

hielt, wäre im konkreten Fall schon eine Verschuldenshaftung zu bejahen gewesen. Bedeutung könnte diesem Umstand im Rahmen der Mitverschuldensabwägung zukommen. Dass auf das RM des Geschädigten hin der Zuspruch von $\frac{1}{3}$ des Schadens bei einem doch erheblichen eigenen Verschulden und einer bloß auf die Gefährdungshaftung gestützten Einstandspflicht des Halters in concreto keine Fehlbeurteilung zu Lasten des Geschädigten darstellt, ist zutreffend.

2. Die zweite zentrale Frage war die, ob der Umstand, dass der Fahrer ohne Berechtigungsschein den Almweg benutzte, Auswirkungen für seine zivilrechtliche Einstandspflicht hatte. Schon das BerG hatte zutreffend den Rechtswidrigkeitszusammenhang ins Treffen geführt. Der Schutzzweck der Norm, dass nur ein Lenker mit einem Berechtigungsschein den Almweg mit seinem Kfz befahren sollte, liegt erkennbar darin, dass ein **übermäßiges Verkehrsaufkommen** vermieden werden soll. Diese Gefahr hat sich hier aber gerade nicht verwirklicht. Eine andere Beurteilung wäre gegeben, wenn jeglicher Pkw-Verkehr untersagt gewesen wäre. Es verhält sich wie bei dem Lehrbuchbeispiel eines Halte- und Parkverbots: Soll das Halteverbot dazu dienen, einen bestimmten Verkehrsraum aus Gründen der Verkehrssicherheit jedenfalls freizuhalten, zielt ein Parkverbot nur darauf ab, mehreren Verkehrsteilnehmern ein Verweilen an diesem Ort zu ermöglichen. Ein Verstoß gegen das Parkverbot liegt somit ebenso außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs wie das Fahren ohne Berechtigungsschein. Der OGH hat daher zu Recht die Sicht des BerG gebilligt und das Bestehen eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs verneint. Eine Verschuldenshaftung konnte somit nicht auf die Übertretung dieser Schutznorm gestützt werden.

Womit sich der OGH nicht auseinanderzusetzen hatte, war folgende Frage: Gilt die Begrenzung des

Rechtswidrigkeitszusammenhangs auch im Rahmen des unabwendbaren Ereignisses? Wie verhält es sich, wenn die Fahrweise des Pkw-Lenkers dem Kriterium größtmöglicher Sorgfalt entsprochen hätte? Hätte der Halter wegen des vorschriftswidrigen Befahrens der Almstraße durch den Lenker gleichwohl aus der Gefährdungshaftung entstehen müssen?

Gefühlsmäßig ist man geneigt zu sagen, dass ein solcher Lenker gerade nicht jede erdenkliche Sorgfalt einhält; immerhin begeht er eine Verwaltungsübertretung. ME sprechen die besseren Gründe aber dafür, den **fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang auch im Rahmen des unabwendbaren Ereignisses gem § 9 EKHG zu berücksichtigen**. Es geht zwar um eine Gefährdungshaftung, bei der gehaftet wird, weil sich eine Gefahr verwirklicht. Zu bedenken ist freilich, dass sich der Halter dadurch entlasten kann, dass er nachweist, dass sich der Lenker besonders sorgfältig verhalten hat. Die Prüfung des Verschuldens, mag der Verschuldensmaßstab auch ein besonders strenger sein, setzt Rechtswidrigkeit voraus.¹⁾ Ist diese wegen des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu verneinen, wäre es mE folgerichtig, nicht nur die Verschuldenshaftung zu verneinen, sondern trotz der Verwaltungsübertretung die für das unabwendbare Ereignis geforderte größtmögliche Sorgfalt nur am Fahrverhalten zu messen.

Christian Huber, RWTH Aachen

1) Zur Eliminierung des unabwendbaren Ereignisses in § 7 Abs 2 dStVG, der § 9 EKHG entspricht, weil es sich um ein systemfremdes Element der Verschuldenshaftung im Rahmen der Gefährdungshaftung handelt, s. Ch. Huber, Das neue Schadenersatzrecht (2003) § 4 Rn 19.

ZVR 2007/255

§ 1325 ABGB;
§§ 120f, 128, 167
HGB aF

OGH 22. 2. 2007,
2 Ob 156/06i
(OLG Linz
7. 4. 2006,
4 R 13/06v;
LG Salzburg
7. 11. 2005,
6 Cg 39/02t)

→ Erwerbsschaden eines Komplementärs einer Gaststätten-KG

§ 1325 ABGB; §§ 120f, 128, 167 HGB aF

→ Ein selbständig Erwerbstätiger kann seinen verletzungsbedingten Erwerbsschaden nach seiner Gewinneinbuße oder den Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft berechnen. Wird durch letztere Maßnahme der Gewinnentgang nicht zur Gänze ausgeglichen, kommt auch eine Kombination beider Berechnungsansätze in Betracht. Das gilt grundsätzlich auch für den Erwerbsschaden des Komplementärs einer KG.

→ Der verletzte Gesellschafter sowohl einer Kapital- als auch einer Personengesellschaft ist zur Geltendmachung der von der Gesellschaft getragenen Kosten eingestellter Ersatzkräfte grundsätzlich nicht aktiv legitimiert (mittelbarer Schaden), son-

dern kann nur den in der Verminderung seines Gewinnanteils gelegenen Schaden fordern. Fließt jedoch der Gewinn einer KG zur Gänze an deren einzigen Komplementär und Verletzten, sodass ihn auch der Schaden „in Form von Kosten einer Ersatzkraft“ allein trifft, so ist in Ansehung dieses behaupteten Gewinnverlusts seine Aktivlegitimation zu bejahen und daher zu klären, wie sich der unter Einsatz der Ersatzkraft tatsächlich erzielte Unternehmensgewinn zu jenem verhält, der ohne den verletzungsbedingten (teilweisen) Ausfall des Kl erwirtschaftet worden wäre; insoweit ist also diese fiktive der tatsächlichen Gewinnsituation gegenüber zu stellen.

Sachverhalt:

[Art der Verletzung]

Am 15. 2. 1999 verschuldete die Lenkerin eines bei der bekIP haftpflichtversicherten Pkw einen Verkehrsunfall,

wodurch die Arbeitsfähigkeit des Kl dauerhaft um 25% gemindert ist.

[Bisherige und unfallbedingt eingeschränkte Erwerbstätigkeit des Verletzten als Komplementär einer Gaststätten-KG]

Der Kl ist einziger Komplementär der H KG (in der Folge nur KG), deren einzige Kommanditistin die Mutter des Kl mit einer Vermögenseinlage v € 72,67 (S 1.000,-) ist. Die KG betreibt in S eine Gaststätte, die über drei Etagen und inklusive Gastgarten über 850 Sitzplätze verfügt. Vor dem Unfall arbeitete der Kl an sechs Tagen in der Woche je ca 12 bis 14 Stunden in dieser Gaststätte mit. Seit dem Unfall ist dem Kl nur noch eine tgl Arbeitszeit von acht Stunden zumutbar, wobei er nur mehr drei statt früher neun Stunden tgl Arbeitsleistungen im Gehen oder Stehen verrichten kann. Für die restlichen sechs Stunden gehender oder stehender Tätigkeit benötigt er eine Zusatzkraft. Der Kl arbeitet nunmehr vorwiegend im Büro. Seine übrigen Aufgaben übernahmen eine mit 12. 4. 1999 zusätzlich eingestellte GF und ein weiterer Angestellter, der den früheren Serviceleiter abgelöst hat.

[Beiderseitiges Vorbringen]

Der Kl beehrte von der beklP Zahlung von zuletzt € 139.100,-. Das Zahlungsbegehren des Kl umfasste den Anspruch auf Ersatz eines mit € 137.100,- bezifferten Verdienstentgangs im Zeitraum April 1999 bis Sept 2005 sowie von Spesen und Verpflegungskosten im Betrag v € 2.000,-. Zur Begründung des Anspruchs auf Ersatz des Verdienstentgangs verwies er auf die Beteiligungsverhältnisse an der KG und brachte vor, die Einkünfte aus dem Unternehmen gingen zur Gänze an ihn, sodass ihn auch der Schaden „in Form von Kosten einer Ersatzarbeitskraft“ allein treffe. Er sei auf Grund der unfallbedingten Minderung seiner Erwerbsfähigkeit gezwungen gewesen, eine zusätzliche Arbeitskraft einzustellen. Diese habe jene Aufgaben übernommen, zu deren Verrichtung er nicht mehr imstande sei.

Die beklP wandte Verjährung ein und bestritt die Unfallskausalität sowie die Höhe des geltend gemachten Verdienstentgangs. In der letzten mdl StV bestritt sie erstmals auch die Aktivlegitimation des Kl. Nicht dieser, sondern die KG habe die Dienstverträge abgeschlossen und die Kosten für die Ersatzarbeitskräfte bezahlt. Am Betriebsergebnis habe sich dadurch nichts geändert. Dem Kl sei kein Schaden erwachsen, weil kein Gewinnentgang eingetreten sei.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG verpflichtete die beklP zur Zahlung v € 132.390,- sA. Vom beehrten Betrag seien ihm € 132.390,- zuzusprechen, der Rest sei – ebenso wie die Forderung auf Ersatz von Spesen und Verpflegungskosten – verjährt.

Das BerG bestätigte dieses U in der Hauptsache.

Der OGH gab der Rev der beklP teilw Folge; soweit dem Feststellungsbegehren des Kl stattgegeben wurde, bestätigte er die U der Vorinstanzen als TeilU; hins der dem Leistungsbegehren stattgebenden Aussprüche (und in der KostenE) hob er hingegen die U der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und E an das ErstG zurück.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev der beklP ist zulässig, weil das BerG von einschlägiger Rsp des OGH abgewichen ist; sie ist auch teilw berechtigt.

[...]

[KG Arbeitgeber der durch Verletzung ihres Komplementärs eingestellten Ersatzarbeitskräfte]

Es ist in der jüngeren arbeitsrechtl Rsp des OGH anerkannt, dass unternehmerisch tätige Personengesellschaften als DG fungieren können und der Komplementär einer Kommanditgesellschaft im Zweifel als deren Vertreter tätig wird (vgl 8 Oba 2255/96 z; 9 Oba 21/99 z; RIS-Justiz RS0104998). Die Pflicht des persönlich haftenden Gesellschafters zur Lohnzahlung gründet sich demgemäß nicht auf den Arbeitsvertrag, sondern auf die gesetzliche Haftungsbestimmung des § 128 HGB (seit Inkrafttreten des HaRÄG, BGBl I 2005/120: § 128 UGB; RIS-Justiz RS0104998 [T3]).

Isd Rsp gesteht der Kl in der RevBeantw auch ausdrücklich zu, dass es sich bei den Kosten von Ersatzarbeitskräften um Verbindlichkeiten der KG handle, für die er als Komplementär persönlich mit seinem Vermögen hafte. Vor diesem Hintergrund ist aber das den fraglichen erstinstanzlichen Feststellungen beigegebene Verständnis des BerG, der Kl werde darin jeweils (nur) in seiner Eigenschaft als persönlich haftender, geschäftsführender und vertretungsbefugter Gesellschafter angesprochen, während die KG als Unternehmensträgerin die Gaststätte betreibe und die benötigten Arbeitskräfte einstelle und bezahle, als unbedenklich anzusehen. Den weiteren Ausführungen ist daher als unstrittige Sachverhaltsgrundlage voranzustellen, dass die durch den Kl vertretene KG die zusätzliche GF (als Ersatzkraft für den verletzten Kl) eingestellt hat und diese auch entlohnt.

[Mittelbarer Schaden der KG]

Die beklP macht in ihrer Rechtsrüge geltend, ein Verdienstentgang des Kl könne nur in der Verminderung des seiner Beteiligung an der KG entsprechenden Gewinnanteils bestehen. Für die Annahme eines derartigen Schadens fehle es aber an jeglichem Vorbringen des Kl und an Feststellungen des ErstG. Solche wären auch gar nicht möglich gewesen, weil sich nach der Aussage des Kl trotz Einstellung einer Ersatzkraft am Betriebsergebnis nichts geändert habe. Der Aufwand für diese Ersatzkraft sei ein solcher der KG, sohin eines Dritten, auf dessen Ersatz der Kl keinen Anspruch habe. Ein Zuspruch dieser Kosten würde zu seiner Bereicherung führen.

Hiezu wurde erwogen:

[Potenzielle Schäden eines selbständig Erwerbstätigen; Gegenüberstellung tatsächliche – fiktive Gewinnsituation]

Wird ein selbständig Erwerbstätiger bei einem Unfall verletzt, so kann sich der Schaden, den er infolge Arbeitsunfähigkeit erleidet, entweder im eingetretenen Verdienstentgang (Gewinnentgang) oder in den Kosten aufgenommener Ersatzkräfte ausdrücken (ZVR 1988/

Der OGH präzisiert die Anforderungen an die Darlegungslast für den Erwerbsschaden eines Komplementärs einer Einmann-KG bei verletzungsbedingter Einstellungsnotwendigkeit einer Ersatzkraft.

84; 7 Ob 33/98 y, JBl 1999, 185; RIS-Justiz RS0031002). Der Ersatzanspruch richtet sich demnach entweder auf die wegen des verletzungsbedingten Wegfalls der persönlichen Tätigkeit entstandene Verminderung des wirtschaftlichen Ertrags bzw die Verhinderung einer sonst möglichen Steigerung desselben, also den Gewinnausfall, oder aber auf die Kosten der für den Verletzten tätig gewordenen Ersatzkräfte, wodurch ein solcher Gewinnentgang verhindert worden ist (ZVR 1985/47; ZVR 1988/84; RIS-Justiz RS0031002 [T6]; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ § 1325 Rz 24 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 37; zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland: *Dressler* in *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ III. Kap 33 Rn 2).

Wird der Gewinnausfall durch den Einsatz von Ersatzkräften nicht zur Gänze ausgeglichen, kommt auch eine kombinierte Berücksichtigung beider Gesichtspunkte in Betracht (RIS-Justiz RS0031002; *Reischauer*, aaO Rz 37; *Dressler*, aaO Rn 2). Umgekehrt bedeutet selbst ein nach Einsatz von Ersatzkräften gesteigertem Reingewinn noch nicht, dass dem Geschädigten die Kosten der Ersatzkräfte nicht zur Gänze zu ersetzen sind. Es sind nämlich nicht – wie die beklP offensichtlich meint – die Reingewinne des Unternehmens vor dem Unfall und nach diesem Ereignis miteinander zu vergleichen, sondern es kommt vielmehr darauf an, welcher Ertrag im Vergleichszeitraum (hier: April 1999 bis Sept 2005) ohne die unfallbedingte Verhinderung des Unternehmers erzielt worden wäre und welcher Ertrag in diesem Zeitraum tatsächlich erzielt worden ist. Es ist also die fiktive der tatsächlichen Gewinnsituation gegenüberzustellen. Erst wenn feststehen sollte, dass der tatsächliche Gewinn nach dem Einsatz von Ersatzkräften höher war als der fiktive Ertrag, stünde dem geschädigten Unternehmer der Ersatz nur in Höhe des um die Differenz zwischen tatsächlichem und fiktivem Reingewinn reduzierten Aufwands für die Ersatzkräfte zu (SZ 41/46; vgl auch *Harrer*, aaO Rz 25; *Reischauer*, aaO Rz 24 a; *Dressler*, aaO Rn 2; ebenso *Pardey* in *Geigel*, Der Haftpflichtprozess²⁴ Kap 4 Rn 125 aE).

[Übertragung dieser Rsp auf den Erwerbsschaden eines Komplementärs]

In der E ZVR 1978/213 wurde ausgesprochen, dass die Grundsätze für die Ermittlung des Verdienstentgangs Selbständiger auch für die Komplementäre einer KG gelten. Im damaligen Anlassfall ging es aber nicht um die Kosten einer Ersatzkraft für den verletzten Komplementär; es wurde nur klargestellt, dass die von den Vorinstanzen vorgenommene Gegenüberstellung des fiktiven mit dem tatsächlichen Reingewinn des Unternehmens den in SZ 41/46 dargelegten Grundsätzen entsprach und der Komplementär ohnedies nur den durch die Unfallsfolgen hervorgerufenen eigenen Gewinnentgang geltend machte.

[Begrenzung des Erwerbsschadens eines Gesellschafters auf dessen Gewinnentgang]

An den zuletzt erwähnten Aspekt knüpfte die mittlerweile (auch) in Österreich hRsp an, wonach ein mitarbeitender Gesellschafter einer Personengesellschaft, dessen unfallbedingter Ausfall zu einem Gewinnentgang der Gesellschaft führt, den Ersatz seines Verdienst-

entgangs nur in dem seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung entsprechenden Ausmaß fordern kann. Für die anderen Gesellschafter, die auch einen Erwerbsausfall in Höhe ihrer Gewinnbeteiligung erleiden, stelle dieser Ausfall hingegen nur einen – nicht ersatzfähigen – mittelbaren Schaden dar (SZ 52/44; JBl 1984, 262; 2 Ob 37/93; 7 Ob 33/98 y [unter Abl der teilw ggt, vereinzelt gebliebenen E GesRZ 1985, 138]; RIS-Justiz RS0022525; *Harrer*, aaO Rz 29; *Reischauer*, aaO Rz 24 a; zur deutschen Rechtslage analog: *Dressler*, aaO Rn 14 f; *Pardey*, aaO Rn 130). Auch der Schaden, der infolge einer Verletzung des Gesellschafters im Vermögen der Gesellschaft entsteht, sei lediglich ein Drittschaden, der nicht erstattungsfähig ist (JBl 1984, 262; SZ 61/178 [GmbH]; 6 Ob 312/05 h [GmbH]; *Dressler*, aaO Rn 15; *Pardey*, aaO Rn 130). Stelle daher die Gesellschaft statt des verletzten Gesellschafters eine Ersatzkraft ein, so könne sie als nur mittelbar Geschädigte den damit verbundenen Kostenaufwand vom Schädiger nicht ersetzt verlangen (vgl 2 Ob 192/78 für den Fall einer „Ein-Mann-GmbH & Co KG“; ferner SZ 61/178 zum Verhältnis Alleingesellschafter – GmbH; *Harrer*, Schadenersatzansprüche bei Verletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters, GesRZ 1985, 130 [134]; *Danzl*, Mittelbare Schäden im Schadenersatzrecht, ZVR 2002, 363 [376 f]).

[Keine Anwendung der Regeln der Lohnfortzahlung]

Auf Fragen des mittelbaren Schadens und der Schadensverlagerung (naheliegenderweise auf Mitgesellschafter aufgrund der vertraglichen oder gesetzlichen Gewinn- und Verlustverteilungsregelung; vgl auch *Ch. Huber* in FS Dittrich 463 mwN) bei Personengesellschaften im Licht der Grundsätze der neueren Lohnfortzahlungsjud ist hier nicht näher einzugehen, weil klP nicht ein Mitgesellschafter (oder die KG), sondern der Verletzte selbst ist, der – wie noch darzulegen sein wird – Ersatz seines unmittelbaren Schadens fordert.

[Keine Aktivlegitimation des verletzten Komplementärs zur Geltendmachung der Kosten der Ersatzarbeitskraft]

Entgegen der Rechtsansicht des BerG ist der verletzte Gesellschafter zur Geltendmachung der von der Gesellschaft getragenen Kosten eingestellter Ersatzkräfte nicht aktiv legitimiert, weil er, wie erörtert, nur den in der Verminderung seines Gewinnanteils gelegenen Schaden fordern kann (SZ 61/178; *Pardey*, aaO Rn 130). Daran ändern auch die engen wechselseitigen Beziehungen zwischen einer Personengesellschaft und ihren Gesellschaftern (7 Ob 253/00 g, SZ 73/200) nichts, besteht doch zwischen diesen Rechtssubjekten keine Identität (8 ObA 2255/96 t mwN; RIS-Justiz RS0035128). Der Kl hat auch nicht etwa behauptet, auf Grund seiner gesetzlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der KG zur Begleichung der Kosten der eingestellten Ersatzkraft persönlich herangezogen worden zu sein.

[Ersatzfähigkeit bei Auswirkungen auf den Gewinnentgang des Komplementärs]

Der Einsatz der Ersatzkraft konnte aber für die Verminderung seines Gewinnanteils ursächlich sein, wenn

die hierfür aufgewendeten Kosten das Betriebsergebnis der Gesellschaft schmälerten (vgl. SZ 61/178; *Harrer*, GesRZ 1985, 130 [136 und FN 14]). Ob dies zutrifft, richtet sich nach den bereits dargelegten, für die Beurteilung des Gewinnentgangs selbständig Erwerbstätiger maßgeblichen Kriterien.

[Interpretation des Klagebegehrens]

Im vorliegenden Fall hat der Kl sein Klagebegehren auf das Vorbringen gestützt, dass der Gewinn der Gesellschaft zur Gänze an ihn fließe, sodass ihn auch der Schaden „in Form von Kosten einer Ersatzarbeitskraft“ allein treffe. Dieses Vorbringen ist nicht iSd RevAusführungen einschränkend nur dahin zu verstehen, dass der Kl den in diesen Kosten bestehenden (mittelbaren) Schaden der KG geltend macht; es umfasst vielmehr auch die Behauptung eines eigenen Gewinnverlusts in der betragslichen Höhe der geltend gemachten Kosten, in Ansehung dessen seine Aktivlegitimation jedenfalls zu bejahen ist. Unter diesem Aspekt wurde die Berechtigung des Klagebegehrens bisher noch nicht geprüft.

[Zur Aufhebung führende Feststellungsmängel; Verbot einer Überraschungsentscheidung]

Die bisherige Tatsachengrundlage reicht zu einer abschließenden Beurteilung des Verdienstentgangsanspruchs des Kl aber noch nicht aus. Es blieb insb ungeklärt, wie sich der im klagsgegenständlichen Zeitraum April 1999 bis September 2005 unter Einsatz einer Ersatzkraft tatsächlich erzielte Unternehmensgewinn zu jenem verhält, der ohne den verletzungsbedingten (teil-

weisen) Ausfall des Kl erwirtschaftet worden wäre. Nur wenn diese Gegenüberstellung einen die Kosten der Ersatzkraft im Ausmaß des noch streitverfangenen, der Höhe nach von der beklP allerdings nicht mehr bekämpften Betrags zumindest erreichenden Überhang des tatsächlichen Gewinns ergeben sollte, bliebe das Begehren des Kl zur Gänze ohne Erfolg. Sollte jedoch ein geringerer oder gar kein Überhang erreicht worden sein, wäre von einem Gewinnentgang der KG in Höhe der um eine allfällige Gewinndifferenz verminderten Kosten für die Ersatzkraft auszugehen. In diesem Fall bedürfte es in einem weiteren Schritt auch noch der Klärung, inwieweit sich dadurch der Gewinnanteil des Kl vermindert hat. Der Umstand, dass die Kommanditistin nur mit einer geringen Haftsumme im Firmenbuch eingetragen ist, besagt noch nichts über die gesellschaftsinterne Gewinnverteilung, für die primär eine allfällige Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, ansonsten die für die klagegegenständlichen Zeiträume noch anzuwendenden §§ 120f und 167 HGB maßgeblich sind.

Aus diesem Grund – und um die Parteien nicht mit einer von ihnen nicht bedachten Rechtsansicht zu überraschen – sind die U der Vorinstanzen, soweit sie das Zahlungsbegehren des Kl zum Gegenstand haben, im angefochtenen Umfang aufzuheben. Das ErstG wird die dargelegte Rechtsansicht mit den Parteien zu erörtern und ihnen die Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und zu Beweisanboten zu geben haben. Nach Maßgabe dieses Vorbringens wird es das Verfahren sodann zu ergänzen und Feststellungen über die noch offenen Fragen zu treffen haben. [...]

Anmerkung:

„Das ist alles sehr kompliziert.“

Das ist nicht nur der Ausspruch eines früheren österr Bundeskanzlers; auch mit dem Erwerbsschaden eines Gesellschafters scheint es so zu sein. Die vorliegende E macht deutlich, welche Fülle an Problemen heraufbeschworen wird, nur weil der Gastwirt sein Unternehmen so führt, dass er seine Mutter mit einer womöglich symbolischen Kommanditeinlage von € 72,67 (S 1.000,-) beteiligt hat. Jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht macht diese Kommanditeinlage das „Kraut gewiss nicht fett“. Das wirtschaftliche Wohlergehen einer Gaststätte in Salzburg mit 3 Etagen und 850 Sitzplätzen wird von einer Finanzspritze dieser Größenordnung kaum abhängig sein, sehr wohl aber davon, dass der verletzte Betreiber aufgrund einer Beinverletzung nicht mehr wie früher persönlich mitwirken kann.

Zwei Problemkreise

Der Erwerbsschaden eines Gesellschafters weist zwei Problemschichten auf, nämlich zunächst einmal die Prognoseprobleme wie beim Erwerbsschaden jedes selbständig Tätigen. Dazu kommen die spezifischen Probleme, die sich daraus ergeben, dass die verletzte Person das Unternehmen nicht allein betreibt, sondern daran als Gesellschafter beteiligt ist. Das – hier freilich

nicht strittige – Prognoseproblem, das sich bei jedem selbständig Erwerbstätigen stellt, hat der OGH sehr einfühlsam und völlig zutreffend gelöst:

Der **Erwerbsschaden** kann gemessen werden anhand des Gewinnrückgangs oder der Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft. Zutreffend weist er darauf hin, dass mitunter sogar eine **Kombination** beider Ansätze geboten ist. Nur bei Rank Xerox ist die Kopie – angeblich – besser als das Original. Wird ein selbständig Erwerbstätiger verletzt und an seiner Stelle eine Ersatzkraft eingestellt, wird diese kaum jemals in der Lage sein, vom ersten Tag an genau so effizient zu arbeiten wie der verletzte Selbständige. Die Folge ist ein Umsatz- und damit einhergehend ein Gewinnrückgang. Was zu ersetzen ist, das ist neben den Kosten der Ersatzkraft die aus dem Umsatzrückgang resultierende Gewinneinbuße. Gerade das Florieren einer Gastwirtschaft ist sehr häufig vom persönlichen Einsatz des Betreibers und der Ausstrahlung der Unternehmerpersönlichkeit auf Gäste und auch das Personal abhängig. „Wenn die Katze außer Haus ist, haben die Mäuse Kirtag.“ Dieser Satz gilt nicht nur für das Tierreich, sondern auch für so manches von einer Einzelpersonlichkeit geführte Unternehmen und das unter seiner Leitung agierende Personal. Es wäre daher durchaus plausibel, wenn im konkreten Fall über die Kosten der Ersatzkraft hinaus eine weitere



Gewinneinbuße entstanden wäre. Eine solche wurde aber nicht geltend gemacht, sodass darauf auch nicht einzugehen war.

Der Erwerbsschaden des Gesellschafters

So einfühlbar und zutreffend die Aussagen zum Erwerbsschaden des Selbständigen sind, so **angreifbar und problematisch** sind die zu den spezifischen Problemen des Erwerbsschadens des Gesellschafters. Der OGH bezieht zwar die Ausführungen deutscher Standardwerke zum Haftpflichtrecht (*Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ [2002] und *Geigel*, Der Haftpflichtprozess²⁴ [2004]) mit ein, nicht aber die einzige umfassende Arbeit zu dieser Frage zum österr. Recht, nämlich *Ch. Huber*, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gem § 1325 ABGB, JBl 1987, 613–633,¹⁾ die er auf gut wienerisch „nicht einmal ignoriert“ hat. Bedauernd kann man konstatieren: Warum in die Ferne schweifen, ... Hätte der OGH den Aufsatz berücksichtigt, er hätte nicht nur Detaillierteres zur deutschen Rsp erfahren, sondern sich das Leben etwas einfacher machen können, weil die Dinge in Wahrheit nämlich gar **nicht so kompliziert** sind. In dieser etwas umfangreicheren Anm soll auf **drei zentrale Probleme** eingegangen werden, die namentlich bei künftig ähnlich gelagerten Fällen Beachtung finden mögen:

„Ersatzfähig ist nur der Gewinnentgang des verletzten Gesellschafters“

Diese Ausgangsthese ist mE falsch, soweit es sich um einen Fall der Schadensverlagerung handelt, auch wenn in deutschen Standardwerken etwas Entsprechendes steht. Hätte man meinen JBl-Aufsatz gelesen (JBl 1987, 623 f), wäre zu entnehmen gewesen, dass die bei *Wussow* und *Geigel* zit. BGH-Entscheidungen aus den Sechzigerjahren etwas anderes sagen, als das, wofür sie herhalten müssen. Der BGH hat nämlich alle möglichen Kunststücke unternommen, um über eine gesellschaftsrechtliche Anpassungspflicht im Form einer Verminderung der Gewinnbeteiligungsquote oder einer negativen Tätigkeitsvergütung zu einem Schadenersatzanspruch zu gelangen, der über die Einbuße beim Gewinnanteil des betreffenden Gesellschafters hinausgeht. In meinem Aufsatz habe ich gezeigt, dass der Haftpflichtsenat – für die Zwecke der Begründung eines weitergehenden Schadenersatzanspruchs – gesellschaftsrechtliche Anpassungspflichten annimmt, die das Gesellschaftsrecht so nicht kennt.

Dressler hat das in seinem Beitrag (Der Erwerbsschaden des im Betrieb des Partners mitarbeitenden Ehegatten, FS Steffen [1995] 121 ff) dann auf die Spitze getrieben, indem bei Ehegatten – für das Schadenersatzrecht – maßgeblich sein soll, ob es sich um eine **Innen- oder Außengesellschaft** handelt. Für das Schadenersatzrecht ist das mE ein Irrweg. Das wäre gerade so, als wäre der nach Verletzung eines AN zu ersetzende Erwerbsschaden davon abhängig, wie lange die Lohnfortzahlung gewährt wird bzw der zu ersetzende Schaden überhaupt erst gegeben wäre, nachdem die Lohnfortzahlung endet. Beim Lohnfortzahlungsschaden hat sich die Rsp von

dieser Irrlehre befreit. Die Strukturparallele beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters wurde vom Höchstgericht aber noch nicht erkannt.

In meinem Beitrag in JBl 1987, 613 ff habe ich mich um den Nachweis bemüht, dass es dem Grund nach **keinen Unterschied** machen kann, ob der Arbeitskrafteinsatz mit einem Fixbetrag, etwa einer Tätigkeitsvergütung, oder vom Gewinn abhängig entlohnt wird. Soweit sich eine quasi-synallagmatische Beziehung zwischen der eingesetzten Arbeitskraft des Gesellschafters und dem dadurch bewirkten Gewinn der Gesellschaft herstellen lässt, ist die gesamte Gewinneinbuße der Gesellschaft ersatzfähig. Die Einbuße bei den anderen Gesellschaftern ist ein auf diese **verlagerter Schaden**. Nur soweit die Gewinneinbuße darüber hinausgeht und zu einer Gewinnschmälerung wegen des eingesetzten Sachkapitals gegeben ist, liegt bei den sonstigen Gesellschaftern ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden vor. Bei Festhalten an der vom OGH zutreffend als hRsp eingenommenen Position der Begrenzung des Ersatzes auf die Gewinneinbuße des verletzten Gesellschafters kommt man zu dem sonderbaren Ergebnis, dass die durch den Ausfall des Arbeitskrafteinsatzes eines Gesellschafters hervorgerufene nominell gleich hohe Einbuße umso weniger ersatzfähig ist, je mehr Gesellschafter an einer Gesellschaft beteiligt sind und je geringer der Kapitalanteil des verletzten Gesellschafters ist.

Mithilfe der **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** wäre man in etwa zu dem von mir vorgeschlagenen und mithilfe der subjektiv-konkreten Berechnungsweise begründeten Ergebnis gelangt. Nach dem objektiv-abstrakten Bemessungsansatz wäre nämlich zu fragen, wie hoch das Einkommen eines solchen Geschäftsführers wäre und um wieviel geringer es aufgrund der Verletzung ausfällt. Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung ist zwar ein gröberes Instrument, das nicht immer ins Schwarze trifft, hat aber den Vorteil, dass deren Ergebnisse meist immerhin im Graubereich angesiedelt sind und das Ziel nicht meilenweit verfehlt wird, wie das bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung passieren kann, wenn man mit den Komponenten der Schadensverlagerung nicht virtuos umzugehen versteht. Nur ganz nebenbei sei erwähnt, dass das im konkreten Sachverhalt wegen des Ausmaßes der Kommanditbeteiligung von € 72,67 keine Rolle gespielt haben dürfte.

Vermeidung eines Gewinnentgangs durch Einstellung einer Ersatzkraft?

Die beklP wendet ein, dass sich durch die Einstellung einer Ersatzkraft am Betriebsergebnis nichts geändert habe. Kann das sein? Der Geschädigte steht vor der Alternative, auf die Einstellung einer Ersatzkraft zu verzichten, wodurch sich der Gewinn schon deshalb vermindert, weil der Umsatz zurückgeht. Oder aber der Verletzte entscheidet sich für die Einstellung einer Er-

1) Der Aufsatz von *Harrer* (Schadenersatzansprüche bei Verletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters, GesRZ 1985, 130 ff) stellt eine wissenschaftliche Stellungnahme eines am Verfahren vor dem OGH beteiligten Anwalts dar, wobei die E zu Lasten seines Klienten ausgefallen ist.

satzkraft in der Hoffnung, dass sich der Umsatz stabilisiert und sich Auswirkungen auf den Gewinn nur in der Höhe der Kosten der Ersatzkraft ergeben. Dass sich also bei Einstellung einer Ersatzkraft eines Selbständigen dessen Gewinn gar nicht vermindern würde, kann eigentlich nicht sein. Der OGH verweist ua deshalb an das ErstG zurück, um zu prüfen, ob durch die Einstellung einer Ersatzkraft nicht der Gewinn so stark gesteigert wurde, dass dieser um die Ersatzkraftkosten sogar noch höher ist als ohne Einstellung einer Ersatzkraft und bei Tätigkeit des Gesellschafters ohne Verletzung. Für eine solche Annahme finden sich im Sachverhalt aber überhaupt keine Anhaltspunkte.

Eloquent und mit Großzügigkeit wird ausgeführt, dass das Klagebegehren auch so interpretierbar sei, dass dem Kl eine Gewinneinbuße in Höhe der Ersatzkraftkosten entstanden und unter diesem Aspekt das Klagebegehren bisher noch nicht geprüft worden sei. Bei **lebensnaher Betrachtung** hätte man es mE von vorneherein so verstehen müssen, wie das die Vorinstanzen auch getan haben. Auch die Abstützung der Zurückverweisung durch den Hinweis, dass die gesellschaftsinterne Gewinnverteilung geprüft werden müsse, erscheint mE entbehrlich. Der Verletzte hat stets behauptet, dass der gesamte Gewinn nur an ihn fließe. Und bei einer Kommanditeinlage von € 72,67 wird es sich in der Tat um eine quantité négligeable handeln, um die die Kommanditistin in ihrem Gewinnanspruch überhaupt beeinträchtigt sein könnte, weil der vorstellbare Gewinn bei € 72,67 sich in durchaus erträglichen Grenzen bewegt: Selbst wenn statt einer 50%igen Rendite nun gar keine erzielt würde, würde sich das pro Jahr auf stolze € 36,34 belaufen, für die geltend gemachten 7 Jahre somit auf satte € 250,-; was ist das schon bei € 132.000,-, um die es geht!

Die Aktivlegitimation

In der vorliegenden E wird sehr penibel unterschieden, wer zur Geltendmachung der Kosten für die Ersatzkraft befugt ist, die Gesellschaft oder der verletzte Gesellschafter. Bzgl der Kosten der Ersatzkraft wurde ausgesprochen, dass der Komplementär nicht aktivlegitimiert sei. ME ist zu **unterscheiden** zwischen der Zuweisung der Aktivlegitimation und der summenmäßigen Begrenzung der Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen. Beide Fragen hängen freilich zusammen:

Jedenfalls zu vermeiden ist, dass der Ersatzpflichtige mehr leisten muss als den unmittelbaren Schaden des Verletzten. Gesteht man dem Verletzten zu, dass er für seine Gewinneinbuße aktivlegitimiert ist und berück-

sichtigt man – wie das gar nicht anders möglich ist – bei der Gewinnschmälerung auch die Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft, dann besteht die **Gefahr der partiellen Doppelliquidation**, wenn man der Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz der Ersatzkraftkosten einräumen würde. Begrenzt der OGH den Erwerbsschaden des Gesellschafters auf dessen Gewinneinbuße, was mE zu wenig ist, so wäre die Gewinneinbuße des Gesellschafters plus ein Anspruch der Gesellschaft auf die Ersatzkraftkosten allerdings des Guten zuviel. Wo liegt die goldene Mitte? Über die Ersatzkraftkosten hinaus ist noch ersatzfähig die Einbuße für den Wert der Gesellschaftsbeteiligung beim verletzten Gesellschafter, was sich dann deutlich zeigt, wenn das Unternehmen wegen seiner Verletzung schlussendlich Insolvenz anmelden muss und sein Eigentum in Form der Gesellschaftsbeteiligung entwertet worden ist. Die Entwertung der Beteiligungen der übrigen Gesellschafter ist demgegenüber ein bloß mittelbarer Schaden.

Da es somit primär – jedenfalls im konkreten Fall allein – um die Ersatzkraftkosten geht, sprechen pragmatische und prozessökonomische Gründe mE für eine Bündelung dieser Ansprüche beim verletzten Gesellschafter. Insoweit **rücke ich von meiner penibleren Position in JBI 1987, 613, 631 ab**, wobei ich aber auch damals schon dafür plädiert habe, dass die Leistung des Dritten an den Verletzten schuldbefreiend sein soll. Der OGH ist bei der Einräumung der Aktivlegitimation bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten sowie der Pflegekosten durchaus kulant (dazu *Ch. Huber*, OJZ 2007, 625, 633); er sollte es auch hier sein. Ganz korrekt verhielte sich der Verletzte womöglich nur dann, wenn er bezüglich der Ersatzkraftkosten **Zahlung an die Gesellschaft** verlangen würde; dort würde nämlich der Gewinn ohne Verletzung entstehen. Aber auch wenn er Zahlung an sich verlangt, sollte das jedenfalls bei einer **Personengesellschaft** nicht zu einer Abweisung führen, können die Gläubiger auf den verletzungsbedingt entgangenen und deshalb vom Schädiger zu leistenden Gewinn sowohl im Unternehmen als auch im Privatvermögen des Gesellschafters zugreifen. Zu bedenken ist, dass Ersatz in diesem Ausmaß ja durchaus zusteht und bei einer Abweisung des Begehrens, das auf Zahlung an den Verletzten gerichtet ist, dieser einerseits die gesamten Prozesskosten zu tragen hat und der eigentlich zu Recht bestehende Anspruch häufig nicht mehr durchgesetzt werden kann, weil dieser inzwischen verjährt ist.

Christian Huber, RWTH Aachen