

Herausgegeben von

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Franz Bydlinski

o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt

Rechtsanwalt a. D.

em. o. Univ.-Prof. Dr. DDr. h. c. Walther Kastner

Bundesminister für Justiz a. D.

o. Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky

Generalprokurator a. D. Hon.-Prof. Dr. Viktor Liebscher

o. Univ.-Prof. Dr. Siegbert Morscher

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Ignaz Seidl-Hohenveldern

a. Univ.-Prof. Dr. Georg Wilhelm

Schriftleitung: Franz Bydlinski und Hans R. Klecatsky

Springer-Verlag Wien/New York

Juristische Blätter

Heft 19/20 Oktober 1987 109. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 109 (19/20) 613-680 (1987)

Aufsätze

Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäß § 1325 ABGB ¹⁾

1. Einleitung
2. Ausgangsfall GesRZ 1985, 139
3. Kritische Würdigung dieser Entscheidung und der
Stellungnahme von *Harrer*
4. Darstellung der Rechtsprechung des OGH
5. Auswirkungen des Ausfalls der Arbeitskraft eines
Personengesellschafters auf gesellschaftsrechtlicher
Ebene
6. BGH-Rechtsprechung zum Schadenersatzanspruch
7. Eigene Lösung
8. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Einleitung

Kann ein Selbständiger eine Zeit hindurch seinem Erwerb nicht nachgehen, weil er von einem Dritten schuldhafterweise verletzt worden ist, ergeben sich beträchtliche Bewertungsprobleme bei der Bemessung des Umfangs seines Schadenersatzanspruches wegen Verdienstentgangs ²⁾. Ist der Verletzte an einer Personengesellschaft – als Gesellschafter einer OHG oder GesbR bzw als Komplementär einer KG – beteiligt, stellen sich zusätzliche

Fragen, die im folgenden untersucht werden sollen. Anlaß dazu ist die OGH-E GesRZ 1985, 139 sowie der Besprechungsaufsatz von *Harrer* ³⁾.

Das Problem des Schadenersatzanspruches eines Gesellschafters, der aufgrund einer Verletzung durch einen Dritten eine Zeit hindurch ⁴⁾ seine Arbeitskraft der Gesellschaft nicht zur Verfügung stellen kann, sollte sich insb im Zusammenhang mit Straßenverkehrsunfällen schon öfter gestellt haben. Während der OGH schon häufig Gelegenheit hatte, zur Frage des Erwerbsschadens des Dienstnehmers Stellung zu nehmen ⁵⁾, finden sich jedoch nur wenige höchstgerichtliche E zum hier untersuchten Problemkreis ⁶⁾. Die österr Literatur hatte sich – mangels Anschauungsmaterial in der Judikatur – mit diesem Problemkreis bisher noch nicht auseinandergesetzt. Es kommt daher *Harrer* das Verdienst zu, als erster diese Frage für das österr Recht untersucht zu haben.

¹⁾ Schadenersatzansprüche bei Verletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters, GesRZ 1985, 130 ff.

²⁾ Auf Probleme, die sich stellen, wenn der Gesellschafter für immer seine Arbeitsfähigkeit einbüßt, wird im folgenden nicht eingegangen.

³⁾ Nachweise bei *Koziol*, Österr Haftpflichtrecht² II (1984) 130 ff.

⁴⁾ Bis zu Beginn der 60er-Jahre kann auch für das deutsche Recht der gleiche Befund konstatiert werden. Vgl dazu *Marschall von Bieberstein*, Reflexschäden und Regreßrechte (1967) 132 ff, 241.

¹⁾ Der vorliegende Aufsatz stellt eine überarbeitete Fassung eines Referats dar, das der Autor am 30. Jänner 1986 im Seminar von Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. *Franz Bydlinski* gehalten hat.

²⁾ Vgl dazu *Ruhkopf-Book*, Über die Haftpflichtansprüche körperlich verletzter freiberuflich tätiger Personen und Gewerbetreibender wegen Gewinnentgangs, VersR 1970, 690 ff; VersR 1972, 114 ff.

2. Ausgangsfall

Der Sachverhalt der E GesRZ 1985, 139 ist im wesentlichen der folgende: Ein Ehepaar betrieb eine Gastwirtschaft in Form einer OHG, an der beide zu je 50% beteiligt waren. Infolge eines vom Schädiger zu vertretenden Unfalls kam es dazu, daß der Ehemann vier Wochen dem Unternehmen überhaupt nicht, darüber hinaus drei Monate nur zu 60% zur Verfügung gestanden ist.

Um keinen Gewinnausfall zu erleiden, wurde der Ausfall der Arbeitskraft des Mannes durch Mehranstrengungen der Ehefrau und der beiden Kinder ausgeglichen. Aufgrund des Gesellschaftsvertrages wurde der cash flow⁷⁾ als Bemessungsgrundlage der Gewinnverteilung zugrundegelegt und zwar im Beteiligungsverhältnis der Eheleute an der Gesellschaft, also zu je 50%.

Lange nach dem Unfall, im Zuge der Aufstellung der Bilanz, wurde auf Anraten des Steuerberaters ein Gesellschafterbeschuß dergestalt gefaßt, daß der Ehemann sich für das Jahr, in dem er verletzungsbedingt seine Arbeitskraft nicht einsetzen konnte, eine Gewinnschmälerung gefallen lassen muß. Wäre es bei der 50 : 50 Aufteilung geblieben, wäre auf jeden Ehegatten ein Gewinnanteil von ca S 1000,- pro Tag entfallen. Da die Ehefrau durch 92 Tage für ihren Ehemann eingesprungen war, wurde vereinbart, daß S 92.000,- als Vorwegbezug ihrem Kapitalkonto gutgeschrieben werden.

Als Anhaltspunkt für die Berechnung dieses Betrags wurde auch herangezogen, daß ein langjähriger Angestellter dieses Unternehmens S 25.000,- pro Monat verdient, für eine Führungskraft jedenfalls aber S 30.000,- als angemessen anzusehen seien, so daß man ebenfalls auf durchschnittliche Kosten von S 1000,- pro Tag kommt. Der verletzte Ehemann begehrte Ersatz dieser S 92.000,-.

Das Erstgericht sprach S 64.000,- zu, weil zu berücksichtigen sei, daß der Kläger durch drei Monate nur zu 40% mit seiner Arbeitskraft ausgefallen sei, so daß Ersatz auch nur für 40% einer Ersatzkraft begehrt werden könne. Sowohl das Berufungsgericht als auch der OGH bestätigten das erstgerichtliche Urteil.

Der Beklagte wendete in seiner Revision vor allem ein, daß es nicht angehe, nachträglich einen Schaden zu konstruieren. Wäre kein Gesellschafterbeschuß gefaßt worden, hätte der Kläger keinen Schaden; geschädigt wäre nur die Ehefrau, die sich mehr angestrengt habe. Diese sei aber eine mittelbar Geschädigte und hätte deshalb keinen Schadenersatzanspruch.

Dem entgegnete der OGH, daß auch er dem nachträglichen Gesellschafterbeschuß keine entschei-

dende Bedeutung zumesse. Der OGH verweist vielmehr darauf, daß ein selbständig Erwerbstätiger jedenfalls Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzkraft habe. Nach Zitierung von mehreren Vorentscheidungen führte er aus, daß er keinen Anlaß sehe, von dieser Judikatur abzugehen, wenn es sich um Eheleute handle und der Betrieb zwischen diesen in Form einer OHG geführt werde.

Der Schaden, so der OGH, sei nicht der Ehefrau, sondern dem verletzten Ehemann entstanden, der seine Arbeitskraft eine Zeit lang nicht einsetzen konnte. Der Zuspruch erfolgte daher dem Grunde nach zu Recht; gegen die Höhe wurden von der Revision keine Einwendungen erhoben und auch der OGH hatte dagegen keine Bedenken.

3. Kritische Würdigung dieser Entscheidung und der Stellungnahme Harrers

Harrer weist daraufhin, daß der OGH in der Vorentscheidung JBI 1984, 262, bei der ein Ehepaar eine GmbH im Verhältnis von 50 zu 50 betrieb, anders entschieden habe. Dort wurde dem verletzten Gesellschafter nur der auf ihn entfallende Gewinnanteil, nicht jedoch die – höheren – Kosten einer Ersatzkraft zugesprochen. Dieses unterschiedliche Ergebnis könne auch nicht mit der verschiedenen Rechtsform erklärt werden, was auch der OGH zugestehe. In der E JBI 1984, 262 habe er nämlich darauf verwiesen, daß das Ergebnis bei der GmbH nicht anders sei als bei seinen früheren E zur OHG.

ME muß bezweifelt werden, ob der OGH sich dabei bewußt war, daß und welche zusätzlichen Probleme sich bei Schadenersatzansprüchen von Gesellschaftergeschäftsführern einer GmbH stellen. Zum deutschen Recht gibt es dazu nämlich bereits mehrere BGH-E⁸⁾ und eine Vielzahl von Stellungnahmen der Literatur⁹⁾, ohne daß sich eine

⁸⁾ BGH VersR 1962, 622; NJW 1974, 134; NJW 1977, 1283.

⁹⁾ Neben den Haftpflichtmonographien und der Kommentarliteratur seien ohne Anspruch auf Vollständigkeit folgende genannt: Mann, NJW 1974, 492 (Anm); Roll; NJW 1974, 492 f (Anm); Berg, Schadenersatzanspruch des GesmbH-Alleingesellschafters bei einem Schaden der Gesellschaft, NJW 1974, 933 ff; Frank, Nochmals: Schadenersatzansprüche des GmbH-Alleingesellschafters bei einem Schaden der Gesellschaft, NJW 1974, 2313 ff; K. Schmidt, Wohin führt das Recht der Ein-Mann-Gesellschaft? GesmbHHRdSch 1974, 178 ff; Ganssmüller, Schaden des Gesellschaftergeschäftsführers insbesondere bei der Ein-Mann-GmbH, GesmbHHRdSch 1977, 265 ff; Kukuck, Tantieme eines GmbH-Geschäftsführers im Schadenersatzrecht, BB 1978, 283 ff; Schulte, Die Vermögenseinbuße bei einer Kapitalgesellschaft – ein ersatzfähiger Schaden des Alleingesellschafters? NJW 1979, 2230 ff; John, Gesellschafterfreundlicher Durchgriff? JZ 1979, 511 ff; Lieb, Schadenersatzansprüche von Gesellschaftern bei Folgeschäden im Vermögen der Gesellschaft, FS R. Fischer (1979) 385; Hofmann, Der Erwerbsschaden eines Gesellschafters einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, VersR 1980, 605 ff; Stürner, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, JZ 1984, 464 ff.

⁷⁾ Ein erörterungswürdiges, vom OGH aber übergangenes Teilproblem des Umfangs des Schadenersatzanspruchs läge darin, ob und inwieweit die vertraglich vereinbarte Anknüpfung an die betriebswirtschaftliche Größe „cash flow“ für die Gewinnverteilung der Gesellschafter Auswirkungen auf den Umfang der Schadenersatzverpflichtung des Schädigers hat. Um den großen Zusammenhang zu wahren, wird dieses Problem im folgenden aber nicht behandelt.

herrschende Meinung gebildet hätte¹⁰⁾. Der OGH hat für seine Auffassung zur Ersatzfähigkeit des Verdienstentgangs eines OHG-Gesellschafters keine einzige E zitiert, was immer verdächtig ist. Nach meinen Nachforschungen gibt es auch keine einzige veröffentlichte Vorentscheidung zur Frage des Schadenersatzanspruchs eines OHG-Gesellschafters bezüglich seines Verdienstentgangs.

Harrer deckt also den Widerspruch zur Vorentscheidung durchaus treffend auf. Auch der Umstand, daß in der E GesRZ 1985, 139 nach zwei stattgebenden Urteilen der Unterggerichte die Revision zugelassen wurde, weil eine Rsp zu dieser Frage bisher fehlt, ist als Einbekenntnis dessen anzusehen, daß es für die anstehenden Probleme in der Rechtsprechung jedenfalls noch keine einheitliche Linie gibt.

Wie der OGH weist auch Harrer dem nachträglich zustande gekommenen Gesellschafterbeschuß keine Bedeutung für Grund und Umfang des Schadenersatzanspruchs zu, weil es immer als problematisch anzusehen sei, daß durch nachträgliche Manipulation ein Schaden mit der Konsequenz einer Schadenersatzverpflichtung des Schädigers entweder erst begründet oder erweitert werde¹¹⁾. Der gewählte Zeitpunkt (ca 2 Jahre nach dem schädigenden Ereignis) mag zwar den Eindruck der Manipulation zu Lasten des Schädigers erwecken. Dem Grunde nach ist diese Vereinbarung aber nicht so anrühlich, wie das auf den ersten Blick erscheinen mag. Es ist vielmehr als eine sich aus dem Synallagma¹²⁾ ergebende Konsequenz anzusehen, daß derjenige, dessen Mitarbeit im betreffenden Jahr – sei es auch verletzungsbedingt – geringer war, weniger vom gemeinsam erwirtschafteten Jahresgewinn erhält.

Harrer wirft dem OGH nicht nur eine nicht begründbare Diskrepanz zur Vorentscheidung vor, sondern bezichtigt ihn, dadurch das Prinzip, daß nur der unmittelbar Verletzte, nicht aber der mittelbar Geschädigte einen Anspruch auf Schadenersatz hat, aufzugeben zu haben¹³⁾. Denn der verletzte Gesellschafter habe keinen Vermögensschaden erlitten¹⁴⁾. Die Problemlage sei mit der in den Lohnfortzahlungsfällen vergleichbar. Auch bei diesen sei der verletzte Dienstnehmer nicht unmittelbar geschädigt; geschädigt sei vielmehr nur der Dienstgeber. Da bei diesem aber nur ein mittelbarer Schaden vorliege, bestehe für den Schädiger keine Schadenersatzpflicht. Harrer weist deshalb darauf hin, daß der OGH zumindest begründen hätte müs-

sen, weshalb er in den Lohnfortzahlungsfällen einen Schadenersatzanspruch ablehne, das beim OHG-Gesellschafter aber anders sein sollte. Der OGH begnüge sich jedoch mit dem Hinweis, daß ein selbständig Erwerbstätiger die Kosten für die Ersatzkraft begehren könne und dieser Grundsatz auch bei der OHG anzuwenden sei.

Bereits an dieser Stelle sei der Hinweis gestattet, daß sich in der Judikatur des OGH zu den Lohnfortzahlungsfällen unter dem Eindruck der einheitlichen Meinung der Lehre¹⁵⁾, die die Gegenposition einnimmt, eine Wende abzuzeichnen beginnt; Koziol¹⁶⁾ hat solche Ansatzpunkte in der Judikatur auch aufgezeigt.

Schon seit langem weist das Schrifttum¹⁷⁾ darauf hin, daß es in den Lohnfortzahlungsfällen nicht um die Ersatzfähigkeit eines sonst nicht ersatzfähigen mittelbaren Schadens eines Dritten geht, sondern der Schaden, den der Dienstnehmer durch die Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit erleidet, bloß durch die aus sozialer Fürsorge angeordnete Lohnfortzahlungspflicht auf den Dienstgeber weitergewälzt bzw verlagert wird. Ob die rechtstechnische Umsetzung dieser Erkenntnis über den versagten Vorteilsausgleich und die Regreßnorm einer Legalzession – wenn keine besondere vorhanden, gem § 1358 ABGB –, durch eine vertragliche Abtretungspflicht oder im Wege der Drittschadensliquidation geschieht, ist eine eher konstruktive Frage¹⁸⁾, die vorläufig dahingestellt bleiben kann.

Sollte man zu dem Ergebnis kommen, daß auch bei gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen bloß eine Schadensverlagerung gegeben ist, dann hat der OGH in der besprochenen E dem Grunde nach so entschieden, wie in den Lohnfortzahlungsfällen nach Ansicht der Lehre richtigerweise zu entscheiden wäre¹⁹⁾. Man könnte dann die Kritik Harrers darauf reduzieren, daß der OGH immerhin das Ergebnis richtig getroffen und lediglich die zutreffende Begründung vermissen habe lassen. Die Ausführungen Harrers zielen aber in eine andere Richtung.

Er greift nämlich schon die Prämisse des OGH an, daß selbständig Erwerbstätige bei zurechenbarer Verletzung durch einen Dritten stets die Kosten

¹⁰⁾ Grundlegend Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJB 82 (1932) 81. Weitere Nachweise bei Koziol, Österr Haftpflichtrecht² I (1980) 283; Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 29 zu § 1295.

¹¹⁾ Haftpflichtrecht I 283 f unter Berufung auf OGH SZ 43/70 = JBl 1971, 93 = ZVR 1971/222 und EvBl 1976/19. Gegenteilig noch OGH Arb 8662. Vgl dazu auch Schilcher in: Holzer-Posch-Schilcher, Was kommt nach dem Sozialschaden? DRdA 1978, 236 ff.

¹²⁾ Fröhlich, Schadensbemessung und Schadensüberwälzung, ZBl 1931, 552; Wilburg, JherJB 82, 81.

¹³⁾ Zum Pluralismus der möglichen konstruktiven Umsetzungen der erkannten Wertung, daß eine bloße Schadensverlagerung vorliegt: Koziol, Haftpflichtrecht I 289 f. ME ist mit der herrschenden österr Lehre (Nachweise bei Koziol aaO 208 ff) davon auszugehen, daß in den Lohnfortzahlungsfällen die versagte Vorteilsanrechnung der adäquate methodische Ansatz ist.

¹⁴⁾ Gegenteilig allerdings Harrer, GesRZ 1985, 131; Wolff in Klang² VI 13.

¹⁰⁾ Auf Probleme der Ersatzfähigkeit von Schäden eines Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH wird im folgenden nicht eingegangen.

¹¹⁾ Der Tendenz nach ähnlich Ruhkopf-Book, VersR 1970, 696; Knobbe-Keuk, Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, VersR 1976, 409; Hofmann, VersR 1980, 607.

¹²⁾ Zwar unterliegen nicht die Beziehungen der Gesellschafter untereinander dem Synallagma, wohl aber das Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft.

¹³⁾ GesRZ 1985, 130.

¹⁴⁾ GesRZ 1985, 131.

einer Ersatzarbeitskraft begehren können, unabhängig davon, ob diese auch wirklich eingestellt und entlohnt wird. *Harrer* referiert im wesentlichen das, was als herrschende deutsche Ansicht anzusehen ist:

Nach dieser ²⁰⁾ ist die Erwerbsfähigkeit als solche kein Vermögensgut. Wird sie beeinträchtigt, so gebührt ein Schadenersatzanspruch nur insoweit, als die Erwerbsbeeinträchtigung zu einem konkreten Vermögensschaden geführt hat. Soweit das nicht der Fall ist, gebührt grundsätzlich auch kein Schadenersatz. Ohne das *expressis verbis* auszudrücken, leugnet *Harrer* damit auch für das österr. Recht die Möglichkeit einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung bei Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit ²¹⁾.

Während man im deutschen Recht eine solche Berechnungsmethode überwiegend unter Hinweis auf den historischen Gesetzgeber ablehnt, weil dieser von der ausschließlichen Berechnung des Schadens nach der Differenzrechnung im konkreten Vermögen des Verletzten ausgegangen sei ²²⁾, findet sich im österr. Recht in § 1332 ABGB eine positivrechtliche Stütze ²³⁾ für die objektiv-abstrakte

Schadensberechnung. Diese wird von der hL ²⁴⁾ in Österreich aber nicht nur bei Sach-, sondern auch bei Personenschäden angewendet.

F. Bydlinski ²⁵⁾ hat darauf hingewiesen, daß man sich mit Hilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, die mit dem Rechtsfortwirkungsgedanken ²⁶⁾ begründet werden kann, viele kaum lösbare Probleme der Vorteilsanrechnung und der Drittschadensliquidation erspart, um die man bei der subjektiven Schadensberechnung nicht umhinkommt. *Koziol* ²⁷⁾ argumentiert ganz ähnlich und plädiert dafür, daß der Geschädigte bei absolut zugewiesenen Rechten im Rahmen der Interessenberechnung ein Wahlrecht habe zwischen der objektiv-abstrakten und der subjektiv-konkreten Ermittlung des Schadens.

Bei Beschädigung von Sachen hat der Schädiger bei leichter Fahrlässigkeit gem § 1332 ABGB den gemeinen Wert zu ersetzen. Das ist jener Schaden, der sich aufgrund der objektiv-abstrakten Berechnung ergibt ²⁸⁾. Erst bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz muß er für den Wert einstehen, den die beschädigte Sache gerade im Vermögen des Eigentümers hatte. *Steininger* ²⁹⁾ hat die Ansicht vertreten, daß die konsequente Anwendung des § 1332 ABGB auf Personenschäden zur Folge habe, daß der Schädiger bei leichter Fahrlässigkeit nur für den objektiv-abstrakten Schaden einzustehen habe. Es ist aber der Gegenansicht *Koziols* ³⁰⁾ zu folgen, der bei Personenschäden dem Verletzten auch bei bloß leicht fahrlässigem Verhalten des Schädigers ein Wahlrecht zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung gewährt.

Wenn der OGH in der E GesRZ 1985, 139 dem Verletzten unabhängig von den konkreten gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen die angemessenen Kosten einer Ersatzkraft zuspricht, so ist das – denkt man die Grundposition der Vertreter der objektiv-abstrakten Schadensberechnung bei Personenschäden zu Ende – nur folgerichtig. Daran vermag auch die Einschränkung *Koziols* nichts zu ändern, daß bei Berechnung des objektiv-abstrakten

²⁰⁾ MünchKomm-Mertens², § 842 Rz 7; *Soergel-Zeuner*, BGB¹¹ § 842 Rz 3; *Diekstatt* in: *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹² (1985) Rz 1041; *Wussow-Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁴ (1986) Rz 27; *Knobbe-Keuk*, VersR 1976, 406; *Stürner*, JZ 1984, 414.

²¹⁾ Der Begriff „abstrakte Schadensberechnung“ wird im deutschen Schrifttum und in der deutschen Rechtsprechung mit unterschiedlichem Bedeutungsinhalt verwendet. Zum Teil soll damit ausgedrückt werden, daß an den Nachweis der Schadenshöhe geringere Beweisanforderungen iS des § 252 BGB und des § 287 dZPO gestellt werden; zum Teil soll aber mit dem Begriff „abstrakte Schadensberechnung“ – wie auch im österr. Recht – zum Ausdruck gebracht werden, daß bereits die Verletzung des absolut geschützten Rechtsgutes der Erwerbsfähigkeit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch auslöst, unabhängig davon, ob ein konkreter rechnerischer Schaden entstanden ist. Zur doppeldeutigen Terminologie vgl. *Knobbe-Keuk*, VersR 1976, 403 ff.

²²⁾ Abweichend allerdings *Hagen*, Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs? – BGH (GSZ), NJW 1968, 1823, JuS 1969, 68. Zu einer „halben“ Abstrahierung gelangt auch die „Bedarfslehre“ von *Zeuner*, Gedanken zum Schadensproblem, GedS Dietz (1973) 117. Der Abstrahierung sind dort nämlich insoweit Grenzen gesetzt, als *Zeuner* einen Schadenersatzanspruch insoweit ablehnt, als dem Geschädigten Umdispositionen zumutbar sind. Nach der herrschenden österr. Lehre würde dieser Umstand bei der objektiv-abstrakten Schadensberechnung keine Rolle spielen.

²³⁾ Nur nebenbei sei erwähnt, daß *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964) 35, 37 auch zum deutschen Recht darauf hingewiesen hat, daß die Ansicht des historischen Gesetzgebers nicht der Weisheit letzter Schluß sein könne, wenn die Rechtswissenschaft sich in der Zwischenzeit fortentwickelt habe und zu neuen Erkenntnissen gelangt sei. Zur begrenzten Bedeutsamkeit historischer Auslegung vgl. auch *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 449 ff. Der Streit, ob im deutschen Recht eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung iS der österr. hL zulässig ist oder

nicht, kann für die Zwecke der hier interessierenden Problemstellung dahingestellt bleiben.

²⁴⁾ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 28 ff; *ders.*, Der unbekannt objektive Schaden, JBl 1966, 439 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I 25; II 132; *Koziol-Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts⁷ I (1985) 408; *Krejci*, Grundfragen des Haftpflicht- und Regreßsystems im Recht der sozialen Sicherheit, in: Reformen des Rechts (1979) 415; *Steininger*, Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, FS Wilburg (1965) 190 ff. AA allerdings *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Rz 7 zu § 1312.

²⁵⁾ Probleme der Schadensverursachung 37.

²⁶⁾ *Knobbe-Keuk*, VersR 1976, 411 will eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung hingegen nur insoweit zulassen, als diese aus Gründen der Praktikabilität geboten sei. Vgl. dazu auch *Steffen*, Abkehr von der konkreten Schadensberechnung des Personenschadens und kein Ende? VersR 1985, 605 ff.

²⁷⁾ Haftpflichtrecht I 31 f.

²⁸⁾ AA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Rz 1 ff zu § 1332.

²⁹⁾ FS Wilburg (1965) 191 f.

³⁰⁾ Haftpflichtrecht I 265; II 138.

Erwerbsschadens der Abstrahierung Grenzen gesetzt seien³¹⁾. Man habe also nicht den Wert der Arbeitskraft schlechthin zu ermitteln, sondern auf die Ausbildung und Kenntnisse des Verletzten sowie die Verhältnisse des Arbeitsmarktes Rücksicht zu nehmen³²⁾. Diese Präzisierung ist aber mE nicht dahingehend zu verstehen, daß es sich doch nur um eine „halbherzige“ objektiv-abstrakte Schadensberechnung handle. Denn auch bei körperlichen Sachen wird nicht nach dem Wert einer Sache schlechthin gefragt, sondern man ermittelt den objektiv-abstrakten Wert einer konkreten Sache, zum Beispiel einer bestimmten Vase oder einer genau bezeichneten Liegenschaft. Insoweit werden die Unterschiede zwischen der Bewertung von Sachen und der Arbeitskraft des Menschen mE überschätzt.

So folgerichtig der Zuspruch der Kosten für die Ersatzkraft nach der soeben vorgetragenen Lehre auch ist, so wünschenswert wäre es gewesen, wenn der OGH in dieser E kundgetan hätte, ob er von einer objektiv-abstrakten oder einer subjektiv-konkreten Schadensberechnung ausgegangen ist.

Sollte sich die E auf eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung gestützt haben, dann verdient sie deshalb Beachtung, weil der OGH eine objektiv-abstrakte Berechnung des Schadens wegen Verdienstentganges – jedenfalls der *Terminologie* nach – sonst nur im Zusammenhang mit einer abstrakten Rente anerkannt hat. Trotz vehementer Kritik der Lehre³³⁾ hat die bisherige Judikatur des OGH³⁴⁾ eine abstrakte Rente nur dann gewährt, wenn es sich um einen *Dauerschaden* handelt. Ein Zuspruch ist nach Ansicht des OGH auch nur möglich ab dem Zeitpunkt des *Endes der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz*³⁵⁾, also nur für die Zukunft, und das auch nur in dem Fall, daß zu diesem Zeitpunkt noch *kein Schaden* eingetreten, ein solcher für die Zukunft aber zu befürchten ist. Außerdem ist die Zuerkennung einer abstrakten Rente davon abhängig, daß sich der *Verletzte* mehr anstrengen muß und sein Arbeitsplatz gefährdeter ist als ohne Verletzung³⁶⁾. Durch die abstrakte Rente wird ein Schadenersatzanspruch somit nur in

einem Härtefall gewährt, in dem trotz vorläufigem Ausbleiben eines konkreten Schadens ein Zuspruch aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt erscheint.

Diese Voraussetzungen sind in der E GesRZ 1985, 139 nicht gegeben, so daß dem OGH auch nicht unterstellt werden darf, daß er zur Begründung des Schadenersatzanspruchs sich der objektiv-abstrakten Schadensberechnung bedient hätte. Ein solches Abgehen von einer bisherigen Judikatur und die Übernahme der Ansicht der herrschenden Lehre hätte er wohl eine Spur deutlicher kundgetan.

Es ist somit festzuhalten, daß nach der hier vertretenen Meinung die objektiv-abstrakte Schadensberechnung zwar eine taugliche Begründung für das vom OGH in der vorliegenden E erzielte Ergebnis darstellen würde, daß er selbst das Ergebnis aber nicht – zumindest nicht explizit – damit begründet hat. Auch nach Ansicht der Vertreter der objektiv-abstrakten Schadensberechnung sind Überlegungen hinsichtlich der subjektiven Berechnung des Schadens nicht hinfällig, sie sind nur weniger dringlich³⁷⁾.

Harrer, der eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung beim Erwerbsschaden überhaupt ablehnt, prüft, ob ein Fall der Drittschadensliquidation vorliegt³⁸⁾. Mit dieser – führt er aus – versucht die österr. Lehre den Schadenersatzanspruch in den Lohnfortzahlungsfällen zu begründen und beruft sich dabei auf *Koziol*³⁹⁾. *Harrer* kommt aber zu dem Ergebnis, daß keiner der *klassischen* Fälle der Drittschadensliquidation⁴⁰⁾ vorliege und schließt daraus, daß es bei dem allgemeinen Prinzip zu bleiben habe, daß nur der Schaden des unmittelbar Verletzten zu ersetzen sei, nicht aber der eines Dritten, etwa der Gesellschaft oder eines anderen Gesellschafters. Da in der E GesRZ 1985, 139 eine Gewinneinbuße nicht feststellbar war, habe sich der Gewinnanteil des Geschädigten nicht vermindert, er habe daher keinen Schaden erlitten. Geschädigt mag allenfalls ein Dritter, die Ehegattin, sein, die sich mehr anstrengen mußte, um ein gleich

³¹⁾ Haftpflichtrecht II 134; ebenso *Schuhmacher*, Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als Problem des Schadensbegriffs, ZAS 1977, 46. Ähnlich für das deutsche Recht auch *Lieb*, „Wegfall der Arbeitskraft“ und normativer Schadensbegriff, JZ 1971, 360.

³²⁾ So schon *Fröhlich*, ZBl 1931, 551.

³³⁾ Nachweise bei *Koziol*, Haftpflichtrecht II 134 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Rz 31 ff zu § 1325; *Schuhmacher*, ZAS 1977, 44 ff.

³⁴⁾ Nachweise der Judikatur bei *Dittrich-Tades*, ABGB²² § 1325 E 97 ff.

³⁵⁾ Insb dazu kritisch *Fiebich*, Zum Problem des Rentenanspruchs nach § 1325 ABGB, ÖJZ 1958, 342, der zutreffend darauf verweist, daß der Umfang des Schadenersatzanspruchs nach der hRsp davon abhängt, wie überlastet ein Gericht sei bzw in welchem Ausmaß es dem Schädiger gelinge, den Prozeß zu verschleppen.

³⁶⁾ Das wird als Ausgleichs- und Sicherungsfunktion bezeichnet.

³⁷⁾ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 37; *Fröhlich*, ZBl 1931, 550; *Koziol*, Haftpflichtrecht II 137. Vgl auch *Kohlhösser*, Unternehmerlohn, Schadenersatz und Regreßinteresse beim Unfall eines Geschäftsführergesellschafters einer Personengesellschaft, ZHR 129 (1967), 150. Die subjektiv-konkrete Berechnung des Schadens hat insb deshalb Bedeutung, weil mit Hilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung nur der *Mindestschaden* begehrt werden kann.

³⁸⁾ GesRZ 1985, 134.

³⁹⁾ Haftpflichtrecht I 283.

⁴⁰⁾ Auch in der deutschen Rechtsprechung gibt es Anklage, daß die Drittschadensliquidation auf bestimmte Fallgruppen beschränkt sei. Vgl dazu etwa OLG Karlsruhe FamRZ 1975, 311 mit Anm von *Fenn*. Auch *Hagen*, JuS 1969, 66 konstatiert in der Rechtsprechung eine restriktive Tendenz in bezug auf die Drittschadensliquidation, was er damit erklärt, daß andere Instrumente wie der versagte Vorteilsausgleich bzw der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wertungsmäßig gebotene Lösungen überzeugender zu begründen vermögen. In diesem Sinn auch *Steding*, Die Drittschadensliquidation, JuS 1983, 29 ff.

hohes Ergebnis wie bei voller Einsatzfähigkeit ihres Mannes zu erzielen.

Gegen diese kausuistische Betrachtungsweise ist einzuwenden, daß es für die Beantwortung der Frage, ob ein bei einem Dritten eingetretener Schaden zu ersetzen ist, nicht darauf ankommen kann, ob ein Sachverhalt einer bestimmten *Fallgruppe* der Drittschadensliquidation zu unterstellen ist oder nicht, sondern nur darauf, ob die für die Schadensüberwälzung maßgeblichen Kriterien auch bei dem zu beurteilenden Sachverhalt gegeben sind. Darüber hinaus liegt in dem Fall, in dem der gesunde dem verletzten Gesellschafter gegenüber zur Mehrarbeit verpflichtet ist und dieser der Pflicht entsprechend handelt, durchaus ein „klassischer“ Fall eines ersatzfähigen Drittschadens vor. Wie in den Unterhaltsfällen soll den Verpflichteten das Risiko einer Mehrleistungspflicht nur gegenüber dem Verletzten treffen; ist jedoch für die Mehrleistung ein Schädiger verantwortlich, so soll dieser den Schaden letztlich tragen. Problematisch könnte lediglich sein, ob die Mehranstrengungen des gesunden Gesellschafters als Schaden anzusehen sind. Sollte man das verneinen, würde es an einem – ersatzfähigen – Drittschaden fehlen, so daß ein Schadenersatzanspruch – jedenfalls bei subjektiv-konkreter Berechnung – nicht mithilfe des Gedankens der Schadensverlagerung begründet werden könnte.

Nach Ansicht von *Harrer* würde sich an der *Verneinung* des Schadenersatzanspruchs auch nichts ändern, wenn die Gesellschafter eine feste *Tätigkeitsvergütung* vereinbart hätten. Darunter versteht man, daß ein Gesellschafter, der seine Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellt, dafür ein ziffernmäßig fixiertes Entgelt erhält, unabhängig davon, ob die Gesellschaft einen Erfolg erwirtschaftet oder nicht. Was sich bei der Lohnfortzahlung aus dem Gesetz ergibt, wird in solchen Fällen typischerweise vereinbart: Das Entgelt soll – jedenfalls eine bestimmte Zeit lang – auch dann von der Gesellschaft zu zahlen sein, wenn dieser Gesellschafter verletzungsbedingt seine Arbeitskraft der Gesellschaft nicht zur Verfügung stellen kann.

Harrer meint, daß in solchen Fällen dem Gesellschafter kein Schadenersatz zustehe, weil sein Geschäftsführergehalt so weiter bezahlt werde, als ob er nicht verletzt worden wäre. Ein Schaden entstehe lediglich der Gesellschaft und diese sei wiederum ein bloß mittelbar Geschädigter. Bei Referierung der Meinungen der deutschen Literatur und Judikatur (im Abschnitt 6) wird auf die Differenzierung zwischen schlichter Gewinnverteilung und fester Tätigkeitsvergütung noch zurückzukommen sein.

An dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, daß sich bei Vereinbarung einer Tätigkeitsvergütung die Parallele zu den Lohnfortzahlungsfällen aufdrängt, was auch *Harrer* bejaht⁴¹⁾. Nur zieht er eine andere Konsequenz als die herrschende Lehre. Seiner Ansicht nach liegt in den Lohnfortzahlungsfällen ein nicht ersatzfähiger *mittelbarer Schaden*

vor, während die in Deutschland und Österreich hM, der sich im Ergebnis auch der OGH angeschlossen hat, einen Fall der bloßen Schadensverlagerung sieht. *Harrer* bietet für seine abweichende Ansicht auch keine eigene Begründung an, sondern verweist lediglich auf eine ältere und noch dazu vereinzelt gebliebene Stellungnahme in der deutschen Literatur⁴²⁾.

Etwas anderes soll nach Ansicht von *Harrer* nur gelten, wenn *keine* feste Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist; dann könne der verletzte Gesellschafter Ersatz für die Minderung seines Gewinnanteils begehren. Sofern ein solcher nicht eingetreten oder nachweisbar sei, gehe er leer aus. Dem könne man auch nicht entgegenhalten, daß das Ergebnis, die unternehmerische Leistung sei nichts wert, unbefriedigend sei; ein solches Ergebnis liege vielmehr in der Eigenart unternehmerischen Handelns begründet. Gegen diese Differenzierung ist der Vorwurf des Zufallsergebnisses erhoben worden⁴³⁾. Dem kann man aber nach Ansicht von *Harrer*⁴⁴⁾ entgegenhalten, daß im Schadenersatzrecht Grund und Umfang des Anspruchs häufig von Zufällen abhängig seien⁴⁵⁾.

Die Besonderheit, daß es sich hier um eine Familiengesellschaft gehandelt hat, habe für das Schadenersatzrecht grundsätzlich keinen Einfluß. *Harrer* will davon nur insoweit eine Ausnahme machen, als dem für den Verletzten einspringenden Ehegatten ein Anspruch gem § 98 ABGB zusteht, *weil* er in Erfüllung einer weit verstandenen Unterhaltspflicht gehandelt habe; nur dann sei beim Verletzten ein Vermögensschaden festzustellen. Auch diese letzte Folgerung kann nicht kommentarlos hingenommen werden⁴⁶⁾.

§ 98 ABGB gewährt dem im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten einen Entgeltsanspruch unabhängig davon, ob die Mitarbeit im Rahmen seiner Unter-

⁴²⁾ *Siebert*, Schadenersatz und Lohnfortzahlung, FS Lehmann II (1956) 671.

⁴³⁾ *Marschall von Bieberstein*, Reflexschäden 244 weist völlig zutreffend darauf hin, daß es wenig einleuchtend sei, daß der Umfang des *Schadenersatzanspruchs* von der geschickten oder ungeschickten Formulierung des Gesellschaftsvertrages abhängig sein soll. Darüber hinaus ist festzustellen, daß selbst Anwälte mit großer Erfahrung in der Kautelarjurisprudenz mit diesem Problembereich nicht vertraut sind. Auch in neueren Vertragshandbüchern (*Sudhoff*, Personengesellschaften⁶ [1985]; *Heidenhain-Meister*, Münchener Vertragshandbuch I [1982]) finden sich dazu keine Ausführungen.

⁴⁴⁾ GesRZ 1985, 136.

⁴⁵⁾ *Kohlhosser*, ZHR 129, 146 wendet dagegen ein, daß ein solcher Zufall nicht hingenommen werden könne.

⁴⁶⁾ Das gilt ungeachtet des Umstandes, daß es für diese Meinung ein Vorbild im deutschen Recht gibt: Gem §§ 845, 1619 BGB kann bei Verletzung des Kindes vom Unterhaltsverpflichteten ein Schadenersatzanspruch – nur – in der Höhe geltend gemacht werden, in dem das Kind aufgrund des Unterhaltsrechts zur Dienstleistung verpflichtet war. Man gelangt auf diese Weise zu dem wenig sachgerechten und daher auch nicht nachahmenswerten Ergebnis, daß die überobligationsgemäße Anstrengung des Kindes vom Schädiger nicht auszugleichen sei.

⁴¹⁾ GesRZ 1985, 135.

haltungspflicht geschah oder darüber hinaus ging⁴⁷⁾. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Schadenersatzanspruch *nur insoweit* bestehen soll, als seine Unterhaltungspflicht reicht. Daneben besteht aber noch der viel grundlegendere Einwand, daß es befremdlich ist, daß die Eheleute, die ihr Zusammenwirken auf eine vertragliche Grundlage gestellt haben, in einem Schadensfall unter Umständen viel schlechter gestellt sind, als wenn sie das nicht gemacht hätten⁴⁸⁾.

In der Vergangenheit war der Trend gerade umgekehrt: Es wurde oft mit viel Mühe eine stillschweigende Gesellschaft bzw. ein stillschweigender Dienstvertrag zwischen Ehegatten⁴⁹⁾ konstruiert, um einen Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen zu begründen. F. Bydlinski⁵⁰⁾ hat gezeigt, daß man sich die Annahme solcher fiktiver gesellschaftsrechtlicher Willenserklärungen ersparen kann, weil mit Hilfe des § 1435 ABGB im wesentlichen das gleiche Ergebnis erzielbar ist. In der hier behandelten verwandten Problemstellung wäre es für den verletzten Ehegatten – folgt man der Ansicht *Harrers* – jedoch ein verhängnisvoller Nachteil, wenn es Anhaltspunkte gäbe, die ihm anstelle des sich aus dem dispositiven Gesetzesrecht ergebenden Anspruchs gemäß § 98 ABGB einen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage beruhenden Anspruch einräumen würden.

Wenn man weiß, wie brüchig die Grenzen zwischen der Bejahung und der Verneinung einer stillschweigend zustande gekommenen Ehegattengesellschaft verlaufen⁵¹⁾, will nicht einleuchten, daß davon so weitreichende Folgerungen für das *Schadenersatzrecht* gezogen werden sollten.

Ohne an dieser Stelle schon einen eigenen Lösungsansatz – von jenem mit Hilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung abgesehen – darlegen zu wollen, ist zusammenfassend festzuhalten, daß die Rechtsausführungen *Harrers* mE nicht zu überzeugen vermögen. Im folgenden ist zu untersuchen, ob die E GesRZ 1985, 139, wie sie selbst behauptet, lediglich die – einheitliche – Linie der Vorjudikatur fortsetzt oder von ihr abweicht.

4. Darstellung der Rechtsprechung

Die mW erste Entscheidung zur Frage der Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens eines Gesellschafter

ers erging in SZ 39/141. Wie im Ausgangsfall betrieb ein Ehepaar eine Gastwirtschaft; anders als in der von *Harrer* besprochenen E GesRZ 1985, 139 handelte es sich in SZ 39/141 nicht um eine OHG, sondern um eine *GesbR*. Konzessionsinhaber war lediglich der Mann. Als die Ehefrau, die für die Küche und das Servieren der Speisen zuständig war, durch eine von einem Dritten verschuldete Verletzung ausfiel und deshalb eine Ersatzkraft eingestellt werden mußte, sprach der OGH der verletzten Ehefrau die dadurch entstandenen Kosten für die Ersatzkraft zu.

Obwohl die Referierung des folgenden Falles überraschend erscheinen mag, soll auf die bekannte Entscheidung der Verletzung eines Pallotiner-Ordensbruders⁵²⁾ eingegangen werden. Ein Orden ist zwar mit einer auf Gewinn gerichteten Handelsgesellschaft nicht ohne weiteres vergleichbar, die Parallelen sind aber darin zu sehen, daß es sich in beiden Fällen um eine aus mehreren Personen bestehende *Gefahrgemeinschaft* handelt.

Der E lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Ordensbruder, der die Gärtnerei mit zehn Mitarbeitern leitete, wurde bei einem Verkehrsunfall so schwer verletzt, daß er diese Tätigkeit künftig nicht mehr ausüben konnte. Obwohl er das Armutsgelübde abgelegt hatte und er auch nach dem Unfall wie vorher vom Orden versorgt wurde, begehrte er Schadenersatz wegen Verdienstentgang.

Das Berufungsgericht hat dieses Begehren abgewiesen, wobei hier vor allem die Begründung interessiert. Es verweist darauf, daß der Schadenersatzanspruch nicht abstrakt, sondern nur *konkret* berechnet werden könne. Selbst wenn man die Grundsätze über den Zuspruch eines Schadenersatzanspruchs an die nicht berufstätige Hausfrau übernehme, vermöge das an der Verneinung des Schadenersatzanspruches nichts zu ändern, weil die Aufnahme einer Ersatzkraft, sei es durch die Hausfrau oder ihren Ehemann, sich letztlich wieder auf den Lebensstandard der Eheleute, somit auch auf ihren eigenen auswirke, so daß sie selbst geschädigt sei. Ein solcher Zusammenhang fehle hingegen hier. Auch der Hinweis auf die Rsp zur unentgeltlich zur Verfügung gestellten Arbeitskraft durch nahe Verwandte ändere daran nichts, weil es in deren Belieben stehe, über ihre Arbeitskraft frei zu verfügen und der Schadenersatzanspruch auch eine Abgeltung der freien Disponierbarkeit darstelle. Da der Ordensbruder zur Arbeitsleistung dem Orden gegenüber verpflichtet war, unterscheide sich dieser Fall, weshalb ein Zuspruch abgelehnt werden müsse.

Der OGH entschied gegenteilig: Er stellte zunächst einmal fest, daß die Arbeitskraft nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurde, weil der Ordensbruder immerhin seinen Lebensunterhalt und auch die Alterssicherung vom Orden als Gegenleistung erhalte⁵³⁾. Weiters führte er aus, daß

⁴⁷⁾ So auch *Holzer*, Zivilrechtliche Konsequenzen der Angehörigen-Mitarbeit, in: *Ruppe* (Hg), Handbuch der Familienverträge² (1985) 163.

⁴⁸⁾ *Fenn*, FamRZ 1975, 344 (Anm) führt hingegen ins Treffen, daß es sich die Eheleute auch im Schadenersatzrecht gefallen lassen müssen, nach der vertraglichen Regelung behandelt zu werden, wenn sie eine solche gewählt haben.

⁴⁹⁾ Judikaturnachweise zur stillschweigenden Gründung einer *GesbR* zwischen Ehegatten bei *Welser*, Ehepakt, Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts und Formzwang, GesRZ 1976, 38 FN 40.

⁵⁰⁾ Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen, FS Wilburg (1965) 45.

⁵¹⁾ Vgl dazu die Rsp-Nachweise bei *Dittrich-Tades*, ABGB³² § 1175 E 3 ff.

⁵²⁾ Veröffentlicht in SZ 48/119.

⁵³⁾ Diesen Aspekt stellt der OGH zutreffend heraus, was von *Schilcher* in: *Holzer-Posch-Schilcher*, Was kommt nach dem Sozialschaden? DRdA 1978, 226 mE

das Abstellen auf den konkreten Schaden zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führe. Der OGH berief sich aber nicht nur auf die Billigkeit, sondern lieferte selbst eine taugliche Begründung für seine E, indem er ausführte, daß den Personen, die für den Verletzten eingesprungen seien, nichts ferner gelegen sei, als den Schädiger zu entlasten. Auch in den Fällen der Haushaltstätigkeit und bei der unentgeltlichen Mitwirkung von Verwandten sei der OGH davon ausgegangen, daß die Arbeitskraft einen selbständigen Wert darstelle. Außerdem bestehe eine Wechselwirkung zwischen dem Ausfall des Ordensbruders und dem Fonds, aus dem sein Unterhalt und seine Alterssicherung gespeist werden⁵⁴⁾.

In ZVR 1978/213 stellte der OGH lediglich fest, daß auch für den Komplementär einer KG die Grundsätze heranzuziehen seien, die für den Erwerbsschaden eines Selbständigen entwickelt worden sind. Zum Problem einer möglichen Schadensverlagerung bzw inwieweit ein nicht ersatzfähiger Schaden vorliegt, ist dem veröffentlichten Teil dieser Entscheidung nichts zu entnehmen. Es ist auch wenig wahrscheinlich, daß Kernaussagen der Entscheidung bloß nicht veröffentlicht wurden, da es sich um einen Aufhebungsbeschluß und eine Zurückweisung gehandelt hat. Darauf wird an dieser Stelle nur deshalb besonders hingewiesen, weil sich die Folgeentscheidung ZVR 1979/225 = RZ 1979/57 und auch *Reischauer*⁵⁵⁾ auf diese E berufen haben.

In der Folgeentscheidung ZVR 1979/225 = RZ 1979/57 ging es darum, daß ein Ehepaar ein Unternehmen in der Form einer GesbR führte, an der beide Ehepartner zu je 50 Prozent beteiligt waren. Unter Hinweis auf die deutsche Lehre und Rsp und auf die bereits durch ZVR 1978/213 geklärte Rechtslage, aber ohne Eingehen auf die gegenteilige Vorentscheidung SZ 39/141 entschied der OGH, daß vom verletzten Gesellschafter entsprechend seinem Anteil 50% des Gewinnentgangs der Gesellschaft geltend gemacht werden können.

In JBl 1984, 262, der Vorentscheidung zum hier besprochenen Anlaßfall, führte ein Ehepaar ein Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Der verletzte Ehemann war Alleingeschäftsführer. Er machte den Schaden der GmbH mit der Begründung geltend, daß zwar auch seine Ehefrau an der GmbH beteiligt sei, aber aufgrund einer internen Absprache die Erträge ihm allein zukommen sollen. Der OGH sprach dem verletzten Gesellschafter-Geschäftsführer nur den auf *seinen* Anteil

entfallenden Gewinnentgang zu und wies im übrigen darauf hin, daß der Schaden hinsichtlich des GmbH-Anteiles der Ehefrau bei dieser eingetreten sei, es sich um einen mittelbaren Schaden handle und dieser Umstand auch dadurch nicht aus der Welt geschafft werden könne, daß eine interne Absprache – zu Lasten des Schädigers – getroffen worden sei.

Die bisherige spärliche österr. Judikatur zur Frage der Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens eines Gesellschafters zeigt ein scheinbar uneinheitliches Bild: In SZ 39/141 konnte der verletzte Gesellschafter den *gesamten* Schaden im eigenen Namen geltend machen; ZVR 1978/213 enthält zu dem hier interessierenden Problemkreis keine Aussage; in ZVR 1979/225 = RZ 1979/57 konnte der verletzte Ehegatte ebenso wie in JBl 1984, 262 nur *seinen Gewinnanteil* liquidieren. In der eingangs ausführlich referierten jüngsten E GesRZ 1985, 137 wiederum sprach der OGH die *gesamten Kosten der Arbeitskraft* zu.

5. Auswirkungen des Ausfalls der Arbeitskraft eines Personengesellschafters auf gesellschaftsrechtlicher Ebene

Da der OGH in ZVR 1979/225 = RZ 1979/57 sein Ergebnis mit dem Hinweis auf die Rsp des BGH abgestützt hat, erscheint es angebracht, auf diese näher einzugehen. Im deutschen Recht wird – wie bereits ausgeführt – eine Berechnung des Schadens nach der objektiv-abstrakten Methode abgelehnt. Ist bei der Gesellschaft keine Gewinneinbuße feststellbar und behält der verletzte Gesellschafter seinen ungeschmälernten Gewinnbeteiligungsanspruch, kommt nach der Rsp des BGH ein Schadenersatzanspruch des Verletzten nur in Betracht, wenn er aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses verpflichtet ist, für die Kosten des auf ihn entfallenden Arbeitsanteils aufzukommen. Bevor daher die Rsp des BGH zum Schadenersatzanspruch dargestellt werden kann, sind zunächst die Rechtsfolgen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene zu erörtern.

Der Gewinnbeteiligungsanspruch des Personengesellschafters ist die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Kapitals und der Arbeitskraft. Kann ein geschäftsführender Personengesellschafter eine Zeit hindurch seine Arbeitskraft der Gesellschaft nicht zur Verfügung stellen, würde sich aus dem Synallagmaprinzip ergeben, daß diesem Gesellschafter im betreffenden Geschäftsjahr nur ein geringerer Gewinnbeteiligungsanspruch zusteht.

Bevor auf die Frage eingegangen wird, in welchen Fällen das Synallagmaprinzip Anwendung findet und welche Durchbrechungen es bei Verhinderung des Arbeitskräfteeinsatzes eines geschäftsführenden Gesellschafters gibt (siehe sogleich unter b), ist zunächst (a) noch eine Abgrenzung zwischen der Abgattung des Kapital- und des Arbeitskräfteeinsatzes vorzunehmen, weil diese in der Bilanz einer Personengesellschaft nicht getrennt, sondern in Gestalt des Bilanzgewinns als Summe ausgewiesen wird.

zuwenig beachtet wurde. Vgl dazu auch *Kocevar*, Unentgeltliche Dienstleistungen, DRdA 1975, 77. Aber selbst wenn es sich um eine unentgeltliche Zuwendung handelt, so sprechen Wertungsgesichtspunkte gegen eine Entlastung des Schädigers. Vgl dazu die grundlegende E des OGH EvBl 1962/471 = ZVR 1963/173.

⁵⁴⁾ Der OGH sieht es (anders als das Berufungsgericht) zutreffenderweise für den Umfang des Schadenersatzanspruchs des Verletzten als unerheblich an, ob ein einzelner (zB der Ehegatte) oder eine größere Gemeinschaft (zB ein Orden) den Schaden – jedenfalls vorläufig – auffängt.

⁵⁵⁾ In *Rummel*, ABGB, Rz 24 zu § 1325.

(a) Bei den Kapitalgesellschaften findet eine getrennte Bewertung der beiden Produktionsfaktoren insoweit statt, als dem Geschäftsführer, mag er auch zugleich Gesellschafter sein, ein gesondertes Entgelt für seine Tätigkeit gewährt wird. Die als Gewinn ausgewiesene Größe ist somit nur noch der Rest, der die Verzinsung des eingesetzten Kapitals darstellt. Die Bewertung der unternehmerischen Arbeitskraft bzw. des Kapitals erfolgt entweder durch eine fixe Größe (Geschäftsführergehalt bzw. Vorzugsdividende) oder in Abhängigkeit vom konkret erwirtschafteten Ergebnis (Tantieme oder Umsatzbeteiligung bzw. flexibler Kapitalertrag). Bei der Geschäftsführertätigkeit dominiert eine fixe, allenfalls wertgesicherte Honorierung⁵⁶⁾, bei der Verzinsung des Kapitals herrscht eine vom jeweiligen Jahresergebnis abhängige Abgeltung vor. Dazu kommt, daß der erwirtschaftete Betrag nicht notwendigerweise ident mit dem ausgeschütteten Gewinn sein muß, da es bilanz- und steuerpolitische Gründe gibt, offene Rücklagen oder stille Reserven zu bilden.

Bei den Personengesellschaften ist nach dispositivem Gesetzesrecht eine getrennte Bewertung des Einsatzes der unternehmerischen Arbeitskraft bzw. des Kapitals nicht vorgesehen⁵⁷⁾. Für die Verzinsung des Kapitals gilt folgende Besonderheit: Während Art 106 AHGB noch eine gewinnunabhängige Verzinsung des Kapitals im Ausmaß von 4% vorsah, macht § 121 HGB eine derartige Verzinsung vom Entstehen eines Gewinns in dieser Höhe abhängig. Wird in einem Jahr kein darüber hinausgehender Gewinn erwirtschaftet, bleibt für die gesonderte Abgeltung der Geschäftsführertätigkeit in diesem Jahr nichts übrig. *Ganssmüller*⁵⁸⁾ führt de lege ferenda aus, daß es sachgerecht wäre, sowohl den Einsatz des Kapitals als auch den der unternehmerischen Arbeitskraft mit einem Mindestbetrag abzugelten⁵⁹⁾. Erst der darüber hinaus erwirtschaftete Betrag ist der „eigentliche Unternehmergewinn“⁶⁰⁾, der nach dem Wertverhältnis von Eigenkapital und unternehmerischer Arbeitskraft proportional zu verteilen ist. Der Wert der unternehmerischen Arbeitskraft findet sich also bei den Personengesellschaften zwar nicht in der Handelsbilanz, er wird aber für Zwecke der Kostenrechnung und der Ermittlung des Unternehmenswertes erfaßt und dort als Unternehmerlohn bezeichnet.

In der Praxis wird häufig insoweit vom dispositi-

ven Recht abgewichen, als auch mit dem geschäftsführenden Gesellschafter einer Personengesellschaft eine Tätigkeitsvergütung vereinbart wird⁶¹⁾. Wie bei den Kapitalgesellschaften finden sich unterschiedliche Ausgestaltungen; meist wird als Tätigkeitsvergütung ein bestimmter Betrag vereinbart, der durch eine Indexklausel der Inflation angepaßt wird; dazu kommt mitunter noch eine vom Erfolg abhängige Prämie.

Während bei Kapitalgesellschaften die Tätigkeitsvergütung von Gesellschaftergeschäftsführern aus steuerlichen Gründen meist möglichst hoch angesetzt wird⁶²⁾, ist bei Personengesellschaften, bei denen steuerrechtliche Überlegungen keine Rolle spielen⁶³⁾, die gegenteilige Tendenz anzutreffen. Als Tätigkeitsvergütung wird häufig nur ein Betrag in der Höhe vereinbart, der dem geschäftsführenden Gesellschafter eine angemessene Deckung seines Unterhalts ermöglicht. Die Tätigkeitsvergütung fällt aber dann höher aus, wenn durch sie nicht nur eine Abgeltung der Arbeitskraft erfolgen soll, sondern sie auch eine Prämie für die Übernahme der unbeschränkten Haftung sein soll⁶⁴⁾, wie das insb. bei Komplementären der KG häufig ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die vereinbarte Tätigkeitsvergütung sowohl bei Kapital- als auch bei Personengesellschaften ein Indiz für die Bewertung der unternehmerischen Arbeitskraft durch die Gesellschafter darstellt, im Einzelfall aber sehr wohl zu prüfen ist, aus welchen Gründen die Tätigkeitsvergütung höher oder niedriger als bei Einstellung vergleichbarer Fremdarbeitskräfte festgesetzt wurde.

(b) Eine Aufspaltung der Abgeltung des Kapital- bzw. des Arbeitskrafteinsatzes ist also möglich. Während durch den Ausfall der Arbeitskraft des geschäftsführenden Gesellschafters die Abgeltung für die Zurverfügungstellung des Kapitals grundsätzlich unberührt bleibt, würde sich der auf die Arbeitskraft entfallende Gewinnanteil bei voller Geltung des Synallagmaprinzip in dem Verhältnis mindern, in dem der Verletzte während des Geschäftsjahres seine Arbeitskraft nicht zur Verfügung gestellt hat⁶⁵⁾. Im folgenden ist nun zu unter-

⁵⁶⁾ *Kastner-Doralt*, Grundriß des österr. Gesellschaftsrechts⁴ (1983) 89.

⁵⁷⁾ *Ganssmüller*, DB 1965, 1895. Dieser Befund trifft auch für Österreich zu. Bezieht ein Gesellschafter-Geschäftsführer einen höheren Geschäftsführerbezug und mindert sich in diesem Ausmaß seine Gewinnbeteiligung, so kann der Gesellschafter-Geschäftsführer für seine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit den begünstigten Steuersatz für den 13. und 14. Bezug in Anspruch nehmen. Außerdem fällt insoweit keine Gewerbeertragssteuer an.

⁵⁸⁾ Ob einem Gesellschafter einer Personengesellschaft ein Einkommen aus unternehmerischer Tätigkeit aus dem Titel der Tätigkeitsvergütung oder der Gewinnbeteiligung zufließt, macht hinsichtlich der steuerrechtlichen Folgen keinen Unterschied.

⁵⁹⁾ Vgl. dazu BGHZ 10, 44; *Boesebeck*, Zur Rechtsstellung des zur Wehrmacht eingezogenen persönlich haftenden Gesellschafters, DR 1943, 1200.

⁶⁰⁾ Konnte ein geschäftsführender Gesellschafter 3 Monate seine Arbeitskraft für die Gesellschaft nicht einset-

⁵⁶⁾ *Näser*, Das „angemessene“ Gehalt von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GesmbH, GesmbH/RdSch 1985, 253 ff. führt aus, daß in der BRD 70% der Gesellschafter-Geschäftsführer eine Erfolgsbeteiligung von durchschnittlich DM 85.000,- pro Jahr beziehen, was einem Drittel ihres Gesamteinkommens entspricht.

⁵⁷⁾ Vgl. dazu *Marschall von Bieberstein*, Reflexschäden 242.

⁵⁸⁾ Tätigkeitsvergütungen und andere besondere Vergütungen an Gesellschafter von Personengesellschaften und ihre Abänderung, DB 1965, 1894.

⁵⁹⁾ Ein Anhaltspunkt könnten m.E. die Fremdkapitalzinsen für langfristig gebundenes Kapital sowie die Kosten für die Einstellung einer Ersatzarbeitskraft sein.

⁶⁰⁾ So *Knobbe-Keuk*, VersR 1976, 408.

suchen, inwieweit das Synallagmaprinzip bei verletzungsbedingtem Ausfall eines Gesellschafters durchbrochen wird.

Ganz kurzfristige krankheitsbedingte Ausfälle führen zu keiner Veränderung des Gewinnbeteiligungsanspruchs. Das ergibt sich aus der ergänzenden Vertragsauslegung. Solche Ausfälle gleichen sich nämlich über einen längeren Zeitraum hindurch aus, weil jeder Gesellschafter einmal an Grippe erkrankt⁶⁶⁾.

Aber auch bei einem darüber hinausgehenden krankheitsbedingten Ausfall hat die Gesellschaft das eine Zeit lang hinzunehmen⁶⁷⁾. Wurde eine Tätigkeitsvergütung vereinbart, drängt sich eine Analogie zur Lohnfortzahlung auf. Da das Gesellschaftsverhältnis ähnliche Treuepflichten wie ein Dienstverhältnis begründet, kann § 8 AngG analog herangezogen werden⁶⁸⁾: Diese Norm macht das Ausmaß der Lohnfortzahlung von der Dauer des Dienstverhältnisses abhängig. Je länger es besteht, umso länger hat der Dienstgeber das Entgelt fortzuzahlen. Zog sich der Dienstnehmer die Verletzung bei Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit zu, so führt dieser Umstand zu einer weiteren Erstreckung der Fortzahlungspflicht. Der letztere Gedanke findet sich auch in § 110 HGB⁶⁹⁾.

In etwa die gleichen Erwägungen werden im deutschen Recht auch für den Fall angestellt, daß keine Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist⁷⁰⁾.

zen, würde sich sein arbeitskraftbezogener Anteil am Jahresgewinn um ein Viertel mindern.

⁶⁶⁾ Sudhoff, Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften 200 f.

⁶⁷⁾ Kohlhöser, ZHR 121, 129.

⁶⁸⁾ Für eine darüber hinausgehende Pflicht zur Fortzahlung R. Fischer in Großkomm HGB³ § 114 Anm 16 unter Berufung auf BGHZ 10, 53; Ganssmüller, NJW 1965, 1949; OLG Koblenz BB 1980, 865 = DB 1980, 247.

⁶⁹⁾ Für die Beachtlichkeit des Grundes: R. Fischer in Großkomm HGB § 114 Anm 16; Boesebeck, DR 1943, 1149; Löffler-Glaser, Die Tätigkeitsvergütung des OHG-Gesellschafters, DB 1958, 754; § 110 HGB („erleidet der Gesellschafter unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet“) hat insoweit eine ähnliche Funktion wie § 1014 ABGB. Vgl dazu Koziol-Welser, Grundriß I 321 und die dort zitierte Literatur zur Frage, inwieweit der Dienstnehmer für Schäden, die dieser bei seiner Dienstverrichtung erlitten hat, ersatzpflichtig ist. Vgl weiters F. Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986). Zum deutschen Recht vgl Steindorff, Wertersatz für Schäden als Aufwendungsersatz im Arbeits- und Handelsrecht, FS Dölle I (1963) 273 ff; Genius, Risikohaftung des Geschäftsherrn, AcP 172, 56 ff; Koch, Der Eigenschaden des Arbeitnehmers (1982) 40 ff.

⁷⁰⁾ Konzen, Gesellschafterpflicht und Abgeordnetenmandat, AcP 172, 334 will hingegen eine völlig unterschiedliche Rechtsfolge ableiten, je nachdem, ob eine Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist oder nicht. Da bei einer schlechten Gewinnbeteiligung der Anteil, der auf die unternehmerische Tätigkeit entfalle, nicht isoliert werden könne, habe der Gesellschafter, der seine Arbeit nicht verrichtet, dennoch einen ungeschmälernten Gewinnbeteiligungsanspruch. Wenn auch zuzugeben ist, daß

Auch in diesem Fall ergibt sich aus der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit, daß der Gesellschafter, der seine Arbeitskraft unverschuldeterweise eine Zeit hindurch nicht einsetzen kann, weiterhin ungeschmäkert am Gewinn teilnimmt. Den anderen, die sich infolgedessen mehr anstrengen, hat er grundsätzlich keine Abgeltung zu leisten⁷¹⁾. Wird eine Ersatzkraft eingestellt, neigt man eher dazu, daß er deren Kosten übernehmen muß⁷²⁾. Ist der Gesellschafter solange aus solchen Gründen arbeitsunfähig, daß die Gesellschaft auch die vereinbarte Tätigkeitsvergütung nicht mehr bezahlen müßte, ist der verhinderte Gesellschafter verpflichtet, für die Kosten einer Ersatzkraft aufzukommen, eine „negative Tätigkeitsvergütung“⁷³⁾ sich anrechnen zu lassen oder sich mit einer Reduktion seines Gewinnanteils zufrieden zu geben⁷⁴⁾.

Ist der verletzungsbedingte Ausfall zwar erheblich, dauert er aber nicht allzulange, beruht das Ertragspotential des Unternehmens typischerweise noch stark auf der vor der Verletzung erbrachten Arbeitskraft dieses Gesellschafters; die Anrechnung einer negativen Tätigkeitsvergütung bzw die Übernahme der Kosten einer Ersatzkraft sind für diesen Fall sachgerecht. Je länger aber seine Abwesenheit vom Unternehmen andauert, umso mehr wird die Kürzung seines arbeitskraft-bezogenen Gewinnanteils als angemessene Rechtsfolge anzusehen sein.

Wurde keine Tätigkeitsvergütung vereinbart, so hat die ältere deutsche Rsp⁷⁵⁾ eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages an geänderte Umstände unter Hinweis auf die einmal getroffene privatautonome Gestaltung nur bei Vorliegen existenzbedrohender Umstände zugelassen⁷⁶⁾. Begründet wurde diese Ansicht ua damit, daß es nicht Aufgabe des Richters sein könne, aus Gründen der Billigkeit rechtsgestaltend in einen Vertrag einzugreifen⁷⁷⁾.

die Trennung der beiden Bereiche schwierig sein mag, so dürfen solche Bewertungsprobleme me keinesfalls zu unsachlichen Differenzierungen führen. Ähnlich wie Konzen auch Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften 200; weniger weitgehend Boesebeck, DR 1943, 1201, der meint, daß bei schlichter Gewinnbeteiligung der Ausfall eines Gesellschafters eher hinzunehmen sei als bei einer Tätigkeitsvergütung, bei der eine flexiblere Handhabung möglich sei.

⁷¹⁾ Baumbach-Duden-Hopt, HGB²⁶ § 110 Anm 3; Fischer in Großkomm HGB § 114 Anm 13; Löffler-Glaser, DB 1958, 754.

⁷²⁾ BGHZ 17, 299; R. Fischer in Großkomm HGB § 114 Anm 16; Hofmann, VersR 1980, 607; Stürner, JZ 1984, 465.

⁷³⁾ Darunter versteht man jene gewinnunabhängige Größe, mit der der Einsatz seiner Arbeitskraft für einen bestimmten Zeitraum bewertet wird.

⁷⁴⁾ Vgl dazu Ganssmüller, NJW 1965, 1959; OGH HS X/XI Nr 11.

⁷⁵⁾ RGZ 170, 392; BGH BB 1951, 654. Ähnlich auch die österr Rsp: OGH RZ 1960, 161; EvBl 1966/423; JBI 1970, 374.

⁷⁶⁾ So auch der OGH EvBl 1983/144.

⁷⁷⁾ BGH WM 1965, 1284; BGHZ 44, 40 = WM 1967, 1099 = BB 1967, 1307. R. Fischer in LM § 114 E 3 Anm 1; ähnlich Hueck, JR 1965, 387 (Anm); ders, Inwieweit be-

Auch in der Leitentscheidung BGHZ 17, 299, in der ein OHG-Gesellschafter die Liquidation des Unternehmens allein durchzuführen hatte, weil der andere Gesellschafter verletzungsbedingt ausfiel, wurde ein Anspruch des gesunden gegen den verletzten Gesellschafter auf Abgeltung seiner Mehranstrengungen mit der Begründung abgelehnt, daß in einer OHG jeder Gesellschafter ohnehin zum Einsatz seiner ganzen Arbeitskraft verpflichtet sei, ohne deshalb eine besondere Entschädigung begehren zu können.

Dagegen wurde in jüngerer Zeit eingewendet, daß es bei Dauerschuldverhältnissen im Lauf der Zeit zu Veränderungen – wie etwa dem verletzungsbedingten Ausfall eines geschäftsführenden Gesellschafters – komme, die bei Vertragsabschluß von den Parteien nicht bedacht wurden. Insofern liege daher gar keine privatautonom getroffene Regelung vor, der Privatautonomie müsse vielmehr dadurch zum Durchbruch verholfen werden, daß man eine Pflicht – in concreto des verletzten Gesellschafters – auf Zustimmung zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages annimmt⁷⁸⁾. Eine solche wird nicht nur dann befürwortet, wenn der Bestand des Unternehmens gefährdet ist, sondern auch dann, wenn die von einem Gesellschafter zu verrichtende Tätigkeit in krassem Mißverhältnis zu dem dafür von der Gesellschaft geleisteten Entgelt steht, insb wenn sich dieses Mißverhältnis im Laufe der Zeit auf Grund solcher Umstände ergeben hat, die bei Vertragsschluß nicht bedacht wurden, mögen sie auch vorhersehbar gewesen sein⁷⁹⁾.

Ob man eine Änderungspflicht mit Hilfe des Wegfalls bzw der Änderung der Geschäftsgrundlage, der ergänzenden Vertragsauslegung oder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht begründet⁸⁰⁾, ist eine Detailfrage, die im gegebenen Zusammen-

hang nicht weiter verfolgt werden kann. Fest steht, daß in der jüngeren deutschen Rsp und Literatur eine Tendenz besteht, eine Pflicht zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages nicht mehr mit dem Hinweis abzublocken, daß dieser einmal zu bestimmten Bedingungen geschlossen wurde und deshalb für immer unverändert gelten müßte. Sind die Voraussetzungen für eine derartige Abänderungspflicht gegeben, stellt die Herbeiführung einer solchen Rechtslage mittels Gesellschaftsbeschlusses nur noch die Verwirklichung dessen dar, worauf der gesunde Gesellschafter ein Anrecht hat.

Als Schlußfolgerung für das Schadenersatzrecht ergibt sich somit, daß dort, wo der Synallagmandanke im Gesellschaftsrecht voll zum Tragen kommt, sich auch ein Differenzschaden nach der subjektiv-konkreten Berechnungsmethode ohne weiteres ermitteln läßt. Aufgrund der Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern ist aber das Synallagma zwischen Arbeitsleistung und Gewinnbeteiligungsanspruch für kürzerfristige verletzungsbedingte Ausfälle, insb wenn diese eine Folge der Erfüllung von Gesellschaftsangelegenheiten sind⁸¹⁾, durchbrochen.

6. BGH-Rechtsprechung zum Schadenersatzanspruch

Nur in VersR 1964, 1243 hat der BGH den Schadenersatzanspruch vom Bestehen einer sich nach dem *Gesellschaftsrecht* ergebenden Anpassungspflicht abhängig gemacht: Die gesunden Gesellschafter hatten mit dem infolge eines Unfalls zum Krüppel gewordenen Gesellschafter im nachhinein den Abzug einer Tätigkeitsvergütung vereinbart, die der Verletzte vom Schädiger ersetzt begehrte. Der BGH wies dieses Begehren ua mit dem Hinweis ab, daß der Verletzte aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nur dann zu einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages gehalten gewesen wäre, wenn das Unternehmen sonst gescheitert wäre, was in concreto zu verneinen gewesen sei⁸²⁾.

In allen anderen Fällen hat der BGH die gesellschaftsrechtliche Vorfrage bei Beurteilung des Schadenersatzanspruchs anders als im Gesellschaftsrecht beurteilt: Er ging von der *uneingeschränkten Geltung des Synallagmaprinzip* aus und nahm eine *unmittelbar nach dem Arbeitskraftausfall* bestehende Pflicht zur Übernahme der Kosten einer Ersatzkraft⁸³⁾, zur Anrechnung einer negativen Tätigkeitsvergütung⁸⁴⁾ oder zur Kürzung

steht eine Gesellschaftspflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschaftsbeschlüssen? ZGR 1972, 245 FN 16.

⁷⁸⁾ So vor allem Zöllner, Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979) 27, 32; Ulmer, BB 1976, 950 (Anm); BGH WM 1977, 1140 = BB 1977, 1241; vgl auch OGH HS X/XI Nr 11.

⁷⁹⁾ Zöllner, Anpassung 52; vgl auch Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181, 271 f.

⁸⁰⁾ Zu den – wenn auch geringfügigen – Unterschieden der einzelnen Instrumente vgl Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 110 Anm 3; Coing, Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften, ZGR 1978, 668; Dänzer-Vannotti, Herabsetzung der Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters bei OHG und KG, BB 1983, 999; H. P. Westermann, Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, FS Hefermehl (1976) 234. In der älteren Rsp (RGZ 151, 321; RG JW 1938, 269; BGH BB 1951, 654) und Literatur (Schlegelberger-Gessler, HGB⁹ § 110 Anm 4; Huock, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴ [1971] 212) hat man eine Abhilfe mitunter im Weg einer konkludenten Vereinbarung gefunden, wobei fraglich ist, ob immer die strengen Anforderungen der Konkludenz, daß kein Grund zu zweifeln übrig bleibt (§ 863 ABGB), gegeben waren. Außerdem ist die Annahme einer konkludenten Vereinbarung dann ausgeschlossen, wenn ein Gesellschafter ausdrücklich widerspricht.

⁸¹⁾ Es sind Fälle denkbar, in denen ein Gesellschafter bei Ausübung von Gesellschaftsangelegenheiten verletzt wird, dafür aber ein Dritter haftpflichtig ist. Das ist etwa dann gegeben, wenn ein Gesellschafter auf einer Geschäftsreise bei einem Verkehrsunfall von einem Dritten schuldhaft verletzt wird. Vgl dazu BGHZ 17, 299.

⁸²⁾ Kritisch dazu G. Schmidt, Der verletzte Familiengesellschafter, VersR 1965, 320, der darauf hinweist, daß auch ein Dienstnehmer bei Arbeitsunfähigkeit gekündigt werde.

⁸³⁾ BGH VersR 1963, 433.

⁸⁴⁾ BGH VersR 1967, 83.

des Gewinnanteils an, letzteres insbesondere dann, wenn ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden mußte⁸⁵⁾.

Soweit eine Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist, zieht der BGH die Parallele zur Lohnfortzahlung⁸⁶⁾ und kommt damit zum Ergebnis, daß der Schädiger auch dann Ersatz zu leisten hat, wenn beim Verletzten kein rechnerischer Schaden eintritt, weil er sein Entgelt fortbezahlt bekommt.

In VersR 1963, 369 = NJW 1963, 1051 hat der BGH die Erweiterung des gesetzlich mit 4% begrenzten Entnahmerechts auf einen fixen Betrag als eine solche Tätigkeitsvergütung⁸⁷⁾ angesehen mit der Folge, daß der Zuspruch von Schadenersatz in diesem Umfang erfolgte. In DB 1972, 2201 hat er einen Gewinnbeteiligungsanspruch des verletzten Gesellschafters als Tätigkeitsvergütung angesehen, so weit er eine angemessene Abgeltung der erbrachten Arbeitsleistung darstellt.

Durch Übernahme der Lohnfortzahlungsjudikatur auf die Fälle einer vereinbarten Tätigkeitsvergütung und der Erweiterung auf manche Fälle, in denen keine Tätigkeitsvergütung vereinbart wurde, gelangt er zu dem Ergebnis, daß der Verletzte über seine Gewinneinbuße hinaus insgesamt jenen Betrag geltend machen kann, der dem Wert seiner Arbeitskraft entspricht. Ob die Gesellschaft im Innenverhältnis dem Verletzten gegenüber zur Tragung dieses Nachteils verpflichtet ist oder nicht, darauf kommt es im Unterschied zur E VersR 1964, 1243, die tatsächlich auf seine gesellschaftsrechtliche Anpassungspflicht abstellt, wie das von der Kommentarliteratur für die gesamte BGH-Rsp behauptet wird⁸⁸⁾, nicht an.

Da der BGH bei Beurteilung von Schadenersatzansprüchen anstelle der im *Gesellschaftsrecht* geltenden Anpassungspflicht eine solche immer dann annimmt, wenn das Synallagma zwischen Arbeitskräfteeinsatz des Gesellschafters und dem dafür vorgesehenen Entgelt gestört ist, gelangt er zum gleichen Ergebnis wie die Lohnfortzahlungsjudikatur. Vereinzelt⁸⁹⁾ hat der BGH darauf hingewiesen, daß die Beantwortung der gesellschaftsrechtlichen Vorfrage den Umfang des Schadenersatzanspruchs

nicht festlege, weil allfällige Zahlungen der Gesellschaft an den Verletzten nur einen internen Ausgleich darstellen, auf den sich der Schädiger nicht berufen dürfe.

7. Eigene Lösung

Kann ein geschäftsführender Gesellschafter infolge einer von einem Dritten in zurechenbarer Weise zugefügten Verletzung seine Arbeitskraft eine Zeit hindurch nicht der Gesellschaft zur Verfügung stellen, fällt der Jahresgewinn typischerweise geringer aus, als wenn er dazu in der Lage gewesen wäre. Die verursachte Einbuße ist entweder auf einen Umsatzrückgang oder zusätzliche Aufwendungen zurückzuführen. Zunächst sollen die Rechtsfolgen des Gewinnrückgangs bei verminderten Erlösen behandelt werden:

In diesem Fall steht dem verletzten Gesellschafter nach einhelliger Ansicht jedenfalls ein Schadenersatzanspruch in dem Umfang zu, in dem an *seinem* Gewinnanteil eine Vermögensminderung eingetreten ist. Die bei den Gewinnanteilen der anderen Gesellschafter sich ergebende Einbuße soll jedoch ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden sein. Würde man den Zuspruch von Schadenersatz damit begrenzen, so führte das zu der merkwürdigen Konsequenz, daß der Umfang des Schadenersatzanspruchs wegen Verdienstentgang von der Anzahl der Gesellschafter abhängig ist: Je mehr Gesellschafter beteiligt sind, auf umso mehr Köpfe verteilt sich die Gewinneinbuße und umso größer ist der nach dieser Meinung auf die *gesunden* Gesellschafter entfallende mittelbare Schaden.

Wettbewerbspolitische Gründe sprechen hingegen für eine schadenersatzrechtliche Gleichbehandlung von Gesellschaften mit vielen oder wenigen Gesellschaftern und Einzelunternehmen. Da dem Einzelunternehmer die gesamte Gewinneinbuße des Unternehmens als Schadenersatz zusteht, sind Überlegungen anzustellen, ob der Schadenersatzanspruch des verletzten Gesellschafters einer aus mehreren Mitgliedern bestehenden Gesellschaft nicht mehr umfaßt als die bloß auf ihn entfallende Gewinnschmälerung.

Ein die Einbuße an seinem Anteil übersteigender Schadenersatzanspruch ist dann zu bejahen, wenn den Verletzten kraft Gesellschaftsrecht eine Anpassungspflicht trifft. Wie in den Ausführungen im Abschnitt 5 näher dargelegt wurde, wird insb in jüngerer Zeit eine Anpassungspflicht bei gravierender Änderung der Verhältnisse bejaht. Der verletzte Gesellschafter muß dementsprechend für die Kosten der Ersatzkraft aufkommen, sich die Anrechnung einer Tätigkeitsvergütung gefallen lassen oder eine Verminderung seiner Gewinnbeteiligungsquote⁹⁰⁾ hinnehmen. In diesem Umfang entsteht bei

⁸⁵⁾ BGH VersR 1963, 585.

⁸⁶⁾ Daß es sich bei schuldhafter Verletzung des Dienstnehmers durch einen Dritten und Lohnfortzahlung durch den Dienstgeber um einen Fall der Schadensverlagerung handelt, ist seit den grundlegenden E BGHZ 17, 30 = VersR 1952, 353 und BGHZ 21, 112 = VersR 1956, 437 in Deutschland nicht mehr strittig.

⁸⁷⁾ Zum Unterschied zwischen einem auch betraglich erweiterten Entnahmerecht, das nur solange besteht, als der Gesellschafter über ein positives Kapitalkonto verfügt und einer festen Tätigkeitsvergütung, die die Gesellschaft auch bei einem negativen Kapitalkonto des Gesellschafters schuldet, vgl. *Löffler-Glaser*, BB 1958, 754.

⁸⁸⁾ *Baumbach-Duden-Hopt*, HGB, § 110 Anm 3; *Becker-Böhme*, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden¹⁸ (1986) Rz 426; *Dieckhoff* in *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, Rz 1046; *Schlegelmilch* in *Geigel*, Der Haftpflichtprozeß¹⁹ (1986) Kap 4 Rz 156; *Wussow-Küppersbusch*, Personenschäden, Rz 108.

⁸⁹⁾ BGH VersR 1963, 585.

⁹⁰⁾ Damit ist gemeint, daß das Beteiligungsverhältnis des Verletzten am Gewinn absinkt, er zB nur noch 10 statt bisher 15% des Gewinns erhält. Davon zu unterscheiden ist die Minderung seines Gewinnanteils: Wird in einem Jahr infolge seiner Verletzung weniger Gewinn erwirtschaftet, wirkt sich das auch auf seinen prozentuell gleichgebliebenen Anteil aus.

ihm ein zusätzlicher rechnerischer Schaden, den der Schädiger zu ersetzen hat.

Maßgeblich für den Umfang des Schadenersatzanspruches ist die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebende *Anpassungspflicht*, nicht hingegen der im nachhinein gefaßte konkrete Gesellschaftersbeschuß⁹¹⁾. Die weit verbreitete Skepsis⁹²⁾ dagegen, daß durch nachträgliche Absprachen ein Schadenersatzanspruch zu Lasten des Schädigers erst begründet oder erweitert würde, kann bei dieser Sichtweise somit nicht entstehen.

Auf diesem Weg wird sich aber nur ausnahmsweise ein über die Gewinneinbuße des verletzten Gesellschafters hinausgehender Schadenersatzanspruch begründen lassen. Denn der Arbeitskraftausfall ist häufig nur vorübergehend, und während eines gewissen Zeitraums sind die gesunden Gesellschafter bzw die Gesellschaft aufgrund des Treueverhältnisses verpflichtet, die Beteiligungsrechte des Verletzten unangetastet zu lassen. Dieser Zeitraum hängt in Analogie zu § 8 AngG von der Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft und vom Hinderungsgrund ab. Wie bei einem Dienstverhältnis hat der verletzte Gesellschafter eine Zeit lang weiterhin Anspruch auf die vereinbarte Tätigkeitsvergütung bzw ungeschmälerte Gewinnbeteiligung.

Wird ein Dienstnehmer verletzt, hat der Schädiger nicht nur den Schaden zu ersetzen, der dem Dienstnehmer nach Beendigung der Lohnfortzahlungspflicht entsteht. Auch bei fortgezahlem Lohn wird der Schädiger nicht entlastet, obwohl beim Dienstnehmer kein rechnerischer Schaden feststellbar ist. Bei Anwendung der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ergibt sich das aus dem Rechtsfortwirkungsgedanken. Man stellt lediglich auf das verletzte Rechtsgut ab und abstrahiert von den sonstigen Auswirkungen des schädigenden Ereignisses im Vermögen des Verletzten. Bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung ergibt sich das Ergebnis daraus, daß bei der Ermittlung des Schadens nicht alle Vorteile zu einer Minderung des Schadens führen. Sofern eine Zuwendung von dritter Seite nicht den Zweck hat, den Schädiger zu entlasten, ist sie auch nicht anzurechnen. Die auf der sozialen Fürsorge gegenüber dem Dienstnehmer beruhende Lohnfortzahlungspflicht hat nicht den Zweck, den Schädiger zu entlasten, weshalb eine Anrechnung zu unterbleiben hat.

Die Lohnfortzahlung soll keine Doppelliquidation beim Geschädigten bewirken, letztlich soll der

– bei Schadenersatzrechtlicher Haftung eines Dritten bloß in Vorlage tretende – Dienstgeber entlastet werden. Er kann den fortbezahlten Lohn vom Schädiger ersetzt begehren. Begründet wird sein Ersatzanspruch mit dem Prinzip der Schadensüberwälzung. Er kann daher nicht den eigenen Schaden, sondern nur den aufgrund der Gefahrtragungsnorm der Lohnfortzahlungspflicht auf ihn weitergewälzten Schaden ersetzt verlangen.

Die konstruktive Umsetzung dieser Schadenersatzrechtlichen Wertung⁹³⁾ ist verschieden, je nachdem, ob der Dienstgeber auf Grund seiner eigenen Zahlungspflicht oder freiwillig geleistet hat. Erfolgte die Zahlung auf Grund seiner eigenen Pflicht, hat der Dienstgeber bei Vorhandensein eines Schädigers eine bloß formell eigene, materiell aber fremde Schuld bezahlt. Durch seine Zahlung an den Dienstnehmer ist der Schadenersatzanspruch gem § 1358 ABGB auf ihn übergegangen⁹⁴⁾. Hat hingegen der Schädiger bereits an den Dienstnehmer vor dem Dienstgeber gezahlt, wird der Dienstgeber insoweit befreit. Solange der Dritte von der erfolgten Lohnfortzahlung nicht gem § 1396 ABGB verständigt wurde bzw sonst davon Kenntnis erlangt hat, kann er gem § 1395 Satz 2 ABGB mit schuldbeeidender Wirkung an den verletzten Dienstnehmer zahlen⁹⁵⁾. Hat der Dienstnehmer neben dem vom Dienstgeber fortbezahlten Lohn vom Schädiger auch den kongruenten Schadenersatz entgegengenommen, muß er das zuviel Erhaltene an den Dienstgeber herausgeben. Hat der Dienstnehmer zunächst den Lohn und dann den Schadenersatz entgegengenommen, hat er in ein fremdes Forderungsrecht eingegriffen, so daß dem Dienstgeber ein Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB zusteht. Hat er hingegen zunächst den Schadenersatz und dann den Lohn empfangen, steht dem Dienstgeber hinsichtlich des irrtümlich ausbezahlten Lohns eine Leistungskondition gem § 1431 ABGB zu.

Hat der Dienstgeber über seine sich aus dem Dienstverhältnis ergebende Leistungspflicht hinaus geleistet, kommt die Legalzessionsnorm des § 1358 ABGB nicht in Betracht, weil diese eine zumindest formell eigene Schuld voraussetzt. Der Regreß des Dienstgebers gegen den Schädiger kann

⁹¹⁾ Auch wenn der *Gesellschaftsvertrag* eine Regelung für den Fall eines von einem Dritten zu vertretenden Arbeitskraftausfalls eines Gesellschafters vorsehen sollte, ist diese Anordnung nur im Rahmen des Üblichen und Angemessenen für das Schadenersatzrecht maßgeblich. Die ansonsten bestehende Richtigkeitsgewähr eines Vertrages als Kompromiß widerstreitender Interessen ist nämlich bei einer solchen Klausel nicht gegeben. Weniger Bedenken bestehen hingegen, wenn der Gesellschaftsvertrag Anordnungen nicht nur für den von einem Dritten zu vertretenden, sondern auch für einen sonstigen Ausfall der Arbeitskraft eines Gesellschafters trifft.

⁹²⁾ Vgl FN 11.

⁹³⁾ Besonderheiten durch das Dazwischentreten eines Sozialversicherungsträgers, insbesondere die im Zusammenhang mit § 10 EFZG bestehenden Probleme, bleiben im folgenden ausgeklammert, weil sie für die hier untersuchte gesellschaftsrechtliche Fragestellung keine Rolle spielen. Das GSVG kennt außerdem nur den Versicherungsfall der dauernden Erwerbsunfähigkeit. Vgl dazu Tomandl, Grundriß des österr Sozialrechts³ (1985) Rz 183.

⁹⁴⁾ So Steininger, Schadenersatz bei Lohnfortzahlung, JBl 1959, 476; Koziol, Haftpflichtrecht I 289; kritisch Schuhmacher, Schadenersatz und soziale Sicherheit, ÖJZ 1976, 484.

⁹⁵⁾ Im Zweifel wird der Schädiger davon ausgehen müssen, daß der Dienstnehmer den Lohn fortbezahlt erhält. Seine Unkenntnis hinsichtlich des Forderungsübergangs auf den Zessionar wird daher strenger zu beurteilen sein als bei einer gewillkürten Zession.

aber mit Hilfe des § 1042 ABGB begründet werden⁹⁶⁾. Obwohl durch die freiwillige Leistung des Dienstgebers an den Dienstnehmer der Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger nicht getilgt wird, steht dem Dienstgeber ein Anspruch gem § 1042 ABGB zu, weil er bereits zu diesem Zeitpunkt einen Aufwand gemacht hat, den der Schädiger machen hätte müssen⁹⁷⁾. Erlangt der Dienstgeber vom Schädiger den an den Dienstnehmer freiwillig geleisteten Betrag, kann er die an den Dienstnehmer erbrachte Leistung nicht mehr zurückfordern, wodurch der Schadenersatzanspruch des Dienstnehmers erlischt. Hat hingegen der Dienstnehmer den Schadenersatzanspruch beim Schädiger liquidiert, hat der Dienstgeber keinen Aufwand gemacht, den der Schädiger selbst hätte tätigen müssen, weil er diesen durch Zahlung an den Dienstnehmer gerade selbst gemacht hat. Dem Dienstgeber steht in einem solchen Fall lediglich eine Leistungskondition gegen den Dienstnehmer zu, sofern er sich über das Bestehen seiner Leistungspflicht geirrt hat.

Ungeachtet des unterschiedlichen konstruktiven Wegs, je nachdem, ob der Dienstgeber in Erfüllung einer eigenen Pflicht oder freiwillig leistet, ändert sich am Ergebnis nichts. In jedem Fall kann der Dienstgeber nach seiner Zahlung entweder vom Schädiger bzw vom Dienstnehmer das Geleistete zurückverlangen.

Die Parallele zu den Lohnfortzahlungsfällen drängt sich beim geschäftsführenden Gesellschafter einer Personengesellschaft vor allem dann auf, wenn er mit der Gesellschaft eine feste Tätigkeitsvergütung vereinbart hat. Das hat auch der BGH anerkannt⁹⁸⁾. Der OGH mußte einen Sachverhalt, bei dem ein Gesellschafter, mit dem eine feste Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist, von einem Dritten schuldhafterweise verletzt wurde, noch nicht entscheiden, weshalb er sich dazu noch nicht äußern konnte. ME ergeben sich weder von der schadenersatzrechtlichen Wertung noch von der konstruktiven Umsetzung her Unterschiede zu den Lohnfortzahlungsfällen, weshalb auch im österr Recht eine Gleichbehandlung geboten ist.

Bezüglich des Umfangs des Schadenersatzanspruchs ergeben sich aber folgende Besonderheiten: Dienstnehmer werden gewöhnlich nach dem Kollektivvertrag entlohnt. Auch wenn das Entgelt darüber hinausgeht, ist es immer die von den Parteien festgelegte Gegenleistung für die Erbringung der Arbeit. Bei Gesellschaftsverhältnissen ist die ver-

einbarte Tätigkeitsvergütung jedoch nicht immer das dem Arbeitseinsatz entsprechende Äquivalent. Durch eine Tätigkeitsvergütung können auch ein erhöhtes Haftungsrisiko, insb das des Komplementärs, oder besondere Verdienste bei der Gründung des Unternehmens abgegolten werden. Da nur die infolge des Arbeitskraftausfalls eintretende Vermögenseinbuße vom Schädiger ersetzt werden soll, das Haftungsrisiko bzw die Abgeltung für die Verdienste bei der Gründung davon aber unabhängig sind, ist für die Bemessung des Schadenersatzanspruchs eine entsprechend verminderte Tätigkeitsvergütung zugrunde zu legen. Sollte durch die Tätigkeitsvergütung hingegen bloß der notwendige oder angemessene Unterhalt gedeckt werden und der gesamte Arbeitskrafteinsatz erst durch die zusätzliche Gewinnbeteiligung abgegolten werden, geht der Schadenersatzanspruch über die vereinbarte Tätigkeitsvergütung hinaus⁹⁹⁾.

Eine weitere Besonderheit gegenüber den Lohnfortzahlungsfällen ergibt sich daraus, daß der verletzte Gesellschafter im Rahmen seiner Beteiligung wie „sein eigener Dienstgeber“ zu behandeln ist. Die über den überwältigten Schaden hinausgehende Vermögenseinbuße des Dienstgebers ist in den Lohnfortzahlungsfällen ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden, weil sie sich im Vermögen eines Dritten auswirkt. Wird der Personengesellschafter, mit dem eine Tätigkeitsvergütung vereinbart wurde, durch die Verletzung nicht nur in seiner Arbeitskraft beeinträchtigt, sondern entsteht ein darüber hinausgehender Schaden an seinem Kapitalanteil, ist dieser insoweit ersatzfähig. Die Beeinträchtigung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter stellt hingegen einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden dar.

Diese unterschiedliche Rechtsfolge macht es erforderlich, den Gewinn den Produktionsfaktoren der unternehmerischen Arbeitskraft sowie des Eigenkapitals zuzuordnen, obwohl das bei den Personengesellschaften in der Handelsbilanz gerade nicht geschieht. Der Umstand, daß eine solche Aufteilung bei den Kapitalgesellschaften schon von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist, zeigt, daß dem keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen. Die im Steuerrecht unter dem Stichwort der „verdeckten Gewinnausschüttung“¹⁰⁰⁾ entwickelten Prinzipien hinsichtlich der angemessenen Aufteilung des Gewinns auf die Produktionsfaktoren Eigenkapital und unternehmerische Arbeitskraft können auch für die Zwecke des Schadenersatzrechts fruchtbar gemacht werden.

⁹⁶⁾ Bezüglich der Auslegung des § 1042 ABGB ist der Ansicht von *Auckenthaler*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980) 81 ff zu folgen, der einen Aufwandsersatzanspruch des Leistenden unabhängig davon gewährt, ob durch die Zahlung des Dritten der materiell Verpflichtete von seiner Schuld befreit wurde.

⁹⁷⁾ Ablehnend gegenüber der Heranziehung des § 1042 ABGB als Regelsnorm *Koziol*, Haftpflichtrecht I 289; *Selb*, Individualschaden und soziale Sicherheit im Bereich des ABGB und DBGB, ZfRV 1964, 203.

⁹⁸⁾ Nachweise bei *Diekstatt* in *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, Rz 1046 a.

⁹⁹⁾ Auf die Frage, inwieweit sich bei Bestehen eines schlichten Gewinnbeteiligungsanspruchs Unterschiede zu einer vereinbarten Tätigkeitsvergütung ergeben, wird sogleich eingegangen.

¹⁰⁰⁾ Vgl dazu *Arnold*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Handelsrecht, GesRZ 1985, 86 ff; *Doralt-Ruppe*, Grundriß des österreichischen Steuerrechts I⁹ (1986) 218 ff mwN; *Gassner*, Die Bewertung von Einnahmen und Einlagen, verdeckten Gewinnausschüttungen und verdeckten Einlagen, in: *Raupach* (Hg), Werte und Wertermittlung im Steuerrecht (1984) 245 ff.

Hat man die Parallele zwischen fortgezahltem Lohn und weitergezahlter Tätigkeitsvergütung akzeptiert, erscheint es keinesfalls einleuchtend, warum bei schlichter Gewinnbeteiligung die Rechtslage völlig anders beurteilt werden sollte. Unabhängig davon, ob das Entgelt für die Arbeitskraft mit einem fixen Betrag oder in Abhängigkeit vom erwirtschafteten Gewinn vereinbart wurde, beruht das ungeschmälernte Teilhabenlassen des verletzten Gesellschafters – so als ob er nicht verletzt worden wäre – in gleicher Weise auf der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Daß die Grundsätze der Schadensverlagerung in den Lohnfortzahlungsfällen dann nicht anwendbar sein sollten, wenn der Dienstnehmer nicht ein fixes Gehalt, sondern – etwa gem § 14 AngG – ein vom Gewinn abhängiges Entgelt bezieht, hat meines Wissens noch niemand behauptet!

Der dem Verletzten aufgrund der Treuepflicht gewährte Vorteil ist bei der schlichten Gewinnbeteiligung ebenso gegeben wie bei Vereinbarung einer festen Tätigkeitsvergütung. Das wird deutlich, wenn man sich die Rechtsfolgen überlegt, die sich bei strikter Anwendung des Synallagmaprinzips ergeben würden: Bei der Tätigkeitsvergütung würde diese für die Zeit der Arbeitsverhinderung wegfallen, bei schlichter Gewinnbeteiligung würde der Anteil am Jahresgewinn um den auf die Zeit der Verhinderung entfallenden Arbeitskraft-bezogenen Gewinnanteil gemindert. Wird keine Kürzung der Gewinnquote vorgenommen, entspricht dem die fortbezahlte Tätigkeitsvergütung. Der Unterschied besteht somit nur darin, daß sich die Bewertung der unternehmerischen Arbeitskraft bei Vereinbarung einer Tätigkeitsvergütung aus der Abrede ergibt, wobei für die schadenersatzrechtliche Beurteilung – wie oben dargelegt – nur ausnahmsweise Korrekturen erforderlich sind, während bei einer schlichten Gewinnbeteiligung die Ermittlung des arbeitskraftbezogenen Gewinnanteils stets geboten ist. Probleme bei der Ermittlung des Umfangs des Anspruchs können aber nicht zu einer völlig unterschiedlichen Rechtsfolge führen¹⁰¹⁾.

Die Aufteilung des Gewinns auf die beiden Produktionsfaktoren Eigenkapital und unternehmerische Arbeitskraft ist für die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzanspruchs darüber hinaus schon deshalb geboten, um den mittelbaren Schaden der Beeinträchtigung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter auszuschneiden. Als grobe Richtschnur für die Aufteilung des erwirtschafteten Gewinns wäre mE folgende Vorgangsweise denkbar: Vom erwirtschafteten Gewinn werden die Zin-

sen für langfristiges Fremdkapital als fixe Abgeltung des Eigenkapitals sowie die Kosten einer vergleichbaren Führungskraft als fixe Abgeltung der unternehmerischen Arbeitskraft angesetzt. Der restliche Gewinn ist – mangels anderer Anhaltspunkte – im Verhältnis des Eigenkapitals zum Wert der unternehmerischen Arbeitskraft¹⁰²⁾ aufzuteilen. Ergibt die Summe aus den Zinsen für langfristiges Fremdkapital und den Kosten für eine Führungskraft einen höheren Betrag als den erwirtschafteten Gewinn, so ist dieser anteilig zu kürzen.

Hat man erkannt, daß sowohl bei fester Tätigkeitsvergütung als auch bei schlichter Gewinnbeteiligung das ungeschmälernte Teilhabenlassen des Verletzten auf der Treuepflicht beruht und ihm dadurch ein Vorteil zugewendet wird, der nicht dazu dienen soll, den Schädiger zu entlasten, dann erspart man sich einige Abgrenzungsprobleme und künstliche Umdeutungsversuche, wie sie der BGH vorgenommen hat:

Es erübrigt sich dann, ein betraglich erweitertes Entnahmerecht als feste Tätigkeitsvergütung zu qualifizieren, wie das der BGH in VersR 1963, 369 = NJW 1963, 1151 getan hat. Die dort gezogene Folgerung, daß der Wert der Arbeitskraft nach der Höhe des Entnahmerechts zu beurteilen sei, mag schon für die konkrete E problematisch sein, verallgemeinerungsfähig ist sie keinesfalls.

Es ist nämlich durchaus denkbar, daß das Entnahmerecht nur die angemessene Unterhaltsdeckung sichern soll oder aber bewußt sehr hoch angesetzt wurde, damit dem Gesellschafter auch für Notfälle eine Finanzierung aus Gesellschaftsmitteln ermöglicht wird¹⁰³⁾. Das Entnahmerecht stellt in Wahrheit nichts anderes dar als einen *Finanzierungsrahmen*, den die Gesellschaft dem Gesellschafter einräumt. Den Wert seiner Arbeitskraft daran zu messen, mutet so an, als ob man die Arbeitskraft eines Dienstnehmers nach der Höhe des Überziehungsrahmens seines Girokontos beurteilen würde!

Einen Gewinnbeteiligungsanspruch in eine feste Tätigkeitsvergütung umzudeuten, wie das der BGH in DB 1972, 2201 getan hat, wird damit ebenfalls überflüssig.

Auch die von Hofmann¹⁰⁴⁾ vertretene Ansicht, daß die Parallele zur Lohnfortzahlung zwar noch

¹⁰¹⁾ So aber *Konzen*, Gesellschafterpflicht und Abgeordnetenmandat, AcP 172, 334, der eine völlig unterschiedliche Rechtsfolge ableiten will, je nachdem, ob eine Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist oder nicht. Ähnlich wie *Konzen* auch *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften 200; weniger weitgehend *Boesebeck*, DR 1943, 1201, der meint, daß bei schlichter Gewinnbeteiligung der Ausfall eines Gesellschafters eher hinzunehmen sei als bei einer Tätigkeitsvergütung, bei der eine flexiblere Handhabung möglich sei.

¹⁰²⁾ Ein relativ junger Zweig der Betriebswirtschaftslehre, das „Human Resource Accounting“ beschäftigt sich mit der Erfassung des Werts des Arbeitskraftpotentials von Unternehmen. Diese Sparte bildet eine Ergänzung zum traditionellen Rechnungswesen, das sich im wesentlichen darauf beschränkt hat, Sach- und Finanzanlagen wie Maschinen oder Wertpapiere zu erfassen und zu bewerten. Wie das Eigenkapital eine Teilgröße des Sachkapitals eines Unternehmens darstellt, ist der Wert der Arbeitskraft des Unternehmers ein Teil des Potentials an menschlicher Arbeitskraft, das an das Unternehmen gebunden ist.

¹⁰³⁾ So auch *Marschall von Bieberstein*, Reflexschäden 245.

¹⁰⁴⁾ VersR 1980, 606; ihm folgend *Wussow-Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, Rz 111.

bei einer Umsatzbeteiligung gegeben sei, nicht mehr aber bei einer Gewinnbeteiligung, wird dadurch obsolet¹⁰⁵⁾; ebenso die vom BGH in VersR 1964, 1243 herangezogene Unterscheidung, ob dem Verletzten ein Vorteil als Leistung (so bei der Lohnfortzahlung) zukommt oder auf andere Weise (in Form eines ungeschmäleren Gewinnbeteiligungsanspruchs).

Wendet man bei einer schlichten Gewinnbeteiligung des verletzten Gesellschafters ebenso die Grundsätze der Lohnfortzahlungsjudikatur an wie bei Vorliegen einer festen Tätigkeitsvergütung, dann entfällt auch die – kaum zu begründende – Differenzierung, warum die Pflicht des Gesellschafters zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages völlig unterschiedlich zu beurteilen ist, je nach dem, ob für seine Verletzung ein Schädiger verantwortlich ist oder nicht¹⁰⁶⁾. Wesentlich ehrlicher und überzeugender ist es hingegen, offenzulegen, daß der Schädiger wie in den Lohnfortzahlungsfällen auch insoweit ersatzpflichtig wird, als beim Verletzten kein rechnerischer Schaden entsteht, weil der Schaden auf einen anderen verlagert wurde.

Im folgenden soll die Rechtslage untersucht werden, die sich ergibt, wenn eine Gewinneinbuße nicht durch einen Umsatzrückgang, sondern durch zusätzliche Kosten entsteht. Diese ergeben sich insb. dann, wenn eine Ersatzkraft eingestellt wird. Nach der deutschen Rechtslage sollen deren gesamte Kosten vom Schädiger zu ersetzen sein¹⁰⁷⁾ und auch der OGH hätte aufgrund des Vorliegens eines subjektiven Schadens gegen den Zuspriecher wohl keine Bedenken.

Nicht immer stellt der Verletzte aber eine fremde Arbeitskraft ein, wenn er die bisher von ihm verrichtete Arbeit verletzungsbedingt nicht selbst durchführen kann. Ähnliche Probleme wie bei der Verletzung eines Gesellschafters ergeben sich bei dem den Haushalt führenden Ehegatten, beim selbständigen Unternehmer bzw. bei einem Verletzten, der auf Pflageleistungen angewiesen ist. Solche Dienstleistungen werden häufig nur kurzfristig benötigt. Da aber Dienstverhältnisse für einen längeren Zeitraum geschlossen werden, gibt es für manche der erforderlichen Tätigkeiten kein hinreichen-

des Angebot. Darüber hinaus ist mitunter ein besonderes Vertrauensverhältnis erforderlich, das einem Fremden nicht a priori entgegengebracht wird. Das führt dann manchmal sogar dazu, daß der Verletzte sich mehr anstrengt, als ihm gegenüber dem Schädiger zumutbar ist und die notwendigen Arbeiten selbst verrichtet. Schließlich ist zu bedenken, daß eine Fremdarbeitskraft eine gewisse Zeit zur Einarbeitung benötigt und infolgedessen Umsatzeinbußen die Folge sind, während das bei einer mit der Arbeit schon bisher vertrauten Person nicht oder in geringerem Umfang der Fall ist. Entsteht durch die Heranziehung einer Fremdarbeitskraft ein Schaden, der bei Übertragung der Tätigkeit an eine damit vertraute und zur Übernahme bereite Person vorhersehbar vermieden hätte werden können, verstößt der Verletzte bei Einstellung einer Fremdersatzkraft gegen die Schadensminderungspflicht gem. § 1304 ABGB. Es gibt somit triftige Gründe, warum sich der Verletzte dafür entscheidet, auf die Einstellung einer Ersatzkraft zu verzichten und die notwendige Tätigkeit trotz Krankheit selbst zu verrichten oder auf die Dienste eines gesunden Gesellschafters zurückzugreifen.

Entscheidet sich der Verletzte gegen die Einstellung einer Ersatzkraft, stellt sich die Frage, ob auch in diesem Fall Schadenersatz gebührt. Das könnte deshalb fraglich sein, weil das Tätigwerden des Verletzten selbst oder eines einspringenden Gesellschafters keinen Entgeltsanspruch auslöst, so daß beim Verletzten kein rechnerischer Schaden feststellbar ist. Der bloße Einsatz der Arbeitskraft wird nämlich nicht als Vermögenseinbuße angesehen¹⁰⁸⁾. Die Mehranstrengung des Verletzten bzw. des einspringenden Gesellschafters scheint auch weder in der Bilanz noch in der Gewinn- und Verlustrechnung des Unternehmens auf. Dieses formale Kriterium der Erfassung eines Wertverzehr durch das betriebliche Rechnungswesen kann jedoch mE für das Schadenersatzrecht nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Eine Ersatzpflicht des Schädigers ist aber mE dennoch zu bejahen. Als Begründung kann auf zwei unterschiedliche Ansätze zurückgegriffen werden, nämlich auf den Gedanken des Aufwandsersatzes bei der Schadensminderung sowie auf den der Naturalrestitution:

Tätigt der Geschädigte Aufwendungen, die über die Schadensminderungspflicht hinausgehen, so kann er nach Ansicht *Koziols*¹⁰⁹⁾ einen Aufwandsersatzanspruch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen. Nach diesen ist es unbestritten, daß auch der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft als ersatzfähige Aufwendung anzusehen ist, jedenfalls soweit es sich um die Verrichtung von Tätigkeiten im Rahmen eines Berufes oder Gewerbes handelt¹¹⁰⁾, was beim Einspringen

¹⁰⁵⁾ Aber selbst wenn man die Prämisse akzeptiert, daß eine vom Gewinn abhängige Entlohnung bei Beurteilung des Schadenersatzanspruchs grundsätzlich anders zu beurteilen sei als eine feste Tätigkeitsvergütung, ist die Abgrenzung zwischen Umsatz- und Gewinnbeteiligung nicht unbedingt überzeugend. In der Theorie mag es zwar zutreffen, daß die Größe „Gewinn“ den Erfolg des Unternehmens genauer erfaßt; die zahlreichen Bewertungswahlrechte der Handels- und Steuerbilanz gewähren hingegen einen so großen Gestaltungsspielraum, daß die Größe „Umsatz“ gegenüber dem „Gewinn“ mitunter der zuverlässigere Erfolgsindikator ist.

¹⁰⁶⁾ Beachtlich kann mE allein der Grund für den verletzungsbedingten Ausfall sein, nicht jedoch, ob dafür auch ein Schädiger einzustehen hat.

¹⁰⁷⁾ Vgl. dazu die zur gesellschaftsrechtlichen Problemstellung ergangene E BGHZ 17, 299. Kritisch *Hofmann*, VersR 1980, 605; *Lieb*, JZ 1971, 360 FN 25; *Stürner*, JZ 1984, 464.

¹⁰⁸⁾ *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979) 99; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Rz 11 zu § 1323.

¹⁰⁹⁾ *Haftpflichtrecht* I 262 f.

¹¹⁰⁾ *Ehrenzweig*, System des österr. allgemeinen Privatrechts² II/1 (1928) 419; *Gschmitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 106; *Rummel* in *Rum-*

eines Gesellschafters unzweifelhaft der Fall ist. Der Verletzte kann somit für den Fall, in dem er nicht nur zumutbarerweise vom Krankenbett aus Anweisungen bezüglich der Weiterführung des Betriebes erteilt, sondern auch überobligationsgemäß das Unternehmen vom Krankenbett aus weiter führt anstatt sich ganz der Wiederherstellung der vom Schädiger beeinträchtigten Gesundheit zu widmen, eine Abgeltung für seinen überobligationsgemäßen Einsatz begehren.

Wenn anstelle des Verletzten ein Dritter eben diese Arbeiten besorgt, kann das an der Schadenersatzrechtlichen Beurteilung nichts ändern, weil der Schaden nicht beseitigt, sondern bloß verlagert wurde. Als Begründung ist auf § 14 Abs 4 EKHG zu verweisen, wo für den Fall der Unterhaltspflicht klargestellt wird, daß eine subsidiäre Einstandspflicht nicht zur Entlastung des Schädigers führt. Wie dem Verletzten selbst ist auch dem Dritten ein Anspruch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu gewähren. Bedenken gegen diesen Lösungsansatz könnten sich jedoch ergeben, weil im Regelfall weder der Verletzte selbst noch der einspringende gesunde Gesellschafter einen Geschäftsführungswillen für den Schädiger haben, so daß der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag jedenfalls nicht zur Gänze verwirklicht ist. Aber auch bei Fehlen eines Geschäftsführungswillens ist noch immer der Tatbestand des § 1042 ABGB gegeben.

Das gleiche Ergebnis, die Abgeltung der eingesetzten Arbeitskraft, kann aber auch mit Hilfe des Prinzips der Naturalrestitution und bereicherungsrechtlichen Überlegungen begründet werden. Da der Schädiger den Verletzten am Einsatz seiner Arbeitskraft gehindert hat, steht ihm primär ein Anspruch auf Naturalrestitution zu. Diese besteht in der Bereitstellung einer Arbeitskraft, die all jene Tätigkeiten verrichtet, die der Gesellschafter in gesundem Zustand vornehmen hätte können¹¹¹⁾. Meist wird es aber unzulässig sein, daß der Schädiger die Agenden des Verletzten selbst führt oder dafür eine von ihm namhaft gemachte Person zur Verfügung stellt. Da die Geschäftsführungstätigkeit keine ohne weiters substituierbare Arbeit ist und die Naturalrestitution durch den Schädiger somit regelmäßig unzulässig sein wird, hat der Geschädigte daher das Recht, eine Ersatzkraft einzustellen, deren Kosten der Schädiger zu tragen hat.

Für die Naturalrestitution der menschlichen Arbeitskraft kann grundsätzlich nichts anderes gelten wie bei der Wiederherstellung einer körperlichen Sache. Bei Sachbeschädigungen hat *Apathy*¹¹²⁾ die über den Wertersatz der Sache hinausgehende Pflicht zum Ersatz der Aufwendungen damit begründet, daß bei Wiederherstellung des ursprüngli-

chen Zustandes der Geschädigte ein über das Wertinteresse hinausgehendes Integritätsinteresse habe, das auch dann gebühre, wenn eine Naturalrestitution durch den Schädiger unzulässig sei. Bei Durchführung der Reparatur durch den Geschädigten selbst sieht *Apathy* in der aufgewendeten Arbeitszeit einen immateriellen Schaden¹¹³⁾, der hier deshalb zu ersetzen sei, weil die Bemessung relativ leicht sei. Bei einer solchen Herleitung des Ersatzanspruches besteht aber mE die Gefahr, daß der Anspruch in die Nähe des Schmerzensgeldes gerückt wird und der Geschädigte nur noch eine marginale Abgeltung für seine gestörte Freizeit erhält.

ME ist jedoch *Reischauer*¹¹⁴⁾ zu folgen, der bei Vornahme der Reparatur durch den Geschädigten diesem einen Anspruch gem § 1042 ABGB zubilligt. Auch gem § 1042 ABGB wird der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft als ersatzfähige Aufwendung angesehen¹¹⁵⁾. Der Schädiger hat daher das zu leisten, was er bei Einstellung einer Ersatzkraft leisten hätte müssen, denn das erspart er sich, begrenzt allerdings durch die Aufwendungen des Verletzten¹¹⁶⁾. Wenn bei Reparatur einer körperlichen Sache der Einsatz der Arbeitskraft in dieser Weise abzugelten ist, dann kann nichts anderes gelten, wenn die Naturalherstellung allein in der Zur-Verfügung-Stellung der Arbeitsleistung besteht.

Ob die geschuldeten Arbeiten in überobligationsgemäßer Anstrengung vom Verletzten selbst oder von einem Dritten erbracht werden, kann auch bei diesem Ansatz für die Frage der Ersatzpflicht des Schädigers keinen Unterschied machen. Eriedigt ein Mitgesellschafter, ohne dazu verpflichtet zu sein, jene Arbeiten, die im gesunden Zustand der Verletzte verrichtet hätte, so macht dieser einen Aufwand, für den der Schädiger aufzukommen hätte, so daß ihm ein Anspruch gem § 1042 ABGB zusteht.

¹¹³⁾ *Apathy*, Aufwendungen 99 ff, wengleich er darauf hinweist, daß das Problem eher bereicherungs- als schadenersatzrechtlich zu lösen wäre. Er sieht im Schadenersatzanspruch eine zusätzliche Anspruchsgrundlage neben Geschäftsführung ohne Auftrag und § 1042 ABGB. Von Notfällen abgesehen besteht aber mE kein Grund, dem Geschädigten bei Erfolglosigkeit seiner Bemühungen einen Ersatzanspruch zu gewähren. Wenn der Zuspruch aber vom Erfolg abhängig ist, ist nicht recht einsichtig, weshalb der Umweg über den Zuspruch eines immateriellen Schadens beschritten werden sollte.

¹¹⁴⁾ In *Rummel*, ABGB, Rz 11 zu § 1323.

¹¹⁵⁾ *Koziol-Welser*, Grundriß I 365; *Rummel* in *Rummel*, ABGB, Rz 2 zu § 1042; *Stanzl* in *Klang*² IV/1, 926; OGH SZ 43/175.

¹¹⁶⁾ Ein Gewinnzuschlag, wie ihn die Rsp fallweise gewährt (OGH EvBl 1959/54; SZ 40/144; aA aber SZ 51/7) ist davon allerdings nicht erfaßt, sofern durch die Vornahme der Reparatur der eigenen Sache nicht andere Geschäfte entgehen, was aber eine 100%ige Kapazitätsauslastung voraussetzen würde, die kaum jemals gegeben sein wird. Näher zu untersuchen wäre allerdings, ob vom Begriff „Gewinn“ auch die Abgeltung der unternehmerischen Arbeitskraft und des Eigenkapitals erfaßt ist oder bloß ein darüber hinausgehender Überschuß des Erlöses über die Kosten.

mel, ABGB, Rz 4 zu § 1036; zutreffenderweise weitergehend *Koziol-Welser*, Grundriß I 371.

¹¹¹⁾ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Rz 2 zu § 1323 bezeichnet diese Schaffung einer Ersatzlage als Naturalherstellung im weiteren Sinn.

¹¹²⁾ Aufwendungen zur Schadenbeseitigung 46 ff.

Meist wird aber der einspringende Mitgesellschafter bei kurzfristigeren Ausfällen zur Mehrarbeit aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gehalten sein. Ist das der Fall, dann steht es nicht in seinem Belieben, einen Aufwand für den Schädiger zu machen, sondern er kann sich dieser Verpflichtung gegenüber dem Verletzten gar nicht entziehen. Für einen solchen Fall hat die Rechtsordnung eine stärkere Form des Regresses vorgesehen, nämlich den gesetzlichen Übergang der Forderung des Gläubigers gegen denjenigen, der die Schuld letztlich tragen soll. Sofern keine besondere Legalzessionsnorm vorgesehen ist, ist auf § 1358 ABGB zurückzugreifen.

Der Übergang des Schadenersatzanspruches des Dienstnehmers auf den den Lohn fortzahlenden Dienstgeber gem § 1358 ABGB ist durchaus anerkannt¹¹⁷⁾. Der einspringende Gesellschafter, der dem Verletzten gegenüber dazu verpflichtet ist, übernimmt insoweit die Funktion des Dienstgebers, als er durch seine Mehranstrengung sicherstellt, daß dem Verletzten weiterhin ein ungeschmälerter Gewinnbeteiligungsanspruch zugutekommt.

Bedenken gegen die Anwendung des § 1358 ABGB könnten sich indes ergeben, weil von seinem Wortlaut nur der Fall der *Zahlung* einer fremden Schuld erfaßt ist. Aber schon im typischen Anwendungsbereich wird ein ipso-iure-Übergang bejaht, auch wenn derjenige, der auf eine bloß formell eigene Schuld leistet, nicht eine Zahlung erbringt: Duldet der Pfandbesteller die Zwangsvollstreckung in die hingegebene Pfandsache anstatt sie durch Zahlung einzulösen, geht auf ihn ohne Zweifel die Forderung des Gläubigers gem § 1358 ABGB über. Das gleiche gilt, wenn der Bürge mit Einverständnis des Gläubigers anstelle der Zahlung von Geld eine körperliche Sache an Zahlungs Statt hingibt¹¹⁸⁾.

Koziol¹¹⁹⁾ geht weiters davon aus, daß der Regreßanspruch zwischen mehreren Schädigern nach § 1358 ABGB zu beurteilen ist. Hat ein Schädiger den Schaden im Weg der Naturalrestitution ersetzt, steht ihm gegen den Mitschuldner ein Regreßanspruch in Form von Geld unabhängig davon zu, ob dieser dem Gläubiger zum Naturalersatz oder zur Geldleistung verpflichtet gewesen wäre. Ein Auseinanderfallen zwischen der Pflicht zur Naturalrestitution und zur Zahlung in Geld ist bei mehreren Schädigern durchaus denkbar, weil die Tunlichkeit des Naturalersatzes nicht nur objektiv, sondern auch in bezug auf den konkreten Schädiger zu beurteilen ist¹²⁰⁾. Hat etwa der Lenker eines Mopeds ein fremdes Auto schuldhaft beschädigt, hat dieser Geldersatz zu leisten, während der Halter des Mopeds, wenn er der Inhaber jener Werkstätte ist, dem der Geschädigte auch bisher schon sein Auto bei

Reparaturen anvertraut hat, zur Naturalrestitution *berechtigt* ist¹²¹⁾.

Bejaht man die Anwendbarkeit des § 1358 ABGB für den auf Geld gerichteten Regreßanspruch eines Schädigers, der zur Naturalrestitution berechtigt war und diese durchgeführt hat, gegen einen solidarisch haftenden Mitschuldner, der nur zum Geldersatz verpflichtet gewesen wäre, so sind mE keine Gründe ersichtlich, warum die Rechtslage anders zu beurteilen sein sollte, wenn ein Mitschuldner Naturalrestitution in Form von Dienstleistungen erbringt, während sein Regreßschuldner zur Geldleistung verpflichtet gewesen wäre¹²²⁾.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es für den Schadenersatzanspruch gleichgültig, ob eine Gewinneinbuße infolge eines Umsatzrückganges oder zusätzlicher Kosten eintritt bzw durch Mehranstrengung der gesunden Gesellschafter abgewendet wird. Die vom OGH vorgenommene Differenzierung¹²³⁾, daß bei Geltendmachung der Kosten der Ersatzkraft der Schadenersatzanspruch zur Gänze gebührt, während bei einer Gewinneinbuße infolge Umsatzrückganges der Ersatzanspruch auf den Gewinnanteil des Verletzten beschränkt sein soll, ist für die Fälle abzulehnen, in denen sich ein Gewinnrückgang der Gesellschaft gerade in Höhe der Ko-

¹²¹⁾ Die Gegenansicht (Koziol, Haftpflichtrecht I 183 unter Berufung auf OGH EvBl 1954/328; SZ 40/31; Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 7 zu § 1323), die von einem unbeschränkten Wahlrecht des Geschädigten zwischen Naturalherstellung und Geldersatz ausgeht, vernachlässigt mE die möglichen Interessen des Schädigers. Sofern eine Naturalherstellung durch ihn tunlich ist, kann sie der Geschädigte mE *nicht* zurückweisen. Es ist zB denkbar, daß der Geschädigte den Geldersatz vorzieht, weil er die beschädigte Sache ohnehin verkaufen wollte. Kann sich der Schädiger eine der zerstörten gleichwertige Sache günstig beschaffen oder hat er sie bereits in seinem Vermögen und will sie loswerden, muß ihm das Recht zur Leistung „in natura“ zustehen. Das Interesse des Geschädigten, den Vermögenswert der Sache in Geld umzuwandeln, ist mE durch die Zielsetzung des Schadenersatzrechts nicht mehr gedeckt. Für eine Abwägung der Interessen des Schädigers und des Geschädigten auch Apathy, Aufwendungen 100 FN 422.

¹²²⁾ Auf die Frage des Umfangs des gem § 1358 ABGB bei Naturalrestitution übergegangenen Anspruchs kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht näher eingegangen werden. Denkbar wäre, daß der Anspruch grundsätzlich so weit reicht, als ob der Geschädigte eine Ersatzkraft eingestellt hätte oder durch den Aufwand des leistenden Dritten begrenzt ist (für eine Begrenzung des gegen den Schädiger gerichteten Regreßanspruchs des Sozialversicherungsträgers, der sich die zur Heilung erforderlichen Dienstleistungen aufgrund seiner Marktstellung billiger als ein einzelner besorgen kann: F. Bydlinski, Der unbekannte objektive Schaden, JBl 1966, 441; Koziol, Haftpflichtrecht I 209 f, 287, II 129 f mwN). Der Anspruch gem § 1042 ABGB geht jedenfalls nur bis zur Grenze der eigenen Aufwendungen. Kann sich der Regreßgläubiger jedoch auf § 1358 ABGB stützen, ist seine Rechtsposition häufig stärker als bei einem Aufwendungsersatzanspruch gem § 1042 ABGB, weshalb der Übergang des vollen Schadenersatzanspruches mE durchaus überlegenswert wäre. In diesem Sinn OGH SZ 48/101 = RZ 1976/82.

¹²³⁾ Vgl die Ausführungen im Abschnitt 4.

¹¹⁷⁾ Koziol, Haftpflichtrecht I 289; Steininger, JBl 1959, 476.

¹¹⁸⁾ Gamerith in Rummel, ABGB, Rz 4 zu § 1358.

¹¹⁹⁾ Haftpflichtrecht I 302; aA allerdings Gamerith in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 896.

¹²⁰⁾ Koziol, Haftpflichtrecht I 183; Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 9 zu § 1323.

sten einer Ersatzkraft ergibt. Auf die Art des Schadenseintritts kann es nämlich nicht ankommen!

In dieser Rechtsprechung steckt aber insofern ein richtiger Kern, als die Kosten der Ersatzkraft jedenfalls vom Schädiger zu ersetzen sind, während eine darüber hinausgehende Einbuße des Gesellschaftsgewinns insoweit nicht zu ersetzen ist, als darin eine Beeinträchtigung der Kapitalanteile der nicht verletzten Gesellschafter liegt.

Gegen die vorgetragene Lösung¹²⁴⁾ ist der Einwand zu erwarten, daß sie zu einer Aufspaltung der Aktivlegitimation führt, was unpraktikabel¹²⁵⁾ sei und Rechtsunsicherheit hervorrufe: Soweit ein rechnerischer Schaden beim Verletzten entsteht, ist dieser aktiv-legitimiert; soweit die Gesellschaft die Tätigkeitsvergütung weiter gezahlt bzw dem Verletzten seinen Gewinnbeteiligungsanspruch ungeschmälert belassen oder eine Ersatzkraft eingestellt hat, ist sie der Schadenersatzgläubiger. Hat schließlich ein Mitgesellschafter sich mehr angestrengt und die Arbeit des Verletzten verrichtet, kann er den Schädiger entweder auf Grund des gem § 1358 ABGB auf ihn übergegangenen Schadenersatzanspruchs oder gem § 1042 ABGB belangen. Nach der zu vertretenden Verletzung einer Person sieht sich der Schädiger somit uU drei verschiedenen Gläubigern gegenüber, wodurch für ihn das Risiko entsteht, uU an den falschen zu zahlen.

Die dadurch auftretenden Probleme sind aber geringer, als es auf den ersten Blick erscheint. Im Regelfall sind für den Schädiger die internen Verhältnisse nicht zu erkennen. Mangels Verständigung ist seine Leistung an den Verletzten daher schuldbefreiend. Die wirklich berechtigten Gläubiger können ihre Ausgleichsansprüche daher nicht gegen ihn, sondern gegen den Verletzten, der die Schadenersatzleistung entgegengenommen hat, richten. Im übrigen ist das Phänomen der Aufspaltung des Schadenersatzanspruchs auf verschiedene Gläubiger aus einem Schadensereignis, insb bei Personenschäden, auf Grund des Sozial- und Privatversicherungsrechts eine durchaus geläufige Erscheinung.

Auf Seite des Verletzten bzw der Gesellschaft und des die Mehrarbeit verrichtenden Gesellschafters können die Probleme, die sich aus der Aufspaltung der Gläubigerrolle ergeben, dadurch aus der Welt geschafft werden, daß die Ansprüche an den Verletzten zediert werden. Gegenüber der vom OGH zuletzt in der E GesRZ 1985, 139 vertretenen Rechtsansicht tritt nach der hier vertretenen Auf-

fassung insoweit eine Änderung ein, als die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs durch den Verletzten mit der Behauptung, die Ehegattin und die Kinder hätten sich mehr angestrengt, uU unschlüssig wäre. Bei dieser Sachverhaltslage wäre der Schadenersatzanspruch auf die Ehefrau bzw auf die Kinder im Weg des § 1358 ABGB übergegangen, sofern diese in Erfüllung ihrer Unterhalts- bzw Beistandspflicht gehandelt haben¹²⁶⁾. Ohne Abtretung wäre der Verletzte zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs somit gar nicht aktiv-legitimiert.

8. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Kann ein geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft seine Arbeitskraft verletzungsbedingt der Gesellschaft eine Zeit hindurch nicht zur Verfügung stellen, bewirkt das typischerweise einen Rückgang der Umsätze, es sei denn, seine Tätigkeit wird während seiner Verletzung von einer eingestellten Ersatzarbeitskraft oder einem anderen Gesellschafter verrichtet. Sowohl *Harrer* als auch der OGH gelangen zu einem unterschiedlichen Ergebnis, je nach dem, auf welche Art der Schaden eintritt.

2. Kommt es zu einer Gewinneinbuße infolge eines Umsatzrückgangs, soll der Schädiger nur zum Ersatz des auf den Verletzten entfallenden Anteils der Gewinneinbuße verpflichtet sein. Das führt dazu, daß bei einem nominell gleich hohen Schaden der Schädiger umso mehr entlastet wird, je mehr Mitglieder an einer Gesellschaft beteiligt sind, weil der Umfang des nicht ersatzfähigen mittelbaren Schadens umso größer ist, während der Schaden dem Einzelunternehmen zur Gänze zu ersetzen ist. Wettbewerbspolitische Gründe sprechen gegen eine solche schadenersatzrechtliche Differenzierung. Da die Einbuße am Gewinnanteil des Verletzten jedenfalls zu ersetzen ist, ist zu untersuchen, ob dem verletzten geschäftsführenden Personengesellschafter einer aus mehreren Mitgliedern bestehenden Gesellschaft ein weitergehender Schadenersatzanspruch zusteht.

3. Das ist insoweit zu bejahen, als den Verletzten gegenüber der Gesellschaft eine Anpassungspflicht trifft. Wenn er verpflichtet ist, eine Schmälerung seiner Gewinnbeteiligungsquote hinzunehmen, sich eine Tätigkeitsvergütung anrechnen zu lassen oder für die Kosten einer eingestellten Ersatzkraft aufzukommen, läßt sich bei ihm ein weitergehender rechnerischer Schaden ermitteln, der vom Schädiger zu ersetzen ist. Maßgeblich für den Schadenersatzanspruch ist lediglich die sich aus dem Gesellschaftsvertrag bzw aus der ergänzenden Vertragsauslegung, der Treuepflicht bzw der Änderung der Geschäftsgrundlage ergebende Pflicht, nicht jedoch der zwischen den Gesellschaftern nach dem schädigenden Ereignis gefaßte Gesellschafterbeschuß.

¹²⁴⁾ Wegen der gleichen Strukturen gilt Entsprechendes für die Fälle der Verrichtung der Haushaltstätigkeit der verletzten Ehefrau durch den Ehemann oder nahe Angehörige, des Einspringens von Verwandten oder der Ehefrau bei Verletzung eines Selbständigen sowie bei der Erbringung von Pflegeleistungen durch nahe Angehörige im Rahmen der Heilungskosten.

¹²⁵⁾ Zum begrenzten Gewicht des Arguments, eine Regelung sei unpraktikabel vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichteten Rechtsgeschäftes (1967) 141.

¹²⁶⁾ Sofern sie die Arbeiten freiwillig verrichtet haben, steht ihnen zwar ein Aufwendungsersatzanspruch gem § 1042 ABGB zu, die Aktivlegitimation des Verletzten bleibt jedoch aufrecht.

Eine solche Anpassungspflicht setzt jedoch nicht unmittelbar nach dem Ausfall der Arbeitskraft ein. Wie bei einem Dienstverhältnis der Lohn eine Zeit lang fortzuzahlen ist, gebietet auch im Gesellschaftsrecht die Treuepflicht, daß die Beteiligungsrechte des Verletzten eine Zeit hindurch ungeschmälert erhalten bleiben.

4. In den Fällen der Lohnfortzahlung geht die Lehre und in jüngerer Zeit auch der OGH davon aus, daß die aus der sozialen Fürsorgepflicht angeordnete Lohnfortzahlung nicht zur Entlastung des Schädigers führen darf, auch wenn der verletzte Dienstnehmer keinen rechnerischen Schaden erleidet. Begründet wird dieses Ergebnis mit dem Gedanken der Schadensüberwälzung. Jedenfalls bei einer zwischen Gesellschaft und geschäftsführendem Gesellschafter vereinbarten Tätigkeitsvergütung sind diese Grundsätze heranzuziehen, so daß ein Schadenersatzanspruch auch während der Zeit der fortgezählten Tätigkeitsvergütung besteht.

5. Die Besonderheit einer Tätigkeitsvergütung gegenüber dem Lohn oder Gehalt eines Dienstnehmers besteht lediglich darin, daß nach dem Parteilichen die Tätigkeitsvergütung nicht immer das genaue Äquivalent für die Zur-Verfügung-Stellung der Arbeitskraft ist. Die Tätigkeitsvergütung geht mitunter über die Bezüge eines vergleichbaren Dienstnehmers hinaus, weil durch sie auch das Risiko der vollen Haftung des Komplementärs abgegolten werden soll, während sie andererseits auch niedriger als die Bezüge eines Dienstnehmers festgesetzt wird, wenn durch sie nur der notwendige oder angemessene Unterhalt abgedeckt werden soll. Das volle Äquivalent des Arbeitskräfteeinsatzes ergibt sich dann erst durch den zusätzlichen Gewinnbeteiligungsanspruch. Solche Umstände sind bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs zu berücksichtigen.

6. Im Unterschied zur Auffassung des OGH kann es mE für die schadenersatzrechtliche Frage, ob ein mittelbarer oder bloß ein verlagerter Schaden vorliegt, keinen Unterschied machen, ob die Abgeltung der unternehmerischen Arbeitskraft durch einen fixen Betrag oder in Abhängigkeit vom erwirtschafteten Ergebnis erfolgt. Das ungeschmälerte Teilhabenlassen des Verletzten am Gewinn entspricht insoweit der fortgezählten Tätigkeitsvergütung, als durch die Verletzung nur der Arbeitskraftbezogene Gewinnanteil beeinträchtigt worden ist. Diese Einbuße ist deshalb auch zur Gänze vom Schädiger zu ersetzen. Etwas anderes gilt für den darüber hinausgehenden Schaden.

7. Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Aufspaltung des Gewinns der Gesellschaft auf die Produktionsfaktoren unternehmerische Arbeitskraft und Eigenkapital geboten. Die über die Arbeitskraftbezogene Gewinnminderung hinausgehende Vermögenseinbuße, die sich in der Wertminderung der Kapitalanteile aller Gesellschafter niederschlägt, ist nur insoweit zu ersetzen, als der Kapitalanteil des Verletzten betroffen ist. Bei diesem ist ein gewöhnlicher Folgeschaden gegeben, während der Schaden der übrigen Gesellschafter ein bloß mittelbarer ist.

8. Ob eine Gewinneinbuße durch einen Umsatzrückgang oder zusätzliche Aufwendungen bei Einstellung einer Ersatzkraft erfolgt, spielt nach der hier vertretenen Ansicht für den Umfang des Schadenersatzanspruchs keine Rolle. Ebenso ist es belanglos, ob ein Rückgang der Erlöse durch Einstellung einer Fremdarbeitskraft oder durch zusätzliche Anstrengungen eines Mitgesellschafters abgewendet wird.

9. Die Begründung eines Ersatzanspruchs bei Mehranstrengung eines Mitgesellschafters ist deshalb schwierig, weil der bloße Einsatz der Arbeitskraft nicht als Schaden angesehen wird. Da es somit an einem bei einem Dritten feststellbaren überwältigten Schaden fehlt, liegt kein Fall einer Schadensverlagerung vor. Eine Entlastung des Schädigers muß aber dennoch nicht hingenommen werden.

10. Tätigt der Verletzte selbst über seine Schadensminderungspflicht hinaus Aufwendungen, kann er diese vom Schädiger nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen. Zu diesen Aufwendungen zählt auch der Einsatz der Arbeitskraft. Ob Aufwendungen vom Verletzten oder von einem Dritten getätigt werden, kann für die Ersatzpflicht des Schädigers keinen Unterschied machen, weil durch das Einspringen des Dritten der Schaden nicht beseitigt, sondern bloß verlagert wurde. Auch dem Dritten steht daher ein Anspruch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu. Da aber typischerweise weder der Verletzte noch der einspringende Gesellschafter einen Geschäftsführungswillen für den Schädiger haben, ist der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zur Gänze gegeben. Ist der Geschäftsführungswille zu verneinen, sind aber noch immer die Voraussetzungen des § 1042 ABGB gegeben.

11. Dieses Ergebnis, die Abgeltung der eingesetzten Arbeitskraft, kann aber auch noch anders begründet werden. Ist der einspringende Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zur Mehrarbeit verpflichtet, erfüllt er eine formell eigene, aber materiell fremde Schuld, denn der endgültigen Tragung des Nachteils steht der Schädiger näher. Während der Verletzte gegen den Schädiger lediglich einen Anspruch auf Geldersatz hat, steht ihm gegen den Mitgesellschafters ein Anspruch auf Herstellung einer Ersatzlage zu. Sowohl im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 1358 ABGB, in dem auf den Pfandbesteller, der die Zwangsvollstreckung in das von ihm bestellte Pfand duldet, die auf Geld lautende Forderung übergeht, wie auch bei Anwendung des § 1358 ABGB auf den Regreß des Solidarschuldners, der selbst Naturalrestitution geleistet hat und sodann den auf ihn übergegangenen Schadenersatzanspruch, der auf Geld gerichtet ist, vom Mitschuldner ersetzt verlangen kann, ist der ipso-iure-Übergang einer Forderung nicht von einer Geldleistung abhängig. § 1358 ABGB ist somit auch dann anwendbar, wenn der Schuldinhalt eine körperliche Sache oder Dienstleistung ist. Durch die Erbringung der Arbeit, die im gesunden Zustand der Verletzte verrichtet hätte, durch einen

Mitgesellschafter, geht auf diesen der Schadenersatzanspruch gem § 1358 ABGB über, soweit er dazu aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses verpflichtet war.

12. Erbringt ein Mitgesellschafter freiwillig Mehrleistungen, kann sein Regreßanspruch gegen den Schädiger mit Hilfe des § 1042 ABGB begründet werden, auch wenn der Schädiger durch diese Leistung noch nicht befreit wird. Hat allerdings der Mitgesellschafter vom Schädiger Ersatz erhalten, ist auch der Schadenersatzanspruch des Geschädigten getilgt.

13. Nach der hier vertretenen Lösung kommt es zu einer Aufspaltung der Aktivlegitimation des Schadenersatzanspruchs: Soweit beim Verletzten eine Gewinneinbuße eintritt oder er zu einer Anpassung des Gesellschaftsvertrages verpflichtet ist, läßt sich in seinem Vermögen ein rechnerischer Schaden feststellen; insoweit ist er der Gläubiger des Schadenersatzanspruchs. Soweit die Gesell-

schaft die Tätigkeitsvergütung oder den auf die Arbeitskraft entfallenden Gewinnanteil ungeschmälert weiterbezahlt bzw auf ihre Kosten eine Ersatzarbeitskraft einstellt, ist sie aktiv-legitimiert. Im Ausmaß der Mehranstrengungen eines Mitgesellschafters geht entweder der Schadenersatzanspruch nach § 1358 ABGB auf ihn über oder er kann zumindest Ersatz seiner Aufwendungen gem § 1042 ABGB begehren. Solange der Schädiger vom Innenverhältnis der Gesellschaft keine Kenntnis hat, kann er mit schuldbefreiender Wirkung an den Verletzten leisten. Begehrt der Verletzte vom Schädiger hingegen Schadenersatz mit der Behauptung, daß sich andere, die ihm dazu verpflichtet waren, mehr angestrengt hätten, liegt nach der hier vertretenen Ansicht ein unschlüssiges Begehren vor, wenn sich der Verletzte deren Ansprüche gegen den Schädiger nicht vorher hat abtreten lassen.

14. Die erzielten Ergebnisse gelten für alle Personengesellschaften in gleicher Weise.