

Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters

– zugleich Besprechung von OGH 25. 3. 1999, 2 Ob 289/97 g*)

I. Schwarzarbeit

Schwarzarbeit ist ein Begriff, der heute in aller Munde ist. Was ist das eigentlich? Welche Merkmale müssen gegeben sein?

A. Ausprägungen

Schwarzarbeit ist gekennzeichnet durch zwei Merkmale, die alternativ oder kumulativ vorliegen:

1. Keine Berufsbefugnis

Der Schwarzarbeiter hat für die von ihm zu erbringende Dienstleistung nicht die von der Rechtsordnung vorgesehene Befugnis. Entweder fehlt es ihm an einer Gewerbeberechtigung oder es handelt sich um eine Vorbehaltsaufgabe einer bestimmten Berufsgruppe, der er nicht angehört.

2. Keine Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen

Schwarzarbeit ist weiters dadurch gekennzeichnet, dass bei Erzielung von Einkünften durch Verrichtung solcher Dienstleistungen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden sollten. Der Schwarzarbeiter entzieht sich freilich dieser Pflicht, wodurch er im Wettbewerb gegenüber gewerblichen Anbietern im Vorteil ist.¹⁾

B. Wirtschaftliche Bedeutung – Wandel der rechtlichen Beurteilung in Deutschland

Die Schwarzarbeit hat nicht zuletzt infolge der hohen Belastung des Faktors Arbeit mit Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen in den entwickelten Volkswirtschaften in den letzten Jahren stark zugenommen. Nach Schätzungen belief sich der Wert der Schwarzarbeit in Österreich im Jahr 1996 auf ca. öS 200 Mrd, was 8,2% des Bruttoinlandsprodukts ausmachte.²⁾

Während die österr. Judikatur dem Schwarzarbeiter stets einen durchsetzbaren Entgeltsanspruch eingeräumt hat,³⁾ hat sich – wohl auch wegen der stärkeren Verbrei-

tung dieses Phänomens und der damit einhergehenden gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung – die rechtliche Beurteilung des Entgeltsanspruchs des Schwarzarbeiters gegen seinen Auftraggeber in Deutschland in den letzten Jahren kontinuierlich gewandelt; und das ungeachtet des Umstands, dass das Schwarzarbeitsgesetz stets die gleichen öffentlichen Interessen verfolgt⁴⁾:

Wird ein Schwarzarbeiter betraut, so leistet dieser typischerweise vor. Verweigert der Auftraggeber in der Folge die Gegenleistung, so ließ die deutsche Rsp den um sein Entgelt geprellten Schwarzarbeiter unter Berufung auf den Rechtsgrundsatz „turpidum suam allegans nemo auditur“ ursprünglich im Regen stehen mit dem Hinweis, dass ein Schwarzarbeiter auf eigenes Risiko handle und nicht schutzwürdig sei.⁵⁾ Inzwischen sieht man das genau spiegelverkehrt⁶⁾: Hat der Schwarzarbeiter die versprochene Leistung erbracht, wird die Verweigerung der vertraglich versprochenen Gegenleistung als gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßend angesehen.⁷⁾ Dem Schwarzarbeiter wird nunmehr selbst bei Kenntnis des Auftraggebers von der Schwarzarbeit ein Bereicherungsanspruch zugestanden.⁸⁾ Begründet wird dies damit, dass letzterer in keiner Weise schutzwürdig sei, habe er doch die Leistung erhalten, für die er ansonsten ein Marktentgelt aufwän-

⁴⁾ Beckmann (Nichtigkeit und Personenschutz [1998] 324f) leitet daraus ab, dass die Geltendmachung einer solchen Nichtigkeit nicht im Belieben der Parteien stehe, sondern von Amts wegen zu berücksichtigen sei.

⁵⁾ So noch OLG Köln NJW-RR 1990, 251; ggt aber schon die End-E BGH BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542. In neuerer Zeit jeglichen Entgeltsanspruch des Schwarzarbeiters verneinend aber LG Bonn NJW-RR 1991, 180; LG Mainz NJW-RR 1998, 48.

⁶⁾ Zur Entwicklung der Rsp Voß, Vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters (1993); Kern, Die zivilrechtliche Beurteilung von Schwarzarbeitsverträgen, Gernhuber-FS (1993) 191 ff und zuletzt Brunner, Der Werklohn des Schwarzarbeiters, JA 1999, 407 ff.

⁷⁾ BGH BGHZ 85, 39, 47 = NJW 1983, 109 (Baubetreuungsvertrag mit Festpreiszusage durch einen Baubetreuer ohne Befugnis); krit dazu Tiedtke, Baubetreuungsvertrag und Schwarzarbeit, NJW 1983, 713 ff; BGHZ 88, 240 = NJW 1984, 230 (Vertrag mit Unternehmen, das als Firma auftrat, aber nicht in die Handwerksrolle eingetragen war); BGHZ 89, 369 = NJW 1984, 1175 (Gültigkeit des Werkvertrags, wenn der Besteller die Schwarzarbeitereigenschaft des Partners nicht kennt).

⁸⁾ BGH BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542 (beiderseitige Kenntnis von der Schwarzarbeit). Krit dazu Tiedtke, Die gegenseitigen Ansprüche des Schwarzarbeiters und seines Auftraggebers, DB 1990, 2307 ff. Ggt allerdings die Rsp bei Verstoß gegen Vorbehaltsaufgaben der Freiberufler: BGH BGHZ 118, 142 = NJW 1992, 2021 (Prüfungsauftrag eines Wirtschaftsprüfers); LG Kiel NJW-RR 1995, 981 (Architektenkopplungsverbot). Zur Lösung im österreichischen Recht über einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung Iro, Zivilrechtliche Probleme bei Verträgen mit Schwarzarbeitern, JBl 1987, 1, 10f.

*) In diesem Heft abgedruckt unter der Nr 68.

¹⁾ Noch weiter ist der Begriff der Schattenwirtschaft, der alle wirtschaftlich bedeutsamen Aktivitäten umfasst, die nicht über den Markt abgewickelt werden, ohne dass ein Gesetzesverstoß gegeben sein muss. Dazu zählt etwa auch der gesamte Bereich der Haushalts- und Pflegedienstleistungen.

²⁾ Mathes, Schattenwirtschaft und Steuerhinterziehung, SWK 1997, T 53. Ähnlich die Entwicklung in der Schweiz und in Deutschland. Vgl dazu ausführlich Schönfelder, Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft im Baugewerbe (1999) 46.

³⁾ Krejci in Rummel, ABGB² § 879 Rdz 166, 168; weitere Nachweise unter Punkt IV) A) 1) a).

de
de
jeg

in
wé
ge
Sc
fac
sch
be
Da
ch
Er
lic
ter
bi

hä
fre
be
sch
füll
ge
Be
Bu
ne

ihu
da
ze
nu
rü
füll
de
Na
gr:

Sc
ve
nic
be

tur
At
we
des

He
ruf
da
rür
blc
En
sch
19:

Ju:

15:

im
be:

45

den hätte müssen. Auch gebiete der Präventionszweck des Schwarzarbeitsgesetzes nicht, dem Schwarzarbeiter jeglichen Entgeltsanspruch zu versagen.⁹⁾

Bei der Bemessung des Bereicherungsanspruchs wird in Anschlag gebracht, dass dem Auftraggeber keine Gewährleistungsansprüche zustehen, weshalb das Entgelt geringer auszufallen hat. Dazu kommt, dass die vom Schwarzarbeiter erbrachte Leistung mitunter weniger fachgerecht ausgeführt wird, sodass ein Pfuscherabschlag berechtigt ist.¹⁰⁾ Zumeist sind diese Umstände beim vereinbarten Entgelt aber schon berücksichtigt.¹¹⁾ Da der Schwarzarbeiter keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abführt, kann er seine Leistung bei Erzielung eines gleich hohen Gewinns zu einem wesentlich günstigeren Entgelt anbieten. Es verbleibt ihm unter dem Strich nicht weniger als dem gewerblichen Anbieter, im Regelfall sogar mehr.

Was den Schwarzarbeiter im deutschen Recht freilich häufig davon abhält, seinen Entgeltsanspruch mangels freiwilliger (Gegen-)Leistung gegen seinen Auftraggeber gerichtlich durchzusetzen, das ist eine überaus scharfe verwaltungsstrafrechtliche Sanktion, die dazu führt, dass er bei gerichtlicher Durchsetzung seines Entgeltsanspruchs und dem damit Hand in Hand gehenden Bekanntwerden der Schwarzarbeit mit so erheblichen Bußen rechnen muss, dass es in seinem Vermögen zu einem negativen Saldo kommt.¹²⁾

Als Druckmittel gegenüber dem Auftraggeber steht ihm somit in aller Regel lediglich die Androhung offen, dass er seinen offenen Anspruch gerichtlich durchsetzen kann. Der Auftraggeber muss dann nämlich nicht nur das geschuldete Entgelt an ihn leisten, sondern darüber hinaus eine empfindliche Buße an den Staat abführen. Auch dieser muss also bluten. Bei Offenlegung der wahren Verhältnisse verlieren also beide. Der Nachteil für den Auftraggeber ist aber womöglich noch gravierender als für den Schwarzarbeiter.

C. Abgrenzung zur zulässigen Nachbarschaftshilfe

Der Begriff Schwarzarbeit ist negativ besetzt. Schwarzarbeit ist verboten. Der Gegenbegriff mit positivem Image ist der der Nachbarschaftshilfe. Diese ist nicht nur erlaubt, sondern sogar erwünscht.¹³⁾ Es gibt dabei durchaus fließende Übergänge.¹⁴⁾ Auch im konkre-

⁹⁾ Köhler, Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz, JZ 1990, 466, 468f.

¹⁰⁾ BGH BGHZ 85, 39, 48; OLG Düsseldorf NJW 1993, 884: Abschlag 15%; Brunner, JA 1999, 407, 417: Abschlag 20%, jeweils für Bauleistungen unter Berücksichtigung des weit unter den branchenüblichen Einheitspreisen liegenden Entgelts.

¹¹⁾ Vgl. OGH JBl 1968, 366: Ohne Berufsbefugnis wird ein Honorar in Höhe von 60% des Tarifs der entsprechenden Berufsgruppe (Architekten) für angemessen angesehen. Ähnlich das BGH in der E OGH 28. 7. 1998, 1 Ob 308/97, das nach Zurücklegen der Berufsbefugnis einem Wirtschaftstreuhänder bloß 30% des sich aus dem einschlägigen Tarif ergebenden Entgelts zusprach. Zu dieser E Iro, Honoraranspruch des Wirtschaftstreuhänders nach Verzicht auf die Berufsbefugnis, RdW 1998, 653.

¹²⁾ Kern, Der geprellte Schwarzarbeiter – BGHZ 111, 308, JuS 1993, 193.

¹³⁾ So auch die EBRV zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 1587 Blg StenProt NR. XX. GP, 5.

¹⁴⁾ So auch Mayer, Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, in: Mayer (Hrsg.), Schwarzarbeit: Pfuscht der Gesetzgeber? (1999) 1, 3.

ten Sachverhalt hat der Geschädigte nicht eine Liquiditätseinbuße behauptet. Vielmehr hat er darauf verwiesen, dass ihm dadurch Gegenleistungen anderer Freizeitbastler entgangen seien.¹⁵⁾ Er hat somit nicht behauptet, an der Ausübung von Schwarzarbeit gehindert worden zu sein, sondern dass ihm Nachbarschaftshilfe entgangen sei bzw. er die Gegenleistung für die ansonsten erhaltene Nachbarschaftshilfe nicht erbringen konnte.

Der VwGH¹⁶⁾ nimmt freilich eine solche – zulässige – Nachbarschaftshilfe nur bis zu einem sehr geringen Schwellwert an, der im konkreten Fall¹⁷⁾ gewiss überschritten worden ist, weil die Absicht gegenseitiger Hilfeleistung in Form eines Leistungsaustausches evident ist und es nicht um Bagatellbeträge geht.¹⁸⁾

II. Unterschiedliche Judikatur zum Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters in Österreich und Deutschland

Ungeachtet der gewandelten Sicht des BGH zum Entgeltsanspruch des Schwarzarbeiters gegen seinen Auftraggeber hat die deutsche Rsp¹⁹⁾ – im Gegensatz zur vorliegenden E des OGH – im Fall der fremdverschuldeten Verletzung des Schwarzarbeiters einen Erwerbsschaden bisher strikt abgelehnt.²⁰⁾ Wenn zwei so verwandte Rechtsordnungen einen solchen Sachverhalt derart diametral beurteilen,²¹⁾ ist dies Anlass genug, sich mit den Gründen näher zu beschäftigen.

¹⁵⁾ Ebenso in der E OGH ZVR 1989/136 bei einem Anspruch nach § 1327 ABGB. Der OGH sah solche Vermögensvorteile im Rahmen des Unterhaltensersatzes als entschädigungspflichtig an.

¹⁶⁾ RdW 1984, 142, wobei es um einen ganz ähnlich gelagerten Sachverhalt ging, bei dem behauptet wurde, dass von zwei Nachbarn jeder seine Doppelhaushälfte unter Mitwirkung des anderen errichtet hätte. Der VwGH verhängte eine Geldstrafe im Ausmaß von öS 16.000.–.

¹⁷⁾ Geltend gemacht wurde ein Ausfall für einen Zeitraum von 15 Wochenenden von öS 75.000.–, wobei behauptet wurde, dass der Verletzte an 30 bis 40 Wochenenden pro Jahr gepuscht hätte.

¹⁸⁾ Ähnlich LG Mainz NJW-RR 1998, 48, wo es um einen Betrag in eben dieser Größenordnung ging.

¹⁹⁾ OLG Köln VersR 1969, 382 (zu § 844 Abs 2 BGB, der dem § 1327 ABGB entspricht); BGH BGHR BGB § 252 S. 2 – Verdienstentgang 1; LG Karlsruhe NJW 1975, 1420; LG Kassel VersR 1979, 240; LG Zweibrücken ZfS 1983, 229; LG Oldenburg NJW-RR 1988, 1496. AA aber BGH VersR 1967, 1068. Vgl. auch BGH NJW 1994, 851: Zuerkennung eines Erwerbsschadens an eine in mehreren Haushalten jeweils geringfügig beschäftigte Putzhilfe, bei der jede einzelne Tätigkeit mangels Erreichens der Erheblichkeitsschwelle nicht der Meldepflicht gegenüber dem Sozialversicherungsträger unterlegen wäre, deren Tätigkeiten zusammen aber meldepflichtig waren. Im Unterschied zu Schwarzarbeitsverträgen handelte es sich insoweit um eine erlaubte Tätigkeit, für die keine Berufsbefugnis oder Gewerbeberechtigung erforderlich war. Auf die Frage, wie sich die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge auf die Höhe des Erwerbsschadens ausgewirkt haben, ging der BGH nicht ein.

²⁰⁾ Ebenso die überwiegende Lit: Lange, Schadensersatz² (1989) 351; Palandt⁵⁹/Heinrichs § 252 Rdz 3; Staudinger¹³/Schiemann § 252 Rdz 10 unter Hinweis auf den Grundsatz „turpitudinem suam allegans nemo auditur“, der sich in den Motiven zum BGB und in den Digesten findet. AA allerdings MüKo³/Grunsky § 252 Rdz 4.

²¹⁾ Weitere rechtsvergleichende Nachw bei Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 333 ff; Gründig, Schadensersatz für den Verlust von Einnahmen aus gesetzwidrigem

In einem ersten Schritt soll geprüft werden, in welcher Höhe dem Verletzten eine **Vermögenseinbuße** entstanden ist. In dem daran anschließenden zweiten soll der Frage nachgegangen werden, ob **rechtliche Wertungen** dagegen sprechen, einen Ersatzbetrag für die entstandene Vermögensdifferenz gar nicht oder bloß in eingeschränktem Umfang zuzuerkennen.

III. Ausgangspunkte für die Bemessung des Erwerbsschadens

A. Verletzungsbedingte Vereitelung einer wirtschaftlich werthaltigen Tätigkeit: am Markt nur gegen Entgelt zu bekommen

Der Geschädigte wurde infolge der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung an einer wirtschaftlich werthaltigen Tätigkeit gehindert, somit an einer solchen, für die am Markt ein Entgelt zu entrichten ist. Das ist für die Bejahung eines Erwerbsschadens notwendig, aber auch hinreichend. Ob es sich um eine ethisch oder volkswirtschaftlich wertvolle Betätigung der Arbeitskraft handelt, darauf kommt es für die Qualifikation als Erwerbsschaden nach § 1325 ABGB nicht an.²²⁾

B. Vermögenszuwachs nach voraussichtlicher tatsächlicher Entwicklung – Ausgleichsprinzip: vermögensmäßiger Zustand wie ohne schädigendes Ereignis

1. Prognose

Das Schadenersatzrecht wird vom Ausgleichsprinzip beherrscht.²³⁾ Durch die Schadenersatzleistung soll der Geschädigte vermögensmäßig so gestellt werden, als ob das schädigende Ereignis nicht passiert wäre. Die durch das Schadensereignis gerissene Lücke in seinem Vermögen soll aufgefüllt werden. Durch die Schadenersatzleistung soll der Geschädigte nicht ärmer, aber auch nicht reicher werden als ohne schädigendes Ereignis.

Da es sich um die künftige Entwicklung handelt, kann nicht volle Sicherheit verlangt werden. Es gilt ein herabgesetztes Beweismaß.²⁴⁾ Immerhin könnte stutzig machen, dass im Sachverhalt die Rede ist von **praktisch jedem Wochenende im Sommer**, dann auf den Zeitraum ab etwa April verwiesen wird und schlussendlich 30–40 Wochenenden zugrunde gelegt werden. Selbst bei sehr extensiver Auslegung des Sommers umfasst dieser eine deutlich kürzere Zeit. Es wäre somit zu untersuchen gewesen, ob der verletzungsbedingte Ausfall in der Tat den gesamten behaupteten Zeitraum von 15 Wochen

oder sittenwidrigem Tun (1995); *Vespermann*, Schadenersatz bei Beeinträchtigung rechts- oder sittenwidriger Interessen im deutschen und französischen Recht (1996); zum deutschen Recht weiters *Halfpap*, Der entgangene Gewinn – Dogmatik und Anwendung des § 252 BGB (1998) 240 ff.

²²⁾ OGH SZ 54/70 = JBl 1982, 152 = ZVR 1982/331; BGH BGHZ 67, 119 = NJW 1976, 1883 = JZ 1977, 173 (*Stürmer*) = JR 1977, 104 (*Lindacher*).

²³⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz I/13.

²⁴⁾ Im deutschen Recht kommt dies in § 252 S 2 BGB zum Ausdruck. Dazu umfassend H. *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß (1997).

umfasst hat.²⁵⁾ Zudem erscheint der angegebene Wochenendverdienst von öS 5000.– – für einen Pfuscher – durchaus stattdlich.

Der klägerische Rechtsanwalt befindet sich in Bezug auf die Darlegung des Erwerbsschadens in einer Zwickmühle: Um einen möglichst hohen Ersatzanspruch geltend zu machen, muss er behaupten, dass die Tätigkeit ohne Verletzung während eines längeren Zeitraums ausgeübt worden wäre. Dies führt aber dazu, dass nicht bloß eine einmalige, sondern eine auf Dauer angelegte Tätigkeit gegeben ist,²⁶⁾ wodurch der Tatbestand der Schwarzarbeit verwirklicht ist mit allen Folgen, die sich dämpfend auf die Höhe des Schadenersatzanspruchs auswirken, wie unter Punkt IV) B) noch näher auszuführen sein wird. Bleibt er unter dieser Erheblichkeitsschwelle, fällt der Ersatzanspruch von vorneherein geringer aus.

2. Vorteilsausgleichung

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Im Sachverhalt ist die Rede von einem Verdienstentgang infolge der Kündigung des Arbeitgebers. Es ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, ob dieser Vermögensnachteil dadurch entstand, dass die in der Folge angetretene Stelle als Arbeitnehmer geringer entlohnt war oder ob der Verletzte während eines gewissen Zeitraums gar keiner Arbeit nachging und bloß Arbeitslosenunterstützung bezog.

Sollte Letzteres der Fall sein, der Geschädigte trotz Brachliegens seiner wieder voll einsetzbaren Arbeitskraft vollen Verdienstentgang für den verlorenen Arbeitsplatz erhalten haben, wäre mE zu prüfen gewesen, ob der Geschädigte nicht in dieser Phase die zuvor vereitelten Tätigkeiten im Rahmen der Schwarzarbeit bzw Nachbarschaftshilfe hätte nachholen können.

Inwieweit eine solche Obliegenheit besteht, wird in der deutschen Literatur anhand der Fahrlehrerent des BGH²⁷⁾ diskutiert. Dieser lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Fahrlehrer konnte infolge einer vom Schädiger zu verantwortenden Beschädigung sein Fahrlehrerauto für 9 Arbeitstage nicht benutzen. Während dieses Zeitraums konnte er auch kein Ersatzfahrzeug anmieten. Als Folgeschaden ergab sich, dass er seine Arbeitskraft nicht verwerten konnte.

Obwohl der Fahrlehrer in der Folge ohnehin voll ausgelastet war – er gab Fahrunterricht von 6 Uhr 30 bis 20 Uhr – kam es nicht dazu, dass ihm Fahrstunden sei-

²⁵⁾ Vgl dazu BGH NJW 1986, 1486: Kein Erwerbsschaden für ein Einkommen aus einer Tätigkeit, die gegen die Arbeitszeitordnung verstoßen hat. Zust *Medicus*, EWIR § 252 BGB I/86, 451 unter Hinweis darauf, dass ein Verbotsgesetz in rechtspolitisch erwünschter Weise wirksamer wird, wenn die Position des gesetzwidrig Handelnden auch schadenersatzrechtlich ungeschützt bleibt. Zudem könnten übertriebene vom Kläger angestellte Schadensberechnungen ohne umständliche Beweisaufnahme darüber abgewehrt werden. Vorsichtiger *Buchner*, Schwarzarbeit und Rechtsordnung, GewArch 1990, 1 ff, 41, 45: „Die den Schädiger begünstigende Entscheidung entbehrt zweifellos nicht erheblicher Problematik.“ Er billigt in der Folge die Entscheidung des BGH und plädiert dafür, beim Erwerbsschaden eines Schwarzarbeiters ebenso zu entscheiden, allerdings ohne Zit der einschlägigen Vorjudikatur dazu sowie der Ann von *Medicus* zur referierten BGH-E.

²⁶⁾ Zur Abgrenzung zwischen einmaliger und auf Dauer angelegter Tätigkeit OLG Stuttgart NJW 1987, 2385.

²⁷⁾ BGHZ 55, 329 (insoweit bloß Teilabdruck) = VersR 1971, 544 = NJW 1971, 836 = LM § 249 (A) Nr 28 (*Nußgens*) = JR 1971, 370 (*Lieb*).

ne
ric
zu
ch
Fa
ku
m
di
ra
ga
se
fe
G
Fa
zu
D
ge
sc
m
at
N
et
ge
le
te
sit
vo
te
ne
zu
ei
ne
be
in
da
sc
ni
de
ol
sp
A
ni
de
da
w
da
A
V
ve
bl
te
w
F
lu
—
er
§
fa
di

ner Kunden, denen er während der 9 Tage Fahrunterricht erteilen wollte, verloren gingen. Dies dürfte darauf zurückzuführen gewesen sein, dass er entweder am Wochenende zusätzlich Fahrunterricht erteilte oder er den Fahrunterricht der künftigen Kunden etwas in die Zukunft verschieben konnte, in dieser späteren Phase somit keine 100%ige Auslastung gegeben war. Während die ersten beiden Instanzen vollen Ersatz für den Zeitraum der 9 Arbeitstage zusprachen, weil eine überobligationsgemäße Anstrengung des Geschädigten gegeben sei, verwies der BGH an das Untergericht zurück, um festzustellen, in welchem Zeitraum eine Aufholung zur Gänze oder immerhin zum Teil zumutbar war.

Die heute hM²⁸⁾ zu dieser E nimmt an, dass dem Fahrlehrer in gewissem Ausmaß eine Nachholung wohl zumutbar gewesen sei, somit ihm bei Nachholung „nach Dienstschluss“ zwar nicht der ohne Nachholung entgangene Gewinn gebühre, wohl aber eine Überstundenentschädigung. Wird eine solche Obliegenheit angenommen, dann ist der Schadenersatzanspruch entsprechend auch dann zu kürzen bzw zu versagen, wenn eine solche Nachholung unterbleibt. *Wettich*²⁹⁾ vertritt in einer soeben erschienenen Dissertation zum Fahrlehrerfall eine gegenteilige Ansicht, die einen Ersatzanspruch in vollem Umfang bejaht, weil dem Fahrlehrer nicht zuzumuten sei, zu Gunsten des Ersatzpflichtigen eine Umdisposition seiner folgenden Geschäfte bzw seiner Freizeit vorzunehmen.

Selbst wenn man dieser neuesten Ansicht folgen sollte, gibt es gute Argumente, den vom OGH entschiedenen Fall des Erwerbsschadens des Pfuschers gegenteilig zu beurteilen. Sollte es zutreffen, dass der Pfuscher für einen gewissen Zeitraum für seine Tätigkeit als Arbeitnehmer Verdienstausschlag bekommt, obwohl seine Arbeitskraft wieder hergestellt ist, sind seine Kapazitäten in dieser Phase gerade nicht voll ausgelastet. Wenn er daher in diesem Zeitraum im Rahmen der Nachbarschaftshilfe nachholt, was er während der Verletzung nicht erledigen konnte, liegt mE eher eine Betätigung der Arbeitskraft im Rahmen der Schadensminderungsobliegenheit vor als eine überobligationsgemäße Anspannung seiner Kräfte. Sofern eine Nachholung solcher Arbeiten möglich ist, ist nicht einzusehen, wieso dies nicht zumutbar sein sollte,³⁰⁾ ist doch der Zeitraum, um den es geht, ein relativ kurzer (15 Wochen). Dies führt dazu, dass aus Gründen der Vorteilsausgleichung insoweit das Vorliegen eines Schadens zu **verneinen** wäre.

Dagegen kann man auch nicht ins Treffen führen, dass dem Geschädigten nicht eine Obliegenheit zur Ausübung von Schwarzarbeit auferlegt werden kann. Vielmehr geht es darum, dass er selbst für solche Ersatz verlangt, diese aber nicht endgültig vereitelt, sondern bloß geringfügig zeitlich verschoben wurde.

Selbst wenn man einen Erwerbsschaden des Verletzten trotz dieser Bedenken in vollem Umfang bejahen würde oder der Sachverhalt so gelagert war, dass in der Folge ein größerer zeitlicher Freiraum für die Nachholung von Schwarzarbeiten nicht zur Verfügung stand,

²⁸⁾ *Staudinger/Schiemann* § 249 Rdz 146; *Lange*, Schadensersatz 512 FN 137; *Lieb*, JR 1971, 373; *Nüßgens*, Anm zu LM § 249 (A) Nr 28.

²⁹⁾ Die überobligationsgemäße Abwehr des Verdienstausschlags (1999) 113 ff unter Hinweis auf die Unterscheidung zwischen Schadensabwehr und Schadensbeseitigung.

³⁰⁾ IdS wohl auch *Staudinger/Schiemann* § 254 Rdz 84.

stellt sich die Frage, ob das auf rein **tatsächlicher** Ebene erzielte Ergebnis, nämlich der Entgang von öS 75.000.– bzw die diesem Betrag entsprechenden Gegenleistungen im Rahmen der „Nachbarschaftshilfe“, auf Grund **rechtlicher Wertungen** zu korrigieren ist.

IV. Korrektur auf Grund rechtlicher Wertungen

A. Die Position des OGH

1. Die vom OGH herangezogenen Vorentscheidungen

Der OGH stützt sein Ergebnis durch eine Kette von Vorentscheidungen ab, sodass der Eindruck einer ständigen Judikatur entstehen könnte, an die sich diese E als letztes Glied anfügt. Bei näherer Betrachtung trifft dies indes nicht zu, weil nur eine einzige E wirklich einschlägig ist.

a) Anspruch auf die Gegenleistung nach Erbringung der Hauptleistung

In den E SZ 9/27, JBl 1954, 591 und JBl 1968, 366 ging es um einen Entgeltsanspruch desjenigen, der seine Leistung erbracht hatte, gegen den Vertragspartner, mag das Zustandekommen eines Vertrags wegen Fehlens der Berufsbefähigung auch zweifelhaft gewesen sein. In all diesen Fällen trägt der Gedanke, den die deutsche Rsp bei Schwarzarbeitsverträgen trotz Annahme von deren Nichtigkeit nunmehr für ausschlaggebend ansieht: Der Empfänger der Leistung ist in keiner Weise schutzwürdig, weshalb kein Grund gegeben ist, ihn ohne Entgeltspflicht in den Genuss der Leistung kommen zu lassen, wobei es für den **Umfang** bedeutsam sein mag, ob der Anspruch des die charakteristische Leistung Erbringenden auf die Gegenleistung auf Vertrag oder ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird.

In den Erwerbsschadensfällen geht es aber nicht um einen Interessenkonflikt zwischen zwei Vertragspartnern oder zumindest zwei Personen, die einen Leistungsaustausch wollten, sondern darum, ob beim Verletzten eine Vermögenseinbuße eingetreten ist, deren Ausgleich die Rechtsordnung auf Kosten des Schädigers billigt. Die Leistungserbringung des Schwarzarbeiters ist gerade nicht erfolgt, sodass die Interessenwertung jedenfalls eine andere sein könnte.³¹⁾ Bei der Berechnung des Erwerbsschadens zu berücksichtigen sind aber zusätzliche Sanktionen wie die Verhängung von Verwaltungsstrafen sowie die Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, die bei einer Schadenersatzleistung nicht oder nur zum Teil anfallen.

b) Zulässigkeit der Verwendung des Unterhalts, der aus verbotenen Geschäften erwirtschaftet wurde

Der OGH beruft sich weiters auf die E JBl 1956, 153, in der es freilich nicht um einen Erwerbsschaden, sondern um einen Unterhaltersatzanspruch nach Tötung

³¹⁾ Vgl dazu OGH SZ 62/123: Aus dem Umstand, dass der Prostituierten im Verletzungsfall ein Erwerbsschaden zugestanden wird, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Prostitutionsvertrag als solcher wirksam ist wie umgekehrt der Umstand, dass kein durchsetzbarer vertraglicher Anspruch besteht, nicht notwendig zum Ausschluss der Schadensliquidation führt. So *Stürmer*, JZ 1977, 176.

gem § 1327 ABGB ging. Es stellte sich die Frage, ob das vom getöteten Unterhaltsschuldner aus einer Nebentätigkeit erzielte Einkommen in die Bemessungsgrundlage für den Unterhaltersatzanspruch der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger einzubeziehen ist. Wenn der OGH wie in anderen solchen E³²⁾ darauf verweist, dass aus der Sicht des Getöteten „die Verwendung der aus dieser Tätigkeit erzielten Mittel für den Unterhalt seiner Angehörigen weder strafbar noch verboten“ war, so ist mit *F. Bydliniski*³³⁾ darauf zu verweisen: „Das trifft nicht den Kern des Problems, den unerlaubten Vorteil als solchen.“

Wenn *F. Bydliniski*³⁴⁾ unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung und das Versorgungsprinzip für das vom OGH erzielte Ergebnis selbst bei Einkünften aus **kriminellem** Verhalten gleichwohl Sympathie bekundet, so ist dem nicht zu folgen.³⁵⁾ Einerseits ist fraglich, ob der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB überhaupt objektiv-abstrakt berechnet werden kann. Andererseits müssen sich die Unterhaltsgläubiger das Verhalten des Getöteten in jeder Hinsicht zurechnen lassen. Wie bedürftig sie auch immer sein mögen, ein Unterhaltersatzanspruch als Ausschnitt des Erwerbsschadens gebührt nur dann, wenn der Getötete im Verletzungsfalle einen Verdienstentgang geltend machen hätte können.³⁶⁾ Nur in Bezug auf diese Vorfrage ist die E JBl 1956, 153 einschlägig. Damit setzt sie sich freilich in keiner Weise auseinander.³⁷⁾

c) Verletzungsbedingt vereitelte künftiger Erwerb

(i) Verletzung einer Prostituierten

Der OGH³⁸⁾ hat bei Verletzung einer Prostituierten einen Erwerbsschaden ungeachtet des Umstands be-

³²⁾ OGH ZVR 1957/220; ZVR 1978/293.

³³⁾ Unerlaubte Vorteile als Schaden, *Deutsch-FS* (1999) 63, 64 FN 8.

³⁴⁾ *Deutsch-FS* (1999) 63, 75f FN 40.

³⁵⁾ *Stoll*, Haftungsfolgen 339.

³⁶⁾ *Stoll*, Haftungsfolgen 333.

³⁷⁾ Mit *Hoyer* (Anm zu OGH JBl 1970, 147, 150f) ist darauf abzustellen, ob der Getötete ein Einkommen aus solchem Erwerb auch nachhaltig erzielen hätte können. Einerseits ist es wenig wahrscheinlich, dass er bei kriminellern Erwerb nicht irgendeinmal erwischt worden wäre. Andererseits muss es aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung zu Lasten der Unterhaltsgläubiger ausschlagen, dass diese sich nicht auf einen Erwerb aus kriminellern Verhalten des Unterhaltsschuldners berufen können, wäre ihr Unterhaltsschuldner auch der perfekte Verbrecher gewesen, dem zu Lebzeiten seine Untaten nicht nachweisbar gewesen wären.

Und dies hat rein gar nichts damit zu tun, dass sie sich selbst nicht strafgesetzwidrig verhalten haben; allein es schlägt gerade so zu ihrem Nachteil aus, als ob den Getöteten beim Unfall, der ihm das Leben gekostet hat, ein Mitverschulden getroffen hätte oder seine Einkommensquelle in weiterer Folge auch bei seinem Fortleben versiegt wäre. Zu prüfen ist dann lediglich, ob der Getötete irgend eine andere Tätigkeit aufgenommen und mit den Einkünften daraus die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger alimentiert hätte, wenn er dazu noch in der Lage gewesen wäre, was nicht der Fall ist, wenn er im Gefängnis gesessen wäre.

³⁸⁾ SZ 54/70 = JBl 1982, 152 = ZVR 1982/331; ebenso der schweizerische BGH BGE 111 II 295; aA BGH BGHZ 67, 119 = NJW 1976, 1883 = JZ 1977, 173 (*Stürner*) = JR 1977, 104 (*Lindacher*), wonach ein Erwerbsschaden nur im Ausmaß der Sozialhilfe bestehe, weil es nicht angehe, dass die Dirne im Verletzungsfalle qua Sozialhilfe durch die Allgemeinheit alimentiert werde, weil in Bezug auf die Tragung des Vermögensnachteils der Schädiger näher daran sei. Gegen den Zuspruch

jaht, dass über die von der Prostituierten erbrachte Leistung kein rechtswirksamer gegenseitiger Vertrag geschlossen werden kann. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich vom Erwerbsschaden eines Schwarzarbeiters freilich dadurch, dass jedenfalls die registrierte Prostituierte keine durch die Sanktion von Verwaltungsstrafen verbotene Tätigkeit ausübt. In durchaus folgerichtiger Beobachtung der faktischen Gepflogenheiten sprach der OGH aus, dass bei solchen Austauschbeziehungen Vorkasse üblich sei, die Prostituierte somit ohne Verletzung die entsprechenden Beträge ins Verdienen gebracht hätte. Die Prostituierten-E belegt denn auch deutlich, dass die Zuerkennung eines Erwerbsschadens nicht vom Kriterium der Durchsetzbarkeit des Anspruchs gegen den Vertragspartner abhängig ist.³⁹⁾ *Stürner*⁴⁰⁾ drückt dies denn auch prägnant in der Weise aus, dass es einen Unterschied mache, ob die Rechtsordnung einem geplanten Leistungsaustausch den Rechtsschutz versage oder einen freiwilligen Leistungsaustausch verbiete. Bei der Prostitution ist nur ersteres gegeben.

(ii) Verstoß gegen die Gewerbeordnung – gleichwohl zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrags

Von den in der E zitierten VorE ist die einzig wirklich einschlägige die E RZ 1976/79. In dieser ging es um einen Regressanspruch eines Sozialversicherungsträgers nach § 332 ASVG, also darum, ob der Sozialversicherungsträger den auf ihn im Weg der Legalzession übergegangen Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters geltend machen konnte.

Zum eigentlichen Problem nimmt der OGH freilich abermals nicht Stellung. Er bejaht die Nachhaltigkeit des aus Maler- und Anstreicherarbeiten im Pfusch erzielten Einkommens, weil der Verletzte ein „tüchtiger und fleißiger“ Arbeiter war.⁴¹⁾ Er bezieht sich in der Folge auf eben die Judikate, die auch in der zu besprechenden E zitiert werden, nämlich zum Entgeltsanspruch gegen den Vertragspartner (SZ 9/27; JBl 1954, 591, JBl 1968, 366) und zum Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB (JBl 1956, 153), die aber – wie dargelegt – gar nicht oder nur bedingt einschlägig sind. Schließlich wird auf die sachliche Kongruenz der Verehrtenrente eingegangen.⁴²⁾

jeglichen Erwerbsschadens *Staudinger/Schiemann* § 252 Rdz 15; *Born*, Entgangener Dinenlohn als erstattungsfähiger Erwerbsschaden? *VersR* 1977, 118ff; für vollen Zuspruch wie im österr und schweizerischen Recht *MüKo/Grunsky* § 252 Rdz 5.

³⁹⁾ So auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 8/36; *MüKo/Grunsky* § 252 Rdz 5; *Stürner*, JZ 1977, 173f; aA *Staudinger/Schiemann* § 252 Rdz 17; noch restriktiver *Halfpap*, Der entgangene Gewinn 245: Versagung selbst dann, wenn die Vereinbarung zivilrechtlich wirksam ist, solange das Verhalten als solches gegen die Rechtsordnung verstößt.

⁴⁰⁾ JZ 1977, 176.

⁴¹⁾ Ebenso die Argumentation in OGH ZVR 1978/293, wo es um einen Anspruch nach § 1327 ABGB ging, ohne auf die grundsätzliche Frage einzugehen, ob es sachlich gerechtfertigt ist, in die Unterhaltsbemessungsgrundlage auch Einkünfte aus Pfscharbeit einzubeziehen.

⁴²⁾ Vgl auch BGH *VersR* 1967, 1068: Auch in dieser E war die Aufmerksamkeit des Gerichts so sehr auf die Frage der sachlichen Kongruenz der Sozialleistung in Bezug auf den Erwerbsschaden wegen Nebeneinkünften gerichtet, dass die Hauptfrage, ob bei Schwarzarbeit ein Erwerbsschaden überhaupt zustehe, ohne Erörterung stillschweigend bejaht worden ist.

2. Abstellen auf die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit des Gegenleistungsanspruchs – volle Stattgebung des Begehrens, Abgrenzung zu strafgesetzwidrig erzielten Vorteilen

Schlussendlich stellt der OGH darauf ab, ob der Anspruch nach erbrachter Leistung gegen den Vertragspartner im Klagsweg durchsetzbar ist. Da es sich „bloß“ um eine Verwaltungsübertretung handle, die die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrags nicht berühre, wird dem Begehren in vollem Umfang stattgegeben. Obiter dictum erfolgt eine Abgrenzung gegenüber dem Erwerb aus strafgesetzwidrigem Verhalten, bei dem genteillich zu entscheiden wäre.

B. Stellungnahme

1. Beschränkung auf das Zivilrecht oder Einheitlichkeit der Rechtsordnung

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Zivilgericht bei seiner E **bloß zivilrechtliche** Gesichtspunkte hat einfließen lassen. Über diesen engeren Bereich hinaus wurde lediglich geprüft, ob ein verwaltungsrechtliches Verbot zur Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrags führe. Da dies abgelehnt wurde, wurde daraus auf die **volle** schadenersatzrechtliche Ersatzfähigkeit geschlossen.

Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung⁴³⁾ muss mE darüber hinaus untersucht werden, wie sich die **verwaltungsstrafrechtliche** Sanktion auf die **Vermögensbilanz** des Verletzten ausgewirkt hätte. Darüber hinaus wäre zu prüfen gewesen, welche Auswirkungen das Verhalten des Verletzten im **Steuer- und Sozialversicherungsrecht** ausgelöst hätte.⁴⁴⁾

In Betracht kommen zwei Möglichkeiten der Berücksichtigung: Bei tatsächlicher Durchführung der Schwarzarbeit wäre nicht nur eine Gegenleistung zugeflossen, sondern es hätte sich auch ein Vermögensminus ergeben, das bei der Entschädigungsleistung des Ersatzpflichtigen nicht anfällt. Um eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, muss dieses Vermögensminus bei der Ermittlung des Ersatzbetrags in Abzug gebracht werden. Oder aber ein bestimmtes Vermögensminus fällt bei der Ersatzleistung ebenso an, wie es den Gewinn des Schwarzarbeiters bei tatsächlicher Durchführung vermindert hätte. Dann ist bei Festsetzung des Ersatzbetrags zwar kein Abzug vorzunehmen; es ist aber darauf zu achten, dass die dem Vermögensminus zugrunde liegende Verbindlichkeit vom Verletzten auch tatsächlich erfüllt wird.

2. Mitberücksichtigung strafrechtlicher Konsequenzen – Verbleiben eines Gewinns infolge Verfehlung der strafrechtlichen Präventionsfunktion zivilrechtlich zu akzeptieren

Die Anordnung von Verwaltungsstrafen hat ganz eindeutig den Zweck, ein bestimmtes Verhalten zu verhindern. Auch das Verwaltungsstrafrecht hat somit prä-

ventive Funktion.⁴⁵⁾ Wenn nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO die Höchststrafe öS 50.000.– beträgt, sodass demjenigen, der vorsätzlich und mit Wiederholungsabsicht dagegen verstößt, immer noch ein erheblicher Gewinn verbleibt, dann verfehlt das Verwaltungsstrafrecht ganz klar seine eigentliche Präventionsaufgabe, nämlich die Steuerung des Verhaltens der Bürger.⁴⁶⁾

Im deutschen Recht ergibt sich insoweit eine andere Rechtslage, als bei Schwarzarbeit nicht nur höhere Geldbußen drohen,⁴⁷⁾ sondern es darüber hinaus zu einer Gewinnabschöpfung gem § 17 Abs 4 OWiG⁴⁸⁾ kommt, wobei die Gewinnabschöpfung als Teil der Strafe angesehen wird. Diese soll so bemessen sein, dass die eigentliche Geldbuße diesen Betrag übersteigt.⁴⁹⁾ Als Gewinn wird dabei grundsätzlich das Entgelt⁵⁰⁾ verstanden, von dem aber Aufwendungen abzugsfähig sind.⁵¹⁾ Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft zählt nicht als solche Aufwendung⁵²⁾ und bleibt somit entschädigungslos, weil das entsprechende Vermögensäquivalent an den Staat abzuführen ist. Der vom Schädiger verletzte Schwarzarbeiter kommt schon deshalb nicht dazu, einen Erwerbsschaden darlegen zu können, weil seine Vermögensbilanz in jedem Fall einen **negativen** Saldo aufweist: Der Erwerbsschaden ist deckungsgleich mit der Gewinnabschöpfung; die eigentliche Geldbuße kommt noch dazu. Da somit kein positiver Saldo vorhanden ist, den er ersetzt verlangen könnte, gibt es auch keinen Ersatzanspruch. Zumindest insoweit greift § 17 Abs 4 OWiG.⁵³⁾

⁴⁵⁾ Zum Instrumentarium von Strafrecht und Schadenersatzrecht zur Erreichung präventiver Ziele vgl. *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999).

⁴⁶⁾ *F. Bydlinski* (Deutsch-FS [1999] 63, 80) misst wohl auch dem Schadenersatzrecht eine über die Ausgleichsfunktion hinausgehende Präventionsfunktion zu, sodass er bei Zugrundelegung dieser zu dem – vorläufigen – Ergebnis gelangt, dass bei Erzielung unerlaubter Vorteile die Versagung jeglichen Ersatzes konsequenter wäre. Als Vertreter eines beweglichen Systems ist für ihn der Präventionsgesichtspunkt aber bloß ein Aspekt unter mehreren, sodass er schlussendlich zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt. Zur Bedeutung der Prävention als Funktion des Schadenersatzrechts jüngst *Körner*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, 241 ff.

⁴⁷⁾ *Kern* (JuS 1993, 193) verweist darauf, dass bei einem offenen Entgeltsanspruch des Schwarzarbeiters von 20.505.– DM bei entsprechender Kenntnis des Vorliegens von Schwarzarbeit beide „Vertragspartner“ mit einer Bußgeldzahlung von jeweils 50.000.– DM zu rechnen haben. Demgegenüber beträgt die Höchststrafe in Österreich 50.000.– öS. Durch § 1 Abs 2 SchwarzarbeitsG vom 26. 7. 1994, BGBl I 1792 wurde der Bußgeldrahmen in Deutschland von 50.000.– auf 100.000.– DM angehoben. Es ist somit **14 mal** so hoch wie in Österreich.

⁴⁸⁾ Dazu ausführlich die soeben erschienene Monografie von *Müther*, Die Vorteilsabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht in § 17 Absatz 4 OWiG unter Berücksichtigung des deutschen und europäischen Kartellrechts (1999).

⁴⁹⁾ *Müther*, Vorteilsabschöpfung 26.

⁵⁰⁾ *Müther*, Vorteilsabschöpfung 53.

⁵¹⁾ *Müther*, Vorteilsabschöpfung 61 ff.

⁵²⁾ In anderem Zusammenhang ist dies umstritten, so bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 BGB (entspricht §§ 1036 f ABGB). Dazu *Erman/Ehman* § 683 Rdz 8; *Köhler*, Arbeitsleistungen als „Aufwendungen“? JZ 1985, 359 ff. Zum österr. Recht vgl. *Rummel* in *Rummel*, ABGB² § 1036 Rdz 4; § 1042 Rdz 1. *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB² §§ 1036–1040 Rdz 10; § 1042 Rdz 3; *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 196 f.

⁵³⁾ Zur Effizienz des SchwarzarbeitsG vgl. *Grünberger*, Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Änderung anderer Gesetze, NJW 1995, 14; 1992

Wenn sich das österr Verwaltungsstrafrecht – derzeit noch⁵⁴⁾ – mit weniger drakonischen Strafen begnügt und auf eine Gewinnabschöpfung verzichtet, ist das im Zivilrecht zweifellos zu respektieren. Das Kind soll aber auch nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden. Das bedeutet, dass das Zivilgericht sehr wohl berücksichtigen müsste, wie es sich auswirkte, dass bei Durchführung der Schwarzarbeit ohne Verletzung der Geschädigte nicht die volle Gegenleistung behalten könnte, weil er einen Teil in Form einer Geldbuße an den Staat abliefern müsste.⁵⁵⁾

Die Verteidigungslinie, dass er nicht erwischt worden wäre, ist ihm dabei nicht zuzugestehen, weil es sich insoweit um keine von der Rechtsordnung schützenswerte Position handelt. Da von der Verwaltungsbehörde eine Geldbuße nur bei tatsächlicher Schwarzarbeit verhängt wird, die Strafe im Verletzungsfall wegen Unterbleibens der Schwarzarbeit aber nicht anfällt, ist sie vom Zivilgericht bei der Ermittlung der Vermögenseinbuße in Abzug zu bringen.

3. Sozialversicherungsbeiträge

Wie die Strafe beim zuerkannten Schadenersatzanspruch für den Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters nicht anfällt, verhält es sich auch in Bezug auf die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Soweit eine solche Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsabgaben bei Durchführung der Arbeiten bestanden hätte, fällt diese nicht an, wenn die Arbeiten unterbleiben und stattdessen ein Ersatzbetrag vom Schädiger gezahlt wird.

Anders als die Strafe sind die vom Schwarzarbeiter bei Verrichtung der Schwarzarbeit gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge aber nicht notwendigerweise in Abzug zu bringen.⁵⁶⁾ Das hängt vielmehr

wurden an das Gewerbezentralregister 504 Bußgeldbescheide gegen Schwarzarbeiter und ihre Auftraggeber gemeldet; angesichts der Größe Deutschlands eine nicht wirklich imponierend hohe Zahl. Immerhin wurden 1988 Bußgelder in einer Höhe von 8.126.175 DM verhängt, so Köhler, JZ 1990, 466 FN 3.

⁵⁴⁾ Anders freilich § 12 der RV zum Schwarzarbeitsbekämpfungsg (1587 Bg StenProt NR. XX. GP), das ebenfalls eine Gewinnabschöpfung vorsieht. Eine solche Regelung ist zu befürworten, weil sich die Sanktion ohne Ermessensausübung des staatlichen Organs, das eine Strafe auszusprechen hat, nach dem gezogenen Vorteil richtet. Es geht allein darum, dass dieser – von einem Sachverständigen – möglichst präzise ermittelt – oder geschätzt wird. AA aber wohl Bachler, Ausgewählte Probleme der geplanten Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit in: Mayer (Hrsg), Schwarzarbeit: Pfuscht der Gesetzgeber? 15, 19f, der bezweifelt, dass in Bezug auf die Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils die RV über die lex lata hinausgeht. Zudem kritisiert er die mangelnde Determinierung der Sanktion. Zu Schwierigkeiten bei der Berechnung des Umfangs des abzuschöpfenden Gewinns im deutschen Recht Samwald, Die Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs 4 OWiG bei Verstößen gegen handwerks- oder gewerberechtliche Vorschriften, GewArch 1986, 84ff.

⁵⁵⁾ So auch bei einer privatrechtlichen Einstandspflicht gegenüber einem Dritten F. Bydliniski, Deutsch-FS (1999) 63, 83; Stoll, Haftungsfolgen 336.

⁵⁶⁾ Die Rsp (OGH SZ 33/50; ZVR 1984/90) macht die Ersatzfähigkeit hingegen davon abhängig, ob der Verletzte sich freiwillig weiter versichert, somit auch nach dem schädigenden Ereignis eine Liquiditätseinbuße ermittelbar ist. Diese Sichtweise greift aber zu kurz, weil insbesondere bei der Rentenversicherung fehlende Beiträge erst nach Jahren oder Jahrzehnten zu einer Einbuße führen können. Vgl dazu die E OGH RdA 1980, 27 (Koziol); JBl 1982, 389 = RdA 1983, 186 (P. Byd-

davon ab, ob der jeweilige Schwarzarbeiter durch die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen – zumindest zu einem späteren Zeitpunkt – ein Vermögensäquivalent erzielte oder nicht.⁵⁷⁾

Wenn das zu verneinen ist, die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen wie eine Abgabe wirkt, ist sie bei der Bemessung des Erwerbsschadens in der Weise zu berücksichtigen, dass vom Bruttobetrag ein Abzug vorzunehmen ist, um eine Bereicherung des Schwarzarbeiters zu verhindern. Das könnte insbesondere bei der Krankenversicherung so sein, wenn der Verletzte wegen seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer – wie im vorliegenden Fall – ohnehin bereits krankenversichert ist. Auch bei den Beiträgen zur Rentenversicherung haben die gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge bloß fiskalischen Charakter, wenn der Geschädigte entweder schon die Höchstbemessungsgrundlage erreicht hat oder aus anderen Gründen die zusätzliche Entrichtung von Rentenversicherungsbeiträgen nicht zu einer Steigerung seiner späteren Altersrente führt oder der Schwarzarbeiter schon eine Altersrente bezieht.

Sollte wegen der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen eine Verwaltungsstrafe verhängt werden, wäre ein solcher Betrag ebenso wie eine Verwaltungsstrafe nach der GewO bei der Schadensbemessung vorweg abzuziehen. Im Sachverhalt war die Geringfügigkeitsgrenze, bis zu der keine Sozialversicherungsbeiträge abzuführen sind, gewiss überschritten.

4. Einkommenssteuer, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer – Ersatzfähigkeit nur bei nachgewiesenem Anfall

In Bezug auf die Einkommenssteuer gilt anderes. Der Schwarzarbeiter wäre nicht nur verpflichtet, sein – schwarz – erzielt Einkommen zu versteuern. Entsprechendes gilt auch für das Einkommenssubstitut, den vom Schädiger zu leistenden Schadenersatzbetrag, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Rente oder einen einmaligen Betrag handelt. Es gilt das Prinzip des Nettoschadens, wonach der Geschädigte nach Entrichtung der Steuern ebenso stehen soll wie ohne schädigendes Ereignis.

Nach der hRsp,⁵⁸⁾ die von der Literatur unkritisch referiert wird,⁵⁹⁾ ist die (künftige) Pflicht zur Entrichtung von Einkommenssteuer ausreichend für die Entstehung der (gegenwärtigen) Schadenersatzpflicht, was zu dem immerhin bemerkenswerten und mit dem Ausgleichsprinzip kaum vereinbaren Ergebnis führt, dass der Schädiger in Bezug auf den Steuerschaden in Verzug gerät, noch ehe der Verletzte seine Steuerschuld gegen-

linski), in denen es darum ging, dass die Auswirkungen nicht entrichteter Sozialversicherungsbeiträge erst mehr als 30 Jahre später zu einer Einbuße bei der Altersrente führten und der OGH einen Schadenersatzanspruch wegen Ablaufs der 30-jährigen Verjährungsfrist nach § 1489 S 2 ABGB für verjährt ansah.

⁵⁷⁾ So bereits Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung² (1995) 379f. Verwiesen sei darauf, dass in den Lohnfortzahlungsfällen die Beiträge zur Sozialversicherung generell als Einkommensbestandteil angesehen werden. So OGH SZ 67/52 = JBl 1994, 684 = EvBl 1994/135 = ZVR 1994/88.

⁵⁸⁾ OGH SZ 60/67 = ZVR 1988/109 (Anspruch gemäß § 1327 ABGB); ZVR 1990/161; EFSig 78.537; eclex 1998, 689; ZVR 1998/122.

⁵⁹⁾ Koziol, Haftpflichtrecht II² (1994) 133; Harrer in Schwimann, ABGB² § 1325 Rdz 59; Apathy, EKHG § 13 Rdz 11.

über dem Fiskus begleicht. Die Folgerichtigkeit dieser Judikatur kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.⁶⁰⁾

Da beim Schwarzarbeiter aber Grund zur Annahme besteht, dass er die Einkommenssteuer gerade nicht abführt,⁶¹⁾ wäre erwägenswert, den Ersatz des auf die Einkommenssteuer entfallenden Anteils bloß dann zuzuerkennen, wenn die Entrichtung der Einkommenssteuer nachgewiesen wird, die auf das fiktive aus Schwarzarbeit erzielte Einkommen entfällt. Für den Abzug der fiktiven Verwaltungsstrafe bei Ermittlung der Einkommenssteuerbemessungsgrundlage spricht, dass bei der Bemessung des Erwerbsschadens insoweit der Zufluss beim Geschädigten geringer ist. Dagegen könnte sprechen, dass Verwaltungsstrafen generell nicht von der Bemessungsgrundlage der Einkommenssteuer abgezogen werden können, würde doch dadurch der Verwaltungsstrafe ein Teil der Präventionswirkung genommen.⁶²⁾ Das ist aber eine Detailfrage, die an dieser Stelle nicht vertieft werden kann.

Die Zuerkennung der auf das Einkommen (aus Schwarzarbeit) entfallenden Einkommenssteuer in Abhängigkeit von der tatsächlichen Entrichtung⁶³⁾ hätte in der Schadenersatzdogmatik immerhin insoweit eine Entsprechung, als auch sonst bei Verzicht auf die Restitution durch Marktleistungen der Schaden bloß „netto“ abgerechnet werden kann.⁶⁴⁾

⁶⁰⁾ Hingewiesen sei immerhin darauf, dass uU gar keine Steuerpflicht entsteht, wenn der Verletzte im betreffenden Jahr ausgleichsfähige Verluste erzielt. Die Steuerpflicht kann aber auch sehr viel höher als veranschlagt ausfallen, wenn beträchtliche sonstige Einkünfte dazu führen, dass der Verletzte mit seinem Schadenersatzbetrag in eine höhere Progressionsstufe gerät. Diese extremen Unterschiede lassen sich bei einer endgültigen ex ante-Schätzung des Steuerschadens kaum vermeiden. Ersetzt wird damit nicht die jeweilige Einbuße des Geschädigten, sondern ein Durchschnittsbetrag, der bald mehr, bald weniger mit der wirklichen Vermögenslage des Geschädigten übereinstimmt.

⁶¹⁾ Das gilt umso mehr, wenn er eine Tätigkeit, bei der er erwischt werden könnte, gar nicht real ausübt, sondern dafür einen Ersatzbetrag erhält, wovon bloß er, der Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer Bescheid wissen.

⁶²⁾ W. Doralt, EStG³ (1997) § 4 Rdz 263. Vgl dazu weiters Tanzer, Die gewinnmindernde Abzugsfähigkeit von Geldstrafen im Abgabenrecht (1983); F. Bydlinski, Überwälzungsverbot für Vermögensstrafen und Strafverfahrenskosten, *Niederländer-FS* (1991) 243 ff. Vgl dazu § 4 Abs 5 S 1 Nr 8 dEStG, das eine Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe ausdrücklich untersagt, nachdem der BFH eine solche in der E DB 1984, 485 bejaht hatte.

⁶³⁾ So generell für das deutsche Recht Wussow/Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁶ (1996) Rdz 53; jedenfalls bei nicht voraussehbarer Abschätzung des künftigen Umfangs der Steuerpflicht OLG München VersR 1981, 169; OLG Oldenburg ZfS 1992, 82.

⁶⁴⁾ So besteht eine Tendenz der Rsp, beim Kfz-Sachschaden die fiktive MWSt zu versagen (dazu Reischauer in Rummel, ABGB² § 1323 Rdz 25; Harrer in Schwimann, ABGB² § 1323 Rdz 58; Apathy, EKHG § 16 Rdz 14, 15. Vgl auch die Diskussion in Deutschland zur Eindämmung fiktiver Kosten im geplanten 2. SchadensrechtsänderungsG. Dazu jüngst Greger, Nur zwei Worte – Ein Gesetzesvorschlag zur Eindämmung von Missständen bei der Schadensregulierung, NZV 2000, 1ff; Ch. Huber, Gedanken zum 2. SchadensrechtsänderungsG, DAR 2000, 20 ff. Im deutschen Recht ist es zudem hM, dass bei Verletzung und Tötung des Haushaltsführers sowie bei Betreuungsdienstleistungen bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht verlangt werden können. Vgl dazu Wussow/Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden Rdz 141; Lemcke, Die Be-

Ein weniger weitgehender Ansatz könnte darin bestehen, dem Geschädigten zwar den vollen Schadenersatzbetrag incl der ex ante geschätzten Einkommenssteuer zuzusprechen, dem Geschädigten aber die Pflicht aufzuerlegen, die widmungsgemäße Verwendung zur Begleichung der insoweit entstandenen Einkommenssteuerpflicht nachzuweisen. Mangels solchen Nachweises innerhalb angemessener Frist, also bis zum Abschluss der Veranlagung der betreffenden Periode, wäre der Betrag an den Ersatzpflichtigen zurückzuzahlen. Auch diese Vorgehensweise könnte auf bereits geläufige Strukturen im Schadenersatzrecht anknüpfen, als nämlich die Rsp anerkennt, dass Restitutionskosten nur insoweit gebühren, als die Restitution auch tatsächlich durchgeführt wird und für diese bloß ein Vorschuss begehrt werden kann, wie das etwa bei den Heilungskosten der Fall ist.⁶⁵⁾

Da sich der Sachverhalt 1992 ereignet hat, wären auch die Auswirkungen auf die Pflicht zur Entrichtung der GewSt zu untersuchen gewesen. Dem soll aber nicht weiter nachgegangen werden, weil diese Steuer 1994 in Österreich abgeschafft worden ist.

Sehr wohl zu berücksichtigen ist aber, dass der **Schadenersatzbetrag** keinesfalls der Umsatzsteuer zu unterwerfen ist,⁶⁶⁾ während das bei tatsächlicher Durchführung der Arbeiten bei Überschreiten der Höchstgrenzen sehr wohl der Fall gewesen wäre. Die bei tatsächlicher Durchführung zu entrichtende Umsatzsteuer ist somit bei der Bemessung des Ersatzbetrages vorweg abzuziehen.

Zu diesen Steuerposten kommt eine Finanzstrafe wegen Abgabenverkürzung, die W. Doralt⁶⁷⁾ auf 30% schätzt.

5. Abhilfe durch objektiv-abstrakte Schadensberechnung

F. Bydlinski hat in einer neueren Publikation⁶⁸⁾ darauf verwiesen, dass ein Erwerbsschaden bei Erzielung unerlaubter Vorteile durch Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung möglich sei. Als Anwendungsfall hat er dabei ausdrücklich auf die Schwarzarbeitsfälle verwiesen. Er schlägt vor, dass darauf abzustellen sei, welche Fähigkeiten eine konkrete Person habe und deren Fähigkeiten am Markt abstrakt zu bewerten seien, mit anderen Worten, was eine solche Person ins Verdienen bringen könnte, wenn sie einer von der Rechtsordnung gebilligten Erwerbstätigkeit nachgehen würde.⁶⁹⁾

Abgesehen davon, dass in jüngerer Zeit die Neigung des OGH, insbesondere unter dem Eindruck der Kommentie-

rechnung des Haushaltsführerschadens, in: *Himmelreich* (Hrsg), Jahrbuch Verkehrsrecht (1999) 122, 135, 164f. Pardey, Berechnung von Personenschäden (2000) Rdz 692.

⁶⁵⁾ OGH ZVR 1998/32 und dazu Ch. Huber, Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten – ein weiterer Meilenstein der Annäherung von Rechtsprechung und Lehre, ZVR 1998, 74 ff.

⁶⁶⁾ Koziol, Haftpflichtrecht I Rz 10/27; Achatz, Umsatzsteuer und Schadenersatz (1992) 8 ff; so auch die Rechtslage in Deutschland: MüKo/Grunsky § 252 Rdz 6; BGH NJW-RR 1992, 411.

⁶⁷⁾ Anm zu VwGH 28. 1. 1983, 81/04/0037, RdW 1984, 142.

⁶⁸⁾ *Deutsch-FS* (1999) 63, 75.

⁶⁹⁾ So auch Ofinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil I 292, § 6 Rdz 136 für das schweizerische Recht; ebenso für das deutsche Recht Stoll, Haftungsfolgen 341; krit dazu Halfpap, Der entgangene Gewinn 260.

rungen von *Harrer*⁷⁰⁾ und *Reischauer*,⁷¹⁾ den Erwerbsschaden objektiv-abstrakt zu berechnen,⁷²⁾ als gering zu veranschlagen ist, stehen einer solchen Bewertung in concreto weitere Hindernisse entgegen: Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung des Erwerbsschadens setzt bei der Arbeitskraft als solcher an, wie viel die des Verletzten wert ist, wäre er nicht verletzt worden. Es wird dabei eine möglichst abstrakte Berechnung vorgenommen.

Selbst die Anhänger einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung räumen ein, dass der Geschädigte sich zwischen einer objektiv-abstrakten und einer subjektiv-konkreten Schadensberechnung entscheiden muss und er sich nicht im Wege einer „Rosintheorie“ jeweils die für ihn vorteilhaften Detailergebnisse zu Nutzen machen kann.⁷³⁾ Im Sachverhalt der vorliegenden E wurde der Erwerbsschaden im Hauptberuf als Arbeitnehmer aber subjektiv-konkret berechnet. Damit ist eine Kumulierung eines zusätzlichen objektiv-abstrakt berechneten Erwerbsschadens für die Beeinträchtigung bei „Nebentätigkeiten“ unvereinbar.

Insofern unterscheidet sich dieser Sachverhalt vom Erwerbsschaden einer Prostituierten, die ihre Arbeits-

kraft ohne Verletzung zur Gänze zur Erzielung eines Einkommens aus sittenwidrigem Verhalten eingesetzt hätte, sodass insoweit die objektiv-abstrakte Schadensberechnung passend sein mag.

6. Resümee

Der dem ersten Anschein nach ganz grundsätzlichen Frage, ob einem Schwarzarbeiter ein Erwerbsschaden zusteht oder nicht, wird viel von ihrer Schärfe genommen, wenn man auf dem Boden der subjektiv-konkreten Schadensberechnung nur penibel genug **alle Vor- und Nachteile** gegenüberstellt. Dann wird von dem ohne Verletzung erzielten Einkommen relativ wenig übrig bleiben. *W. Doralt*⁷⁴⁾ beziffert das Risiko aus Steuernachzahlungen beim nebenberuflichen Pusch auf 80%, unter Einrechnung einer drohenden Verwaltungsstrafe auf rund 90%. Sollte der Gesetzgeber mit einer Verschärfung der Sanktionen bei Bekämpfung der Schwarzarbeit ernst machen, würde eine Vermögenseinbuße beim Geschädigten endgültig verschwinden und ein negativer Saldo sich ergeben, sodass weitere Überlegungen, ob einem Schwarzarbeiter ein Erwerbsschaden zusteht oder nicht, sich erübrigen. Eine Auseinandersetzung mit dem 2000 Jahre alten Satz „nemo turpitudinem suam allegans auditur“⁷⁵⁾ kann dann schon mangels Masse unterbleiben.

⁷⁰⁾ In *Schwimmann*, ABGB § 1323 Rdz 3; § 1325 Rdz 57.

⁷¹⁾ In *Rummel*, ABGB § 1323 Rdz 3; § 1325 Rdz 36.

⁷²⁾ Die Rechtsfigur der abstrakten Rente ist mit dem Ableben von dessen „Erfinder“ *Piegler* ebenfalls zu Grabe getragen worden. Für eine Erstreckung der §§ 1331 f ABGB auf den Erwerbsschaden aber zuletzt *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 2/59; *F. Bydlinski*, *Deutsch-FS* (1999) 63, 74.

⁷³⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 2/60 FN 177 unter Hinweis auf OGH RdW 1987, 49. Ebenso OGH ZVR 1985/11 = RdW 1997, 529 = *ecolex* 1997, 941.

⁷⁴⁾ RdW 1984, 142.

⁷⁵⁾ Zu diesem Satz *Niederländer*, *Nemo turpitudinem suam allegans auditur* – Ein rechtsvergleichender Versuch, *Gutzwiller-FS* (1959) 621 ff.

ZVR-Spruchbeilage 68–78

68

Verdienstentgang aus „Pfuscharbeiten“

§ 1325 ABGB: Auch Verdienstentgang des Verletzten aus „Pfuscharbeiten“ ist ersatzfähig, weil eine gegen die GewO verstößende Tätigkeit zwar unter (Verwaltungs-)Strafe sowie steuerrechtlichen Sanktionen steht, aber nicht – wie nach dem G zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der BRD – nichtig und damit auch grundsätzlich klagbar ist.

OGH 25. 3. 1999, 2 Ob 289/97g (OLG Wien 18. 6. 1997, 17 R 122/97d; LGZ Wien 14. 3. 1997, 6 Cg 75/93 ff. *)

Sachverhalt:

Der Kl wurde am 26. 4. 1992 als Beifahrer bei einem von seinem Bruder und VersN der bekl Partei verschuldeten Verkehrsunfall verletzt. Die Haftung der bekl Partei zu ¾ ist nicht mehr strittig. Streitgegenstand des RevVerfahrens bilden die Verdienstentgangsansprüche des Kl. Verdienst sei ihm einerseits auf Grund der unfallkausalen Kündigung durch seinen Dienstgeber, andererseits auch dadurch ent-

gangen, daß er „Pfuscharbeiten“ unfallsbedingt nicht durchführen habe können. Diese Ansprüche betrügen insgesamt S 283.041.–.

Im ersten Rechtsgang sprach das ErstG dem Kl unter Berücksichtigung seines Mitverschuldens von ¼ Schmerzensgeld im Ersatz für Pflegeleistungen und Besucherkosten sowie den Entgang jenes Verdienstes, der aus der unfallbedingten Kündigung des Kl resultierte, in Höhe von S 54.952.– (netto) zu und wies ein Mehrbegehren von S 329.795.– ab.

Das BerG bestätigte die Abweisung eines Betrags von S 101.703.– und hob das U hinsichtlich der Abweisung von S 228.089.– zur ergänzenden Verhandlung und E auf. Bei diesem Betrag handelte es sich um die Differenz zwischen dem begehrten Verdienstentgang von S 283.041.– und dem zugesprochenen von S 54.952.– netto. Das BerG vertrat die Rechtsansicht, daß kein Grund bestehe, den unfallkausalen Wegfall eines Arbeitseinkommens durch Pfuscharbeiten nicht als Entgang iSd § 1325 ABGB zu beurteilen. Es erachtete noch weitere Feststellungen für erforderlich.

Im zweiten Rechtsgang gab das ErstG dem restlichen Klagebegehren mit einem Teilbetrag von S 73.322.25 samt gestaffeltem Zinsenbegehren statt.

Es ging von nachstehenden Feststellungen aus:

Der Kl leistete alljährlich ab etwa April an den Wochenenden im Sommer verschiedene entgeltliche Arbeiten im Rahmen der Nachbarschaftshilfe. Während der Sommermonate war er praktisch an jedem Wochenende voll beschäftigt und „pfuschte“ an ca 30 bis 40 Wochenenden im Jahr. Pro Wochenende er-

*) Siehe hierzu auch den Besprechungsaufsatz von *Ch. Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, in diesem Heft S 290.

hielt er ca S 5000.-, wobei er dieses Geld zumeist jedoch nicht ausbezahlt bekam, sondern seine Arbeiten in Form von Gegengeschäften entlohnt wurden. Er hätte auf diese Weise Arbeiten für einen Installateur und einen Elektriker, die in seinem Haus arbeiten, Leistungen erbringen sollen. Er konnte unfallsbedingt im Jahr 1992 an zumindest 15 Wochenenden nicht „pfuschen“ gehen, war danach aber nicht mehr gehindert, Pfscharbeiten zu erbringen. Auf Grund der Kündigung durch den Dienstgeber erlitt der Kl einen Verdienstentgang von S 54.952,42 netto. Damit ihm dieser Betrag nach ordnungsgemäßer Versteuerung der Schadenersatzleistung netto tatsächlich verbleibt, muß diese Leistung brutto S 77.715.- betragen.

Rechtlich erörterte das ErstG, daß es an die Rechtsanschauung des BerG, wonach kein Grund bestehe, den unfallkausalen Wegfall von Einkünften aus Pfscharbeiten nicht als Entgang iSd § 1325 ABGB zu beurteilen, gebunden sei. Bei nicht versteuerten Einkünften aus unregelmäßigen Pfscharbeiten sei davon auszugehen, daß es sich grundsätzlich um die Vereinbarung eines Bruttolohns handle und es in solchen Fällen allein die Sache des Empfängers der Geldleistung sei, ob und wie er dies versteuere. Der Schaden des Kl aus dem unfallkausalen Wegfall seiner Einkünfte aus Pfscharbeiten betrage insgesamt S 75.000.-, wovon ihm unter Berücksichtigung des rk festgestellten Mitverschuldens noch ein Betrag von S 56.250.- zuzusprechen sei. Darüber hinaus sei ihm ein weiterer Betrag von S 17.072,25 zuzusprechen, weil die Berechnung im ersten Rechtsgang unrichtig erfolgt sei.

Das von der bekl Partei angerufene BerG bestätigte diese E und sprach aus, daß die o Rev nicht zulässig sei. Der unfallkausal Wegfall einer nebenberuflichen Tätigkeit sei Verdienstentgang. Dies ungeachtet eines allfälligen Verstoßes gegen die GewO oder vergleichbare Vorschriften, weil kein Grund bestehe, den unfallkausalen Wegfall eines derartigen Arbeitseinkommens nicht als Entgang iSd § 1325 ABGB zu beurteilen. Der Zuspruch eines weiteren Betrags von S 17.072,25 verstoße nicht gegen die Teilrechtskraft, weil über diesen Betrag noch nicht rk abgesprochen worden sei, sondern im aufgehenden Teil der E enthalten gewesen sei.

Die o Rev sei nicht zulässig, weil sich das BerG im Rahmen der Rsp des OGH bewegt habe.

Der OGH gab der ao Rev der bekl Partei nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev ist zulässig, weil jüngere Rsp zur Frage des Verdienstentgangs bei Pfsch bzw Schwarzarbeiten nicht besteht; sie ist aber nicht berechtigt.

Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO wird nur dann hergestellt, wenn a) die Fassung eines U so mangelhaft ist, daß dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann; b) das U mit sich selbst in Widerspruch steht; c) für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind. Nach der stRsp wird der Nichtigkeitsgrund nur durch den völligen Mangel der Gründe (Fall c), nicht jedoch durch eine mangelhafte Begründung gebildet. Ein völliger Mangel an Begründung liegt nur dann vor, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, daß sie sich nicht überprüfen läßt (vgl *Kodek in Rechberger* § 477 Rz 12 mwN). Die E des BerG ist aber ausreichend begründet, weshalb von einem mit dem genannten Nichtigkeitsgrund behafteten U nicht die Rede sei.

In der E SZ 9/27 wurde ausgeführt, daß die Zusage einer Entlohnung für eine bestimmte Tätigkeit nicht dadurch nichtig werde, daß diese gegen das Winkelschreiberverbot verstoße. Ein Verbotsgesetz ziehe die Nichtigkeit eines dagegen verstoßenden Geschäftes nur dann nach sich, wenn es eine „lex perfecta“ sei, also entweder diese Folge ausdrücklich im Fall ihrer Übertre-

tung ausspreche oder wenigstens ihr dem allgemeinen Interesse dienende rechtspolitische Zweck nur auf diesem Wege erreicht werden könne. Der Gesetzgeber wolle nicht zu tief in das Verkehrsleben eingreifen, seine Absicht gehe nicht selten dahin, nicht die durch das verbotene Geschäft eintretende Veränderung der Privatrechtssphäre der Beteiligten zu hindern, sondern die Handlung selbst als ein der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufendes Ereignis zu ahnden. Die die Winkelschreiberei betreffenden Gesetzesverordnungen enthielten weder eine ausdrückliche Nichtigerklärung der gegen sie verstoßenden Geschäfte; auch ihr Zweck erfordere die Nichtigerklärung nicht.

In der E JBI 1954, 591 wurde ausgesprochen, daß die Gültigkeit der Provisionsvereinbarung von der Gewerbeberechtigung des Vermittlers unabhängig sei. Der Zweck der gewerberechtlichen Norm, daß nur dazu befugte Personen mit Befähigungsnachweis die Tätigkeit als Handelsagent entfalten dürften, bestehe darin, allzu große Berufskonkurrenz und die Ausübung des Berufs durch ungeeignete Personen zu verhindern. Das Verbot, ohne Zulassung tätig zu werden, solle aber nicht die von unbefugten Personen getroffenen Vereinbarungen, die von anderen Personen in gleicher Weise hätten geschlossen werden können, rückgängig machen und damit dem Geschäftspartner des unberechtigten Vermittlers Vermögensvorteile verschaffen. Mangels einer ausdrücklichen Norm, die die Nichtigkeit der Geschäfte anordne, müßten die von unbefugten Personen geschlossenen Geschäfte als wirksam angesehen werden.

In der E JBI 1956, 153 wurde bei der Rentenbemessung nach § 1327 ABGB auch das Nebeneinkommen des Verunglückten aus einer ohne Gewerbeberechtigung ausgeübten Tätigkeit berücksichtigt. Der Zweck der Vorschriften der GewO erfordere nicht, Verträge zwischen einem zum Gewerbebetrieb nicht Befugten und seinen Kunden als nichtig zu behandeln. Selbst wenn eine Tätigkeit des Verunglückten gegen die GewO verstoßen habe, sei die Verwendung der aus dieser Tätigkeit erzielten Mittel für den Unterhalt seiner Angehörigen weder strafbar noch verboten.

Auch die E JBI 1968, 366 sprach aus, daß ein verbotswidriges Rechtsgeschäft nur dann nichtig sei, wenn der Zweck der Verbotsnorm dies verlange. Im konkreten Fall sei ein derartiges Verbot dem ZiviltechnikerG nicht zu entnehmen.

In der E RZ 1976/79 wurde ausgesprochen, daß das Nebeneinkommen aus Pfscharbeit bei Berechnung des Deckungsfonds des Sozialversicherungsträgers einzu beziehen sei. Da die Rsp den Anspruch auf Leistung eines Entgelts für eine Tätigkeit trotz allfälligen Verstoßes gegen die GewO oder vergleichbare Vorschriften anerkannt habe, bestehe kein Grund, den unfallkausalen Wegfall eines derartigen Arbeitseinkommens nicht als Entgang iSd § 1325 ABGB zu beurteilen.

Zu verweisen ist auch noch auf SZ 54/70, wonach auch der Verdienstentgang einer Prostituierten grundsätzlich als ersatzfähig angesehen wurde.

In der Lehre wird die Rsp kommentarlos zitiert (vgl *Reischauer in Rummel*² § 1325 Rz 24) bzw nicht ausdrücklich kommentiert (*Koziol, Haftpflichtrecht*², 130 ff; *Harrer in Schwimann*² § 1325 Rz 32 ff). *Koziol, Haftpflichtrecht*¹, Rz 8/36 verweist darauf, daß bei Schwarzarbeitsverträgen der entgangene Gewinn zu ersetzen sei, wenn der Geschädigte einen durchsetzbaren Anspruch erlangt hätte.

In der BRD ist nach dem G zur Bekämpfung der Schwarzarbeit v 30. 3. 1957 idF dBGBI 1982 I, 9 – anders als in Österreich – ein Vertrag zwischen dem, der die Schwarzarbeit übernimmt, und dem, der sie in Auftrag gibt, nichtig. Aus derartigen nichtigen Schwarzarbeitsverträgen entstehen keine Erfüllungs-, wohl aber Gewährleistungsansprüche. Dem folgend hat die Rsp ausgeführt, daß der unfallbedingte Verlust von Einnahmen aus solchen Schwarzarbeitsgeschäften nicht zur Herleitung von Schadenersatzansprüchen führen kann (Nachweise bei *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁴ Rz 1539; *Geigel*, Der Haftpflichtprozeß²², 4, Rz 104). Auch in der Lehre wurden der Frage, ob der Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) auch den Gewinn umfaßt, der nur durch rechtswidrige oder sittenwidrige Tätigkeit erzielt hätte werden können, ausführliche Untersuchungen gewidmet (*Stürner* in VersR 1976, 1012ff; *Mertens* in *Soergel/Siebert*, BGB Schuldrecht I § 252 BGB Rz 7; *Staudinger*, Kommentar zum BGB § 252 Rz 11; *Grunsky* in MünchKomm § 242 Rz 4, *Afff* im BGB-RGRK § 252 Rz 4; *Lange*, Schadenersatz² § 6 X 8). Dabei wird überwiegend die Meinung vertreten, daß bei Gewinnen aus unerlaubten Verträgen zu unterscheiden ist, ob das einschlägige Verbotsgesetz nicht nur die Vornahme des Rechtsgeschäfts, sondern auch dessen zivilrechtliche Wirkung nicht billigt. Gewinne, die entgegen gewerbepolizeilicher Vorschrift erzielt worden wären, seien ersatzpflichtig, weil dieser Umstand die zivilrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im allgemeinen nicht hindere (vgl *Lange*, Schadenersatz² § 6 X 8; *Staudinger* § 252 Rz 11; MünchKomm § 252 Rz 4; aA *Stürner*, VersR 1976, 1012).

Bei neuerlicher Prüfung der Frage der Ersatzfähigkeit des Verdienstentgangs aus Pfscharbeiten ist zunächst zu beachten, daß nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO derjenige eine Verwaltungsübertretung begeht, der ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Die ohne gewerberechtliche Genehmigung erfolgte Ausübung eines Gewerbes wird zwar unter Strafe gestellt, die Nichtigkeit dieser Tätigkeit aber ausdrücklich nicht ausgesprochen. Fehlt aber eine ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung, kann sie nur dem Normzweck entnommen werden (vgl *Krejci* in *Rummel* § 879 Rz 28).

Der erk Senat hält die Rsp des OGH, wonach eine gegen die GewO verstoßende Tätigkeit zwar unter Strafe steht, aber nicht nichtig ist, aufrecht. Zweck der in der GewO enthaltenen Strafbestimmungen ist die Vermeidung solcher Tätigkeiten an sich, doch kann daraus die Nichtigkeit des einzelnen Geschäfts nicht abgeleitet werden. Wird das Entgelt aus einer derartigen Tätigkeit geltend gemacht, kann sich der Vertragspartner nicht auf die Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts berufen. Die Rechtsfolgen einer derart rechtlich verpönten Tätigkeit liegen in nachfolgenden verwaltungsbehördlichen Strafverfahren bzw in weiteren steuerrechtlichen Folgen, die bei Geltendmachung solcher Ansprüche riskiert werden. Das bedeutet aber nicht, daß solche Ansprüche nicht klagbar wären. Sind sie allerdings klagbar, dann sind sie auch iS der stRsp bei der Verdienstentgangsberechnung zu berücksichtigen. Schon aus diesem Grund ist der in der Rev vertretenen Ansicht, daß bei Bejahung der vom BerG vertretenen Rechtsmeinung auch Gewinne aus strafgesetzlich verpönten Handlungen ersatzfähig wären, entgegenzutreten, weil Verstöße gegen Strafnormen idR auch Verstöße gegen gesetzliche Verbote

iSd § 879 Abs 1 ABGB sind (*Krejci* in *Rummel* § 879 Rz 32; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/36).

Soweit in der Rev ein Verstoß gegen die Teilrechtskraft erblickt wird, weil auch jener Betrag zugesprochen wurde, der notwendig ist, um den aus der Kündigung durch den Dienstgeber des Kl verursachten Verdienstentgang entstandenen Schaden netto zu erhalten, ist auf die zutreffende Begründung des BerG zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Der Rev war daher ein Erfolg zu versagen.

69

Ein Schiliftbetreiber hat seinen Kundenparkplatz mehrmals täglich auf Glatteisbildung zu kontrollieren

§ 1295 ABGB: Einem Schiliftbetreiber ist es im Rahmen seiner vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten durchaus zumutbar, bestimmte Geh- und Fahrwege des seinen Kunden zur Verfügung gestellten Parkplatzes während der Betriebszeit der Liftanlage zweibis dreimal auf eisglatte Flächen zu kontrollieren und erforderlichenfalls nachstreuen zu lassen.

OGH 23. 11. 1999, 1 Ob 304/99h (OLG Linz 9. 6. 1999, 2 R 60/99b; LG Salzburg 29. 12. 1998, 7 Cg 299/97z).

Sachverhalt:

Die Kl stürzte am 13. 1. 1996 gegen 16.00 Uhr auf dem Parkplatz des von der bekl Partei betriebenen Schilifts und erlitt dabei Verletzungen. Spätfolgen daraus sind nicht auszuschließen. Sie benützte den Parkplatz als Vertragspartnerin der bekl Partei. Der Parkplatz – im alpinen Gelände – weist ein leichtes Gefälle auf. Am Tag des Unfalls wurde er einmal zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr geräumt und gestreut. Im Tagesverlauf war er sodann stark frequentiert. Tagsüber war es bis etwa 16.00 Uhr sonnig bei Temperaturen deutlich über dem Gefrierpunkt. Am Abend wurde es merklich kühler. Um 16.00 Uhr war der Parkplatz „an einigen Stellen eisglatt“. Das Streugut war infolge der Sonneneinstrahlung, aber auch wegen der Motorabwärme parkender Fahrzeuge und im Zuge des Anfahrens und Bremsens von Fahrzeugen „abgesunken“, wurde daraufhin überfrozen oder überhaupt weggeschleudert. Dieser Zustand bestand vor allem dort, wo Fahrzeuge geparkt waren. Die Kl betrat den Parkplatz nach 15 Uhr mit Schischuhen, geschulterten Schiern und Stöcken, um ihre Schiausrüstung in ihrem PKW, der – bezogen auf das Gefälle – im oberen Parkplatzbereich abgestellt war, zu verstauen. Sie zog schließlich leichte Wanderschuhe mit gutem Profil an und verließ den Parkplatz wieder. Später suchte sie ihn in Begleitung eines Bekannten neuerlich auf. Dabei benützte sie eine Fläche als Weg, die zuvor noch verparkt war und stürzte im Bereich einer Vereisung.

Die Kl beehrte – soweit im RevVerfahren noch von Bedeutung – den Zuspruch von S 80.000.– sA an Schmerzensgeld und die Feststellung der Haftung der bekl Partei für alle künftigen unfallkausalen Schäden. Sie brachte vor, die bekl Partei habe durch die Unterlassung der Streuung bzw Saizung der Parkplatzfläche Verkehrssicherungspflichten verletzt, sodass sie für die nachteiligen Folgen des Schadensereignisses einzustehen habe.

Die bekl Partei wendete ein, sie sei ihrer Rechtspflicht, den Parkplatz zu bestreuen, in ausreichendem Maß nachgekommen. Streumaßnahmen seien nur vor Betriebsbeginn möglich. Die Kl habe ihren Unfall durch Unaufmerksamkeit selbst verschuldet. Sie sei bereits vor dem Sturz einmal über den Parkplatz gegangen, habe seinen Zustand gekannt und hätte glatte Flächen nicht benützen sollen.

Das ErstG wies das Klagebegehren mit der Begründung ab, die bekl Partei habe ihre Streupflicht erfüllt. Diese Pflicht werde von den Verkehrsbedürfnissen und durch die Zumutbarkeit