

Auslandsunfall eines deutschen Ehepaars in Österreich

Ein alltäglicher Sachverhalt, knifflige Rechtsfragen. Besprechung von OGH 14. 2. 2008, 2 Ob 238/07 z¹⁾

ZVR 2008/237

Art 3 Haager
Straßen-
verkehrsübk;
§ 1325 ABGB

OGH 14. 2. 2008,
2 Ob 238/07 z

Kollisions-
rechtliche
Anknüpfung;
Erwerbsschaden
des Gesell-
schafters;
Aktivlegitimation

Die Mobilität der Bürger steigt – und damit das Risiko, im Ausland in einen Unfall verwickelt zu werden. Das führt zu allerlei Komplikationen. Vor allem der Umfang des ersatzfähigen Schadens unterscheidet sich selbst zwischen Deutschland und Österreich beträchtlich. Kann das Verkehrsunfallopfer von einem österr und deutschen Schädiger Ersatz verlangen, kann es bei den einzelnen Schadensposten gegen den vorgehen, von dem es je nach Rechtsordnung am meisten verlangen kann. Bedeutsam ist das auch beim Rückgriffsanspruch eines Haftpflichtversicherers gegen den anderen. Darüber hinaus wurde in der Anlassentscheidung zur Frage des Erwerbsschadens eines Gesellschafters umfassend Stellung genommen.

Von Christian Huber

Inhaltsübersicht:

- A. Der Anlassfall
- B. Auswirkungen der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für den Geschädigten und die beteiligten Haftpflichtversicherer
- C. Der Erwerbsschaden des Gesellschafters
 1. Der zutreffende Ausgangspunkt: Erwerbsschaden eines Einzelunternehmers
 - a) Die Fallvarianten
 - b) Die dogmatische Bewältigung
 2. Die Übertragung dieser Wertungen auf den Erwerbsschaden des Gesellschafters einer Personengesellschaft
 - a) Tatsächliche Einstellung einer Ersatzkraft
 - b) Fiktive Kosten
 - c) Aktivlegitimation

A. Der Anlassfall

Ein **deutsches Ehepaar**, das gemeinsam eine Landwirtschaft betreibt, unternimmt mit dem Motorrad einen Ausflug nach Österreich. Der Mann lenkt das Gefährt, die Ehefrau sitzt auf dem Sozius. Bei einer Kollision mit einem **österr Lkw** erleidet sie eine schwere Verletzung. Sie hat einen Schadenersatzanspruch sowohl gegen den eigenen (**deutschen**) **Ehegatten** und dessen Kfz-Haftpflichtversicherer als auch gegen den (**österr**) **Lenker und Halter** sowie dessen Kfz-Haftpflichtversicherer. Der deutsche Haftpflichtversicherer reguliert den Schaden und nimmt die österr Ersatzpflichtigen im Regressweg in Anspruch. Dieser nahezu alltägliche Sachverhalt wirft eine Fülle zivilrechtlicher Probleme auf, von denen zwei näher erörtert werden: Die Folgen unterschiedlicher kollisionsrechtlicher Anknüpfung (B) sowie das Ausmaß und die Aktivlegitimation beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters (C).

B. Auswirkungen der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für den Geschädigten und die beteiligten Haftpflichtversicherer

Der **Regressgläubiger** dieses Verfahrens, der deutsche Kfz-Haftpflichtversicherer, hat den Anspruch der verletzten Ehefrau gegen ihren Ehemann, den Lenker und Halter des Motorrads, also seinen VersN, **nach deutschem Recht reguliert**. Die Verletzte könnte den deutschen Kfz-Haftpflichtversicherer in Deutschland verklagen, sodass nach der lex fori deutsches Kollisionsrecht heranzuziehen ist. Der einschlägige Art 40 Abs 2 EGBGB lautet: „Hatten der Ersatzpflichtige und der Verletzte zur Zeit des Haftungsereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem selben Staat, so ist die Rechtsordnung dieses Staates anzuwenden.“ Da die Eheleute in Bayern eine Landwirtschaft betrieben, ist das unzweifelhaft der Fall.

Beim **Rückgriffsanspruch** haben die Parteien aber ohne nähere Prüfung **österr Recht** zugrunde gelegt. In Bezug auf den gegen die österr Ersatzpflichtigen gegebenen Schadenersatzanspruch trifft das auch zu. Diese können in Österreich verklagt werden. Und nach dem in Österreich maßgeblichen **Haager Straßenverkehrsübk** gelangt man gem Art 3 zur Anwendung der Rechtsordnung der lex loci commissi, also der des Unfallortes. Ausnahmen des Art 4 sind hier nicht gegeben. Aber auch wenn die Verletzte nach der jüngsten E des EuGH²⁾ den österr Kfz-Haftpflichtversicherer in Deutschland verklagen kann, ergibt sich im Anlassfall kein anderes Ergebnis, weil nach dem dann anwendbaren deutschen Kollisionsrecht gem Art 40 Abs 1 Satz 1 EGBGB die Rechtsordnung des Ortes maßgeblich ist, wo der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Da es sich beim

1) In diesem Heft S 491/239

2) EuGH 13. 12. 2007, C-463/06, ZVR 2008/42 (Wittwer).

Anspruch gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer um einen akzessorischen Anspruch handelt, kommt es auf den Unfallort an. Da sich der Unfall in Österreich ereignet hat, gelangt man ebenfalls zur Anwendung österr Rechts.

Was die Parteien nicht vorgebracht haben und der OGH auch nicht aufgegriffen hat, ist das **unterschiedliche Ausmaß des Schadenersatzanspruchs** nach deutschem und österr Recht. In beiden Rechtsordnungen beruht die Schadenersatzpflicht im Wesentlichen auf dem Ausgleichsgedanken. Die marginal unterschiedliche gesetzliche Determinierung, vor allem aber die Auslegung durch das jeweilige Höchstgericht, führen aber zu teilweise erheblichen Abweichungen: Beim **Schmerzensgeld** betragen bei schwersten Verletzungen die deutschen Werte nach wie vor das Zwei- bis Dreifache der österreichischen.³⁾ Hier handelte es sich um eine mittelschwere Verletzung, sodass kaum signifikante Unterschiede gegeben gewesen sein dürften. Nach österr Recht gibt es eine Verunstaltungsentschädigung nach § 1326 ABGB, die das deutsche Recht nicht kennt. Pflegedienstleistungen werden nach österr Recht erheblich großzügiger bemessen als nach deutschem Recht.⁴⁾ Beim Haushaltsführerschaden lässt der OGH bei entsprechend substanziiertem Vorbringen die fiktive Abrechnung auf Bruttobasis einschließlich Weihnachtsremuneration und Urlaubszuschuss sowie Zuschläge für Leistungen an Sonn- und Feiertagen zu.⁵⁾ Nach deutschem Recht kann ohne Einstellung einer Ersatzkraft nur netto abgerechnet werden.⁶⁾ Beim Erwerbsschaden hat der OGH hier einen Fall der Schadensverlagerung – zu Recht – akzeptiert; ob der BGH das auch gebilligt hätte, ist indes fraglich.⁷⁾

Wäre der **Sachschaden** des Motorrads strittig gewesen – die Unterschiede wären noch viel größer gewesen. In Deutschland wird die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung generell anerkannt, wenn auch mit Kürzung der Mehrwertsteuer ohne Vorlage einer Rechnung (§ 249 Abs 2 Satz 2 BGB). In Österreich ist demgegenüber der Ersatz auf die konkreten Kosten beschränkt,⁸⁾ wobei für die Ersatzfähigkeit der Mehrwertsteuer mitunter die Behauptung genügt, die Reparatur werde in einer Werkstätte durchgeführt.⁹⁾ Der merkantile Minderwert wird auch für ältere Fahrzeuge bis zu 12 bis 15 Jahren zuerkannt,¹⁰⁾ während in Österreich eine Grenze bei 2 oder 3 Jahren angesetzt wird.¹¹⁾ Für den Nutzungsausfallsschaden kann nach deutschem Recht auch ohne Anmietung eines Fahrzeugs eine pauschalierte Nutzungsausfallsentschädigung begehrt werden,¹²⁾ während nach österr Recht ein solcher Schadensposten – wenn auch mE zu Unrecht – abgelehnt wird.

Was folgt aus der jedenfalls in Nuancen unterschiedlichen Rechtslage für den Geschädigten einerseits sowie Regressgläubiger und Regressschuldner andererseits? Der Geschädigte kann sich die Rosinen herauspicken und gegen den vorgehen, gegen den beim jeweiligen Ersatzanspruch das Meiste herausspringt. Nur soweit die Ansprüche betraglich deckungsgleich sind, besteht eine solidarische Haftung; hinsichtlich des Überhangs hat bloß der deutsche oder österr Schuldner einzustehen.

Für den **Regressgläubiger** hat das zur Folge, dass der Regressanspruch nach der ihm gegenüber dem Re-

gressschuldner zustehenden Quote jeweils **nur** nach dem **geringeren Betrag** zu berechnen ist, nämlich dem, den er an den Geschädigten geleistet hat bzw dem, den der Regressschuldner bei direkter Inanspruchnahme an den Geschädigten zu zahlen gehabt hätte. Jedenfalls in diesem Verfahren dürften sich die Parteien dieser Besonderheit der Regulierung eines ausländischen Schadensfalls kaum bewusst gewesen sein. Da die Unterschiede der Schadensregulierung zwischen anderen Rechtsordnungen noch viel bedeutsamer sind als zwischen Deutschland und Österreich, sind die hier aufgezeigten „Nuancen“ bei Unfällen in Staaten mit stärkeren Unterschieden in der jeweiligen Rechtsordnung noch viel bedeutsamer.

C. Der Erwerbsschaden des Gesellschafters

Das Ausmaß des Erwerbsschadens des Gesellschafters einer Personengesellschaft ist das **materiell-rechtliche Hauptproblem** der vorliegenden E. **Lobend hervorzuheben** ist, dass der OGH das durchaus diffizile Problem Schritt für Schritt abgearbeitet und für die zu beurteilende Streitfrage einen **überzeugenden Lösungsansatz** gefunden hat. Die folgenden Erläuterungen bemühen sich, die Tragweite der E gegenüber der bisherigen Judikatur auszuloten und Schlussfolgerungen für vergleichbare Konstellationen zu ziehen:

1. Der zutreffende Ausgangspunkt: Erwerbsschaden eines Einzelunternehmers

a) Die Fallvarianten

Ausgangspunkt ist der Erwerbsschaden eines Einzelunternehmers. Dieser kann entweder seinen Gewinnentgang begehren oder die Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft, um diesen abzuwenden.¹³⁾ Bei diesen beiden Varianten geht es um die Unterscheidung zwischen Kompensations- und Restitutionsinteresse. Wer seine eigene beeinträchtigte Arbeitskraft durch eine fremde substituiert, der bemüht sich um die Herstellung einer Ersatzlage. Wer das nicht tut und den Gewinnrückgang in Kauf nimmt, verlangt bloß die Auffüllung der

3) *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld⁴ (2008) E 1815ff uHa LG München I NJW-RR 2001, 1246: € 500.000,-; *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁹ (2008) 477 E 960 (OLG Innsbruck 4 R 110/05s: € 210.000,-).

4) Zum österr Recht KBB²/Danzl § 1325 Rn 8; *Ch. Huber*, ÖJZ 2007, 625ff; zum deutschen Recht: *AnwKomm/Ch. Huber* §§ 842, Rn 221; demnächst *Ch. Huber*, MedR 2008.

5) OGH ZVR 1987/56; EFSlg 97.039.

6) *AnwKomm/Ch. Huber* §§ 842, 843 Rn 179.

7) Nachw der restriktiven BGH-Judikatur bei *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ (2002) Kap 33 Rn 14.

8) *Ch. Huber*, ÖJZ 2005, 211, 215.

9) OGH 25. 1. 1978, 1 Ob 1, 2/78 SZ 51/7.

10) BGH NJW 2005, 277; *Greiner* (BGH-Richter des Haftpflichtsenats), Homburger Tage 2005, 7, 27: 15 Jahre, 150.000 km Laufleistung.

11) *Sacher*, Das Gutachten über Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden (1992) 61; ausführlich zum merkantilen Minderwert nach österr Recht *Ch. Huber* in FS Welsler (2004) 303ff.

12) Zuletzt sogar bei einem unternehmerisch genutzten Fahrzeug, sofern sich der Nutzungsausfallsschaden konkret schwer ermitteln lässt: BGH NJW 2008, 913 mit *Bespr-Aufsatz Ch. Huber*, NJW 2008, 1785ff.

13) Rein rechnerisch wird der Gewinnentgang dadurch freilich gerade nicht abgewendet, weil auch die Einstellung einer Ersatzkraft Kosten verursacht, die den Gewinn mindern.

dadurch gerissenen Vermögenslücke. Bei diesem Verständnis wird klar, dass trotz Einstellung einer Ersatzkraft ein restlicher Vermögensschaden zurückbleiben kann.¹⁴⁾ Nur bei Rank Xerox – und da nur in der Werbung – ist die Kopie besser als das Original. In der Lebenswirklichkeit kann eine eingestellte Ersatzkraft die Person, deren Tätigkeiten sie wahrnehmen soll, selten vollwertig ersetzen. Es verhält sich strukturell wie bei der Reparatur eines Kfz. Dadurch wird nur annähernd der status quo ante hergestellt; es verbleibt aber meist ein merkantiler Minderwert in Form eines restlichen Kompensationsinteresses.¹⁵⁾

Die Parallele zum Sachschaden trägt dann nicht mehr, wenn es darum geht, dass beim Erwerbsschaden eines Selbständigen die weitere Variante hinzukommt, dass durch überobligationsgemäße Anstrengung des Verletzten oder unentgeltliches Einspringen eines Dritten ein rechnerischer Schaden beim Verletzten nicht eintritt. Diese Beobachtung des OGH ist völlig zutreffend. Zu ergänzen ist, dass dieser Umstand nicht nur dann beachtlich ist, wenn der Eintritt eines rechnerischen Schadens zu 100% vermieden wird, sondern dadurch auch eine bloß partielle Verminderung des rechnerischen Schadens die Folge sein kann. Auch das ist eine Ausprägung der Restitution. **Zu resümieren ist:** Der Geschädigte hat verschiedene Möglichkeiten, auf das schädigende Ereignis zu reagieren; es sind nicht nur „reinerassige“ Ausprägungen möglich, sondern auch eine Kombination mehrerer Varianten.

b) Die dogmatische Bewältigung

Der OGH verweist in der zu besprechenden E 2 Ob 238/07z für die Frage der Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens eines Einzelunternehmers auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung**. Bezeichnenderweise führt er dafür lediglich ältere E an.¹⁶⁾ Er erwähnt, dass die Anwendung der objektiv-abstrakten Schadensberechnung beim Erwerbsschaden des Gesellschafters¹⁷⁾ auf Kritik von *Harrer*¹⁸⁾ gestoßen ist. Dieser Ansatz wird erwähnt; der Senat kommt darauf in der Folge aber nicht mehr zurück. Bei der objektiv-abstrakten Schadensberechnung handelt es sich – jedenfalls beim Personenschaden – um ein Phänomen, das seine Hochblüte längst hinter sich hat. Vor 30 oder 50 Jahren meinten manche, mit diesem vermeintlichen „Vademecum“ knifflige normative Fragen der subjektiv-konkreten Schadensberechnung elegant umschiffen zu können. Es ist der objektiv-abstrakten Schadensberechnung auch zuzugestehen, dass das zutreffende Ergebnis nicht meilenweit verfehlt wird, was bei falschem Umgang mit den Instrumenten der subjektiv-konkreten Schadensberechnung viel leichter passieren kann; das eher grobschlachtige Instrument der objektiv-abstrakten Schadensberechnung verstellt aber den Blick für das präzise Ergebnis. Zudem hat sie die Tendenz zu einer Aufblähung des Schadensumfangs, dann nämlich, wenn unabhängig von der Reaktion des Geschädigten auf das schädigende Ereignis die Kosten der bestmöglichen Schadensbehebungsmethode als Maßstab des Wertersatzes zugrunde gelegt werden. Seit der von *Apathy*¹⁹⁾ herausgearbeiteten Bedeutung der Unterscheidung von Restitution und Kompensation hat die objektiv-abstrakte Schadensberechnung – zu Recht – viel von ih-

rem einstigen Glanz eingebüßt. Der OGH erwähnt sie; zur Bewältigung der Sachprobleme der E zieht er sie aber nicht mehr heran.

2. Die Übertragung dieser Wertungen auf den Erwerbsschaden des Gesellschafters einer Personengesellschaft

In einem nächsten Schritt prüft der OGH, inwieweit sich diese Bewertungsansätze auf den Erwerbsschaden eines verletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft übertragen lassen. Dabei sollte mE methodisch scharf unterschieden werden, ob es sich überhaupt um einen **ersatzfähigen Schaden** handelt; und erst dann, wer zu dessen **Geltendmachung aktivlegitimiert** ist. Stellt man die zweite Frage vor der ersten, besteht die Gefahr, dass ein ersatzfähiger Schaden versagt wird, nur weil man sich im formalen Gestrüpp der Zuweisung der Aktivlegitimation verheddert.

a) Tatsächliche Einstellung einer Ersatzkraft

Bei Eintritt eines Gewinnentgangs ist jedenfalls die beim verletzten Gesellschafter eintretende Gewinneinbuße ersatzfähig. In der E 2 Ob 156/06²⁰⁾ hat der OGH angedeutet, dass der restliche bei den Mitgesellschaftern eintretende Gewinnrückgang ein ersatzfähiger verlagertes Schaden sein könnte. Ich habe dafür darauf abgestellt, ob der Gewinnrückgang sich als Folge der Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes des verletzten Gesellschafters ergibt.²¹⁾ Soweit das der Fall ist, gelten die Regeln der Lohnfortzahlung, mit dem Unterschied freilich, dass der Arbeitskräfteeinsatz bei einem Arbeitnehmer im Regelfall mit einem Fixbetrag abgegolten wird, bei einem Gesellschafter aber in Abhängigkeit vom erzielten Gewinn. Nur wenn die Gewinneinbuße sich darüber hinaus auch negativ auf den Kapitalanteil auswirkt, ist lediglich hinsichtlich des verletzten Gesellschafters ein ersatzfähiger Folgeschaden gegeben, bezüglich der anderen Gesellschafter aber ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden. Insofern lässt sich der vom OGH verwendete Konjunktiv durch relativ konkrete Kriterien präzisieren.

Wenn eine **Ersatzkraft effektiv eingestellt** wird, soll es nach Ansicht des OGH in der zu besprechenden E darauf ankommen, ob diese Einstellung der **verletzte Gesellschafter** – womöglich in Erfüllung seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht – veranlasst hat **oder die Gesellschaft** selbst. Erfolgte die Einstellung durch die Gesellschaft, gebühre kein Ersatz, weil diese mittelbar geschädigt sei.²²⁾ Diese Unterscheidung halte ich aus mehreren Gründen für **nicht überzeugend**: Ob die Ersatzkraft vom Verletzten oder der Gesellschaft einge-

14) Vorzugswürdig ist daher die Prüfung des ersatzfähigen Schadens in dieser Reihenfolge: Welche Aufwendungen wurden zur Herstellung einer Ersatzlage getätigt? Welcher rechnerische Schaden verbleibt gleichwohl?

15) Zu einer dem merkantilen Minderwert entsprechenden Erscheinung beim Erwerbsschaden eines Selbständigen s *Grunsky*, DAR 1988, 400, 402.

16) OGH ZVR 1980/231 = SZ 48/119 = ZVR 1976/320.

17) OGH GesRZ 1985, 138.

18) GesRZ 1985, 134 ff.

19) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

20) ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*).

21) *Ch. Huber*, JBI 1987, 613, 626.

22) OGH ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*).

stellt wird, ist ein formaler Gesichtspunkt, der dem an realen Phänomenen orientierten Schadenersatzrecht fremd ist. Es ist dies eine bössartige Falle, in die nicht ganz besonders versierte Geschädigte nichtsahnend hineinplumpsen. Im Regelfall wird der einspringende Dritte schon aus Bonitätsgründen darauf Wert legen, von der Gesellschaft und nicht vom verletzten Gesellschafter beschäftigt zu werden. Und aus Gründen der Einheitlichkeit der Lohnverrechnung wird die eingestellte Ersatzkraft in aller Regel Arbeitnehmer der Gesellschaft und nicht des Gesellschafters sein. Auch Wertungsgesichtspunkte sprechen gegen diese Differenzierung. Ob ein Dritter selbst einspringt oder auf seine Kosten eine Arbeitskraft bestellt, kann und darf für das Ausmaß der Ersatzpflicht des Schädigers keinen Unterschied machen. Im einen wie im anderen Fall will der Dritte dem Verletzten helfen, aber nicht den Schädiger entlasten, weshalb diese Drittleistung nicht zur Entlastung des Schädigers führen darf. Warum das bei einem x-beliebigen Dritten so sein soll, nicht aber bei der Gesellschaft, wäre nicht einzusehen. Ob die Gesellschaft diese Kosten ersetzt verlangen kann oder der verletzte Gesellschafter,²³⁾ wem also die **Aktivlegitimation** zukommt, ist dem gegenüber eine Ausgestaltungsfrage, auf die unter Punkt 3 noch näher einzugehen sein wird.

Die Ersatzfähigkeit einer tatsächlich eingestellten Arbeitskraft bei Begründung eines Arbeitsvertrags mit dem Gesellschafter wird mitunter damit begründet, dass den Gesellschafter im Innenverhältnis zur Gesellschaft oder seinen Mitgesellschaftern eine diesbezügliche **gesellschaftsrechtliche Treuepflicht** treffe.²⁴⁾ Dieser Ansatz ist einerseits nur in wenigen Fallkonstellationen tragfähig und andererseits entbehrlich. Eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrags in Form der Tragung der Kosten einer Ersatzarbeitskraft ergibt sich nur bei sehr langem und vollständigem Ausfall, während die allermeisten Verletzungen eine Verwertung der Restarbeitskraft zulassen und/oder in einem überschaubaren Zeitraum ausheilen. Der BGH hat in seiner Judikatur zum Erwerbsschaden des Gesellschafters viel strengere Anforderungen zugrunde gelegt, als das Gesellschaftsrecht solche gebietet. Das habe ich im Detail belegt.²⁵⁾ Die **kritiklose Übernahme deutscher Literatur** führt insofern eher zur Verdunklung als zur Erhellung der Problematik. Ob den Gesellschafter eine solche Pflicht trifft oder nicht, ist für die Frage der Ersatzfähigkeit ohne Bedeutung. Die Tragung des Nachteils durch die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter soll gerade nicht den Schädiger entlasten. Es verhält sich so wie bei der Lohnfortzahlung. Ein Erwerbsschaden des verletzten Arbeitnehmers scheidet nicht daran, dass der Arbeitgeber für einen gewissen Zeitraum das Entgelt fortzahlt. Die Ausführungen zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung bei der GesbR in der zu besprechenden E waren daher zwar zutreffend, für die Bewältigung des schadenersatzrechtlichen Problems aber überflüssig.

b) Fiktive Kosten

Wird **keine fremde Ersatzkraft eingestellt**, sondern springen sonstige Dritte – unentgeltlich – ein, wurden dem Gesellschafter die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft

unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung zuerkannt²⁶⁾ oder es wurde ihm ein über die konkrete Gewinneinbuße hinausgehender Ersatzanspruch versagt.²⁷⁾ Es trifft zwar zu, dass *Harre*²⁸⁾ und *ich*²⁹⁾ die E 2 Ob 2/85³⁰⁾ kritisiert haben; freilich mit unterschiedlicher Stoßrichtung: *Harre* war als Anwalt des Ersatzpflichtigen am Prozess beteiligt und vom Ergebnis der stattgebenden E nicht angetan, weil diese von der bis dahin erfolgten Linie abgewichen ist. Er hat für eine Beschränkung auf die konkrete Gewinneinbuße plädiert. Ich dagegen habe mich lediglich gegen den Begründungsansatz gewendet und versucht zu erläutern, dass sich ein entsprechendes Ergebnis auch mithilfe der subjektiv-konkreten Schadensberechnung begründen lasse. Der OGH versteht seine abweisenden VorE so, dass damals jeweils nur der Falsche geklagt habe, der Schaden also ersatzfähig und bloß die Aktivlegitimation des verletzten Gesellschafters nicht gegeben gewesen sei.

Hingewiesen wird darüber hinaus darauf, dass fiktive **Ersatzkraftkosten nur bis zur Höhe des Gewinnentgangs der Gesellschaft** ersatzfähig seien. Verhindert werden müsse eine Bereicherung des Geschädigten durch unangemessen hohe Kosten der Ersatzkraft oder Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den wirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Einsatz einer Aushilfe.³¹⁾ Im konkreten Fall hatte der Regressgläubiger, auf den der Schadenersatzanspruch der verletzten Gesellschafterin übergegangen war, eine **Deckelung in Höhe des Gewinns** zugestanden. Wenn im konkreten Fall nicht mehr begehrt wurde, erübrigen sich für den OGH weitere Überlegungen. In der nächsten Causa kann das aber ganz anders sein. Daher sei die prinzipielle Frage erlaubt: Sind die Kosten einer konkret eingestellten oder fiktiven Ersatzkraft stets begrenzt durch die ansonsten eintretende Gewinneinbuße? Wiederum ist eine **Parallele zum Erwerbsschaden des Einzelunternehmers** sowie zum **allgemeinen Schadensrecht** aufschlussreich. Folgende Parallelen lassen sich herstellen:

Der Geschädigte kann sein Fahrzeug – vom Haustier ganz zu schweigen³²⁾ – auch dann reparieren lassen, wenn die Belastung des Ersatzpflichtigen dadurch höher ist als bei einer Ersatzbeschaffung oder dessen Vermögenseinbuße im Rahmen des Kompensationsinteresses.³³⁾ Ein Taxiunternehmer ist selbst dann berechtigt, auf Kosten des Ersatzpflichtigen ein Fahrzeug anzumieten, wenn diese Aufwendungen höher sind als der in dieser Phase eintretende Gewinnentgang.³⁴⁾ Beides gilt bis zur Schwelle der Tunlichkeit bzw Verhält-

23) Abl OGH SZ 61/178 = ZVR 1989/159.

24) OGH ZVR 2007/255 (*Ch. Huber*); *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁹ (2007) Rn 160. Die Bemühung der Rettungspflicht ist eine ähnliche Schimäre; für diese OGH ZVR 1988/84; *Reischauer in Rummel*⁶ § 1325 Rn 37.

25) *Ch. Huber*, JBl 1987, 613, 623f.

26) OGH GesRZ 1985, 138.

27) OGH SZ 70/93 = JBl 1999, 185.

28) GesRZ 1985, 134ff.

29) JBl 1987, 613ff.

30) GesRZ 1985, 138.

31) *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden Rn 142.

32) Verwiesen sei auf § 1332a ABGB.

33) Entsprechendes gilt für die Neuwagenabrechnung gegenüber der Reparatur; dazu jüngst OGH ZVR 2008/29 mit Bespr.-Aufsatz *Ch. Huber*, ZVR 2008, 92.

nismäßigkeit; je nach Bedeutsamkeit des Rechtsgutes liegt diese geringer oder höher. Dem Eigentümer des beschädigten Fahrzeugs billigt man das zu, weil sein Integritätsinteresse am Behalten seines Fahrzeugs einen von der Rechtsordnung anerkannten Stellenwert hat. Dem Taxiunternehmer gesteht man die – prima vista bzw kurzfristig unwirtschaftliche – Maßnahme auf Kosten des Ersatzpflichtigen zu, weil das mittel- bis langfristig wirtschaftlich sinnvoll ist. Und in Entsprechung dieser Wertung muss man etwa einem durch einen Schädiger verletzten Landwirt – oder auch einem anderen Einzelunternehmer – zubilligen, dass er einige Zeit hindurch eine Ersatzkraft auf dessen Kosten beschäftigen darf, auch wenn eine solche für diesen begrenzten Zeitraum mehr kostet, als sie an Ertrag abwirft. Womöglich ist das landwirtschaftliche Unternehmen seit Generationen oder gar Jahrhunderten in Familienbesitz oder es geht schlicht darum, den Betrieb „durchzufüttern“, bis der Verletzte wieder selbst Hand anlegen kann.

Wenn ein solcher über die Gewinneinbuße hinausgehender Schaden beim **Einzelunternehmer ersatzfähig** ist, dann will nicht einleuchten, dass er **gar nicht ersatzfähig** sein soll, wenn der **Verletzte ein Gesellschafter** ist. Ob eine Ersatzkraft eingestellt und entlohnt wird oder ein Dritter unentgeltlich einspringt und die gleiche wirtschaftliche Leistung erbringt, sollte dem Grunde nach keinen Unterschied machen.³⁵⁾ Hinsichtlich des Überhangs, also der Mehrkosten zwischen Ersatzkraft und Gewinneinbuße, handelt es sich aber nicht zur Gänze um einen Schaden des Gesellschafters. Vielmehr geht es um das Integritätsinteresse am Erhalt des Unternehmens, an dem der Verletzte nur anteilmäßig beteiligt ist, sodass diese Differenz auch nur nach Maßgabe seiner Beteiligungsquote ersatzfähig ist.

Der OGH arbeitet sehr anschaulich die **Strukturparallele** zu den sonstigen Fällen der Schadensverlagerung heraus, nämlich der Lohnfortzahlung, der Beschädigung einer Leasingssache, der Gefahrtragung bei Kauf- oder Werkvertrag sowie der Erbringung von Drittleistungen durch Angehörige aufgrund einer Beistands- und Unterhaltspflicht. Auch das Gesellschaftersrecht beinhaltet eine solche Gefahrtragungsregel.³⁶⁾ In all diesen Fällen kommt es zu einer Legalzession auf den Drittleistenden mit der Folge, dass der Schadenersatzanspruch des unmittelbar Geschädigten im Weg der Legalzession auf den jeweils Drittleistenden übergeleitet wird. Wenn ein Dritter freilich ohne jegliche Pflicht dem Geschädigten aushilft, kommt es zu keinem solchen Rechtsübergang.³⁷⁾ Die ganz **zutreffende Aussage des OGH** ist nun die, dass es aus schadensrechtlicher Perspektive für das Ausmaß der Ersatzpflicht des Schädigers keinen Unterschied machen darf, ob ein rechnerischer Schaden beim Verletzten deshalb vermieden wird, weil ein Dritter zu einer – unentgeltlichen – Leistung verpflichtet ist oder das nicht der Fall ist, solange die erbrachte Leistung wirtschaftlich gleichwertig ist und dazu führt, dass der reale Schaden beseitigt wird.

c) Aktivlegitimation

Der OGH hat zutreffend festgestellt, dass ich **meine Position bezüglich der Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Erwerbsschadens geändert habe**.

Hatte ich früher vertreten, dass jeder Dritte – unabhängig vom Rechtsgrund seines Einspringens zugunsten des Verletzten – selbst zur Geltendmachung berechtigt sein sollte,³⁸⁾ habe ich vor Kurzem aus pragmatischen und prozessökonomischen Gründen dafür plädiert, die Aktivlegitimation beim Geschädigten zu bündeln.³⁹⁾ Dem hat sich der OGH nicht nur angeschlossen, sondern dieses Ergebnis durch Verweisung auf die verwandten Fallgruppen der Pflegedienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse und der Besuchskosten bei den Heilungskosten⁴⁰⁾ weiter abgestützt. Er hat betont, dass das jedenfalls dann gelte, wenn durch unentgeltliche Leistungen Dritter der Schaden – wie in der AnlassE – vollkommen abgedeckt werde.

Offen ist die Rechtsfolge, wenn trotz des unentgeltlichen Einspringens eines Dritten der Verletzte noch einen restlichen rechnerischen Schaden hat. Für diesen Fall lässt der OGH eine gewisse Zurückhaltung anklingen, um eine – teilweise – **Doppelliquidation** zu vermeiden. Es soll nicht der Gesellschafter seine Gewinneinbuße verlangen, und dazu noch die Gesellschaft das Entgelt für eine eingestellte Ersatzkraft oder der Familienangehörige eine Abgeltung seines Einsatzes. Das ist gut nachvollziehbar. Ebenso zutreffend ist aber, dass auch bei Einstellung einer Ersatzkraft und/oder dem Einspringen eines Dritten ein restlicher – ersatzfähiger – Vermögensschaden beim Gesellschafter gegeben sein kann. Die Bündelung des Anspruchs in der Hand des verletzten Gesellschafters ist jedenfalls ein Ansatz, der Gefahr der Überentschädigung zu begegnen. Die Fälle der Einstellung der Ersatzkraft durch die Gesellschaft wegen einer solchen Gefahr ganz anders zu behandeln und insoweit jeglichen Ersatz zu versagen, wäre aber eine überschießende Rechtsfolge. **Zu ersetzen ist jeweils der gesamte Schaden**, mag er auch in unterschiedlichen Ausprägungen in Erscheinung treten.

Der Geschädigte könnte einen Beitrag zur Verringerung solcher Probleme leisten, indem er sich die **möglichen Ansprüche Dritter** unter Einschluss der **Gesellschaft an ihn abtreten** lässt und die Dritten gegenüber dem Ersatzpflichtigen die Erklärung abgeben, dass sie alle aus der Verletzung des Gesellschafters herrührenden potenziellen Ansprüche gegen den Ersatzpflichtigen an den verletzten Gesellschafter abgetreten haben und ihnen keine weitergehenden zustehen. Dann würde das Ergebnis, das der OGH für das unentgeltliche Einspringen Dritter – aufgrund einer Unterhalts- oder Beistandspflicht oder aus reinem Mitgefühl – erzielt hat, nämlich die **Bündelung der Ansprüche beim Verletzten**, für alle denkbaren Konstellationen erreicht und damit der Weg zur Ersatzfähigkeit sämtlicher verlagerten Schäden erleichtert.

34) Geigel/Schlegelmilch/Knerr, Haftpflichtprozess²⁵ (2008) Kap 3 Rn 89: zulässig bis zur Überschreitung um das Doppelte.

35) Dass der Verletzte beim Einspringen von Dritten, die dafür nichts in Rechnung stellen, größere Nachweisprobleme haben mag, steht auf einem anderen Blatt.

36) OGH ecoclex 1997, 441; JBl 1999, 185.

37) Erwägenswert wäre immerhin ein Anspruch nach § 1042 ABGB.

38) JBl 1987, 613, 631.

39) ZVR 2007, 409, 411.

40) Bei diesen ist freilich zu beachten, dass der Schadensposten als solcher nur ersatzfähig ist, wenn es sich um nahe Angehörige handelt, während dieser Umstand bei den Pflegeleistungen und beim Erwerbsschaden des Gesellschafters keine Rolle spielt.

→ In Kürze

Die unterschiedliche kollisionsrechtliche Anknüpfung bei mehreren für einen Personenschaden Einstandspflichtigen führt für das Unfallopfer dazu, dass es den jeweiligen Schadensposten von dem begehren kann, nach dessen Rechtsordnung der höchste Ersatz gebührt. Beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters ist zunächst der eingetretene ersatzfähige Schaden in Entsprechung zu den Regeln wie bei einem Einzelunternehmer zu ermitteln. Soweit sich beim verletzten Gesellschafter kein rechnerischer Schaden ergibt, ist zu prüfen, inwieweit ein bloß verlagertes – ersatzfähiger – Schaden vorliegt oder eine bloß mittelbare – nicht ersatzfähige – Vermögenseinbuße gegeben ist. Die Frage der Aktivlegitimation lässt sich dadurch entschärfen, dass potenziell anspruchsberechtigte Dritte ihre Ansprüche gegen den Schädiger an den Verletzten abtreten und erklären, keine weiteren Ansprüche mehr gegen den Ersatzpflichtigen zu haben.

→ Zum Thema

Über den Autor:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

Kontakt: Templergraben 55, D-52056 Aachen

Tel: (+49) 241/80 94 769; Fax: (+49) 241/80 69 47 69

E-Mail: huber@wiwi.rwth-aachen.de

Internet: www.jura.rwth-aachen.de/huber

Literatur:

Ch. Huber, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gem § 1325 ABGB, JBI 1987, 613; ders, Abrechnung auf Neuwagenbasis, ZVR 2008, 92; ders, Aktuelle Fragen des Sachschadens (Teil II), ÖJZ 2005, 211; Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld⁹ (2008); Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld⁴ (2008).



Europäischer Verkehrsrechtstag in Luxemburg (Trier IX)

15.–17. Oktober 2008

ZVR 2008/238

Der jeweils Mitte Oktober stattfindende Europäische Verkehrsrechtstag behandelt verkehrsrechtliche Fragestellungen mit einem internationalen, vornehmlich europarechtlichen Bezug. Nach zunächst sieben Mal in Trier wurde der diesjährige wie der im letzten Jahr in Luxemburg abgehalten.¹⁾ Womöglich wird der Ort des nächsten eine andere europäische Hauptstadt sein. Einerseits werden bei dieser Veranstaltung die unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den einzelnen Rechtsordnungen erörtert; andererseits wird ausgelotet, wie sich europarechtliche Vorgaben – demnächst – auf das jeweils nationale Recht auswirken. Der Bogen spannt sich vom Privatrecht über das Strafrecht bis zum öffentlichen Recht. Das diesjährige abwechslungsreiche Programm – abrufbar unter www.eu-verkehrsrecht.org/ievr-internet-de – deckte die gesamte Spannweite ab:

Prof. Staudinger (Universität Bielefeld) befasste sich mit den Nachwehen der Odenbreit-E des EuGH, in der für den Geschädigten bei einem im EU-Ausland erlittenen Unfall für seine Schadenersatzklage gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer ein Gerichtsstand an seinem inländischen Wohnsitz bejaht wurde.²⁾ Er ging auch auf die – wegen des Vorlagebeschlusses des LG Feldkirch³⁾ an den EuGH – ganz aktuelle Frage ein, ob dieser Gerichtsstand auch dem Sozialversicherungsträger zugute komme. Nach der bisherigen Rsp müsste das zu verneinen sein. Ein Wohnsitzgerichtsstand wurde bisher bloß dem wirtschaftlich Schwächeren eingeräumt. Ein solcher wurde aber abgelehnt, wenn der Anspruch auf die öffentliche Hand übergegangen – so in einem Unterhaltsfall auf den in Vorlage tretenden Staat – oder eine Interessenvertretung eines Verbrauchers tätig geworden ist – so bei einem Verbraucherschutzverband bzw einer Gewerkschaft. Für eine Bündelung würde indes sprechen, dass damit Beweiserhebungsaufwand gespart werden könnte, geht es

doch um einen vergleichbaren Sachverhalt, ganz abgesehen davon, dass die mit dem unterschiedlichen Gerichtsstand verbundene verschiedene kollisionsrechtliche Anknüpfung zu inhaltlich wenig stimmigen Ergebnissen führen kann. Große praktische Bedeutung dürfte auch haben, dass die Klage gegen den ausländischen Kfz-Haftpflichtversicherer an dessen inländischen Schadensregulierungsbeauftragten gestellt werden kann, sodass sich diese Zustellung nach dem jeweils nationalen Verfahrensrecht bestimmt und eine Übersetzung entbehrlich macht.

Zurbrugg (RA aus London) befasste sich mit der Problematik aus der Sicht des Opferanwalts. Für den kontinentaleuropäischen Juristen „bemerkenswert“ war der Hinweis, dass englische Gerichte das Ausmaß des Schadensumfangs als verfahrensrechtliche Frage ansehen mit der Folge, dass insoweit bei Streitaustragung vor einem englischen Gericht stets englisches Recht angewendet werde. Darüber hinaus werde das ausländische Recht in England als Tatfrage qualifiziert. Das führe dazu, dass die Partei, die sich darauf stütze, dieses zu beweisen habe, während in Deutschland und Österreich die Rechtslage, auch die ausländische, nach dem Grundsatz *iura novit curia* jeweils vom Gericht von Amts wegen zu ermitteln ist. Diese beiden Mosaiksteine machen deutlich, in welchem hohem Ausmaß das Ergebnis eines Prozesses vom jeweils anzuwendenden Verfahrensrecht abhängig ist, was die Sprengkraft der Odenbreit-E eindrucksvoll belegt.

Csonka (GD Justiz der Kommission) wies darauf hin, dass die in einem EU-Staat verhängten Geldstrafen im jeweils anderen

1) Zu den Tagungen der Vorjahre s die Berichte ZVR 2006, 149; ZVR 2007, 198 und ZVR 2008, 256.

2) ZVR 2008/42 (Wittwer).

3) B 14. 7. 2008, 4 R 169/08 w.

hens des Anspruchs seien im Sozialversicherungsrecht leichter nachzuweisen. Zudem gehe es um typisierte Leistungen. Deshalb gehe die Regulierung schneller. Die Kapitalabfindung im Haftpflichtrecht führe im schweizerischen Recht dazu, dass das Unfallpöfper das Veranlagungsrisiko trage, ein Argument, das wegen der zum Zeitpunkt des Kongresses grassierenden Börsenkrise besonders überzeugend war. *Pribnow* ging aber auch auf Schutzlücken im Sozialversicherungsrecht und der damit verbundenen besonderen Funktion des Haftpflichtrechts ein, etwa bei den psychisch vermittelten Schäden. Das gelte auch bei besonderen Bedürfnissen des Verletzten. Da ein Verletzter, der sechs Monate nach Abheilung seiner Verletzung nicht mehr in den Arbeitsprozess integriert worden sei, mit 80%iger Wahrscheinlichkeit nicht mehr ins Erwerbsleben zurückfinde, komme dem Reha-Management der Haftpflichtversicherer große Bedeutung zu. Außerordentlich anschaulich schilderte *Pribnow* die Bedeutung des Quotenvorrechts in der Schweiz. Der Streit um die Mitverschuldensquote zwischen Geschädigtem und Haftpflichtversicherer werde

dadurch entschärft, weil vom Schmerzensgeld abgesehen einerseits bloß um die Schadensspitze gestritten werde und diese meist geringer sei als der durch die Sozialversicherung nicht gedeckte Restschaden. Würde man das von *Pechinot* vorgeschlagene Modell übernehmen, dass der Schaden zunächst zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtversicherer zu regulieren wäre und der Sozialversicherungsträger nur noch den Rest zahlen müsste, würde diese „friedensstiftende“ Funktion verloren gehen. Aus österr Perspektive erscheint diese Argumentation schlüssig. Sie macht aber auch deutlich, welche Vorzüge auch aus diesem Grund ein Wandel des Quotenvorrechts von dem des Sozialversicherungsträgers zugunsten des Geschädigten hätte.

Abschließend sei erwähnt, dass eine Arbeitsgruppe gebildet wurde, die sich mit der Regulierung schwerer Personenschäden beschäftigen und dieses Thema für den nächsten Kongress vorbereiten wird.

Christian Huber, RWTH Aachen

Rechtsprechung

→ Aktivlegitimation bei Erwerbsschaden des verletzten Gesellschafters einer GesbR¹⁾

§ 7 Abs 1, § 9 Abs 2 EKHG; § 1304 ABGB

Das Loslösen eines Lkw-Rads während der Fahrt und das anschließende Rollen auf die Gegenfahrbahn begründet eine außergewöhnliche Betriebsgefahr; Schadensteilung 1:1 gegenüber entgegenkommendem, um eine Sek verspätet reagierendem Motorradlenker.

§§ 10, 12 IPRG; § 705 BGB

Sowohl die Frage nach der Rechtsfähigkeit einer Personengesellschaft (von Ehepaar gemeinsam geführter landwirtschaftlicher Betrieb in Deutschland) als auch die wechselseitigen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen sind nach deutschem Recht zu beurteilen. Bei einem solchen gemeinsamen Betrieb wird idR eine rechtsfähige (einer Personengesellschaft entsprechende) sog „Außengesellschaft“ angenommen.

Art 2 Z 4 und 5 Haager Straßenverkehrsübk; § 1325 ABGB

Der Verdienstentgang (Gewinnminderung) ist hingegen nach österr Recht zu beurteilen. Wird durch

Mehreleistungen Dritter (Gesellschafter oder Angehörige) ein Verdienstausfall einer solchen Gesellschaft verhindert, so ist der verletzte Gesellschafter (persönlich) berechtigt, die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft vom Schädiger zu fordern.

§ 116 Abs 3 SGB X

Das SGB X kennt kein der österr Rechtslage vergleichbares Quotenvorrecht. Mangels Verschuldens der Geschädigten (verletzte Beifahrerin auf Motorrad) scheidet ein solches auch nach österr Recht aus.

§ 1325 ABGB

Angemessenheit eines Schmerzensgelds von € 85.000,- an Frau mit ua schwerem Schädel-Hirn-Trauma samt bleibender komplexer neurologischer Ausfallsymptomatik und höhergradiger psychoorganischer (geistiger) Beeinträchtigung.

ZVR 2008/239

§ 7 Abs 1, § 9 Abs 2 EKHG; § 1304, 1325 ABGB; Art 2 Z 4 und 5 Haager Straßenverkehrsübk; §§ 10, 12 IPRG; § 116 Abs 3 SGB X; § 705 BGB

OGH 14. 2. 2008, 2 Ob 238/07 z (OLG Innsbruck 4. 10. 2007, GZ 4 R 217/07 d; LG Innsbruck 21. 7. 2007, GZ 5 Cg 98/05 y)

Sachverhalt:

[Unfallbeteiligte]

Am 11. 6. 2002 ereignete sich in Österreich ein Verkehrsunfall, an dem Johann R als Lenker seines bei dem kl Verband (einem deutschen Haftpflichtversicherer) haftpflichtversicherten Motorrads, seine Gattin als Beifahrerin, Josef H als Lenker des von der F GmbH gehaltenen Lkw Mercedes sowie Mario P als Lenker des von der Erstbekl gehaltenen und bei der Zweitbekl haftpflichtversicherten Lkw beteiligt waren. Das Motorrad hatte ein deutsches KZ, die anderen unfallbeteiligten

Fahrzeuge waren in Österreich zugelassen. Der Motorradfahrer und seine Gattin waren und sind deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in der BRD. Die beiden anderen unfallbeteiligten Lenker verfügen über die österr Staatsbürgerschaft und wohnen in Österreich. Die Halter der beiden Lkw hatten ihren Sitz in Österreich. →

¹⁾ Siehe hierzu auch *Ch. Huber*, *Auslandsunfall eines deutschen Ehepaars in Österreich*, in diesem Heft ZVR 2008/237.

[Unfallhergang]

Von dem bei der Zweitbekl haftpflichtversicherten Lkw löste sich als Folge der unsachgemäßen Montage durch Mitarbeiter der Erstbekl ein Rad, das dem in Gegenrichtung mit 57,5 km/h fahrenden anderen Lkw auf dessen Fahrbahnhälfte entgegenkam. Dessen Lenker ging bei Wahrnehmung des Rads vom Gas und reduzierte dann bis zur Kollision mit dem losgelösten Rad die Geschwindigkeit seines Lkw durch Bremsung auf 21,2 km/h. Der hinter diesem Lkw fahrende Motorradlenker nahm aufgrund seiner Unaufmerksamkeit die Verringerung der Geschwindigkeit des Lkw und das Abbremsen vorerst nicht wahr. Er reagierte erst eine Sek zu spät durch den Versuch, nach links ausulenken. Das Motorrad kollidierte zunächst mit dem Vorderfahrzeug und danach mit dem Lkw der Erstbekl.

[Unfallverletzungen samt Auswirkungen für Haushalt und landwirtschaftliches Familienunternehmen]

Die Gattin und Beifahrerin des Motorradlenkers zog sich beim Unfall Brustkorbverletzungen mit Rippenfrakturen, eine Schlüsselbeinfraktur und Acromionfraktur li, eine Wunde am re Kieferwinkel sowie ein schweres Schädel-Hirn-Trauma zu, das zu einer komplexen neurologischen Ausfallsymptomatik mit einer anfänglichen motorischen Symptomatik (Hemiparese re) und einer höhergradigen psychoorganischen Beeinträchtigung führte. ... Sie hatte starke Schmerzen in der Dauer von drei Wochen, mittelstarke Schmerzen im Ausmaß von drei Monaten, leichte Schmerzen im ersten Jahr im Ausmaß von sechs bis sieben Wochen und anschließend jährlich von zwei bis drei Wochen zu erdulden. Das Unfallopfer ist durch die unfallbedingte geistige Behinderung erhöht verletzungsgefährdet. Bis an ihr Lebensende ist mit leichtgradigen Schmerzen im Ausmaß

von zwei bis drei Wochen jährlich zu rechnen.

Vor dem Unfall hatte sie den Vier-Personen-Haushalt geführt und die beiden Kinder im Alter von 14 und 16 Jahren versorgt. Die ersten vier Monate nach dem Unfall konnte sie überhaupt keine Tätigkeiten im Haushalt verrichten. Von Anfang des Jahres 2004 bis zum 30. 6. 2006 besserte sich dieser Zustand sukzessive. Eine Ersatzkraft wurde nicht beschäftigt. Der Ehemann und die Kinder übernahmen jenen Anteil an der Haushaltstätigkeit, den die beim Unfall Verletzte nicht mehr leisten konnte.

Vor dem Unfall hatte das Ehepaar gemeinsam eine ihnen jeweils zur Hälfte gehörende Landwirtschaft betrieben. Die verletzte Ehefrau hatte in der Landwirtschaft mitgearbeitet und führte als ehemalige Bankangestellte die Buchhaltung des landwirtschaftlichen Betriebs. Die ersten vier Monate nach dem Unfall konnte die verletzte Landwirtin diese Aufgaben nicht mehr durchführen. Danach verbesserte sich ihre Leistungsfähigkeit sukzessive bis auf 70% im Juni 2005. Vor dem Unfall hatte das Ehepaar aus dem Betrieb der Landwirtschaft jährlich netto € 25.000,- erwirtschaftet. Dieses Einkommen wurde jeweils zur Hälfte aufgeteilt. Trotz

des vorerst gänzlichen und anschließend teilweisen Ausfalls der Ehegattin verringerte sich der Nettoertrag aus der Landwirtschaft nicht, weil der Ehemann und die gemeinsamen Kinder den entfallenden Beitrag der Verletzten durch Mehrleistungen wettmachten. Die Beiziehung einer Ersatzkraft hätte € 11,50 pro Std gekostet.

[Zahlungen aufgrund des Unfalls]

Aufgrund der unfallbedingten Erwerbsminderung bezieht die Ehegattin seit 1. 4. 2004 von einer deutschen Landwirtschaftskammer eine mtl Rente von € 330,88 netto. Der Kl leistete als Haftpflichtversicherer des Motorrads diverse, im Einzelnen aufgelistete Zahlungen an die verletzte Beifahrerin.

[Klagebegehren des Regressgläubigers]

Die Kl beehrte zuletzt € 89.854,89 sA (iW 50% ihrer Leistungen) und Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden im Ausmaß v 50%. Das Verschulden der Mitarbeiter der Erstbekl bei der Radmontage sowie die Bestimmungen des EKHG einerseits und das Mitverschulden des Motorradlenkers, dem insb eine Reaktionsverspätung anzulasten sei, andererseits rechtfertigten eine Haftungsteilung von 1:1. Zu dem – in der Rev ebenfalls noch strittigen – Anspruch auf Ersatz der Kosten einer fiktiven Ersatzkraft im landwirtschaftlichen Betrieb führte die Kl aus, dass dieser aufgrund der gleichteiligen Gewinnverteilung und der Schadensteilung von 50% mit jährlich € 6.250,- „gedeckt“ sei. Ansonsten würde die Verletzte mehr erhalten, als sie ohne das schädigende Ereignis erwirtschaftet hätte. Die Kosten der fiktiven Ersatzkraft seien aus dem Titel Verdienstentgang zugestanden worden, weil Mehrleistungen der Familienmitglieder den Schädiger nicht entlasten würden. Die erwähnte „Deckung“ wirke sich nur auf das zweite Halbjahr 2002 aus, für das die Kl € 8.554,85 geleistet hätte (50%iger Regressanspruch € 4.277,43). Ersatzfähig sei für diesen Zeitraum aber nur die Hälfte v € 6.250,-, somit € 3.125,-.

[Einwendungen der Bekl]

Die Bekl bestritten – soweit noch relevant – die Verschuldens/Schadensteilung 1:1, die Angemessenheit des Schmerzensgeldes von € 85.000,-, die Berechnung des Haushaltshilfeschadens für den Zeitraum 1. 7. 2004 bis 30. 6. 2005 („Quotenvorrecht“) sowie die Ersatzfähigkeit des Schadens aufgrund des Ausfalls in der Landwirtschaft. Zu letzterem Punkt wendeten sie insb ein, dass aufgrund des gemeinsamen Betriebs einer Landwirtschaft im Verhältnis zwischen der Verletzten und ihrem Ehemann eine bürgerliche Erwerbsgesellschaft bestehe und nach der österr Rsp ein Gesellschafter einen unfallbedingten Gewinnentgang der Gesellschaft nur entsprechend seinem Anteil an der Gesellschaft fordern könne. Die Mehrleistungen des Ehegatten seien als nicht ersatzfähiger Drittschaden des zweiten Gesellschafters zu werten.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Zahlungsbegehren mit € 89.200,24 sA sowie dem Feststellungsbegehren statt und wies das

In Abweichung von früherer Rsp und Ch. Huber folgend bejaht der OGH (iS der Rsp zu den Besuchskosten und Pflegedienstleistungen) erstmals die Aktivlegitimation des verletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft für die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft bei Mehrleistungen Dritter (Gesellschafter oder Angehörige) zur Vermeidung eines Verdienstausfalls der Gesellschaft.

Mehrbegehren v € 654,65 sA unbekämpft ab. Das von der Bekl angerufene BerG bestätigte dieses U.

Der OGH gab der aoRev der Bekl nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die aoRev ist zur Klarstellung der Berechtigung einer Personengeschafterin, fiktive Kosten einer Aushilfskraft geltend zu machen, zulässig. Das RM ist aber nicht berechtigt.

[Anzuwendendes Recht]

Die Auffassung der Vorinstanzen, dass Art 2 Z 4 und 5 des Haager Straßenverkehrsübk BGBl 1975/387 Rückgriffsansprüche zwischen Haftpflichtigen vom Anwendungsbereich des zitierten Übk ausnimmt und mit Ausnahme des „Quotenvorrechts“ nach § 1 IPRG grundsätzlich österr Recht anzuwenden ist, wird in der Rev nicht bestritten. Dieses Ergebnis ist auch grundsätzlich zutreffend (vgl 7 Ob 281/00z), weshalb auf die Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen wird (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Eine Einschränkung wäre nur insofern vorzunehmen, als die Rechtsstellung einer dGbR betroffen ist:

Fragen in diesem Zusammenhang betreffen das Gesellschaftsrecht und fallen daher nach Art 1 Abs 2 lit c EVÜ nicht unter dieses Übk. Die Frage nach dem anzuwendenden Recht ist demnach nach § 10 und § 12 IPRG zu lösen. Nach § 10 IPRG bestimmt sich das für die Rechts- und Handlungsfähigkeit maßgebliche Personalstatut (§ 12 IPRG) einer juristischen Person oder einer sonstigen Personen- oder Vermögensverbindung nach dem Hauptverwaltungssitz des Rechtsträgers. Diesem „Sitzrecht“ unterliegen alle Fragen, welche die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffen (*Verschraegen* in *Rummel*³ § 10 IPRG Rz 2) und das Leben der juristischen Person oder Gesellschaft begleiten, namentlich die Bereiche der inneren und äußeren Organisation (RIS-Justiz RS0077060; RS0077038). Nach österr Recht ist zwar eine GesbR nicht rechtsfähig (*Grillberger* in *Rummel*³ § 1175 ABGB Rz 23; RIS-Justiz RS0113444; RS0022184). Trotz der nach österr Recht fehlenden Rechtsfähigkeit ist auch bei einer GesbR das Personalstatut maßgeblich (*Verschraegen*, aaO § 10 IPRG Rz 1).

Der landwirtschaftliche Betrieb liegt in Deutschland (feststeht, dass das Ehepaar dort wohnte), weshalb nach § 10 IPRG deutsches Recht auf die Frage nach a) der Rechtsfähigkeit einer Personengesellschaft und b) der wechselseitigen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen anzuwenden ist.

[Zur Haftungsquote]

Bei diesem durch mehrere Kfz verursachten Schaden richtet sich der Rückgriffsanspruch des der verletzten Beifahrerin solidarisch haftenden kl Haftpflichtversicherers nach der Reihenfolge der in § 11 Abs 1 EKHG normierten Zurechnungsgründe, also in erster Linie danach, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Beteiligten verschuldet wurde. Dann folgt in der nächsten Rangstufe die außergewöhnliche Betriebsgefahr iSd § 9 Abs 2 EKHG und danach die überwiegende gewöhnliche Betriebsgefahr (*Danzl*, EKHG³ § 11 E 14; *Schauer* in *Schwimmann*, ABGB³ VII § 11 EKHG Rz 19; RIS-Justiz RS0058418; RS0058443).

[Außergewöhnliche Betriebsgefahr]

Dem Lenker des beim Kl haftpflichtversicherten Motorrads ist die einsekündige Reaktionsverspätung als Verschulden anzulasten. Auf der Seite der Bekl ist das Loslösen des Lkw-Rads während der Fahrt und dessen Rollen in Richtung Gegenverkehr zu berücksichtigen. Nach § 60 Abs 1 StVO dürfen Fahrzeuge auf Straßen nur verwendet werden, wenn sie so gebaut und ausgerüstet sind, dass bei sachgemäßem Betrieb Personen nicht gefährdet werden. § 4 Abs 1 KFG verlangt, dass Fahrzeuge verkehrs- und betriebssicher sind. Löst sich aufgrund einer unsachgemäßen Montage (die bei einer Reparatur am 20. 4. 2004 erfolgt sein soll) während der Fahrt ein Rad von einem Lkw, entspricht der Zustand dieses Fahrzeugs nicht diesen Sicherheitsanforderungen. Ob die Bekl sich das Verschulden der Mitarbeiter der Erstbekl als Betriebsgehilfen (§ 19 Abs 2 EKHG) oder nach § 1315 ABGB überhaupt zurechnen lassen müssen und entsprechend der Argumentation der Bekl auf ihrer Seite als Zurechnungsmoment nur die gewöhnliche Betriebsgefahr in Frage kommt, kann aus folgenden Gründen dahingestellt bleiben:

Eine außergewöhnliche Betriebsgefahr ist bei einer besonderen Gefahrensituation anzunehmen, die nicht bereits regelmäßig und notwendig mit dem Betrieb verbunden ist, sondern durch das Hinzutreten besonderer, nicht schon im normalen Betrieb liegender Umstände vergrößert wurde (*Apathy*, EKHG § 9 Rz 29; *Schauer* in *Schwimmann*, aaO § 9 EKHG Rz 42; RIS-Justiz RS0058461). Nach diesen Kriterien bedeutet das Loslösen eines Lkw-Rads während der Fahrt und das anschließende Rollen auf die Gegenfahrbahn jedenfalls eine außergewöhnliche Betriebsgefahr.

[Schadensteilung 1:1]

Stehen im Fall eines Schadensausgleichs nach § 11 EKHG ein nicht gravierendes Verschulden und eine außergewöhnliche Betriebsgefahr einander gegenüber, werden beide Zurechnungskriterien in der Rsp als gleichwertig betrachtet (ZVR 1984/241, 317 und 328). Unfallauslösend war das rollende Lkw-Rad, das sich für die in Gegenrichtung fahrenden Verkehrsteilnehmer als ungewöhnliches und vom Bewegungsablauf her als schwer einschätzbares Hindernis darstellte. Die nicht gravierende Reaktionsverspätung des Motorradlenkers rechtfertigt hier nach Ansicht des erk Senats eine Schadensteilung im Verhältnis von 1:1 (vgl 2 Ob 57/98 s ZVR 1999/36 = RIS-Justiz RS0058551 [T 8]).

[Schmerzensgeldbemessung]

Das Schmerzensgeld ist die Genugtuung für alle Beeinträchtigungen, die der Geschädigte infolge seiner Verletzungen und ihrer Folgen zu erdulden hat. Es soll den Gesamtkomplex der Schmerzempfindungen unter Bedachtnahme auf die Dauer und Intensität der Schmerzen nach ihrem Gesamtbild, auf die Schwere der Verletzungen und auf das Maß der physischen und psychischen Beeinträchtigung des Gesundheitszustands abgelten, die durch Schmerzen entstandenen Unlustgefühle ausgleichen und den Verletzten in die Lage versetzen, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihm entgangenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen

zu verschaffen (RIS-Justiz RS0031474; 2 Ob 101/05 z mwN; *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld⁸ 66). Tendenziell erscheint es geboten, das Schmerzensgeld nicht zu knapp zu bemessen (*Danzl*, aaO 67; SZ 2002/50; ZVR 2004/43; 2 Ob 12/02 g; 2 Ob 101/05 z). Aufgrund der dauernden psychischen Beeinträchtigung und der Einschränkung des Geschmacksvermögens ist nach diesen Kriterien der ungekürzte Schmerzensgeldbetrag von € 85.000,- nicht als überhöht zu werten. Der OGH hat in dem zu 2 Ob 101/05 z entschiedenen Fall einen Schmerzensgeldbetrag von € 80.000,- [...] für angemessen gehalten [...]. Im Vergleich dazu waren und sind die Folgen hier gravierender, was durch die andauernde „geistige Beeinträchtigung“ und den längeren Aufenthalt im RHZ zum Ausdruck kommt.

[Kein „Quotenvorrecht“]

Die Bekl bemängeln nicht den ungekürzten Ersatzbetrag von € 11.662,50 für die Zeit vom 1. 7. 2004 bis 30. 6. 2005; sie zielen aber auf eine Kürzung dieses Betrags um die 50%ige Haftungsquote und ziehen erst dann die ausbezahlte Rente ab. Diese Argumentation ist nicht berechtigt. § 116 Abs 3 Satz 1 dSGB X kennt kein der österr Rechtslage vergleichbares Quotenvorrecht (*Neumayr* in *Schwimann*, ABGB³ VI § 332 ASVG Rz 79; 2 Ob 205/07 x; vgl *Oetker* in MünchKomm BGB⁴ § 249 BGB Rn 494). Unabhängig davon scheidet mangels Mitverschuldens der Geschädigten ein Quotenvorrecht nach sowohl österr (*Neumayr*, aaO Rz 76) als auch deutscher (*Oetker*, aaO) Rechtslage aus.

[Fiktive Kosten einer Ersatzkraft]

Wird ein selbständig Erwerbstätiger bei einem Unfall verletzt, so kann sich der Schaden, den er infolge Arbeitsunfähigkeit erleidet, im eingetretenen Verdienstentgang oder in den Kosten aufgenommener Ersatzkräfte ausdrücken (RIS-Justiz RS0031002 [T 1]; 2 Ob 156/06 i ZVR 2007/255 [*Ch. Huber*] = Zak 2007, 287/157 = RdW 2007/562, 533; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ VI § 1325 Rz 24 ff; *Reischauer* in *Rummel*⁵ § 1325 ABGB Rz 37; vgl *Dressler* in *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ III Kap 33 Rn 2; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁹ Rn 138 f; *Schiemann* in *Staudinger* [2005] BGB § 252 BGB Rn 44 f). Wird der Gewinnausfall durch den effektiven Einsatz von Ersatzkräften nicht zur Gänze ausgeglichen, kommt auch eine kombinierte Berücksichtigung beider Gesichtspunkte in Betracht (RIS-Justiz RS0031002; 2 Ob 156/06 i; vgl *Reischauer*, aaO Rz 37; *Dressler*, aaO; *Küppersbusch*, aaO Rn 142). Diese Kombinationsvariante wird auch in jenen Fällen zu befürworten sein, in denen unentgeltliche Leistungen Dritter oder Mehrleistungen des Verletzten eine Gewinnminderung zum Teil verhindern könnten. Dann sind die (fiktiven) Kosten einer Ersatzkraft bei der Ermittlung des Schadens aus der Reduzierung des Gewinns zu berücksichtigen (*Küppersbusch*, aaO Rn 144).

Als weitere Ersatzvariante kommen in jenen Fällen, in denen durch (Mehr-)Leistungen entweder des Verletzten oder Dritter (zB Mitgesellschafter oder Angehöriger) ein Verdienstausfall zur Gänze verhindert wurde und eine subjektiv-konkrete Schadensberechnung beim

verletzten Selbständigen zum Ergebnis Null führt, die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft in Betracht. Zu überprüfen ist, ob und an wen derartige Kosten zu ersetzen sind.

[Fiktive Kosten und Einzelunternehmer]

Nach österr Lehre und Rsp stehen dem Verletzten die fiktiven Kosten einer Ersatzkraft zu, weil der Schädiger durch Mehrleistungen des Verletzten oder unentgeltliche Hilfe von Dritten nicht entlastet werden soll (RIS-Justiz RS0030874; RS0030658; *Harrer*, aaO Rz 27; vgl *Reischauer*, aaO Rz 12 a, 12 b, 37). Seine Begründung fand dieser Ansatz in der Bejahung der wirtschaftlich eingesetzten Arbeitskraft als selbständiger Wert, der bei Vernichtung ganz oder teilw vom Schädiger zu ersetzen ist (8 Ob 210/79 ZVR 1980/231 = RIS-Justiz RS0030658; 2 Ob 208/75 SZ 48/119 = ZVR 1976/320 = RIS-Justiz RS0030621; krit *Harrer* in der Bespr der E 2 Ob 2/85 GesRZ 1985, 138, der uHa auf die deutsche Rechtslage eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung beim Erwerbsschaden generell ablehnte [GesRZ 1985, 134]), sowie in der Vereinfachungswirkung einer derartigen objektiven Schadensberechnung auch bei Personenschäden, die viele kaum lösbare Probleme der Vorteilsanrechnung und der Drittschadensliquidation erspart (*Ch. Huber*, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gem § 1325 ABGB, JBl 1987, 613 FN 25; *Harrer* in *Schwimann*, aaO Rz 28 mit Abl einer abstrakten Schadensermittlung).

[Exkurs zur GesbR]

Die hM in Deutschland spricht der GesbR nach § 705 BGB nach wie vor die Qualifikation als juristische Person ab, wertet sie aber als rechtsfähig, soweit sie als Außengesellschaft durch Teilnahme am Rechtsverkehr Rechte und Pflichten begründet (*Ulmer* in MünchKomm BGB⁴ § 705 BGB Rn 254, 295, 303; *Sprau* in *Palandt* BGB⁶⁵ § 705 Rz 24 und 33). Insoweit entspricht die Rechtsstellung einer GesbR jener von Personengesellschaften (*Ulmer*, aaO Rn 295). Das BGB geht in den §§ 705 bis 740 von der Außengesellschaft als Regeltyp aus (*Ulmer*, aaO Rn 253). Der maßgebliche Unterschied zur Innengesellschaft, wie sie etwa bei bloßem Sondervermögen in Form von Ehegattengütergemeinschaften oder Erbengemeinschaften anzunehmen ist (*Ulmer*, aaO Rn 292), liegt damit im Auftreten nach außen durch die für die Gesellschaft als Gesamthand handelnden Organe (*Ulmer*, aaO Rn 305). Bei einem gemeinsamen Betrieb einer Landwirtschaft durch Ehegatten wird eine derartige Außengesellschaft idR zu bejahen sein (vgl auch BGH VersR 2001, 648 f).

[Gewinnminderung bei Personengesellschaft]

Schlägt sich der unfallbedingte Erwerbsausfall eines mitarbeitenden Gesellschafters einer Personen(handels)gesellschaft in einem Gewinnausfall der Gesellschaft nieder, kann der verletzte Gesellschafter Ersatz des Gewinnausfalls nur in dem Ausmaß fordern, der seiner gesellschaftlichen Beteiligung entspricht. Für die anderen Gesellschafter, die auch einen Erwerbsausfall in Höhe ihrer Gewinnbeteiligung erleiden, stellt dieser Ausfall nach hM nur einen – nicht ersatzfähigen –

mittelbaren Schaden dar (RIS-Justiz RS0022525; 2 Ob 156/06 i; *Harrer* in *Schwimmann*, aaO Rz 29; *Reischauer*, aaO Rz 24 a; vgl *Dressler*, aaO Rn 14 f; *Küppersbusch*, aaO Rn 154). In 2 Ob 156/06 i wurde allerdings bereits angedeutet, dass die anderen Gesellschafter infolge Schadensverlagerung aufgrund der Gewinnverteilungsregelung die übrigen Gewinnanteile fordern könnten.

[Effektive Kosten bei Einstellung einer Ersatzkraft]

Entsteht ein Schaden durch Kosten einer tatsächlich eingestellten Ersatzkraft, so ist zunächst danach zu unterscheiden, wer die Ersatzkraft eingestellt oder beauftragt und die Kosten getragen hat. War dies eine (rechtsfähige) Gesellschaft, schuldet sie zwar im Verhältnis zur Ersatzkraft das Entgelt für deren Arbeitsleistung, sie ist aber als nur mittelbar Geschädigte grundsätzlich nicht legitimiert, ihren Aufwand vom Schädiger zu verlangen (2 Ob 156/06 i mwN). Der verletzte Gesellschafter selbst hat ebenfalls keinen Anspruch auf Ersatz der von der Gesellschaft getragenen Kosten (2 Ob 42/87 SZ 61/178 = ZVR 1989/159; RIS-Justiz RS0022657). Dem verletzten Gesellschafter und unmittelbar Geschädigten wird ein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer von ihm selbst beauftragten und bezahlten Aushilfskraft entweder als Rettungsaufwand (*Reischauer*, aaO Rz 37; vgl 2 Ob 48/86 ZVR 1988/84) oder aufgrund seiner Treuepflicht als Gesellschafter, die sich in der Verpflichtung zur Tragung des Aufwands äußert (vgl 2 Ob 156/06 i; vgl *Küppersbusch*, aaO Rn 160), zugebilligt.

[Fiktive Kosten – bisherige Rsp]

Die bereits zit E 2 Ob 2/85 sprach dem verletzten Gesellschafter einer OHG die Kosten einer Ersatzkraft für die Mehrarbeit seiner Mitgesellschafterin und Ehefrau zu. Diese E war Anlass für ausführliche Kritik in der Lehre (*Harrer*, GesRZ 1985, 130 ff; *Ch. Huber*, aaO).

Die E 4 Ob 2396/96 y (SZ 70/93 = RIS-Justiz RS0022525 [T 5]), welche die Bkl als Argument gegen die Aktivlegitimation der hier Verletzten heranziehen, betraf einen Landwirt, der gemeinsam mit seiner Ehegattin in Form einer bürgerl Erwerbsgesellschaft (§ 1175 ABGB) einen landwirtschaftlichen Betrieb geführt hatte. Die unfallbedingte Einschränkung seiner Arbeitskraft wurde durch die Mehrleistungen seiner Ehegattin ausgeglichen, was letztlich Gewinneinbußen verhinderte. Der OGH verneinte die Aktivlegitimation des verletzten Landwirts, Kosten einer fiktiven Ersatzkraft geltend zu machen. Der Schaden in Form von Mehrleistungen sei auf die Ehegattin des verletzten Landwirts verlagert worden, weshalb auch nur sie zur Geltendmachung dieses Schadens legitimiert wäre. Der OGH verwies dabei auf die Rsp zur Beschränkung des Schadenersatzanspruchs eines verletzten Gesellschafters einer Personen(handels)gesellschaft durch das Ausmaß seiner Gewinnbeteiligung sowie auf *Harrer*, Schadenersatzansprüche bei Verletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters, GesRZ 1985, 130 ff und *Ch. Huber*, aaO. Auf die Ausführungen des zuletzt genannten Autors (aaO 632) gestützt, nahm der OGH die fehlende Aktivlegitimation aufgrund einer Verlagerung des Schadens auf die „mehrleistende“ Ehefrau an.

Dasselbe Ergebnis erzielte der OGH in dem zu 7 Ob 33/98 y JBl 1999, 185 entschiedenen Fall, der ebenfalls

einen gemeinsamen Betrieb einer Landwirtschaft durch Ehegatten und Mehrleistungen (auch anderer) Familienangehöriger zum Gegenstand hatte. Der OGH lehnte die als vereinzelt geblieben bezeichnete E 2 Ob 2/85 ab und verneinte iS *Harrers* und *Ch. Hubers* die Aktivlegitimation des verletzten Gesellschafters einer bürgerl Erwerbsgesellschaft (deren Vorliegen noch zu prüfen war), den Ersatz für Mehrleistungen eines Mitgesellschafters zu fordern.

[Frage der Aktivlegitimation]

Ch. Huber verweist in seiner Bespr der E 2 Ob 156/06 i (ZVR 2007, 409 [411]) zunächst auf die Gefahr einer partiellen Doppelliquidation, wenn man dem Verletzten und unmittelbar Geschädigten seine Gewinneinbuße und zusätzlich (bei teilweiser Gewinnschmälerung trotz tatsächlicher Einstellung einer Ersatzkraft) der Gesellschaft die (effektiven) Kosten einer Ersatzkraft einräumt. Wie oben ausgeführt, wäre die Gesellschaft aber insoweit als nur mittelbar Geschädigte nicht anspruchsberechtigt. Dieses Problem stellt sich bei unentgeltlichen Mehrleistungen Dritter (auch der übrigen Gesellschafter) nicht, wenn dadurch Gewinneinbußen zur Gänze verhindert werden. Im konkreten Fall wäre die Gefahr einer Bereicherung des Geschädigten durch unangemessen hohe Kosten der Ersatzkraft (vgl dazu *Reischauer*, aaO Rz 37; vgl *Harrer* in *Schwimmann*, aaO Rz 32) oder einer Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den wirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Einsatz einer Aushilfe (vgl *Küppersbusch*, aaO Rn 142) dadurch entschärft, dass der Ersatzanspruch der verletzten Gesellschafterin (nach dem oben wiedergegebenen Klagsvorbringen) beim Regress nach § 11 EKHG der Höhe nach mit dem 50%igen Gewinnanteil der Landwirtin begrenzt wird („Deckelung“).

Im Anschluss an seine Ausführungen zur Doppelliquidation schränkt *Ch. Huber* (aaO) seine in JBl 1987, 613 (631) vertretene Position zur Schadensverlagerung auf den „mehrleistenden“ Dritten ein und plädiert nunmehr aus pragmatischen und prozessökonomischen Gründen für eine Bündelung der Kosten einer Ersatzkraft beim verletzten Gesellschafter.

Tatsächlich spricht viel dafür, die Aktivlegitimation des verletzten Gesellschafters als unmittelbar Geschädigtem in derartigen Konstellationen zu bejahen. Dass dieses Ergebnis pragmatisch wünschenswert wäre, wird in jenen Fällen deutlich, in denen die anderen Gesellschafter oder (wie hier) Familienangehörige, die nicht Gesellschafter sind, durch ihre Leistungen einen Gewinnausfall verhindern. Gerade bei landwirtschaftlichen und gewerbl Familienbetrieben sind derartige unentgeltliche Hilfeleistungen von Angehörigen nach Ausfall eines Gesellschafters häufig anzutreffen. In solchen Fällen stellt sich dann die Frage nach der Schadensverlagerung, bei der eine Unterscheidung zwischen Ansprüchen der mehrleistenden Gesellschafter und jenen anderer unentgeltliche Hilfe Leistenden zusätzliche Probleme bereitet.

[Schadensverlagerung]

Lehre und Rsp sehen eine Schadensverlagerung auf einen Dritten als gerechtfertigt an, wenn beim unmittel-

telbar Geschädigten kein Vermögensnachteil eintritt, weil der Dritte zum Schädigungszeitpunkt aufgrund besonderer Rechtsbeziehungen zum Geschädigten das wirtschaftliche Risiko zu tragen hatte (RIS-Justiz RS0022608; RS0022578 [T 4]; RS0022612 [T 4]; *Reischauer*, aaO § 1295 ABGB Rz 27; *Karner* in KBB² § 1295 ABGB Rz 17). „Klassische“ Anwendungsfälle dieser Drittschadensliquidation sind die Lohnfortzahlung (RIS-Justiz RS0043287), die Überwälzung von Kosten auf den Leasingnehmer bei Beschädigung des Leasingobjekts (RIS-Justiz RS0020815; RS0050071) oder Gefahrtragungsregeln bei Kauf- oder Werkverträgen (RIS-Justiz RS0022563; JBl 2003, 379 = RdW 2003, 379).

Beim verletzungsbedingten Ausfall eines Gesellschafters sollen nach der bereits oben zit Rsp (4 Ob 2396/96 y; 7 Ob 33/98 y) gesellschaftsvertragliche Risikotragungsregeln eine Schadensverlagerung auf den anderen, mehrleistenden Gesellschafter rechtfertigen, was nur diesen zur Geltendmachung des Verdienstentgangs in Höhe der fiktiven Kosten einer Ersatzkraft legitimieren soll. Erbringen Familienangehörige, die nicht Gesellschafter sind, unentgeltlich Hilfsleistungen, geschieht dies idR in Erfüllung einer Unterhalts- oder Beistandspflicht (bei Kindern gegenüber Eltern oder Großeltern iS der subsidiären Unterhaltspflicht nach § 143 ABGB), nicht aber, um den Schädiger zu entlasten. Ist in dieser Unterhalts- oder Beistandspflicht eine besondere Rechtsbeziehung zu sehen, die den übrigen Drittschadensliquidationsfällen vergleichbar ist, ginge der Schaden nach der zit Jud auf die Familienangehörigen über. Dann wären nur sie legitimiert, die Kosten einer Ersatzkraft zu fordern. Personen, die nicht diesem Kreis der Angehörigen zuzuzählen sind (zB Nachbarn), könnten aber mangels einer gesetzlichen oder vertraglichen besonderen Rechtsbeziehung keine Schadensverlagerung in Anspruch nehmen.

[Aktivlegitimation bei Pflegedienstleistungen und Besuchskosten]

Bei den nach § 1325 ABGB unter dem Titel „verletzungsbedingte Mehraufwendungen“ zu ersetzenden unentgeltlichen Pflegeleistungen von Angehörigen bejahte der OGH hingegen mehrfach die Aktivlegitimation des Verletzten, diese Pflegeleistungen in Höhe der erforderlichen „professionellen“ Pflegekosten vom Schädiger zu verlangen (RIS-Justiz RS0022789; 2 Ob 176/05 d; vgl *Reischauer*, aaO § 1325 Rz 12 a). Dasselbe Ergebnis erzielt die höchstgerichtl Rsp bei den Besuchskostenfällen: Die Kosten von Krankenhausbesuchen durch nahe Angehörige werden zu den ersatzfähigen Heilkosten gezählt, jedenfalls wenn sie sorge- und beistandspflichtigen Verwandten entstehen (RIS-Justiz RS0009665 [T 15]). Der Verletzte ist zur Geltendmachung dieses Aufwands im eigenen Namen berechtigt (RIS-Justiz RS0009696; RS0022710). Die Bejahung der Aktivlegitimation des Verletzten bei derartigen ebenfalls unter § 1325 ABGB fallenden Ansprüchen bietet einen Anhaltspunkt, das auch im Fall des Verdienstentgangs in Zusammenhang mit Personengesellschaften zu tun. Nach Ansicht des erk Senats ist eine entsprechende Bündelung der Ansprüche beim verletzten Gesellschafter jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Mehrleistung Dritter unentgeltlich für den Geschädigten erbracht wird, sie also diesem zugute kommen soll (*Reischauer*, aaO § 1325 Rz 24 a).

[Ergebnis]

Wird durch solche Mehrleistungen Dritter (Gesellschafter oder Angehöriger) ein Verdienstausfall einer Personengesellschaft verhindert, so ist der verletzte Gesellschafter berechtigt, die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft vom Schädiger zu fordern. Im konkreten Fall wurde die Aktivlegitimation der verletzten Beifahrerin daher zu Recht bejaht.

ZVR 2008/240

§ 1096 ABGB;
§ 93 Abs 1 StVO;
§ 21 Abs 1, § 23
Abs 1 MRG

OGH 10. 4. 2008,
2 Ob 60/08 z
(OLG Linz
12. 12. 2007,
3 R 169/07;
LG Linz
10. 7. 2007,
1 Cg 139/06)

→ Schneeräumung: Verkehrssicherungspflichten des Vermieters gegenüber Dritten sowie Bestandnehmern

§ 1096 ABGB; § 93 Abs 1 StVO; § 21 Abs 1,
§ 23 Abs 1 MRG

Die vertragliche Räumungs- und Streupflicht des Bestandgebers erstreckt sich im Verhältnis zu Bestandnehmern oder dritten, ebenfalls vom Schutzbereich des Mietvertrags umfassten Personen jedenfalls auf den gesamten Bereich, den der Bestandgeber nach § 93 Abs 1 StVO zu säubern und zu bestreuen hat. Die mietvertragliche Verkehrs-

sicherungspflicht des Liegenschaftseigentümers bleibt also in ihrem Umfang nicht hinter seiner deliktsrechtlichen zurück. Dies bedeutet auch keine unzumutbare Haftungsausdehnung, leistet doch der Mieter im Rahmen der ihm vorgeschriebenen anteiligen Betriebskosten (nach dem MRG) ohnedies seinen Beitrag zu den Kosten des mit dem Winterdienst beauftragten Unternehmens.

Sachverhalt:

[Unfallhergang und Klagebegehren]

Der ErstBekl ist Eigentümer eines Hauses, in dem der Kl eine Wohnung gemietet hatte. Der ErstBekl hat die ZweitBekl mit dem Winterdienst, insb der Schneeräumung und Streuung (auch) des Gehsteigs vor dem Haus, beauftragt. Am 31. 12. 2003 stürzte der Kl auf dem schnee- und eisbedeckten Gehsteig, der entlang des Hauses führte, und verletzte sich.

OGH präzisiert Gleichlauf von deliktischer Schneeräumungspflicht gegenüber Dritten mit vertraglicher Verkehrssicherungspflicht gegenüber Mieter.

Er begehrt € 21.352,16 sA. Die Haftung der ZweitBekl wegen Verletzung der Streupflicht (§ 93 Abs 1 iVm Abs 5 StVO) steht rk fest. Im RevVerfahren ist nur mehr die Haftung des erstbekl Hauseigentümers strittig, die der Kl aus der vertraglichen Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den gefahrlosen Zu- und Abgang zu gewährleisten, ableitet. Der ErstBekl vertritt im Gegensatz dazu den Standpunkt, eine allfällige vertragliche Nebenpflicht des Hauseigentümers könne sich nur auf Bereiche innerhalb des Mietgegenstands erstrecken, nicht aber auf den am Haus vorbeiführenden öff Gehsteig.