang von **35.000 ATS**; gleichwohl Zuspruch.

⁸⁴ Überschießend OGH EF 69.109: Nicht nur Berücksichtigung des Eigenverbrauchs, sondern auch des Mietwerts der Wohnung. Dieser wird aber auch bei Brachliegen der Arbeitskraft in der Landwirtschaft nicht angetastet.

sowie allfällige dadurch lukrierte **Stilllegungsprämien**.⁸⁵ Wenn einigermaßen **absehbar** ist, dass ein **Hoferbe** den landwirtschaftlichen Betrieb fortführen wird, darf die **Unverhältnismäßigkeitsschwelle** höher ausfallen. Bei der Anmietung eines Fahrzeugs für einen Taxibetrieb wird – im deutschen Recht – angenommen, dass sich die Kosten der Anmietung bis zu mehr als dem **Zweifachen** des ansonsten eintretenden **Gewinnentgangs** bewegen dürfen, ohne dass dies als unverhältnismäßig angesehen wird.⁸⁶ Zu betonen ist darüber hinaus, dass maßgeblich die **Sicht ex ante** ist und bestimmte **Anpassungsmaßnahmen nicht von heute auf morgen** möglich sind.⁸⁷

Die Ersatzfähigkeit derartiger Ersatzkraftkosten bildet **keine lex agricolae pauperis**, sondern lässt sich systemkonform einordnen. Sowohl beim Arbeitnehmer als auch beim Unternehmer geht es um die **Subventionierung eines Arbeitsplatzes**, an dem der nunmehr Verletzte mit **Herzblut** hängt. Auf die Gleichbehandlung einer – überobligationsgemäßen – **Mehranstrengung** unter Bezugnahme auf den Erwerbsschaden des Unternehmers und des Haushaltsführers wurde im Punkt I. III) bereits verwiesen, sodass eine abermalige Erörterung an dieser Stelle unterbleiben kann. Eine entsprechende Anwendung der hier formulierten Grundsätze muss folgerichtig auch für den **Erwerbsschaden eines Gesellschafters** gelten.

11. Ersatzfähigkeit sachlicher Investitionen

Gelten die gleichen Grundsätze für die Subventionierung eines Arbeitsplatzes beim Arbeitnehmer und Unternehmer, stellt sich die Frage, ob das auch für **Subventionen sachlicher Art** gilt. Die Ausübung der Tätigkeit eines Arbeitnehmers setzt mitunter voraus, dass der **Arbeitsplatz behindertengerecht** ausgestaltet wird. Auch dafür leisten **Sozialversicherungsträger Zuschüsse an den Arbeitgeber**. Ob ein **Arbeitshelfer** bezahlt oder bezuschusst wird oder dessen Arbeitskraft durch **Sachmittel substituiert** wird⁸⁸ oder diese zusätzlich erforderlich sind, kann in Bezug auf den **Überwälzungsmechanismus keinen Unterschied** machen. Auch diesbezüglich ist ein Regress des Arbeitgebers nach § 1358 ABGB bzw einer des Sozialversicherungsträgers nach § 332 ASVG zu bejahen.

Der **dogmatischen Klarheit** halber sei darauf hingewiesen, dass es sich auch insoweit um einen **Erwerbsschaden** des verletzten Arbeitnehmers handelt, der auf Dritte oder Vierte verlagert wird. Mit den **vermehrten Bedürfnissen** hat dieser Anspruch gemeinsam, dass die Sachinvestition wegen einer **spezifischen Behinderung** des Verletzten erforderlich ist; da es sich aber um eine Anschaffung **nicht** für die **private Lebensführung**, sondern das **Erwerbsleben** handelt, ist ein Erwerbsschaden gegeben.⁸⁹

Entsprechende Grundsätze gelten dann, wenn ein Unternehmer seinen **Betrieb so umgestaltet**, dass er diesen trotz seiner Verletzung führen kann. Anschaulich ist insoweit der

⁸⁵ OGH ZVR 1995/45: Prämie für Aufgabe des Milchkontingents.

⁸⁶ Nachweise bei *Schäpe/Heberlein in Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadenregulierung (2009) Kap E Rn 518 ff.

⁸⁷ OGH EF 69.109.

⁸⁸ Dazu OGH ZVR 1985/47: Kompensation des Arbeitskräfteeinsatzes des Verletzten durch Einsatz von Maschinen.

⁸⁹ *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1994) 320 ff.

Sachverhalt einer OGH-Entscheidung,⁹⁰ in der der Verletzte seine **Landwirtschaft** in einen **Hühnerzuchtbetrieb** umgewandelt hat, weil er dadurch in der Lage war, die **manuellen Tätigkeiten** ohne Einsatz von Aushilfskräften auszuführen. Er verlangte die **dafür erforderliche Investition** in Höhe von 650.000,- ATS gemäß § 14 Abs 3 EKHG. Der OGH verwies zurück, weil er zwar die Zumutbarkeit einer einmaligen Zahlung bei einem Haftpflichtversicherer bejahte, aber der **Barwert** der künftigen entgehenden Einnahmen nach der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu ermitteln war.

ME hätte sich der Geschädigte gar nicht auf derart **dünnes Eis** begeben bzw sich damit zufrieden geben müssen. Die **Investition** wäre als **Maßnahme zur Verwertung der Arbeitskraft** – ohne Prüfung der Zumutbarkeit – ersatzfähig gewesen. Auf den künftigen Erwerbsausfall kommt es nur insoweit an, als bei Betreiben der **Hühnerzuchtanlage** ein **geringeres Einkommen** erzielt würde als mit der zuvor betriebenen **Landwirtschaft**. Ein solcher Zuspruch ohne Wenn und Aber birgt naturgemäß die Gefahr, dass der Geschädigte auf **Kosten des Ersatzpflichtigen** eine **Investition zur Verwertung seiner Arbeitskraft** tätigt und im Anschluss daran durch Verkauf des Hühnerzuchtbetriebs **Kasse macht**. In einem solchen Fall muss dem Haftpflichtversicherer der Einwand erhalten bleiben, dass die Investition insoweit zurückzuzahlen ist, als sie über den **künftigen Erwerbsschaden** in der **Landwirtschaft** hinausreicht. Das ist insoweit **nicht völlig ungewöhnlich**, als im deutschen Recht selbst beim Kfz-Sachschaden der Geschädigte den über das Kompensationsinteresse hinausreichenden Schadenersatzbetrag an den Haftpflichtversicherer zurückbezahlen muss, wenn er zunächst auf Basis der **höheren Reparaturkosten** abrechnet, das Fahrzeug aber innerhalb von **sechs Monaten** ohne sachlichen Grund veräußert.⁹¹

12. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Bei einer vom Schädiger zu verantwortenden dauerhaften Verletzung einer erwerbstätigen Person sind häufig **Investitionen** erforderlich, um eine **Rückkehr ins Erwerbsleben** zu bewirken: Der Arbeitsplatz muss subventioniert werden. Nicht selten wirken daran der – bisherige – **Arbeitgeber** sowie der **Sozialversicherungsträger** mit. Der **Reha-Dienst** des Haftpflichtversicherers betätigt sich als **Lotse**, um den Verletzten auf den Pfad der Tugend zu führen. Dabei geht es aber nicht bloß um eine Maßnahme der **Schadensminderung**, um die Ersatzpflicht des Schädigers und des hinter ihm stehenden Haftpflichtversicherers zu minimieren. Beachtlich ist auch das **Integritätsinteresse** des Verletzten, in einer seinen Kenntnissen und Neigungen entsprechenden Weise weiterhin seine Arbeitskraft betätigen zu können. Sowohl **Unterstützungsleistungen** des Arbeitgebers als auch solche des Sozialversicherungsträgers sind dabei insoweit ersatzfähig, als es sich um einen **unmittelbaren Schaden des Verletzten** handelt, der auf Dritte oder Vierte weitergewälzt wird. Auch die Mehranstrengung des Verletzten stellt einen ersatzfähigen Vermögensschaden dar. Die für den **Arbeitnehmer** erzielten Ergebnisse sind entsprechend auf den **Unternehmer** und **Gesellschafter** übertragbar.

⁹⁰ OGH ZVR 1989/107.

⁹¹ BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179; NJW 2007, 588; NZV 2008, 391; NJW 2008, 437; NJW 2008, 439; NJW 2008, 2183 (*Kappus*): Sechsmonatsfrist nur bei Vorlage einer **Reparaturrechnung** einer Werkstätte innerhalb der **100%-Grenze** ohne Bedeutung.