

# Ein Leben für Rechtskultur

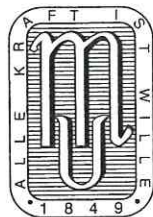
Festschrift

ROBERT DITTRICH

zum 75. Geburtstag

Herausgegeben von

HELMUTH TADES  
KARL-HEINZ DANZL  
GERNOT GRANINGER



Wien 2000

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Gedruckt mit Unterstützung folgender Institutionen:

AKM – Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und  
Musikverleger reg. Gen. m.b.H.  
Arlberger Bergbahnen  
Bank Austria AG  
Bergbahn Kitzbühel  
Bergbahnen Silvretta Seilbahn AG  
KLBV – Verband der Konzertlokalbesitzer und aller Veranstalter Österreichs  
Literar-Mechana – Wahrnehmungsgesellschaft für Urheberrechte GmbH  
LSG – Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH  
Mayrhofener Bergbahnen  
Österreichischer Rundfunk  
ÖSTIG – Österreichische Interpretengesellschaft  
Schneider GmbH & Co KG  
Skilift Sölden  
St. Johanner Bergbahnen  
Stubai Gletscherbahn  
VAM – Verwertungsgesellschaft Audiovisueller Medien  
VBK – Verwertungsgesellschaft Bildender Künstler Österreichs  
VGR – Verwertungsgesellschaft Rundfunk  
Wirtschaftskammer Tirol  
Zillertaler Gletscherbahnen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Ein Leben für Rechtskultur** : Festschrift Robert Dittrich  
zum 75. Geburtstag / hrsg. von Helmuth Tades . . . . –  
Wien : Manz, 2000  
ISBN 3-214-06168-2

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bildnachweis: Curt Themessl, 1060 Wien, Schadekgasse 5

© 2000 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
A-1014 Wien, Kohlmarkt 16  
Telefon: (01) 531 61-0  
eMail: verlag@MANZ.at  
World Wide Web: www.MANZ.at  
Datenkonvertierung, Satzherstellung und Druck:  
Manz Crossmedia GmbH & Co KG

# Die Wende beim Lohnfortzahlungsschaden – Analyse und Ausblick

*Christian Huber, Aachen*

## I. Der Lohnfortzahlungsschaden

### *A. Problembeschreibung und wirtschaftliche Bedeutung*

Das Problem des Lohnfortzahlungsschadens läßt sich mit wenigen Worten umschreiben: Ein Arbeitnehmer wird von einem Dritten in zurechenbarer Weise verletzt. Obwohl er seine Arbeitskraft nicht bereitstellen kann, erhält er von seinem Arbeitgeber den Lohn einige Zeit hindurch fortbezahlt, gerade so, als ob er gearbeitet hätte. Entlastet die Lohnfortzahlung den Schädiger? Und, wenn nein, wer kann in einem solchen Fall in welchem Ausmaß Ersatz vom Schädiger verlangen?

Wäre die Rechtsbeziehung zwischen dem verletzten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber rein synallagmatisch ausgestaltet, hätte also jeder Vertragsteil seine Leistung nur dann zu erbringen, wenn er auch die Gegenleistung erhält, dann gäbe es das Problem des Lohnfortzahlungsschadens nicht: Träfe den Arbeitgeber keine Pflicht zur Zahlung des Lohns während des verletzungsbedingten Ausfalls des Arbeitnehmers, würde sich beim Arbeitnehmer eine Vermögenseinbuße im Ausmaß des nicht verdienten Lohnes ergeben. Diesen rechnerischen Schaden könnte er vom Schädiger ersetzt verlangen.

Das Synallagma zwischen Bereitstellung der Arbeitsleistung und Lohnzahlung ist aber in solchen Fällen durchbrochen. Der Arbeitgeber ist aufgrund einer Gefahrtragungsregel im weitesten Sinn<sup>1)</sup> zur Fortzahlung des Lohns auch dann verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer infolge Krankheit zur Erbringung seiner Gegenleistung nicht in der Lage ist. Ein Mindeststandard, eine Pflicht zur Lohnfortzahlung für einen bestimmten Zeitraum, ist zwingendes Recht, so nach §§ 8, 40 AngG, wobei das Ausmaß der Fortzahlungspflicht bei Angestellten abhängig ist von der Zugehörigkeitsdauer zum Unternehmen. Häufig ist die Pflicht zur Lohnfortzahlung im Krank-

1) *Koziol, Österr. Haftpflichtrecht I*<sup>9</sup> (1997) Rz 13/3.

heitsfall durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung noch erweitert, vor allem bei Beamten.

Beim Lohnfortzahlungsschaden geht es nicht allein um den Zeitraum unmittelbar nach dem Unfall. Vielmehr kommt es vor, daß der verletzte Arbeitnehmer nach einer ersten Etappe im wesentlichen wiederhergestellt ist, sich aber später unfallkausal zur Kur begeben muß<sup>2)</sup> oder Folgeerkrankungen auftreten<sup>3)</sup>. Dann setzt abermals die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ein.

Durch die volle Lohnfortzahlungspflicht während eines gewissen Zeitraums wird der Verletzte zu Lasten des Arbeitgebers vor jeglichen Einbußen wegen der Verhinderung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung bewahrt. Soweit danach keine (volle) Pflicht zur Lohnfortzahlung des Arbeitgebers gegeben ist, greift das System der sozialen Sicherheit. Zugunsten des Sozialversicherungsträgers, der – zeitlich – nach dem Arbeitgeber einzuspringen hat, ist im Gesetz ein Regreß gegen den Schädiger in Form von Legalzessionsnormen<sup>4)</sup> angeordnet. Den restlichen Schaden kann der Verletzte ohne weiteres selbst geltend machen, läßt sich doch bei ihm ein rechnerischer Schaden feststellen. Was allein problematisch ist, ist die erste Phase nach der Verletzung des Arbeitnehmers.

Das Problem des Lohnfortzahlungsschadens ist eines der Kernprobleme des Schadensrechts. Es liegt an der Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Schadensrecht mit Querbezügen zum Privat- und Sozialversicherungsrecht. Es ist von eminenter dogmatischer Bedeutung, für andere vergleichbare Fallgruppen fast ein Prototyp. So hat etwa *Lukas*<sup>5)</sup> anhand der Wende in der Rechtsprechung zur Lohnfortzahlung eine Neubewertung aller Fälle der Schadensverlagerung vorgenommen. Auch OGH-Entscheidungen zu ganz anderen Sachverhalten nehmen darauf Bezug<sup>6)</sup>.

2) OGH ZVR 1982/73: Ein stellvertretender Schulleiter muß sich unfallbedingt einige Zeit nach dem Unfall in den Schulferien auf Kur begeben. Ähnlich der Sachverhalt in BGH VersR 1971, 127 = NJW 1971, 240 = MDR 1971, 40: Wiederum ging es um einen Gymnasiallehrer, der sich dreimal während der Ferien behandeln ließ.

3) OGH 29. 6. 1995, 2 Ob 43/95.

4) Der Prototyp ist dabei § 332 ASVG.

5) Von liquidierbaren Drittschäden, anzurechnenden Vorteilen und unechten Gesamtschulden. Konsequenzen der Lohnfortzahlungsentscheidung OGH JBI 1994, 684, JBI 1996, 481 ff, 490, 567 ff.

6) Zuletzt OGH SZ 70/84 = RZ 1998/41 = JBI 1997, 655 = ecolex 1997, 842 = ZVR 1998/63: Aktivlegitimation des Vaters zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für sein unterhaltsberechtigtes behindertes Kind. In der E OGH SZ 64/87 = JBI 1992, 325, in der es um die Kosten für die Verkehrsregelung durch Bundesbeamte nach Beschädigung einer Verkehrsampel einer Landesstraße ging, wurde noch darauf hingewiesen, daß die Problematik bei Beschädigung eines Leasingfahrzeugs und die Lohnfortzahlung gerade keine Fälle der Schadensverlagerung seien, sondern anders lägen. Zunächst kippte die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten bei Beschädigung eines Leasingfahrzeugs (ZVR 1992/154 = ecolex 1992, 767 = VersR 1993, 732 = RdW 1992, 337; zustimmend *Iro*, Ersatz der Mietwagenkosten beim Kfz-Leasing, RdW; *Fischer-Czermak*, Zum Schadenersatzanspruch des Leasingnehmers, ecolex 1992, 766; *Konwitschka*, Mietwagenkosten des Kfz-Leasingnehmers, JAP 1992/93, 116 ff; *Ch. Huber*, Der Nutzungsausfallsschaden des Leasingnehmers – Beeinträchtigung des

Es handelt sich aber auch um eine wirtschaftlich überaus bedeutsame Materie, sind doch sehr viele Verletzte Arbeitnehmer<sup>7)</sup>, sodaß Lukas<sup>8)</sup> mit Fug und Recht diese Fallgruppe als die wichtigste der Schadensverlagerung bezeichnet. Hat bis zur Wende der Judikatur und knapp danach die Auseinandersetzung um den Grund des Anspruchs<sup>9)</sup> und um die Rückwirkung der Judikatur<sup>10)</sup> dominiert, so geht es nunmehr zunehmend um Einzelfragen<sup>11)</sup>:

In welchem Ausmaß besteht ein Regreßanspruch? Welche Leistungen des Arbeitgebers haben Entgeltcharakter und sind damit erstattungsfähig? Wie soll die konstruktive Umsetzung erfolgen? Auf welche weiteren Fallgruppen strahlt diese Rechtsprechung aus? Diesen Fragen soll in dieser Untersuchung nachgegangen werden. Dafür ist es freilich in einem ersten Schritt erforderlich, den archimedischen Punkt zu bestimmen, von dem die Problemlösung auszugehen hat. Zur Auslotung soll dabei auf die Rechtslage in Deutschland Bezug genommen werden, wo die Entwicklung in mehrererlei Hinsicht anders verlaufen ist.

### B. Gründe für den lange anhaltenden Widerstand der Rechtsprechung

Holzer<sup>12)</sup> bezeichnet die Judikaturwende in Österreich spektakulär, den Weg zu dieser Neuorientierung steinig, beides zu Recht. Während in Deutschland der BGH<sup>13)</sup> schon sehr früh dem Arbeitgeber einen Regreßanspruch einräumte, leistete der OGH lange Zeit hartnäckigen Widerstand. Der Hauptgrund lag in der Furcht vor einer Uferlosigkeit der Haftung. Man befürchtete bei einem geringfügigen Öffnen der Schleuse einen Dammbruch. Immer wieder verwies man darauf, daß dann drohe, daß alle Folgeschäden des Arbeitgebers in einem Aufwaschen ersatzfähig sein müßten, so der Ausfall des Veranstalters bei Verletzung eines Opersängers oder der

Rechtsbesitzers oder Schadensverlagerung? VersR 1993, 1329 ff), wenig später die zur Lohnfortzahlung SZ 67/52 = JBl 1994, 684 = ZVR 1994/88 = ecolex 1994, 560 (Mohr) = EvBl 1994/135 = RdW 1994, 243 = RdA 1995/6, 44 (Klein) = AnwBl 1994, 905 (Berger). Heute ist sich Judikatur und Literatur einig; daß es sich samt und sonders um Fälle der Schadensverlagerung handelt.

7) Berger, Anm zu AnwBl 1994/4887.

8) JBl 1996, 481, 487.

9) So etwa noch bei Krejci, Schadenersatz wegen Verdienstentganges trotz Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers, VR 1995 H 4, 8, 9. Neben den zahlreichen zustimmenden Stimmen aus der Literatur kritisch allein Harrer in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 27: Die für den Rechtsprechungswandel vorgetragenen Argumente seien „substanzlos“; die „Rechtsprechung sollte aufgegeben werden“.

10) OGH ZVR 1999/3 = RdW 1998, 192 (Iro) = ARD 4938/19/28 = ecolex 1998, 394; ZVR 1998/140 = RdW 1998, 193; Wilhelm, Die neue Form der Garantie, ecolex 1993, 14; ders, Rechtsprechungen wirken zurück, ecolex 1996, 1; Posch in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 5 Rz 11. Auf diese Problematik, die der OGH zutreffend entschieden hat, wird in weiterer Folge nicht eingegangen, weil es sich um ein – inzwischen weitgehend erledigtes – Übergangsproblem gehandelt hat.

11) So namentlich bei Holzer, Der Lohnfortzahlungsschaden, ASoK 2000, 63, 65 ff.

12) ASoK 2000, 63.

13) BGHZ 7, 30 = VersR 1952, 353 = NJW 1952, 1249 = RdA 1953, 34.

Verzugsschaden eines Bauunternehmers bei Verletzung seines Poliers<sup>14)</sup>. Im einzelnen wurden verschiedene Argumente verwendet: der Schutzzweck der Norm<sup>15)</sup>, die inzwischen überholte methodische Behauptung, daß Sondernormen nicht ausdehnend auszulegen seien<sup>16)</sup> oder unspezifizierte rechtspolitische Gründe<sup>17)</sup>.

Auch heute findet sich gelegentlich<sup>18)</sup> der Hinweis, daß durch die Einräumung eines Regresses des Arbeitgebers der Schädiger, der nicht haftpflichtversichert sei, möglicherweise in den Ruin getrieben werde. Dagegen ist einzuwenden, daß zum einen die Lohnfortzahlung im Regelfall einen begrenzten Zeitraum betrifft; zum anderen aber eine solche Gefahr bei Verletzung eines Selbständigen in eben diesem oder sogar in einem höheren Ausmaß gegeben ist. Es handelt sich somit um eine Gefahr, die kein Spezifikum des Lohnfortzahlungsschadens darstellt.

Die Lockerung der starren Sicht wurde durch Rechtsfälle mit Auslandsberührung bewirkt. Bei Verkehrsunfällen namentlich deutscher Staatsbürger in Österreich war der Schadenersatzanspruch zwar nach österreichischem Recht zu beurteilen, das Verhältnis zwischen dem verletzten Arbeitnehmer und dessen Arbeitgeber aber nach deutschem Recht. Da bei letzterem eine Pflicht zur Abtretung<sup>19)</sup> oder eine Legalzession<sup>20)</sup> vorgesehen war, gelangte der OGH zu dem Ergebnis, daß dem Dienstgeber ein Regreßanspruch zustehe. Es wurde betont, daß dieser nicht gegen den österreichischen *ordre public* verstoße, wobei man in jüngeren Entscheidungen<sup>21)</sup> darauf verwies, daß auch in der österreichischen Rechtsordnung solche Abtretungslösungen vorgesehen seien<sup>22)</sup>.

Als sich allerdings in der Dienstordnung für die Verwaltungsangestellten der Sozialversicherungsträger, die als Kollektivvertrag qualifiziert wurde, eine Legalzession befand, wurde diese für unwirksam angesehen, weil darin ein Verstoß gegen § 8 AngG gegeben sei, der nach § 40 AngG zwingendes Recht darstelle<sup>23)</sup>. Damit wird mE freilich verkannt, daß eine Benachteiligung der Rechtsposition des Arbeitnehmers jedenfalls insoweit nicht gegeben ist, als eine Abtretung nur Zug um Zug gegen Fortzahlung des Lohns erfolgt. In der deutschen Rechtsprechung sind Gehaltsforderun-

14) OGH ZVR 1959/147.

15) OGH JBl 1959, 319 I; ZVR 1960/126; JBl 1978, 209.

16) OGH JBl 1959, 319 II.

17) OGH JBl 1959, 319 I.

18) *Klein*, Arm zu RdA 1995/6.

19) OGH SZ 43/70 = ZVR 1971/222 = JBl 1971, 93; VersR 1986, 1032; JBl 1988, 40.

20) OGH ZVR 1982/73.

21) OGH ZVR 1976/71 = EvBl 1976/19.

22) OGH 30. 5. 1974, 2 Ob 124/74: NÖ Dienstpragmatik. Diese E blieb wohl deshalb unveröffentlicht, weil ihr Schwerpunkt nicht auf haftpflichtrechtlichem Gebiet lag, sondern in der kompetenzrechtlichen Frage, ob der Landesgesetzgeber zur Erlassung einer solchen Norm befugt war. Wenn der OGH in seiner Leitentscheidung SZ 67/152 darauf hinweist, daß es sich in den Vorentscheidungen ausschließlich um solche mit Auslandsbezug gehandelt habe, so hat er die E vom 30. 5. 1974, 2 Ob 124/74 übersehen, in der es um einen rein österreichischen Sachverhalt ging.

23) OGH Arb 8662.

gen bis zu den Pfändungsgrenzen gemäß § 850b ZPO unpfändbar und insofern gemäß § 400 BGB auch unabtretbar. Sofern aber die Abtretung Zug um Zug gegen Auszahlung des Gegenwertes erfolgt, fehlt es an einem schützenswerten Interesse des Arbeitnehmers, sodaß solche Verfügungen als zulässig und wirksam angesehen werden<sup>24</sup>).

In der Leitentscheidung SZ 67/52 wurde ein Regreßanspruch des Arbeitgebers auch ohne eine solche explizite Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bejaht. Aus schadensrechtlicher Sicht ist dazu anzumerken, daß es in der Tat seltsam wäre, daß die Ersatzpflicht des Schädigers von einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abhängen sollte, die allein den Fall der zurechenbaren Schädigung des Arbeitnehmers regelt, wobei es erst durch eine solche Vereinbarung zur Begründung der Haftung des Schädigers kommen sollte. Das riecht stark nach einem ansonsten so verpönten Vertrag zu Lasten Dritter!

Die Sachverhalte mit Auslandsberührung, die das Eis gebrochen haben, sind heute längst Schnee von gestern. Sie sind aber für die weitere Diskussion insofern lehrreich, als sie deutlich machen, daß der Ansatzpunkt für die Begründung eines Regreßanspruchs des Arbeitgebers gegen den Schädiger nicht nur im Schadensrecht liegen kann, sondern auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bei einer jüngeren E des BGH<sup>25</sup>), in der es um den Schadenersatzanspruch zweier in Deutschland verletzter britischer Soldaten ging, lag der Sachverhalt gerade spiegelverkehrt: Aufgrund des deutschen Schadenersatzrechts wurde ein Regreßanspruch des Arbeitgebers bejaht, selbst wenn das britische Recht, das auf die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anzuwenden war, keine Legalzession oder Abtretungspflicht vorsehen sollte. Das Auseinanderfallen des anzuwendenden Rechts zwingt zu stärkerer Bewußtwerdung der Differenzierung zwischen zwei unterschiedlichen Rechtsschichten, was im rein innerstaatlichen Recht mitunter nicht so deutlich wird<sup>26</sup>).

### C. Wende der Rechtsprechung durch die E SZ 67/52 – Zustimmung der Literatur

Die E SZ 67/52 hat in der Literatur<sup>27</sup>) fast nur Zustimmung gefunden, was nicht verwunderlich ist, entspricht doch der Wechsel der Rechtsprechung einer jahrzehntelangen Forderung der Literatur<sup>28</sup>). Allein *Harrer*<sup>29</sup>) ist anderer Meinung. Die Zentralessagen der Leitentscheidung SZ 67/52 sind die folgenden:

24) BGH BGHZ 21, 112, 120 = VersR 1956, 437 = DB 1956, 712 = MDR 1956, 666 = NJW 1956, 1473.

25) BGH VersR 1989, 54.

26) Unter Punkt III.A.5 wird darauf noch zurückzukommen sein.

27) Ausführlich *Lukas*, JBl 1996, 481 ff, 567 ff; *Krejci*, VR 1995, H 4, 8 ff; *Holzer*, ASoK 2000, 63 ff.

28) *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1295 Rz 29 mit weiteren Nachweisen.

29) In Schwimann, ABGB, Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 27.

## 1. Fall der Schadensverlagerung

Der Lohnfortzahlungsschaden wird als Fall der Schadensverlagerung begriffen. Es wird darauf verwiesen, daß die aus sozialen Gründen angeordnete Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht den Schädiger entlasten soll. In der Literatur<sup>30)</sup> wird zudem betont, daß eine Schadensverlagerung gegeben sei, weil der Schaden atypischerweise nicht beim unmittelbar Verletzten sich auswirke, sondern bei einem Dritten.

Beide Aussagen bedürfen einer Präzisierung: Die Lohnfortzahlungspflicht mag aus sozialen Gründen angeordnet sein. Dafür, daß ein Fall der Schadensverlagerung vorliegt, ist aber bereits ausreichend, daß eine Durchbrechung des Synallagmas gegeben ist<sup>31)</sup>, aus welchem Motiv auch immer<sup>32)</sup>. Wenn von einer atypischen Auswirkung des Schadens bei einem Dritten die Rede ist, so ist dies am Maßstab des Synallagmas zu messen. Da die Lohnfortzahlung weit verbreitet ist, ist es – statistisch betrachtet – nämlich eine durchaus typische Folge, daß ein solcher realer Schaden eines Arbeitnehmers sich – in der ersten Phase – gerade nicht beim unmittelbar Verletzten auswirkt.

## 2. Einheitliche Beurteilung aller Arbeitsverhältnisse

Der OGH hat ausgesprochen, daß er alle Arbeitsverhältnisse gleich behandelt. Es macht somit keinen Unterschied, ob es sich um einen Arbeiter, Angestellten oder Beamten<sup>33)</sup> handelt. Die Auswirkungen sind freilich unterschiedlich weitreichend:

Bei Arbeitern ist das Problem nicht so brisant, weil schon vor der Leitentscheidung SZ 67/52 der Arbeitgeber insoweit entlastet wurde, als er eine Erstattung von der Krankenversicherung verlangen konnte, der ein im Wege einer Legalzession (§ 10 EFZG) übergeleiteter Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger zustand. Bei einer bestimmten Unternehmensgröße ist dieser Erstattungsanspruch nach § 8 Abs 7 EFZG auf 70% beschränkt, sodaß für die Differenz die Wende bei der Lohnfortzahlungsjudikatur auch für den Arbeitgeber eines Arbeiters bedeutsam sein kann.

Bei Angestellten ist die Dauer der Lohnfortzahlung gemäß § 8 Abs 1 AngG abhängig von der Dauer der Betriebszugehörigkeit, sofern nicht Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen vorsehen. Bei Beamten reicht die Gehaltsfortzahlung so lange, bis er in den (vorzeitigen) Ruhestand versetzt wird und eine Dienstunfähigkeitspension erhält<sup>34)</sup>. Ausgerechnet im Beamtenrecht fanden sich keine einschlägigen Legalzessionsnormen, sodaß die Judikaturwende der

30) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 13/11.

31) *Bürge*, Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung, FS-Lange (1992) 413, 430.

32) So BGH BGHZ 21, 112, 114 f.

33) OGH SZ 69/223 = ZVR 1997/37 = EvBl 1997/28; ZVR 1998/95.

34) So in der E OGH ZVR 1999/3 = RdW 1998, 192 (*Iro*) = ARD 4938/19/28 = *ecolex* 1998, 394.

öffentlichen Hand mit einem Schlag ein beträchtliches Regreßvolumen bescherte.

### 3. Konstruktive Umsetzung im Weg der Legalzession (§ 1358 ABGB, § 67 VersVG)

Der OGH hat den mutigen Schritt gesetzt und entschieden, daß es in solchen Fällen keiner rechtsgeschäftlichen Abtretung bedarf, sondern der Schadenersatzanspruch des Verletzten auf den Arbeitgeber nach Fortzahlung des Lohns ipso iure im Weg einer Legalzession übergeht, wobei die §§ 1358 ABGB und 67 VersVG analog heranzuziehen seien.

### 4. Einschluß der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung

Schließlich hat der OGH ausgesprochen, daß vom Regreß des Arbeitgebers nicht nur der Nettolohn umfaßt ist, sondern auch der Bruttolohn unter Einschluß der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung<sup>35</sup>).

## D. Entwicklung in Deutschland

In Österreich wurde mit einem Paukenschlag der Rechtsprechung 1994 eine Kehrtwendung um 180 Grad vollzogen<sup>36</sup>). In Deutschland ist demgegenüber eine kontinuierliche Entwicklung seit 1952<sup>37</sup>) zu beobachten, in die sich auch der Gesetzgeber eingemengt hat. Folgende Etappen in der deutschen Rechtsprechung lassen sich ausmachen:

Während es für Arbeiter und Beamte Legalzessionsregeln schon seit längerem gab (§ 4 LFG; § 87 a BBG), war das für Angestellte nicht der Fall. Erst durch § 6 EFZG (G vom 26. 5. 1994) kam es zu einer Vereinheitlichung der Rechtslage, als nunmehr in allen Fällen der Rechtsübergang im Weg einer Legalzession stattfindet.

Während zunächst bloß der beim Arbeitnehmer zu ermittelnde Bruttoschaden zuerkannt wurde<sup>38</sup>), dehnte man später die Ersatzpflicht auf den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung aus<sup>39</sup>).

35) Bestätigt in JBl 1996, 583 = ecolx 1996, 671 = SZ 69/27 = ZVR 1997/2 = RdW 1996, 309; ZVR 1998/16.

36) In diesem Sinn auch *Krejci*, VR 1995, Heft 4, 8, 14, der darauf hinweist, daß der OGH in seiner jüngsten Entscheidung nichts anderes als das festgelegt habe, was in Deutschland längst nicht nur anerkannt, sondern auch gesetzlich klar zum Ausdruck komme. Sein Hinweis in FN 27 auf § 4 LFG war freilich damals nicht mehr ganz aktuell, weil diese Norm bereits durch § 6 EFZG (BGBl I S 1014, 1065 vom 26. 5. 1994) abgelöst worden war.

37) Seit der Leitentscheidung BGHZ 7, 30 ist die Bejahung eines Regreßanspruchs des Arbeitgebers nicht mehr umstritten. *Grunsky* (JZ 1989, 800) spricht davon, daß die „uralte schadenersatzrechtliche Problematik des Verdienstaustauschs eines geschädigten Arbeitnehmers, der Anspruch auf Fortzahlung seiner Arbeitsvergütung hat, ... nicht zur Ruhe“ komme.

38) BGH BGHZ 7, 30, 53.

39) BGH BGHZ 43, 378, 382 f = VersR 1965, 620 = NJW 1965, 1430 = VRS 29, 81 = DAR 1965, 210.

Weitere markante Eckpunkte der Entwicklung sind das Ringen, welche Sozialabgaben Entgeltqualität haben und damit regressfähig sind und welche nicht. Auch hat man erst langsam zu einer einheitlichen Linie beim Weihnachts- und Urlaubsgeld gefunden.

Während im österreichischen Recht die Entwicklung ohne Assistenz des Gesetzgebers bloß durch entsprechende Ermunterung der Literatur erfolgt ist, hat es der deutsche Gesetzgeber von Zeit zu Zeit unternommen, die bis dahin sich entwickelnde Judikatur zu kodifizieren. Das hat Vor- und Nachteile. Der Vorzug größerer Rechtssicherheit wurde damit erkaufte, daß eine Weiterentwicklung behindert wurde. Manche Gerichte haben nämlich bei neuen Problemkonstellationen einen Regreßanspruch unter Hinweis darauf versagt, daß der Gesetzgeber diesen Fall bedenken hätte können, dies aber – bewußt – nicht getan habe<sup>40</sup>).

## II. Einbettung in das Gesamtsystem – verschiedene Problemzugänge zur Begründung des sachlich für angemessen angesehenen Ergebnisses

Vom Ausgangspunkt kommen für die Bewältigung des Lohnfortzahlungsschadens drei Lösungsmöglichkeiten in Betracht<sup>41</sup>):

Bei einem rein mechanischen Schadensverständnis führt die Drittleistung zur Entlastung des Schädigers. Das widerspricht freilich anerkannten Regeln des versagten Vorteilsausgleichs. Dem Arbeitgeber liegt nichts ferner, als durch die Fortzahlung des Lohnes den Schädiger zu entlasten.

In Betracht käme auch, daß der Arbeitnehmer Drittleistung und Erwerbsschaden kumulieren kann. Dafür könnte sprechen, daß der Arbeitgeber den Lohn auch fortzahlen muß, wenn der Arbeitnehmer nicht von einem Dritten in zurechenbarer Weise verletzt worden ist. Dagegen spricht aber, daß der Verletzungsfall für den Verletzten nicht vermögensmäßig zum Glücksfall werden soll. Er soll Ausgleich seiner Einbuße erhalten, sich aber auch nicht bereichern.

Als allein angemessen wird angesehen, daß der Arbeitnehmer das Entgelt fortbezahlt erhält, der Arbeitgeber sich aber beim Dritten insoweit regressieren kann, als er zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Der Arbeitgeber trägt das Einbringlichkeitsrisiko beim Schädiger sowie die Mühe der Schadensregulierung bzw der Eintreibung. Diese Argumentation ist in weiten

40) LG Köln VersR 1972, 1181; LG Zweibrücken VersR 1978, 358; aA aber BGH BGHZ 59, 109, 113 = VersR 1972, 1057 (LS) = NJW 1972, 1703 = LM BGB § 249 (Cb) Nr 18 (*Nießgens*) = DAR 1973, 17 = MDR 1972, 940 = VRS 43, 243 = AP § 249 BGB Nr 16 = JR 1973, 239 (*Gitter*); VersR 1986, 650 = NJW-RR 1986, 512 = NJW-RR 1986, 512 = DAR 1986, 218 = DB 1986, 1015 = ZfS 1986, 267; OLG Hamburg VersR 1972, 1083; OLG Oldenburg VersR 1975, 719 = BB 1975, 745 = r + s 1975, 213; OLG Oldenburg ZfS 1984, 202 jeweils unter Hinweis darauf, daß durch § 4 LFG nur die bestehende Judikatur kodifiziert werde, aber keine abschließende Regelung erfolgen sollte.

41) Dazu ausführlich *Bürge*, FS-Lange (1992) 413 ff mit umfangreichen rechtsvergleichenden Hinweisen.

Bereichen deckungsgleich mit der Begründung des Regresses des Sozialversicherungsträgers gegen den Schädiger.

Für diese letztere Lösung finden sich im österreichischen Recht drei unterschiedliche Begründungsansätze, die im Grunde genommen zum gleichen Ergebnis führen. Für die – hier interessierenden – Detailfragen ist es aber häufig bedeutsam, welchen Ansatz man wählt:

#### A. Objektiv-abstrakte Schadensberechnung

Der Teil der Literatur, der eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung anerkennt<sup>42)</sup>, versucht das Problem auf diese Art zu lösen<sup>43)</sup>. Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung beruht auf dem Rechtsfortwirkungsgedanken. Sie führt dazu, daß dem Geschädigten – ohne weitere normative Überlegungen<sup>44)</sup> – ein Ersatzanspruch auch dann zugebilligt wird, wenn dieser keine oder eine geringere Einbuße in seinem Vermögen erleidet. Maßgeblich ist die Beeinträchtigung des Marktwertes, bemessen nach objektiv-abstrakten Kriterien. Dieser Schaden kann als Mindestersatz stets begehrt werden.

Dafür gibt es allerdings nur für den Sachschaden eine Stütze im Gesetz (§ 1332 ABGB). Die Anhänger der objektiv-abstrakten Schadensberechnung sehen darin aber eine grundlegende Systemaussage und übertragen diese Wertung auch auf den Personenschaden<sup>45)</sup>. Die Gegner der objektiv-abstrakten Schadensberechnung spielen die Bedeutung des Wortlauts des § 1332 ABGB beim Sachschaden hingegen herunter und lehnen jedenfalls beim Personenschaden eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung ab.

Diese Grundsatzfrage kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Fest steht allerdings, daß die objektiv-abstrakte Schadensberechnung heute bei weitem nicht mehr so anerkannt ist wie noch vor 20 Jahren. Beim Lohnfortzahlungsschaden bietet sie auch nur eine begrenzte Erklärungshilfe, selbst wenn man sie dem Grunde nach anerkennen wollte.

Auch diejenigen, die eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung befürworten, anerkennen, daß auf diese Art nur ein Mindestschaden begründet werden kann; ein darüber hinausgehender sich aufgrund subjektiv-konkreter Berechnung ergebender weitergehender Ersatzanspruch ist damit keinesfalls ausgeschlossen. Es wird somit – wenn überhaupt – nur ein Teilproblem gelöst.

42) Wenn *Krejci*, Grundsatzfragen des Haftpflicht- und Regreßsystems im Recht der sozialen Sicherheit, in: *Reformen des Rechts* (1979) 409, 414 feststellte, daß im österreichischen Recht der objektiv-abstrakte Schadensbegriff anerkannt sei, so hat diese Einschätzung für damals zugetroffen. Im Jahr 2000 ergibt sich freilich ein anderer Befund. Verwiesen sei auf *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 1332 Rz 11; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 15.

43) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 13/7; *Krejci*, *Reformen des Rechts* (1979) 409, 414.

44) Für ein normatives Schadensverständnis im Rahmen der subjektiv-konkreten Schadensberechnung *Lukas*, JBl 1996, 481, 567, 568.

45) *Krejci*, *Reformen des Rechts* (1979) 409, 415; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/59.

Während *Koziol*<sup>46)</sup> und *Krejci*<sup>47)</sup> eine Problemlösung zunächst über die objektiv-abstrakte Schadensberechnung versuchen, geht die Rechtsprechung häufig den gerade umgekehrten Weg. Ein Rückgriff auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung erfolgt nur insoweit, als man meint, mit einer subjektiv-konkreten nicht zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen<sup>48)</sup>.

Wollte man das Problem des Lohnfortzahlungsschadens über die objektiv-abstrakte Schadensberechnung lösen, so ergeben sich zwei Hauptprobleme:

Es müßte in jedem Einzelfall geprüft werden, ob das fortgezahlte Entgelt dem Marktwert der Arbeitskraft entspricht. Wenn das nicht der Fall ist, müßte sich das auf den Schadenersatzanspruch auswirken. Daß das Entgelt geringer ist als der Marktwert, wird deshalb nicht besonders häufig vorkommen, weil das durch gesetzliche Vorschriften und Kollektivverträge fixierte Entgelt nicht unterschritten werden darf. Durchaus denkbar ist jedoch, daß aufgrund besonders günstiger Umstände ein bestimmter Arbeitnehmer ein höheres Entgelt bezieht, als es dem allgemeinen Marktwert entspricht. Der OGH hat in keiner einzigen Entscheidung derartige Überlegungen angestellt; und er hat sich beim Kippen der bisherigen Judikatur auch nicht auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung berufen.

Dazu kommt eine weitere Schwachstelle: Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung kann erklären, warum der Schädiger ersatzpflichtig bleibt. Ob es zu einer Kumulation von Entgeltsanspruch gegen den Arbeitgeber und Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger kommt oder der Schadenersatzanspruch auf den Arbeitgeber übergeleitet wird, dazu kann sie nichts beitragen. Insofern muß auch *Krejci*<sup>49)</sup> wiederum auf das Ausgleichsprinzip zurückgreifen, weil insoweit der Rechtsfortwirkungsgedanke allein nicht trägt. Es stellt sich dann die Frage, ob man dann nicht gleich alleine mit dem Ausgleichsprinzip arbeiten sollte.

### B. Auslegung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Wie die Fälle mit Auslandsberührung gezeigt haben, läßt sich ein angemessenes Ergebnis allein durch Bezugnahme auf das (Innen-)verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erzielen. Ist darin vorgesehen, daß der fortbezahlte Lohn nur vorschußweise erfolgen soll<sup>50)</sup>, dann läßt sich auf

46) Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 13/7.

47) Reformen des Rechts (1979) 409, 414.

48) OGH *ecolex* 1994, 172; EFSI<sup>g</sup> 78.538. Zum Teil wird in der Rechtsprechung ein Wahlrecht bejaht: OGH ZVR 1984/11; ZVR 1987/81; ZVR 1990/121; RdW 1997, 529.

49) Reformen des Rechts (1979) 409, 416. Wenn *Krejci* in dieser Untersuchung (S 424) gleichzeitig die Behauptung aufstellt, daß ein dem Rechtsfortwirkungsgedanken verpflichtetes Haftpflichtrecht sich mit den Legalzessionsregeln leichter täte, so ist das nicht ohne weiteres einleuchtend. Die angemessene Bewältigung der gleichen Probleme im deutschen Recht, wo ein objektiv-abstrakter Schadensbegriff abgelehnt wird, spricht *prima facie* dagegen.

50) So in der Leitentscheidung zum deutschen Recht BGHZ 7, 30, 31, 38: Wachpolizisten bei der Berlinblockade, die infolge eines Verstoßes gegen die Verkehrssicherungspflicht verletzt worden sind.

diese Weise begründen, daß der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine – dann ohne weiteres begründbare – Schadenersatzforderung an den Arbeitgeber abzutreten. Eine Spielart davon ist es, daß eine solche Abtretung vorweg erfolgt, aber an die aufschiebende Bedingung geknüpft ist, daß der Lohn tatsächlich fortbezahlt wird.

Allein, die Parteien von Arbeitsverträgen denken beim Abschluß des Vertrags und der Vereinbarung einer Pflicht zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall in den allerwenigsten Fällen an die Variante, daß die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers von einem Dritten zu verantworten ist. Das gilt für die Parteien des konkreten Arbeitsvertrags ebenso wie die Kollektivvertragspartner und den Gesetzgeber. Man ist daher häufig auf ergänzende Vertragsauslegung bzw das Zu-Ende-Denken gesetzgeberischer Wertungen angewiesen. *Krejci*<sup>51)</sup> konstatiert dabei, daß das gewünschte Ergebnis eher rechtspolitischem Wunschdenken als nüchterner dogmatischer Ableitung entspricht.

Dessenungeachtet ist es plausibel, die Fortzahlungspflicht des Arbeitgebers als Leistungspflicht eines Versicherers zu deuten<sup>52)</sup>. Vernünftige Vertragsparteien würden wohl folgende Überlegung anstellen: Denkt man sich das zwingende Arbeitsrecht weg, stehen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor folgender Alternative. Der Arbeitgeber kann die Lohnfortzahlung ausschließen und dem Arbeitnehmer ein entsprechend höheres Entgelt zahlen, das diesen in die Lage versetzt, sich gegen das Risiko des Lohnausfalls bei Krankheit selbst zu versichern. Oder der Arbeitgeber zahlt ein geringeres Entgelt und verpflichtet sich zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Er mag sich dagegen selbst versichern oder anstelle der Abdeckung dieses Risikos durch Abschluß eines Versicherungsvertrags den Weg der Selbstversicherung wählen. In bezug auf die Rechtsstellung des Schädigers soll die unterschiedliche Ausgestaltung zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führen. Diese Sicht spricht für eine Heranziehung des § 67 VersVG<sup>53)</sup>.

Wenn man nicht auf den hypothetischen Parteiwillen im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung abstellt, sondern die gesetzgeberischen Wertungen zu Ende denkt<sup>54)</sup>, kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Der OGH hat in der E EvBl 1976/19 betont, daß der Arbeitgeber eine ähnliche Funktion habe wie ein Sozialversicherungsträger. Für diese Deutung sprechen im deutschen Recht zudem rechtshistorische Gründe<sup>55)</sup>. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung wurde durch Notverordnungen in den Jahren 1930/31 begründet<sup>56)</sup>. Die zuvor bestehenden Sozialleistungen wurden dadurch ersetzt mit dem Ziel, durch Verlagerung auf den Arbeitgeber die Sozialversiche-

51) Reformen des Rechts (1979) 409, 412.

52) In diesem Sinn *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1295 Rz 29; *Bürge*, FS-Lange (1992) 413, 422 f.

53) In diesem Sinn die Leitentscheidung OGH SZ 67/52 und die Folgejudikatur.

54) *Krejci*, VR 1995 H 4, 8, 13 hält das Zu-Ende-Denken gesetzgeberischer Wertungen für noch schwieriger als die Ermittlung dessen, was vernünftige Parteien vereinbart hätten.

55) BGH BGHZ 7, 30, 41, 49, 48; BGHZ 21, 112, 115, 118; *Bürge*, FS-Lange (1992) 413, 424.

56) Einführung des § 616 Abs 2 BGB durch Neufassung des § 189 RVO.

Träger zu entlasten. Durch diese Maßnahme war aber gewiß nicht bezweckt, den Schädigern etwas Gutes zu tun. Vielmehr ist auch dabei zu konstatieren, daß der Gesetzgeber nicht im Blick hatte, daß im Sozialversicherungsrecht für den Fall der Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten eine Legalzession vorgesehen ist, während das bürgerliche Recht eine vergleichbare Norm gerade nicht kennt. Als Analogiebasis für die heranzuziehende Legalzessionsnorm kommt dann § 332 ASVG<sup>57)</sup> in Betracht.

Durch Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen bzw. das Zu-Ende-Denken gesetzlicher Wertungen läßt sich immerhin eine Überleitung des Schadenersatzanspruchs des Arbeitnehmers auf den Lohn fortzahlenden Arbeitgeber im Weg einer Legalzession begründen. Welche Legalzessionsnorm die angemessenere ist, ist dabei gerade offen, sodaß der Verweis auf eine Gesamtanalogie nur in bezug auf das Problem dem Grunde nach weiterhilft<sup>58)</sup>.

Dieser Ansatz läßt aber für die Lösung der Detailfragen noch Raum. Soweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrags speziellere Vereinbarungen treffen oder sich solche dem Gesetz entnehmen lassen, gehen diese jeweils vor. Da eine solche Präzisierung bloß den Fall der drittverschuldeten Schädigung des Arbeitnehmers betrifft, sind der privatautonomen Vereinbarung zu Lasten des Dritten Grenzen zu ziehen, läßt es die Rechtsordnung doch auch sonst nicht zu, daß sich zwei Vertragspartner zu Lasten eines Dritten einigen können. Die Ausgestaltung zu Lasten des Schädigers wird dabei nicht gravierend von der Rechtslage abweichen dürfen, die sich ergeben würde, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer gerade keine spezielle Regelung getroffen haben.

### C. Schadensrechtliche Wertung – Abstellen auf das Verhältnis zwischen verletztem Arbeitnehmer und Ersatzpflichtigem

Man kann für die Lösung des Problems aber auch ausschließlich im Schadensrecht ansetzen<sup>59)</sup>. Der Focus der Betrachtung ist dabei das Rechtsverhältnis zwischen Verletztem und Schädiger<sup>59a)</sup>. Zugrundegelegt wird der subjektiv-konkrete Schadensbegriff mit seiner Leitidee des Ausgleichsprinzips. Daraus lassen sich mehrere Folgerungen ableiten:

Die Zuwendung eines Dritten soll den Schädiger grundsätzlich nicht entlasten, es sei denn, dieser hat Derartiges beabsichtigt, was im Regelfall gerade nicht gegeben sein wird. Das bezeichnet man als den versagten Vor-

57) In diesem Sinn jüngst, aber eher beiläufig OGH RdW 2000, 210.

58) Das übersieht *Mohr*, Entgeltfortzahlung und Drittschadensliquidation, *ecolex* 1993, 398 ff.

59) *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 413: „Inwieweit die Drittleistung einen etwaigen Haftpflichtanspruch beeinflusst oder nicht, ist fürs erste allemal noch eine schadenersatzrechtliche Frage“; vgl aber wenig später 414: „Sofern ein unser Konkurrenzproblem nicht vorweg lösender Drittleistungszweck nicht nachweisbar ist, bleibt der Rechtsanwender auf das Haftpflichtrecht selbst angewiesen.“ Dieser Satz impliziert einen Primat des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

59a) Bei dieser Betrachtung ist Dritter der Arbeitgeber.

teilsausgleich. Damit läßt sich begründen, warum die Einstandspflicht des Schädigers ungeachtet der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber weiterhin besteht.

Das Ausgleichsprinzip macht deutlich, warum der verletzte Arbeitnehmer nicht doppelt liquidieren soll, einmal vom Schädiger und einmal vom Arbeitgeber. Der Schadensfall soll den Verletzten nicht ärmer machen. Er soll aber auch nicht zum Glücksfall werden, aus dem er sich bereichert.

Die Qualifizierung als Fall der Schadensverlagerung erklärt, warum es ausnahmsweise dazu kommt, daß nicht nur der unmittelbar Verletzte, sondern ein Dritter Ersatz erhält. Die Kategorisierung als Schadensverlagerung bestimmt zugleich das Ausmaß des Anspruchs des Dritten. Ersatzfähig ist nicht der eigene Schaden des Arbeitgebers; ersatzberechtigt ist dieser nur insoweit, als der des Arbeitnehmers aufgrund einer Gefahrtragungsregel im weiteren Sinn auf ihn verlagert worden ist.

Aus diesen Vorgaben ergibt sich nicht nur, daß der Schädiger nicht frei gehen soll, sondern darüber hinaus, daß und in welchem Umfang der Arbeitgeber Ersatz bekommen soll. Offen ist lediglich die konstruktive Umsetzung. Für diese kommt in Betracht eine Legalzession oder eine Pflicht zur Abtretung.

Das schadensrechtliche Verständnis wirkt aber auch auf die Auslegung der Legalzessionen zurück, wenn man sich deutlich vor Augen führt, daß das durch sie erzielte Ergebnis auch bei deren Fehlen nicht anders ausfiele, sieht man von der konkreten Ausgestaltung der konstruktiven Umsetzung ab. Sie haben insoweit gegenüber dem Schadensrecht eine dienende Funktion. Deren Auslegung hat an den dem Schadensrecht entnehmbaren Wertungen zu erfolgen.

### III. Einzelfragen – der Teufel steckt immer im Detail

#### A. Ausmaß des Regresses des Arbeitgebers

##### 1. Keine Ersatzfähigkeit des eigenen Schadens, bloß Ersatz des Schadens des Arbeitnehmers

Einigkeit herrscht darüber, daß bloß der auf den Arbeitgeber verlagerte Schaden ersatzfähig ist, nicht aber ein eigener Schaden des Arbeitgebers<sup>60</sup>). Damit ist auch die Gefahr einer unübersehbaren Ausweitung der Ersatzpflicht gebannt. Obergrenze des Regreßanspruchs des Dienstgebers gegen den Schädiger ist das fortgezahlte Entgelt. Nicht ersatzfähig sind somit der über den fortgezahlten Lohn hinausgehende Produktionsausfall oder die Notwendigkeit der Einstellung eines teureren Mitarbeiters zum Ersatz des ausgefallenen.

Ausjudiziert ist, daß die entgehende Arbeitskraft von Arbeitskollegen, die den Verletzten im Krankenhaus während der Dienstzeit besuchen, ein bloß mittelbarer Schaden ist<sup>61</sup>). Auch die Besonderheit des Hausbesorgerge-

60) So auch die Leitentscheidung OGH SZ 67/52.

61) LG Duisburg r + s 1975, 95.

setzes, daß der verletzte Hausbesorger einerseits den Lohn fortbezahlt erhält, aber zunächst auf eigene Kosten – bei nachfolgender Erstattung – für eine Ersatzkraft sorgen muß, führt nicht dazu, daß der Arbeitgeber mehr als den fortbezahlten Lohn oder die Ersatzkraftkosten vom Schädiger ersetzt verlangen kann<sup>62</sup>).

## 2. Der Schaden des Arbeitnehmers

Wie hoch ist aber der Schaden des Arbeitnehmers? Prima vista ist diese Frage in der Weise leicht zu beantworten, daß dies das gesamte Entgelt ist, das er fortbezahlt erhält, was nicht der Fall wäre, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem Synallagmaprinzip ausgestaltet wäre.

### a) Entgeltbestandteil bzw Aufwandsersatz

Dabei stellt sich zunächst die Frage: Was ist Entgelt? Was ist bloß Aufwandsersatz? Auf die Bezeichnung als solche kommt es nicht an. Maßgeblich ist, ob dem Arbeitnehmer bei einer Leistung des Arbeitgebers nach Durchführung der Arbeitsleistung ein positiver Saldo verbleibt.

Wenn Zulagen bloß der Abgeltung erhöhter Lebenshaltungskosten dienen, dann entfallen sie einerseits womöglich im Krankheitsfall und sind von der Entgeltfortzahlung nicht umfaßt. Diese sind kein Erwerbsschaden<sup>63</sup>. Anders verhält es sich, wenn zwar das Motiv der Leistung ein Mehraufwand ist, de facto dem Empfänger aber netto etwas verbleibt. Im Ausmaß der Differenz ist ein Erwerbsschaden gegeben<sup>64</sup>).

Ein Entgelt muß nicht notwendig in Geld bestehen. Auch Naturalien<sup>65</sup> oder Sachbezugswerte<sup>66</sup>) können Bestandteil des Entgelts sein. Diese sind beim Regreß des Arbeitgebers nicht mit Pauschalwerten, wie sie im Sozial- oder Steuerrecht maßgeblich sind, anzusetzen, sondern mit dem Marktwert<sup>67</sup>).

### b) Anrechnungspflichtige Vorteile beim Arbeitnehmer

Übergangsfähig ist lediglich der Erwerbsschaden des Arbeitnehmers, wenn dieser krankheitsbedingt dem Erwerb nicht nachgehen kann. Von da-

62) So zu Recht OGH ZVR 2000/7 = RdW 1999, 405.

63) So OLG Düsseldorf VersR 1972, 695 (LS).

64) So OLG Saarbrücken VersR 1977, 727: Auslöse, die als Abgeltung des Mehrbedarfs bei auswärtiger Arbeit gewährt wird, nach den tatsächlichen Verhältnissen aber zu 50% als Einkommen anzusetzen war (bei einem Anspruch nach § 844 Abs 2 BGB, der Entsprechung zu § 1327 ABGB).

65) OLG Köln VersR 1998, 507: Verpflegung bei der Bundeswehr, die zum Sold dazu kommt.

66) Das hat der den Kläger vertretende Anwalt in der OGH-E ZVR 2000/7 = RdW 1999, 405 übersehen, als er bei Verletzung eines Hausbesorgers zwar zum fortgezahlten Lohn die Ersatzkraftkosten geltend gemacht hat, nicht aber den Wert der Hausbesorgerdienstwohnung.

67) BGH VersR 1973, 1028: Volle Station für die Verletzte sowie Verpflegung für die Tochter.

her ist es kein Wertungswiderspruch, wie *Benner*<sup>68)</sup> meint, sondern konsequent, daß die beim Erwerbsschaden des Verletzten sich auswirkenden Ersparnisse auf den Arbeitgeberregreß durchschlagen.

In Betracht kommen folgenden Posten: Fahrtkosten zum Arbeitsplatz, Verpflegungsersparnis sowie Kosten für die Berufskleidung.

Bei den Fahrtkosten<sup>69)</sup> kommt freilich von vorneherein nur ein Abzug der variablen Kosten in Betracht, somit im Ergebnis Benzin und Ölverbrauch, aber nicht das km-Geld<sup>70)</sup>. Dazu kommt, daß ein Teil dieser Ersparnis dadurch vermindert wird, daß mit dem Wegfall solcher Werbungskosten auch ein Steuerabzugsposten wegfällt, was vor allem im deutschen Recht bedeutsam ist<sup>71)</sup>. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß beträchtliche Fahrtkosten häufig deshalb anfallen, weil die Dotierung des auswärtigen Arbeitsplatzes erheblich höher ist als die am Wohnort<sup>72)</sup>. Legt man den auswärtigen Lohn zugrunde, ist es folgerichtig, in Abzug zu bringen, womit er „erkauft“ wurde, was aber während der krankheitsbedingten Verhinderung nicht anfällt. In Anbetracht der durchaus zahlreichen Pendler, die es in Österreich gibt und die beträchtliche Fahrtstrecken zurücklegen, dürfte dies ein durchaus ins Gewicht fallender Anrechnungsposten sein. Das gilt insbesondere dann, wenn die Kosten eines zusätzlichen Wohnsitzes entfallen<sup>73)</sup>.

Auch bei den Verpflegungskosten kommt eine Ersparnis in Betracht<sup>74)</sup>. Diese ist einerseits gegeben, wenn der Verletzte im Krankenhaus verpflegt wird und die Verpflegungsersparnis höher ist als der Selbstbehalt<sup>75)</sup>, andererseits dann, wenn eine Verpflegung zu Hause mit geringeren Kosten möglich ist als bei Ausübung des Berufes. In bezug auf die Verpflegung kann es sich freilich auch gerade gegenteilig verhalten, wenn der Arbeitgeber ein subventioniertes Essen zur Verfügung stellt, das der Arbeitnehmer im Verletzungsfall missen muß. Insoweit läge dann ein weiterer Erwerbsschaden vor.

Schließlich ist es häufig so, daß man zu Hause anders gekleidet ist als im Berufsleben. Es geht nicht allein um die Ersparnis von spezifischer Berufskleidung, sei das nun der Schlosseranzug oder der Richtertalar. Vielmehr ist

68) Entgeltfortzahlung und Dritthaftung – Erstattungsanspruch des Arbeitgebers und Wertungswiderspruch, DB 1999, 482 f.

69) Für einen Abzug OLG Schleswig VersR 1980, 726 = ZfS 1980, 299; OLG Hamm r + s 1999, 372, 373.

70) AA *Jahnke*, Entgeltfortzahlung und Regreß des Arbeitgebers im Schadensfall seines Arbeitnehmers, NZV 1996, 169, 179.

71) BGH VersR 1980, 455 = NJW 1980, 1757 = MDR 1980, 478 = r + s 1980, 107 = ZfS 1980, 204.

72) BGH VersR 1980, 455.

73) In diesem Sinn OLG Bamberg VersR 1967, 91, das auch berücksichtigt, daß die Lebenshaltungskosten in einer Großstadt höher sind. Bei einem Erwerbsschaden einer Sekretärin in Höhe von 500 DM wurden Ersparnisse in einer Gesamthöhe von 120 DM angerechnet, somit immerhin 24%.

74) KG DAR 1977, 217, 218 = VersR 1977, 651 (LS); OLG Hamm r + s 1999, 372, 373.

75) Auf die in Deutschland umstrittene Frage, ob in solchen Fällen dem Sozialversicherungsträger oder dem Arbeitgeber ein Regreßanspruch zusteht, sei an dieser Stelle bloß hingewiesen.

es so, daß das Berufsleben eine adretttere Kleidung erfordert als der Aufenthalt in den eigenen 4 Wänden. Beim Unterhaltersatzanspruch einer Witwe nach Tötung ihres Ehemannes und der Annahme einer Schadensminderungsobliegenheit zur Aufnahme einer beruflichen Erwerbstätigkeit ist anerkannt, daß sich die Witwe nicht das gesamte erzielte Einkommen anrechnen lassen muß, weil sie einen Teil dafür ausgeben müsse, um im Beruf angemessen gekleidet zu sein. Beim Unterhaltersatzanspruch führt dies zu einer Vergrößerung des Schadenersatzanspruchs, beim Regreß des Arbeitgebers freilich zu einer Dezimierung. Der Maßstab der Anrechnung ist freilich da wie dort der gleiche.

All diese Anrechnungen stehen freilich unter dem Vorbehalt, daß dadurch kein Lebensqualitätsverlust des Verletzten eintritt<sup>76</sup>). Wer sich zu Hause mit Schmalkost zufrieden gibt, während er im Berufsleben wie ein Fürst getafelt hat, der entlastet dadurch nicht den Schädiger. Ob allerdings die Umstellung auf die häusliche Kost stets als Komforteinbuße anzusehen ist, wie das der BGH<sup>77</sup>) einmal ausgesprochen hat, muß bezweifelt werden. Mancher verletzte Arbeitnehmer würde die Kochkünste seines Ehepartners gegenüber der Gasthausverpflegung durchaus vorziehen.

### 3. Begrenzung durch einen eigenen Schaden des Arbeitgebers

Setzt der Regeßanspruch des Arbeitgebers bloß voraus, daß er dem Arbeitnehmer den Lohn fortzahlt oder muß als weitere Bedingung dazu kommen, daß der Arbeitgeber dadurch einen eigenen Schaden in zumindest gleicher Höhe erleidet? Die folgenden Fallkonstellationen sollen verdeutlichen, um welche Sachverhalte es geht:

#### a) Fallkonstellationen

Ein Mittelschullehrer muß sich während der Ferien in Behandlung begeben<sup>78</sup>). Ein Arbeiter würde auch ohne die Verletzung nicht für produktive Zwecke eingesetzt werden können, weil während seiner Verletzung eine Auftragsflaute herrscht oder witterungsbedingt am Bau nicht gearbeitet werden kann.

Würde der Arbeitgeber auch in solchen Fällen sich beim Schädiger regressieren können, so wäre das für ihn ein Geschenk des Himmels, das ihm in den Schoß fiel. Müßte er den Arbeitnehmer ohne Verletzung auf eigene Kosten durchfüttern, um ihn zu einem späteren Zeitpunkt für produktive Zwecke wieder einsetzen zu können, so wird ihm aufgrund der vom Schädiger zu vertretenden Verletzung des Arbeitnehmers diese Vakanzzeit von diesem finanziert.

76) So zu Recht die sehr sorgfältig begründete E BGH VersR 1980, 455.

77) BGH VersR 1980, 455. Während der Verzicht auf ein eigenes Auto in Einklang mit dem BGH durchaus als Komfortverzicht anzusehen ist, liegt es in bezug auf die Aufgabe eines berufsbedingten Zweitwohnsitzes häufig anders. Es handelt sich nicht selten um reine Übernachtungsstätten, von Komfortverlust ist häufig nicht die Rede.

78) OGH ZVR 1982/73; BGH VersR 1971, 127 = NJW 1971, 240 = MDR 1971, 40.

- b) Die hM: Der Regreßanspruch ist von einem eigenen Schaden des Arbeitgebers unabhängig

Eben das ist die Position der herrschenden Meinung in Österreich<sup>79)</sup> und auch in Deutschland<sup>80)</sup>. Der Regreßanspruch des Arbeitgebers ist von einem bei diesem eintretenden Schaden unabhängig. Im österreichischen Recht hat sich allein *Krejci*<sup>81)</sup> ausführlich mit dieser Frage beschäftigt. Er vertritt die Ansicht, daß es auf einen eigenen Schaden des Arbeitgebers nicht ankomme. *Krejci* bringt das Problem auf den Punkt, indem er darauf verweist, daß das Ergebnis davon abhängt, ob man vom Rechtsfortwirkungsprinzip oder vom Ausgleichsprinzip ausgehe. Er verweist darauf, daß diese Auseinandersetzung zwischen abstrakter und konkreter Schadensberechnung in Österreich zugunsten der Lehre vom objektiven Schaden entschieden sei. Einige Inkonsequenzen sprechen gegen den Sieg des Ausgleichsgedankens an der 2. Front<sup>82)</sup>.

Abgesehen davon, daß die Einschätzung, ob sich die objektiv-abstrakte Schadensberechnung – beim Personenschaden – endgültig durchgesetzt hat, heute anders zu beurteilen ist als anno 1979, kommt es auf das Gewicht der vorgebrachten Argumente an.

*Krejci*<sup>83)</sup> führt an, daß es um den Schadenersatzanspruch des unmittelbar Verletzten gehe, der im Weg der Legalzession übergeleitet werde, sodaß schon deshalb auf den Schaden bei ihm abzustellen sei.

Daß der Dritte, der den Schaden zu tragen habe, einen geringeren Schaden habe, solle dem Schädiger ebensowenig entgegenhalten werden wie der Umstand, daß dessen Leistung als nicht erbracht angenommen wird, um den Schadenersatzanspruch des Verletzten überhaupt begründen zu können.

Als weiteres Argument führt *Krejci*<sup>84)</sup> an, daß die Schadensregulierung sonst zu kompliziert würde, wenn der Regreß des Dritten dem Umfang nach davon abhinge, ob der Schaden, der auf einen Vierten weitergewälzt werde, bei diesem geringer oder überhaupt vorhanden sei.

- c) Die Gegenposition: Begrenzung des Regreßanspruchs des Arbeitgebers nur bei einem korrespondierenden eigenen Schaden

- aa) Die Argumente pro und contra

Diesen Argumenten sei folgendes entgegengehalten: Daß bei einer Legalzession primär auf den Schaden des Verletzten abzustellen ist, steht außer Streit. Worum es allein geht, das ist die Frage, ob der Regreß selbst dann

79) *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 418 ff; *ders*, VR 1995 H 4, 8, 15; *Lukas*, JBl 1996, 481, 567, 573.

80) BGH BGHZ 21, 112, 120; LG Karlsruhe VersR 1983, 1065 = ZfS 1984, 11: auch bei Zahlung von Wintergeld Regreßanspruch.

81) Reformen des Rechts (1979) 409, 419 ff.

82) Ebenda 421.

83) Ebenda 419.

84) Ebenda 421.

in vollem Umfang besteht, wenn der Arbeitgeber durch die Vereitelung des Arbeitskräfteinsatzes des Arbeitnehmers gar keinen Schaden erleidet, um den Extremfall herauszugreifen.

Dem Arbeitnehmer wird die Kumulierung von Entgeltsanspruch gegen den Arbeitgeber und dem deckungsgleichen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger mit dem Argument verwehrt, daß es dem (versicherungsrechtlichen) Bereicherungsverbot widerspreche, wenn der Verletzte mehr als seinen Schaden liquidiere<sup>85</sup>). Gilt dieses Prinzip nichts mehr, wenn der Arbeitgeber betroffen ist?

Daß die Leistung des Arbeitgebers nach den Regeln des versagten Vorteilsausgleichs nicht auf den Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers angerechnet wird, ist eine Sache. Eine davon zu unterscheidende ist es, für den Regreßanspruch des Arbeitgebers gegen den Schädiger zu verlangen, daß tatsächlich ein verlagerter Schaden, somit eben auch ein Schaden beim nunmehr Anspruchsberechtigten vorliegt<sup>86</sup>).

Der Einwand *Krejci*, daß die Schadensregulierung durch solche Einwände des Schädigers verkompliziert werde, ist durchaus zutreffend. Freilich ist dies der Preis der Rechtskultur. Viel einfacher wäre es, jedem Geschädigten nach der Minderung seiner Erwerbsfähigkeit eine Gliedersteuer zu bezahlen. Während das Sozialversicherungsrecht so verfährt, ist das im Schadenersatzrecht anders. Wie noch näher zu zeigen wird, halten sich die damit verbundenen Komplikationen in durchaus erträglichen Grenzen.

Verwiesen sei aber zunächst darauf, daß die von *Krejci* beschworene Verkomplizierung schon im geltenden Recht anzutreffen ist. Wird ein Arbeiter verletzt, dann wandert der Erwerbsschaden des Verletzten vom Dritten (Arbeitgeber) qua § 10 EFZG zu einem Vierten (Krankenversicherungsträger).

Bei den Heilungskosten, die ein Sozialversicherungsträger in dem nach § 332 ASVG auf ihn übergeleiteten Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger geltend macht, wird darauf abgestellt, ein Schaden in welcher Höhe beim Regreßgläubiger gegeben ist<sup>87</sup>). Der beim Verletzten wäre sehr viel höher, hätte dieser nämlich gerade nicht die Möglichkeit, aufgrund seiner Marktmacht entsprechende Konditionen auszuhandeln.

Was auf den ersten Blick als Randfrage des Sozialversicherungsrechts erscheint, das ist bei näherer Betrachtung eine Grundfrage des Ausmaßes des Ersatzanspruchs in Fällen der Schadensverlagerung. *Lukas*<sup>88</sup>) hat sein Hauptaugenmerk darauf gelegt, daß nicht der höhere eigene Schaden des Dritten, im vorliegenden Kontext der des Arbeitgebers, liquidiert werden kann. Diese Präzisierung der Lehre soll nun um ein Stück vorangetrieben

85) *Bürge*, FS-Lange (1992) 413, 428 FN 48.

86) Dies räumt auch *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 420 ein.

87) *Krejci*, Sozialversicherungsrechtliche Modifikationen des Schadenersatzrechts, in: Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 3.2.4.1. (dieser Teil idF der 6. ErgLfg); *ders*, VR 1995, H 4, 8, 16 FN 28.

88) JBl 1996, 481 ff, 567 ff.

werden, indem die zusätzliche Bedingung formuliert wird, daß der Arbeitgeber den fortgezählten Lohn nur insoweit ersetzt verlangen kann, als sich ein korrespondierender Schaden bei ihm in eben dieser Höhe ergibt.

Für diese Lösung, die dem Ausgleichsprinzip größeres Gewicht beimißt als dem Rechtsfortwirkungsprinzip, kann als Hilfsargument noch das Präventionsprinzip herangezogen werden. Wenn ein eigener Schaden des Arbeitgebers Voraussetzung für dessen Regreßanspruch ist, dann ist das eine Bremse gegen die Versuchung des kollusiven Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, daß der momentan für produktive Zwecke nicht einsetzbare Arbeitnehmer auf Kosten des Schädigers noch einige Zeit über die tatsächliche Krankheit hinaus krank feiert.

#### bb) Beweiserleichterungen bei der Darlegung des Schadens

Folgt man dem hier vertretenen Ansatz<sup>89)</sup>, daß der Regreßanspruch des Arbeitgebers von einem korrespondierenden eigenen Schaden abhängig ist, so stellt sich als nächstes die Frage: Welche Anforderungen sind an die Darlegung eines solchen Schadens zu stellen? Es sind eben die Maßstäbe anzulegen, die bei Substanziierung einer Vermögenseinbuße im Rahmen der frustrierten Aufwendungen entwickelt worden sind. Prima facie ist davon auszugehen, daß jeder beschäftigte Arbeitnehmer sein Geld wert ist, er zumindest so viel bringt, wie er kostet. Man bezeichnet das als Rentabilitätshypothese.

Nicht jeder Arbeitgeber verfolgt ein Unternehmensziel, das auf Gewinnerzielung gerichtet ist. In einem solchen Fall ist es ausreichend, daß der Nachweis geführt wird, daß der Arbeitnehmer für die Zwecke während des Zeitraums, in dem er krankheitsbedingt nicht arbeiten konnte, eingesetzt werden hätte sollen und können.

#### cc) Auswirkungen auf eng umgrenzte Sachverhalte

Die hier vertretene Ansicht wirkt sich auf ausgerissene Sachverhalte aus, nämlich die, in denen es für den Arbeitgeber ein unverdienter Glücksfall wäre, wenn ihm ein Regreßanspruch gegen den Schädiger zufiele, weil er ohne das schädigende Ereignis den Arbeitnehmer zwar bezahlen hätte müssen, ihn aber nicht für produktive Zwecke hätte einsetzen können.

Im Fall des behandlungsbedürftigen Gymnasiallehrers während der Ferien ist eine solche Konstellation gegeben. Diese Berufsgruppe ist mit so reichlich Nicht-Arbeitszeit bedacht, daß eine Verletzung während eines solchen Zeitraums nicht dazu führt, daß der Urlaubsanspruch in eine andere – produktive – Zeit verschoben wird und dadurch zu einem Schaden des Arbeitgebers führt. Der BGH<sup>90)</sup> hat einen solchen Fall denn auch abweisend

89) So bereits *Ch. Huber*, *Ausgewählte Fragen der Schadensberechnung*, JBl 1996, 239; diesem folgend *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 9 Rz 13/25.

90) *VersR* 1971, 127 = *NJW* 1971, 240 = *MDR* 1971, 40.

entschieden, freilich mit der nicht eben überzeugenden Begründung, daß eine dreimalige Krankenbehandlung in den Ferien nicht zu einer Dienstunfähigkeit führe.

Darüber hinaus sind die eingangs beschriebenen Fälle erfaßt, in denen bei Auftragsflaute oder infolge Witterungsunbill ein produktiver Einsatz des Arbeitnehmers auch ohne Verletzung nicht möglich gewesen wäre. Sofern es jedoch darum geht, daß die Arbeit des verletzten Arbeitnehmers durch Arbeitskollegen verrichtet wird, mögen diese auch unterausgelastet gewesen sein, ist ein Regreßanspruch durchaus zu bejahen<sup>91</sup>). Denn das Auffangen des Schadens erfolgt durch einen Arbeitskräfteeinsatz eines Dritten, was den Schädiger nicht entlasten soll. Das gilt um so mehr, wenn die Arbeitskollegen durch überobligationsgemäße Anstrengung diese Leistung erbringen. Dieses Arbeitspotential ist dem Arbeitgeber zugewiesen, er trägt die Kosten dafür, sodaß es sachgerecht ist, daß das Auffangen des Schadens aus diesem Potential ihm zugute kommt.

Schließlich sei darauf verwiesen, daß die hier vorgetragene Sicht auch Auswirkungen im Sozialversicherungsrecht zeitigt. Bisher wurde angenommen, daß bei Verletzung eines Arbeitslosen der Sozialversicherungsträger, der Krankengeld zahlt, sich beim Schädiger regressieren kann<sup>92</sup>). Man hat dies damit begründet, daß das Arbeitslosengeld die Gegenleistung für die potentielle Bereitstellung der Arbeitskraft sei, was ja nun infolge der Verletzung nicht mehr möglich sei. Das potentielle Bereitstellen von Arbeitskraft an sich führt aber nach allgemeinem Schadenersatzrecht gerade zu keinem Erwerbsschaden<sup>93</sup>), so man dafür nicht wiederum auf die Krücke der objektiv-abstrakten Schadensberechnung zurückgreift.

#### dd) Gestaltungsmöglichkeiten

Die soeben skizzierte Rechtslage ergibt sich, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine besonderen Vereinbarungen treffen. Es stellt sich die Frage, ob durch eine entsprechende Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ein weitergehender Regreßanspruch begründet werden kann. Das ist in der Tat zu bejahen.

Sieht man von zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts ab, könnten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf eine Lohnfortzahlung auch verzichten. Dann stünde dem Arbeitnehmer unabhängig von einem Schaden des Arbeitgebers ein Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger zu. ME muß es dann auch zulässig sein, eine eindeutige Zessionsvereinbarung des Inhalts zu treffen, daß der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers unabhängig von einem beim Arbeitgeber eintretenden Schaden auf diesen übertragen werden soll.

91) AA *Harrer* in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 27, der – als einziger – einen Regreßanspruch des Arbeitgebers freilich gänzlich ablehnt.

92) So OGH SZ 43/130; ebenso BGH BGHZ 90, 334 = VersR 1984, 639.

93) So für das deutsche Recht *Hagen*, Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs? – BGH (GSZ) NJW 1968, 1823, JuS 1969, 61, 69.

Dies ist die äußerste Grenze, bis zu der eine Gestaltung zu Lasten des Schädigers zulässig ist. Jenseits dieser Grenze handelt es sich freilich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter.

#### 4. Fortzahlung des Entgelts trotz verminderter Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers

##### a) Problembeschreibung

Das Problem der Lohnfortzahlung ergibt sich daraus, daß entgegen dem Synallagmaprinzip der Arbeitgeber den Lohn fortzahlt, obwohl der Arbeitnehmer seine Gegenleistung, die geschuldete Arbeit, krankheitsbedingt nicht erbringt. Die folgende Konstellation ist eine besondere Variante der Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung:

Nach den Gesetzen des Marktes werden Arbeitnehmer freigesetzt, wenn sie nicht mehr die dem Entgelt entsprechende Leistung erbringen. Aber selbst bei Tieren kommt es vor, daß man diesen das Gnadenbrot gewährt<sup>94</sup>). Ähnliches soll auch bei Arbeitgebern vorkommen, namentlich bei Familienbetrieben. Diese setzen einen Arbeitnehmer, der jahrzehntelang seine Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung gestellt hat, auch dann nicht vor die Türe, wenn seine Arbeitskraft nachläßt und er schlußendlich weniger bringt als er kostet.

Ist das Nachlassen der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht auf sein fortschreitendes Alter, sondern auf eine von einem Schädiger zu verantwortende Verletzung zurückzuführen, zahlt aber der Arbeitgeber den Lohn in voller Höhe weiter, stellt sich die Frage, ob dieser Umstand bei der Schadensregulierung zu berücksichtigen ist. Die Fortzahlung des (vollen) Lohnes durch den Arbeitgeber stellt sich auch in diesen Fällen als Entgegenkommen des Arbeitgebers dar, das nicht erfolgt, um den Schädiger zu entlasten.

##### b) Lösungsvorschlag unter Bezugnahme auf das Fallmaterial im deutschen Recht

Während in Österreich solche Fälle noch nicht an die Gerichte herangetragen worden sind, gibt es dazu im deutschen Recht immerhin spärliches Fallmaterial. Die deutschen Gerichte machen einen Schadenersatzanspruch davon abhängig, daß eine entsprechende Gestaltung auf der Ebene des Arbeitsvertrags vorgenommen worden ist.

Häufig erfolgte die Versetzung auf einen anderen Posten im gleichen Unternehmen. Dazu kam, daß der Tarifvertrag vorsah, daß ein bestimmter Einkommensprozentsatz nicht als Lohn, sondern als fürsorgliche Leistung des

94) Vgl OGH EvBl 1999/38: Der Halter eines durch einen Stromschlag verletzten Pferdes, das nicht mehr zum Ausreiten taugte, verlangte vom Schädiger die Einstellkosten bis zum Ende des (Ab-)lebens des Tieres – vergeblich.

Arbeitgebers<sup>95)</sup> oder als Vorschuß<sup>96)</sup> ausbezahlt wird oder aber, daß der Arbeitnehmer für das gleiche Entgelt eine geringere Leistung erbringen muß<sup>97)</sup>.

Ein Regreßanspruch wurde hingegen versagt, wenn der verletzte Arbeitnehmer zwar in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist, er aber vom Arbeitgeber deshalb weiter beschäftigt wird, weil dieser seine Erfahrung und Zuverlässigkeit so schätzt, daß er ihm „das Geld wert ist“<sup>98)</sup>.

Eine E des RG<sup>99)</sup> hat darauf abgestellt, ob es sich um eine fürsorgerische Leistung des Arbeitgebers handelt, die dieser im Rahmen der Treuepflicht erbringt oder eine freigebige Zuwendung. Solange sich die Leistung als Arbeitsentgelt begreifen läßt, sei ein Regreßanspruch des Arbeitgebers abzulehnen.

Bei diesem Problem zeigt sich einmal mehr, daß es förderlich ist, sich vor Augen zu halten, daß eine Weichenstellung im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hilfreich ist, um einen Schadenersatzanspruch zu begründen; allein, ein solcher kann sich unabhängig davon aus schadenersatzrechtlichen Wertungen ergeben. Hinzuzufügen ist, daß eine isolierte Betrachtung des Innenverhältnisses schon deshalb ausscheidet, um einer Einigung zu Lasten eines Dritten Grenzen zu ziehen.

Bei Zielschuldverhältnissen wie Kauf-, Werk- oder Mietvertrag ist eine Minderung der Gegenleistung vorgesehen, wenn Defizite bei der Erbringung der vertragstypischen Hauptleistung auftreten. Einen solchen Mechanismus kennt das Arbeitsrecht hingegen nicht. Das bedeutet aber nicht notwendigerweise, daß damit auch ein entsprechender Schadenersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn die zur Leistungsbeeinträchtigung führende Verletzung des Arbeitnehmers von einem Dritten zu verantworten ist.

Gerade die Fälle der Lohnfortzahlung zeigen, daß trotz weiterbestehender Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Lohns ein Schadenersatzanspruch sehr wohl zu bejahen ist. Entsprechendes muß auch hier gelten. Sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Innenverhältnis entsprechende Gestaltungen treffen, erleichtert das die Regulierung. Eine unabdingbare Voraussetzung für einen Regreßanspruch des Arbeitgebers kann das nicht sein. Die Starrheit des Arbeitsrechts, das in solchen Fällen häufig nur die Möglichkeit vorsieht, den in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigten Arbeitnehmer zu vollen Bezügen weiter zu beschäftigen oder zu kündigen,

95) OLG Hamm ZfS 1992, 7 = VersR 1992, 66 (LS): Personengebundener Zuschlag, der im Tarifvertrag vorgesehen ist.

96) LG Freiburg VersR 1988, 937, 938: Nach einer Verletzung werden 40% des Einkommens als Vorschuß gewährt, dessen Rückforderung davon abhängig gemacht wird, ob der Schadenersatzanspruch beim Schädiger einbringlich ist.

97) LG München I VersR 1988, 938: unfallbedingte Gehbehinderung eines Postbeamten, der in den Innendienst versetzt wird. Der Bemessungszuschlag von 4 Stunden pro Woche bewirkt, daß der Arbeitnehmer nur das Arbeitspensum von 36 Stunden bewältigen muß, aber für 40 Stunden bezahlt wird.

98) BGH VersR 1967, 1068 = VRS 34, 27.

99) RGZ 165, 236, 240.

führt nicht dazu, daß es im Schadenersatzrecht nicht doch abgestufte Lösungen gibt.

c) Zusätzliche Belastung des Ersatzpflichtigen oder in dessen wohlverstandenen Interesse

Führt die hier vorgeschlagene zusätzliche Regreßmöglichkeit des Arbeitgebers zu einer weiteren Belastung des Ersatzpflichtigen? Auf den ersten Blick ist dies in der Tat so. Bei näherer Betrachtung liegt aber diese Lösung in seinem wohlverstandenen Interesse.

Die karitative Ader ist bei den meisten Arbeitgebern nicht besonders stark ausgeprägt, insbesondere in Zeiten, in denen der shareholder value größere Bedeutung hat als das Mitgefühl mit einem weniger Leistungsfähigen. Ein Arbeitgeber, der weiß, daß ein Arbeitnehmer im Fall der Kündigung – vom Sozialnetz abgesehen – nicht ins Bodenlose fällt, sondern dessen Einkommensausfälle von einem Ersatzpflichtigen getragen werden, wird einen solchen Arbeitnehmer mit weniger Skrupel kündigen als einen, bei dem der verletzungsbedingte Rückgang der Leistungsfähigkeit nicht auf einen Schädiger zurückzuführen ist.

Der Ersatzpflichtige hat dann nicht bloß Ersatz im Ausmaß des Teils des Lohnes zu zahlen, der der verminderten Leistungsfähigkeit bei seiner bisherigen Stelle entspricht. Vielmehr trägt der Ersatzpflichtige das volle Risiko, daß der verletzte Arbeitnehmer in der Folge – jedenfalls für einen gewissen Zeitraum – gar keine Stelle mehr findet<sup>100</sup>). In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit und verschärftem Wettbewerb ist dies ein durchaus realistisches Szenario, daß ein in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigter Arbeitnehmer, insbesondere wenn er nicht mehr ganz jung ist, dann eben keine adäquate Stelle mehr findet. Dazu kommt das – volkswirtschaftliche – Argument, daß der verletzte Arbeitnehmer an seinem bisherigen Arbeitsplatz, wo er eingearbeitet ist und er seine Erfahrungen einbringen kann, noch durchaus sinnvoll eingesetzt werden kann, während er einen neuen Arbeitsplatz gerade nicht finden würde<sup>101</sup>).

Kann der Arbeitgeber über einen Regreßanspruch im Ausmaß des Leistungsdefizits des Arbeitnehmers eine Subventionierung dieses Arbeitsplatzes erzielen, dann stimmt für ihn die Rechnung wieder. Dann muß freilich sichergestellt sein, daß der diesbezügliche Regreßanspruch auch dem Arbeitgeber und nicht einem Dritten zusteht. Im deutschen Recht waren es in solchen Fällen nicht immer die Arbeitgeber, die einen Regreßanspruch gegen den Ersatzpflichtigen erhoben haben, sondern die Sozialversicherungsträger, die aufgrund der Minderung der Erwerbsfähigkeit eine Sozialrente ausbezahlt haben<sup>102</sup>). Formal wird das damit begründet, daß der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers auf den Sozialversicherungsträger schon

100) Zur Obliegenheit des Arbeitnehmers, sich um die Erlangung einer neuen Stelle zu bemühen, siehe sogleich Punkt 5.

101) So in der E BGH VersR 1967, 1068 = VRS 34, 27.

102) RG RGZ 165, 236; VersR 1967, 1068; OLG Celle VersR 1974, 1208.

im Zeitpunkt des Unfalls übergeht, auf den Arbeitgeber aber erst zum späteren Zeitpunkt, zu dem dieser seine Leistung erbringt. Wertungsgesichtspunkte sprechen jedenfalls bei dieser Konstellation für einen Vorrang des Arbeitgebers beim Regreß, weil das Anreizargument zum Behalten des nicht mehr ganz so leistungsfähigen Arbeitnehmers nur dann zum Tragen kommt.

Als Vorzug dieser Lösung ist darauf zu verweisen, daß die Subventionierung des Arbeitsplatzes durch den Schädiger auch nur solange gegeben ist, als der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz behält. Zur Klarstellung soll abschließend noch darauf hingewiesen werden, daß es allein um unfallkausale Leistungsdefizite geht. Sofern der Arbeitnehmer aus anderen Gründen, etwa aufgrund seines Alters, nicht mehr so leistungsfähig ist, wie es dem gezahlten Lohn entspricht, kann dieser Nachteil auf den Schädiger nicht überwältigt werden<sup>103</sup>).

d) Sonderproblem: Überobligationsgemäße Mehranstrengung des Arbeitnehmers bei (vorläufiger) Aufrechterhaltung des gleichen Leistungsniveaus

Nicht vertieft kann an dieser Stelle die Konstellation werden, daß der Arbeitnehmer trotz der verletzungsbedingten Behinderung sein bisheriges Leistungsniveau aufrechterhält, indem er sich mehr anstrengt. Zumindest während eines bestimmten Zeitraums ist er in der Lage, die gleiche Leistung zu erbringen, ehe er dann zunächst selbst abbaut und dann abgebaut wird, weil er seine Kräfte rascher verbraucht hat.

Die Rechtsprechung hat für solche Fälle jahrzehntelang eine abstrakte Rente gewährt. Diese hatte zur Voraussetzung, daß der Verletzte bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz keinen konkreten Schaden erlitt. Mit dem Wechsel der Lohnfortzahlungsjudikatur wäre zu überlegen, ob dieses Erfordernis nun nicht ohnehin weggefallen ist, weil man anerkennt, daß ein Schaden des Arbeitnehmers gegeben ist, wird dieser auch auf den Schädiger verlagert.

Darüber hinaus wäre mE grundsätzlich zu überlegen, warum die überobligationsgemäße Anstrengung eines Selbständigen oder einer Hausfrau zu einem Vermögensschaden führt, dies aber bei einem Arbeitnehmer bisher nur unter der Voraussetzung des drohenden Arbeitsplatzverlustes – und nun gar nicht mehr – der Fall sein soll. Prima vista spricht alles dafür, überobligationsgemäße Anstrengungen gleich zu behandeln, unabhängig davon, in welchem Zusammenhang die Arbeitskraft eingesetzt wird. Das würde dafür sprechen, daß nicht dem Arbeitgeber ein Regreßanspruch zuerkannt wird, sondern der Verletzte selbst einen Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens geltend machen kann.

103) Ein Parallelproblem ergibt sich bei Verletzung des Haushaltsführers, dessen Erwerbsschaden mit zunehmendem Alter zu kürzen ist, weil er – womöglich – unabhängig von einer zugefügten Verletzung zur Führung seines Haushalts nicht mehr in der Lage wäre. Dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995) 533 ff.

5. Auswirkungen einer Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand trotz Verbleibens einer Restarbeitskraft

- a) Die Leitentscheidung des OGH ZVR 1999/3 = RdW 1998, 192 (*Iro*) = ARD 4938/19/28 = *ecolex* 1998, 394

Das Beamtendienstrecht zeichnet sich dadurch aus, daß der Dienstherr den Lohn fortbezahlt, bis der verletzte Beamte in den vorzeitigen Ruhestand versetzt wird. In der Leitentscheidung ZVR 1999/3, bei der eine Krankenschwester verletzt wurde, dauerte die Lohnfortzahlung vom Tag des Unfalls (27. 1. 1993) bis zum Beginn des Bezugs einer Dienstunfähigkeitspension (1. 7. 1994), somit fast 1½ Jahre.

Die Dienstunfähigkeitspension wurde gewährt, weil die Krankenschwester zu der von ihr ohne Verletzung ausgeübten Tätigkeit, der Betreuung von Kranken am Krankenbett, nicht mehr in der Lage war. Der Dienstherr begehrte vom Schädiger nicht nur Ersatz des fortbezahlten Lohns, sondern darüber hinaus Regreß für die bereits bezahlte und künftig zu zahlende Dienstunfähigkeitspension<sup>104</sup>). Der OGH entschied, daß dieser Anspruch zu Recht bestehe, weil bei derartigen Leistungen auch ein Sozialversicherungsträger regreßberechtigt wäre und es keinen Unterschied machen könne, ob der Regreßberechtigte ein Sozialversicherungsträger oder der Dienstherr sei. Insofern ist der Entscheidung vorbehaltlos zuzustimmen.

- b) Der maßgebliche Anknüpfungspunkt: Dienstverhältnis versus Schadenersatzrecht

Der Ersatzpflichtige wendete ein, daß es verfassungswidrig wäre, wenn Beamte nach so großzügigen Maßstäben in den vorzeitigen Ruhestand versetzt würden und eine Dienstunfähigkeitspension erhielten. Er behauptete diesbezüglich sogar die Verfassungswidrigkeit einer derartigen Regelung. Auch *Iro*<sup>105</sup>) beschritt diesen Weg, indem er für maßgeblich hielt, wie ein wirtschaftlich vernünftig denkender Arbeitgeber sich in einem solchen Fall verhalten hätte.

Sowohl der Beklagtenvertreter als auch *Iro* verkennen damit den Kern des Problems. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt zur angemessenen Lösung ist nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern das Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger. Ausgangspunkt ist, daß die Regeln, nach denen der Dienstherrn eine Dienstunfähigkeitspension gewährt, als Ausgangspunkt auch im Schadenersatzrecht zu akzeptieren

104) Ein Erwerbsschaden ist aber insoweit nicht gegeben, als der Verletzte auch ohne Verletzung eine Altersrente bezogen hätte, somit begrenzt bis zum 60. bzw 65. Lebensjahr. Während die Rechtsprechung (zuletzt OLG Innsbruck ZVR 1998/145) das gesetzliche Rentenalter zugrundelegt, ist mE das wahrscheinliche Rentenalter zugrunde zu legen. Wie die tagespolitische Diskussion beweist, ist das eine mit dem anderen keinesfalls deckungsgleich.

105) RdW 1998, 192.

sind. Die deutsche Rechtsprechung<sup>106)</sup> hat in vergleichbaren Fällen ausgesprochen, daß eine Überprüfung solcher Verwaltungsakte durch die Zivilgerichte nur in Fällen von Willkür in Betracht kommt. Eine schlichte sachliche Unrichtigkeit sei hingegen hinzunehmen.

Dafür, in welchem Ausmaß dem Dienstherrn ein Regreßanspruch zusteht, ist maßgeblich, ob der verletzte Beamte im Verhältnis zum Schädiger gegen die ihn gegenüber diesem treffende Schadensminderungsobliegenheit verstoßen hat<sup>107)</sup>. Ist das der Fall, kommt eine entsprechende Kürzung des Regreßanspruchs des Dienstherrn in Betracht. Dabei stellen sich zwei Detailprobleme, auf die nun näher einzugehen ist:

### c) Schadensminderungsobliegenheit im Verhältnis zwischen Verletzten und Schädiger

In welchem Umfang der verletzte Beamte gehalten ist, seine Restarbeitskraft nutzbringend zu verwerten, ist unabhängig vom Beamtendienstrecht nach schadensersatzrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Während es nach Beamtendienstrecht für die Zuerkennung einer Dienstunfähigkeitspension ausreichend ist, daß der verletzte Beamte die jeweils konkrete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, ist im Verhältnis zum Schädiger der Verletzte gehalten, seine Restarbeitskraft in bestmöglicher Weise zu verwerten, wobei im Rahmen der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt sind<sup>108)</sup>. Eine deutsche Entscheidung<sup>109)</sup> hat dabei zu Recht ausgesprochen, daß aus dem Umstand, daß die Beweislast, daß dies möglich gewesen wäre, dem Ersatzpflichtigen auferlegt wird, nicht der Schluß gezogen werden darf, daß es nicht Sache des Verletzten wäre, sich darum zu kümmern.

Sofern der Verletzte gegen die ihm nach schadensersatzrechtlichen Maßstäben auferlegte Schadensminderungsobliegenheit verstößt, kann er zwar seine Beamtenrente in ungeschmälertem Umfang behalten; allein der Dienstherr muß sich womöglich bei seinem Regreß eine Kürzung gefallen lassen. Es ist nicht anders, als ob ein Sozialversicherungsträger eine Erwerbsschadensrente nach der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit ausbezahlt, der Erwerbsschaden nach bürgerlichem Recht aber geringer ist, sodaß der Sozialversicherungsträger in bezug auf den überschießenden Teil seiner Rente nicht regreßberechtigt ist.

106) BGH VersR 1967, 953; VersR 1969, 75, 76; VersR 1969, 538; OLG Frankfurt/M NZV 1993, 471 = r + s 1994, 377.

107) BGH VersR 1963, 337; VersR 1967, 953, 954; VersR 1969, 75; VersR 1979, 424; VersR 1983, 488; NZV 1993, 313; OLG Frankfurt/M r + s 1994, 377; OLG Karlsruhe VersR 1998, 1115.

108) Mit Frage nach den Grenzen der Schadensminderungsobliegenheit sowie der dabei beachtlichen Beweislastverteilung mußte sich der OGH in den letzten Jahren wiederholt beschäftigen: ZVR 1993/63 (Kellnerin ist Wiederantritt einer Stelle auch zumutbar, selbst wenn sie Schmerzen verspürt); ZVR 1995/91 (Chefsekretärin); ZVR 1998/122 (Angebot einer Stelle beim Haftpflichtversicherer, der den Schaden reguliert, an den Verletzten); ZVR 1999/25 (Verletzter wendet sich nicht an das Arbeitsmarktservice, findet nach längerem Suchen selbst eine Stelle).

109) BGH VersR 1979, 424.

d) Konkurrenz zwischen Differenzanspruch des Geschädigten zu den Aktivbezügen und Regreß des Arbeitgebers

Der Verletzte, der eine Dienstunfähigkeitspension bezieht, geht fallweise durchaus einer anderen Erwerbstätigkeit nach. Es stellt sich die Frage, wie sich das daraus erzielte Einkommen auf den Regreßanspruch des Dienstherrn auswirkt: Zunächst sind die Einkünfte aus einer solchen Tätigkeit auszuscheiden, die der nunmehr Verletzte auch im gesunden Zustand neben seiner Beamten­tätigkeit erzielt hätte. Das wurde angenommen, wenn ein Kunstlehrer selbst gemalte Bilder verkauft<sup>110)</sup> oder ein Zugführer der Bundesbahn seine Ehefrau in der Landwirtschaft unterstützt<sup>111)</sup>.

Darüber hinaus wird im deutschen Recht darauf hingewiesen, daß sich der Zuverdienst erst dann zugunsten des Dienstherrn beim Regreß gegen den Ersatzpflichtigen auswirkt, sobald der Verletzte durch den Zuverdienst zusammen mit seiner Dienstunfähigkeitspension mehr verdient als seinen Aktivbezug.

Der Umstand, daß der Dienstherr eine überschießende Dienstunfähigkeitspension gewährt hat, das heißt, eine solche, die mehr ausmacht, als der nach Schadenersatzrecht ermittelte Erwerbsschaden, führt dazu, daß er sich insofern eine Kürzung seines Regresses gefallen lassen muß. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß in Deutschland ein Quotenvorrecht zugunsten des Beamten besteht, während in Österreich ein Quotenvorrecht zugunsten des Sozialversicherungsträgers angenommen wird. Möglicherweise führt die Übernahme der aus dem Quotenvorrecht sich ergebenden Wertung auch bei den hier geschilderten Sachverhalten zu unterschiedlichen Ergebnissen.

B. Kreis der ersatzfähigen Entgeltbestandteile

Der Umfang des Regresses des Arbeitgebers hängt in hohem Maße davon ab, was zum Entgelt des Arbeitnehmers zählt. Infolge der Beschäftigung des Arbeitnehmers treffen den Arbeitgeber vielfältige Verpflichtungen. Diese lassen sich in zwei Gruppen aufspalten:

Es gibt Belastungen, bei denen die Lohnsumme bloß Anknüpfungspunkt ist, ohne daß durch die Entrichtung der daran anknüpfenden Zahlungspflichten dem Arbeitnehmer ein individueller Vermögensvorteil erwächst. Insoweit liegt kein Entgeltsbestandteil vor mit der Folge, daß der Arbeitgeber in bezug auf solche Anteile auch kein Regreßanspruch zusteht. Der von *Hohenecker*<sup>112)</sup> erwogene originäre Anspruch des Arbeitgebers ist abzulehnen, weil er das System, daß nur der unmittelbar Verletzte anspruchsberechtigt ist, sprengen würde.

Darüber hinaus muß der Arbeitgeber Beiträge an diverse Töpfe entrichten, die er nicht nur für den Arbeitnehmer einbehält und abführt, sondern

110) OLG Frankfurt r + s 1994, 377.

111) BGH VersR 1969, 75.

112) Die Ersatzfähigkeit der Lohnfortzahlung und ihre Grenzen, *ecolex* 1996, 446.

auch solche, die ihn kraft eigener Verpflichtung treffen. Diese zeichnen sich dadurch aus, daß dadurch eine konkrete Gegenleistung, ein Vermögensvorteil, beim Arbeitnehmer bewirkt wird. Es ist insofern ein Entgeltsbestand gegeben mit der Folge, daß ein Regreßanspruch zu bejahen ist.

Entgelt, das nach den Regeln der Lohnfortzahlung zu einem Arbeitgeberregreß gegenüber dem Schädiger führt, ist somit nicht nur gegeben, wenn der Arbeitgeber Geld an den Arbeitnehmer ausbezahlt. Der Entgeltsbegriff ist viel facettenreicher. Er beinhaltet auch Leistungen des Arbeitgebers an Dritte oder sogar eine besondere Zweckwidmung eines bestimmten Vermögens, die dazu führt, daß der Arbeitnehmer davon einen individuellen Vorteil hat, jetzt oder in Zukunft.

Wenn das LG Karlsruhe<sup>113)</sup> diese Abgrenzung nicht für maßgeblich hält, weil alle Leistungen, die der Arbeitgeber in dieser Eigenschaft erbringt, irgendwie unmittelbar oder mittelbar dem Arbeitnehmer zugute kommen, so ist dem nicht zu folgen. „Mittelbar“ und „irgendwie“ genügt gerade nicht. Ob ein Entgeltbestandteil gegeben ist, hängt vielmehr von der positiven Beantwortung folgender Kontrollfrage ab: Handelt es sich um die Abdeckung eines Risikos oder einer Vorsorge, für die der Arbeitnehmer bereit wäre, eine Versicherungsprämie zu bezahlen?

#### 1. Negative Umschreibung: Lohnsumme ist bloß Anknüpfungspunkt für Fixierung von Steuern und Beiträgen

Unproblematisch der Kategorie zuzurechnen, bei der die Lohnsumme bloß Anknüpfungspunkt ist, sind folgende Abgaben: U-Bahn-Steuer, Lohnsummensteuer, Kammerumlage udgl. Durch die Entrichtung solcher Abgaben hat der Arbeitnehmer keinen ihm persönlich zuordenbaren Vermögensvorteil. Es handelt sich insoweit um einen mittelbaren, nicht überwälzbaren Schaden des Arbeitgebers<sup>114)</sup>.

Entsprechendes gilt auch für die Beiträge zum Entgeltsicherungsfonds nach § 13 Abs 1 lit a EFZG<sup>115)</sup>. Durch diese Beiträge soll ein Ausgleich erzielt werden zwischen Arbeitgebern mit Arbeitern, die viel krank sind und solchen, die wenig krank sind, ohne daß sich durch diese Risikostreuung zwischen den Arbeitgebern ein ersichtlicher Vorteil für den einzelnen Arbeitnehmer ergibt.

In bezug auf die nach § 12 Abs 1 Z 4 IESG zu leistenden Beiträge zum Insolvenzentgeltsicherungsfonds gilt allerdings Gegenteiliges<sup>116)</sup>. Durch die Speisung dieses Fonds wird bewirkt, daß der Arbeitnehmer bei Insolvenz des Arbeitgebers gewisse Ansprüche durchsetzen kann, die er sonst nicht durchsetzen könnte. Für die Abdeckung eines solchen Risikos könnte ein Arbeitnehmer sonst eine entsprechende Privatversicherung abschließen.

113) VersR 1973, 1065.

114) OGH JBl 1996, 593.

115) OGH ZVR 1998/140; Holzer, ASoK 2000, 63, 66.

116) Für eine Gleichbehandlung mit der Lohnsummensteuer freilich Hohenecker, eolex 1996, 446.

Die Beiträge zum Familienlastenausgleichsfonds wurden bisher als bloß mittelbarer Schaden angesehen. Abgesehen davon, daß die Beiträge in der Vergangenheit gelegentlich zweckwidrig verwendet worden sind, geht es bei diesem Topf darum, daß diejenigen, die in diesen einzahlen für den Fall, daß sie Kinder zu erziehen haben, „Gegenleistungen“ erhalten. Aus der hier interessierenden Perspektive handelt es sich eigentlich somit darum, daß ein bestimmtes Risiko abgesichert wird, bei dem der Einzahlende dann, wenn sich bei ihm ein bestimmtes Risiko verwirklicht, eine Gegenleistung erhält. Insoweit unterscheidet sich dieser Beitrag von der Kammerumlage und der U-Bahn-Steuer, von denen der einzelne Arbeitnehmer keinen individuellen Vorteil hat.

Der BGH<sup>117)</sup> hat die Beiträge zur Unfallversicherung so behandelt wie die Lohnsummensteuer. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

## 2. Positive Umschreibung: Durchbrechung des Synallagmas aufgrund einer Gefahrtragungsnorm – ohne diese würde dem Arbeitnehmer ein Vermögensvorteil entgehen

Nach der negativen Abgrenzung geht es nun darum, im einzelnen zu klären, welche den Arbeitgeber treffenden Belastungen zu einem Regreßanspruch gegen den Schädiger führen.

### a) Aperiodisch anfallende Einkommensbestandteile zB Weihnachtsgeld

Würde das Entgelt des Arbeitnehmers entsprechend der von ihm erbrachten Arbeitsleistung in gleichen Tranchen ausbezahlt, gäbe es keine Zuordnungs- und Zurechnungsprobleme. Der Auszahlungsrhythmus des Entgelts ist aber mit den erbrachten Arbeitsleistungen nicht deckungsgleich. Gerade für Österreich ist zu beobachten, daß mehr als 12 Bezüge pro Jahr bezahlt werden. Schon zur Ausnutzung steuerrechtlicher Vergünstigungen sind 14 Bezüge pro Jahr weit verbreitet. In manchen Branchen (Banken, Versicherungen) werden mehr als 14 Monatsgehälter bezahlt, mögen diese nun als Tantieme, Bilanzgeld oder sonstwie bezeichnet werden.

Diese zeichnen sich dadurch aus, daß sie Gegenleistung für die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft sind. Es mögen bei solchen aperiodischen Sonderleistungen wie etwa den Treueprämien, auch andere Motive eine Rolle spielen. Eines davon ist jedenfalls der Gedanke, daß diese Leistung eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung sein soll. Im Schadenersatzrecht ist das ausreichend für die Qualifizierung als Entgeltbestandteil und die Bejahung der Regreßfähigkeit<sup>118)</sup>.

117) VersR 1966, 89.

118) Zu weitgehend wohl BGH BGHZ 133, 1, 3, 5 = VersR 1996, 1117 = NJW 1996, 2296 = NZV 1996, 355 = DAR 1996, 355 = ZfS 1996, 330 = r + s 1996, 309 = MDR 1996, 911: Die Jahressonderzuwendung kann unterschiedliche Zwecke verfolgen. Bei der Abwicklung von Schadenersatzansprüchen bedarf es der Auslegung im Arbeitsrecht nicht. Das würde die Schadensregulierung ungebührlich erschweren. ME ist es durchaus

Wenn der Arbeitnehmer verletzt und ihm das Entgelt fortbezahlt wird, ist dieser Umstand zu berücksichtigen. Es hat dann eine Aliquotierung dieser Einkommensbestandteile, etwa des Weihnachtsgeldes, stattzufinden<sup>119)</sup>. Würde man nicht so verfahren, wäre die Ersatzfähigkeit davon abhängig, ob die Auszahlung gerade in dem betreffenden Monat erfolgt.

Das hätte folgende kaum rational begründbare Rechtsfolgen: In Deutschland werden im Regelfall bloß 13 Monatsgehälter gezahlt. Der 13. Bezug wird als Weihnachtsgeld im Dezember ausbezahlt. Soll der Arbeitgeber dann bei Verletzung des Arbeitnehmers im Dezember doppelt soviel Ersatz vom Schädiger verlangen können als im November oder Januar? Dieses Beispiel macht deutlich: Das kann nicht sein! Das Weihnachtsgeld ist vielmehr durch die während des Jahres erbrachten Leistungen verdient<sup>120)</sup> bzw verdient.

Die im Arbeitsrecht derzeit umstrittene Frage, ob nach Ende der Entgeltfortzahlung ein Anspruch auf Sonderzahlungen gegeben ist<sup>121)</sup>, kann im vorliegenden Zusammenhang ausgeklammert bleiben, weil davon lediglich die Aktivlegitimation des Schadenersatzanspruchs abhängt. Ist ein solche Pflicht des Arbeitgebers gegeben, steht ihm auch ein Regreßanspruch gegen den Schädiger zu; ansonsten kann der Arbeitnehmer den entsprechenden Anspruch selbst geltend machen.

## b) Urlaubsgeld, Urlaubsentgelt, Urlaubsabgeltung (Abfindung bzw Entschädigung)

### aa) Begriffsklärung

Ehe die schadenersatzrechtlichen Probleme erörtert werden, soll eine Begriffsklärung vorgenommen werden. Unter *Urlaubsgeld* versteht man den Teil des Entgelts, der aus Anlaß des Urlaubs als besonderer Entgeltbestandteil an den Arbeitnehmer ausbezahlt wird. *Urlaubsentgelt* ist die Fortzahlung des Lohns während des Urlaubs. Für die hier interessierende Problemstellung können Urlaubsentschädigung (§ 9 UrlG) und Urlaubsabfindung (§ 10 UrlG) zusammengefaßt, die als *Urlaubsabgeltung* bezeichnet wird. Diese ist in der Weise charakterisiert, daß eine Ablösung in Geld dafür erfolgt, daß der Urlaub nicht konsumiert wird.

### bb) Urlaubsgeld – zwingende Parallele zum Weihnachtsgeld

Das Urlaubsgeld ist zu behandeln wie andere aperiodische Zuflüsse zB das Weihnachtsgeld. Der Urlaubsantritt mag der Anlaß der Auszahlung

ausreichend, daß es genügt, wenn eine aperiodische Sonderzuwendung auch Abgeltung für geleistete Arbeit ist.

119) So auch OLG Wien ZVR 1999/6; ebenso die deutsche Rsp: BGH VersR 1972, 566; BGHZ 43, 378, 381; BGHZ 133, 1.

120) So die Ausdrucksweise in BGH VersR 1972, 566 = NJW 1972, 766 = LM § 87 BBG Nr 17.

121) Ablehnend OGH RdA 1990, 141; WBI 1993, 403; RdA 1994, 523; RdA 1995, 336; RdW 1996, 371; RdA 1997/18 mit kritischer Anm Schindler; dem OGH zustimmend hingegen Schrank, Sonderzahlungen bei entgeltfreien Krankenständen, *ecolex* 1995, 193 ff; vgl dazu auch *Trost*, Anspruch auf Sonderzahlungen in entgeltfreien Zeiten, RdA 1995, 116 ff.

sein; häufig trifft aber selbst das nicht zu. In der Regel wird das Urlaubsgeld zu bestimmten Zeitpunkten mit dem sonstigen Lohn ausbezahlt, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer einen Urlaub antritt oder nicht. Wie das Weihnachtsgeld wird es durch den Arbeitskräfteeinsatz während des Jahres (v)erdient. Es hat deshalb bei Berechnung des Regreßanspruchs eine Aliquotierung zu erfolgen.

cc) Urlaubsentgelt – gegenüber dem Arbeitsrecht eigenständige schadenersatzrechtliche Anknüpfung in Anlehnung an die Betriebswirtschaftslehre

Österreichische Gerichte hatten sich – soweit ersichtlich – zweimal<sup>122)</sup> mit der Frage zu befassen, wie sich das Urlaubsentgelt beim Lohnfortzahlungsschaden auswirkt, wobei jedoch jeweils bloß die Ablösung des Urlaubs in Geld zur Diskussion stand, worauf im nächsten Punkt dd) näher einzugehen sein wird.

Das Problem, um das es geht, läßt sich wie folgt skizzieren. Dem Arbeitnehmer werden in Österreich typischerweise 14 Monatsgehälter bezahlt. Der Arbeitnehmer arbeitet aber bloß 12 Monate; ja eigentlich nicht einmal solange, weil es während des Jahres eine nicht zu geringe Zahl von arbeitsfreien Feiertagen gibt und dazu noch den Erholungsurlaub. Aus Vereinfachungsgründen sei angenommen, daß der Arbeitnehmer 12 Monatsbezüge erhält, aber nur 11 Monate arbeitet, weil er einen Monat Urlaub macht.

Im Arbeitsrecht wird die Urlaubsgewährung nicht als Entgelt angesehen<sup>123)</sup>. In Übereinstimmung mit der deutschen Judikatur<sup>124)</sup> und dem Arbeitsrechtler *Gitter*<sup>125)</sup>, der diese Judikatur billigt, ist dies beim Lohnfortzahlungsschaden unter Bezugnahme auf die betriebswirtschaftliche Kostenrechnung und eine eigenständige schadensrechtlicher Wertung anders zu sehen.

Es ist so, daß der Arbeitnehmer in den 11 Monaten, in denen er arbeitet, das Entgelt für den 12. Monat, den Urlaub, (v)erdient. Bei Annahme eines in allen 12 Monaten jeweils ausbezahlten Entgelts von 1.000, beträgt dieses unter Berücksichtigung des 1 Monats Urlaubs in Wahrheit nicht 1.000, sondern jeweils 1/11 mehr, somit 1.091. Wirtschaftlich betrachtet verdient der Arbeitnehmer 11 Monate 1.091 und in dem einen, in dem er nicht arbeitet, eben 0. Daß die Arbeitskraft des Arbeitnehmers in einem Monat pro Jahr nicht

122) OLG Wien 10. 4. 1996, 11 R 211/95; OLG Wien ZVR 1999/6, bestätigt von OGH RdW 2000, 209.

123) *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht I (1987) 147. So auch das deutsche Schrifttum. Nachweise in BGH BGHZ 59, 109, 111 = VersR 1972, 1057 (LS) = NJW 1972, 1703 = LM BGB § 249 (Cb) Nr 18 (*Nießgens*) = DAR 1973, 17 = MDR 1972, 940 = VRS 43, 243 = AP § 249 BGB Nr 16 = JR 1973, 239 (*Gitter*).

124) BGHZ 59, 109; BGHZ 59, 154 = VersR 1972, 1056 = DAR 1973, 18 = MDR 1972, 940 = NJW 1972, 1705 = VRS 43, 247 = DB 1972, 1633 = LM BGB § 249 (Cb) Nr 19; OLG Hamburg VersR 1972, 1083; OLG München OLGR 1995, 206.

125) JR 1973, 241.

zur Verfügung steht, wirkt sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis zwischen geleisteter Arbeit und Lohn aus, mag der Arbeitgeber auch ein Interesse daran haben, daß sich der Arbeitnehmer erholt und nach dem Urlaub mit neuen Kräften seinen Arbeitsplatz wieder antritt.

Dagegen wird eingewendet, daß das Ausmaß des Urlaubs nicht davon abhängig ist, ob der Arbeitnehmer während des Jahres krank oder gesund war<sup>126</sup>), ganz abgesehen davon, daß durch die Urlaubsgesetznovelle BGBl 1995/832 der Urlaubsanspruch ab dem 2. Arbeitsjahr schon ab dem ersten Tag konsumiert werden kann<sup>127</sup>). Beide Gegenargumente vermögen freilich zu keinem gegenteiligen Ergebnis zu führen.

Das OLG Hamburg<sup>128</sup>) verweist darauf, daß auch die Urlaubsgewährung aus sozialpolitischen Gründen erfolge, die den Schädiger nicht entlasten soll. Im Sinne der obigen Ausführungen ist es ausreichend, daß insoweit eine Durchbrechung des Synallagmaprinzips vorliegt. Das OLG Hamburg führt weiters aus, daß die Urlaubsgewährung auch aus humanitären Gründen erfolge; diese Motivation ist aber, wie anzumerken ist, im Schadensrecht belanglos. Bedeutsamer ist die Aussage, daß durch den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers effektive Lohnkosten entstehen und die „Freie und Hansestadt Hamburg“ – als Arbeitgeber – tatsächlich dementsprechend kalkuliere. Hinzugefügt sei: Hoffentlich jeder andere mit einem einigermaßen tauglichen Rechnungswesen ausgestattete Arbeitgeber ebenso! Aus betriebswirtschaftlicher Sicht macht es nämlich hinsichtlich der Belastung des Arbeitgebers mit Personalkosten keinen Unterschied, ob dieser ein höheres Entgelt zahlt oder im entsprechenden Ausmaß Urlaub gewährt. Daher ist es nur folgerichtig, daß auch insoweit eine Aliquotierung wie beim Weihnachts- und Urlaubsgeld erfolgt.

Der Umstand, daß der Arbeitnehmer ab dem 1. Tag des Kalenderjahres den Erholungsurlaub konsumieren kann, ist bloß eine Fälligkeitsanordnung. Daß die Urlaubsgewährung letztlich im synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung steht, zeigt sich aber etwa daran, daß bei Antritt einer Stelle während des Kalenderjahres der Arbeitnehmer auch nur einen aliquoten Jahresurlaub hat.

Akzeptiert man die Berücksichtigung dieses Umstands dem Grunde nach, stellt sich die Frage, wie die konkrete Umrechnung zu erfolgen hat. Der BGH hat in einer neueren Entscheidung<sup>129</sup>) den Weg gewählt, daß von den 365 Tagen des Jahres die 44 Urlaubs- und 2 Freistellungstage abzuziehen sind. Das Jahresentgelt ist sodann durch 319 (365–46) zu teilen, wodurch sich der jeweilige Tagessatz ergibt, der bei der Berechnung des Lohnfortzahlungsschadens zugrundegelegt ist.

Diese Berechnung ließe sich durchaus noch verfeinern. Auch an den gesetzlichen Feiertagen wird nicht gearbeitet. Daher müßten auch diese in Ab-

126) *Holzer*, ASoK 2000, 63, 67.

127) OLG Wien ZVR 1999/6, bestätigt von OGH RdW 2000, 209.

128) *VersR* 1982, 1083.

129) *BGHZ* 133, 1, 3.

zug gebracht werden. Auch könnten Samstag und Sonntag herausgerechnet werden<sup>129a)</sup>). Schlußendlich wäre denkbar, die durchschnittlichen Krankenstände noch in die Berechnung einzubeziehen. Man muß die Kalkulation aber nicht auf die Spitze treiben; § 273 ZPO ermöglicht es, eine Schätzung vorzunehmen, wenn der Berechnungsaufwand im einzelnen unverhältnismäßig ist. Gerade in Anbetracht der in Österreich im internationalen Schnitt eher großzügigen Urlaubsansprüche und der ebenfalls überproportionalen Anzahl von Feiertagen geht es bei der Berücksichtigung dieser Faktoren jedoch um mehr als Kleinkram.

#### dd) Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung

Anerkennt man, daß die Urlaubsgewährung beim Lohnfortzahlungsschaden zu berücksichtigen ist, stellt sich die Frage, ob eine andere Beurteilung gegeben ist, wenn der Urlaub nicht mehr während des aufrechten Arbeitsverhältnisses konsumiert werden kann, sondern dafür eine Abgeltung in Geld geleistet wird. Der OGH<sup>130)</sup> hat sich mit dieser Frage nicht eingehend beschäftigt, sondern sich damit begnügt, die Äußerung von *Krejci* zu übernehmen. Das OLG Wien hat darauf hingewiesen, daß Konstellationen denkbar sind, bei denen der Anspruch auf eine Urlaubsabgeltung verfällt. Im zu beurteilenden Sachverhalt ergaben sich dafür aber keine Anhaltspunkte. Im Schadensrecht ist aber stets nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge zu entscheiden. Es ist gerade nicht von ausgerissenen Ausnahmefällen auszugehen.

ME sprechen gleich starke, wenn nicht sogar noch gewichtigere Gründe für die Qualifizierung der Urlaubsabgeltung als Vermögensschaden des Dienstnehmers im Verhältnis zur Berücksichtigung des Urlaubsentgelts bei der Ermittlung des maßgeblichen Tagessatzes, der bei der Regulierung des Lohnfortzahlungsschadens zugrundegelegt ist. Diesen Anspruch kann der verletzte Arbeitnehmer selbst in klingende Münze umwandeln, sodaß von daher schon wenig Bedenken bestehen, an einem Vermögensschaden zu zweifeln. Dazu kommt – quasi als Draufgabe –, daß dieser Anspruch gemäß § 9 Abs 3 und § 10 Abs 3 UrlG auch vererblich ist<sup>131)</sup>.

129a) So in bezug auf die Berechnung der Urlaubsabfindung OGH RdW 2000, 170.

130) RdW 2000, 209. Wörtlich heißt es: „*Krejci* (Schadenersatz wegen Verdienstentgangs trotz Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers, VR 1995, 8ff [17] vertritt die Auffassung, die Urlaubsentschädigung drücke in Geld aus, was dem Dienstnehmer dadurch entgehe, daß er angesichts der gegebenen Umstände seinen Urlaub nicht konsumieren könne; diese Anspruchswandlung habe der Schädiger zwar verursacht; darin sei aber kein Verdienstentgang zu sehen, sodass der Dienstgeber vom Schädiger die ausbezahlte Urlaubsentschädigung nicht im Regressweg fordern dürfe. Ein allfälliger zusätzlicher immaterieller Schaden, dass der Urlaub nicht genossen werden könne, sei durch die Urlaubsentschädigung nicht abgegolten und sei diesbezüglich für den Fall, dass auch dieser ideelle Schaden zu ersetzen sei, allein der Dienstnehmer anspruchsberechtigt. Dieser Ansicht schließt sich auch der erkennende Senat an.“

131) *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht 154; *Spielbüchler*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 318.

ee) Besonderheiten bei Beamten

Der BGH<sup>132)</sup> hat ausgesprochen, daß eben diese Grundsätze auch für Beamte gelten. Das ist im österreichischen Recht nicht anders zu beurteilen, hat doch die Leitentscheidung SZ 67/52 ausgesprochen, daß alle Arbeitsverhältnisse, auf welchem Rechtsgrund sie auch immer begründet sein mögen, gleich zu behandeln seien. Eine abweichende Beurteilung gegenüber anderen Arbeitnehmern ergibt sich allerdings insofern, als einem Beamten kein Anspruch auf eine Urlaubsabgeltung zusteht. Kann er den ihm zustehenden Urlaub nicht konsumieren, weil er die Stelle wechselt oder in den vorzeitigen Ruhestand versetzt wird, steht insoweit auch dem Arbeitgeber kein Regreßanspruch zu, weil es keinen korrespondierenden Erwerbsschaden des verletzten Arbeitnehmers gibt.

c) Sozialversicherungsbeiträge

aa) Ersatzfähigkeit (un-)abhängig von einem Schaden des Arbeitnehmers

Nach der OGH-E JBI 1996, 583 steht dem Arbeitgeber in bezug auf die entrichteten Beiträge zur Sozialversicherung unabhängig davon ein Regreß gegen den Schädiger zu, ob bei Nichtentrichtung der Arbeitnehmer einen Nachteil erleiden würde. Der OGH verweist weiters darauf, daß auch höhere Kosten bei freiwilliger Weiterversicherung durch den Arbeitnehmer ebensowenig zu Buche schlagen. Dieses Argument des guten und bösen Tropfens klingt prima vista einleuchtend<sup>133)</sup>.

*Reischauer*<sup>134)</sup> will einen Ersatz hingegen davon abhängig machen, daß der Arbeitnehmer einen Schaden erleiden würde, daß er sich ohne Lohnfortzahlung selbst freiwillig weiterversichern müßte, wobei die soziale Staffellung der Sozialversicherungsbeiträge den Schädiger nicht entlassen solle. Selbst bei Zugrundelegung der Richtigkeit dieses Ansatzes kann der ersatzpflichtige Schaden keinesfalls höher sein, selbst wenn die Kosten einer freiwilligen Weiterversicherung mehr ausmachen würden, weil in concreto die Schadensbeseitigung ohne überobligationsgemäße Leistungen zu diesem Tarif erlangbar sind. Es gilt insoweit nichts anderes als bei den auf den Sozialversicherungsträger übergehenden Heilungskosten oder der Begrenzung des Regreßanspruchs des Arbeitgebers durch den bei ihm eintretenden korrespondierenden Schaden<sup>135)</sup>.

*Krejci*<sup>136)</sup> gesteht der Position des OGH zu, daß sie der Praxis komplizierte Deckungsfondsberechnungen ersparen wird, gesteht aber der Position von *Reischauer* zu, daß sie an sich zutreffend wäre. ME läßt sich das vom OGH erzielte Ergebnis auch dogmatisch sauber begründen.

132) BGHZ 59, 154.

133) Zur begrenzten Aussagekraft solcher grober Plausibilitätskalküle *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 86 f.

134) In Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1295 Rz 29.

135) Verwiesen sei insofern auf die Ausführungen oben in Punkt A.3.

136) VR 1995, H 4, 8, 16.

Die deutsche Rechtsprechung hat die Formel gewählt, daß nicht darauf abzustellen ist, wie der Geschädigte stünde, wenn er keine Lohnfortzahlung erhielte. Vielmehr ist schadensrechtlich davon auszugehen, daß diese stattfinde, aber den Schädiger nicht zu entlasten vermöge<sup>137)</sup>. Es wird dort ausgeführt: Werde der Schaden schon normativ berechnet, dann nicht nur dem Grunde, sondern auch dem Umfang nach. Ersatzfähig soll sein, was der Verletzte in seinem konkreten Arbeitsverhältnis durch die Verwertung seiner Arbeitskraft laufend erworben habe und nunmehr trotz ihres zeitweiligen Ausfalls tatsächlich nicht verliere. Ob der Arbeitnehmer durch die Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen Nachteile erleide, darauf komme es nicht an, weil eine solche Möglichkeit nicht bestehe.

Der Unterschied zwischen dem Wegdenken der Lohnfortzahlung einerseits und dessen Bestehenlassen bei gleichzeitiger Nichtanrechnung im Rahmen der Schadensberechnung andererseits mag bei erstmaliger Lektüre rabulistisch klingen. Bei näherer Überlegung wird aber gerade das zum Ausdruck gebracht, worum es in concreto geht. Bei der Lohnfortzahlung fallen die Sozialversicherungsbeiträge notwendigerweise an, ohne daß sich der Arbeitnehmer diesen entziehen kann. Sie sind eine Belastung seines Einkommens gerade so wie die Lohnsteuer. Für den Zeitraum der Lohnfortzahlung kommt es daher nicht darauf an, ob durch die entrichteten Sozialversicherungsabgaben die Rechtsstellung des Verletzten in bezug auf sozialrechtliche Ansprüche verbessert wird.

Nach Ablauf der Lohnfortzahlung ist hingegen dem von *Reischauer* formulierten Kriterium mit gewissen Modifikationen zu folgen. Die Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung im Rahmen des Sozialrechts ist keine *conditio sine qua non* für einen Schadenersatzanspruch. Auch eine andere Schaffung einer Ersatzlage muß genügen. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine freiwillige Weiterversicherung nach Sozialrecht nicht möglich ist. Aber auch bei Verzicht auf eine entsprechende Vorsorge ist ein Vermögensschaden nicht *a priori* zu versagen. Zugunsten des Geschädigten ist – jedenfalls *prima facie* – zu vermuten, daß die Entrichtung von Sozialversicherungsabgaben für den Betroffenen zu einem äquivalenten Vorteil<sup>138)</sup> führt, sei es auch in ferner Zukunft.

Entsprechend der Abstufung des Ersatzes nach dem Restitutions- bzw. Kompensationsinteresse<sup>139)</sup> kann der Geschädigte die gegenüber den bei Lohnfortzahlung höheren Aufwendungen einer freiwilligen Weiterversicherung nur verlangen, wenn er eine solche tatsächlich abschließt; ansonsten ist als grobe Annäherung an seinen voraussichtlichen Schaden davon auszugehen, daß die bei Lohnfortzahlung anfallenden Sozialversicherungsbeiträge das Äquivalent der in Zukunft eintretenden Vermögenseinbuße sind<sup>140)</sup>.

137) So erstmals BGHZ 42, 76, 81: Beamter; BGHZ 43, 378, 381: Angestellter.

138) Diese Annahme ist schon deshalb plausibel, weil viele Sozialversicherungsleistungen staatlich bezuschußt werden.

139) Zu dieser Abstufung *Ch. Huber*, Schadensberechnung 141 ff.

140) In diesem Sinn *M. Fuchs*, Die Behandlung der unfallfesten Position im Schadenersatzrecht, NJW 1988, 2005.

bb) (Keine) Ausklammerung der Beiträge zur Unfallversicherung

Der OGH spricht sämtliche Sozialversicherungsbeiträge zu, bei denen der Arbeitnehmer einen individuellen Vorteil hat, unabhängig davon, ob formal Schuldner der Beitragspflicht der Arbeitnehmer ist und der Arbeitgeber nur die Einzugsstelle ist oder der Arbeitgeber die entsprechenden Beiträge kraft eigener Verpflichtung schuldet. Auch in bezug auf Unfallversicherungsbeiträge wird das bejaht.

In der deutschen Rechtsprechung<sup>141)</sup> hat man sich hingegen dazu durchgerungen, in bezug auf die Beiträge des Arbeitgebers zur Unfallversicherung einen regreßfähigen Arbeitnehmerschaden zu verneinen. Im deutschen Recht wird zwar anerkannt, daß die Unfallversicherungsbeiträge zu einem individuellen Vorteil beim Arbeitnehmer führen. Das LG Berlin<sup>142)</sup> verwendet als Hilfsargument, daß die Unfallversicherungen paritätisch besetzt seien, was ein Indiz dafür sei, daß diese Institution wenigstens *auch* im Interesse der Arbeitnehmer betrieben werde. Auch wird nicht für maßgeblich angesehen, daß es bei der Unfallversicherung so ist, daß die Beiträge allein von den Arbeitgebern aufzubringen sind und es insoweit keine korrespondierenden Beiträge der Arbeitnehmer gibt wie bei anderen Sozialversicherungsbeiträgen<sup>143)</sup>, was damit zu begründen ist, daß es durch die Unfallversicherung zu einer Ablösung der Haftpflicht des Arbeitgebers für Arbeitsunfälle kommt.

Als Begründung für die Versagung der Regreßfähigkeit wird ins Treffen geführt, daß es sich um eine genossenschaftliche Umlage handle, die in die Zuständigkeit des Arbeitgebers falle<sup>144)</sup>. Daß die Überwälzbarkeit der Unfallversicherungsbeiträge auf den Schädiger von der institutionellen Ausgestaltung als genossenschaftliche Umlage abhängig ist, leuchtet kaum ein. Auch der Hinweis, daß sich die Höhe nach der Gefährlichkeit des Betriebs richte, ist keine Besonderheit. Jede Versicherungsprämie sollte – bei rationaler Kalkulation – sich an dieser Größe orientieren. Der Umstand, daß die Unfallversicherungsbeiträge immer zunächst – quasi vorschußweise – geleistet werden und sodann eine Korrektur des geschuldeten Beitrags nach der Unfallträchtigkeit vorgenommen wird, kann den Ausschluß der Überwälzbarkeit nicht ausreichend begründen. Ebensowenig der Hinweis, daß keine zuverlässige Abgrenzbarkeit möglich sei. Sollten Zweifel in bezug auf die Höhe bestehen, so sieht das deutsche Recht in § 287 dZPO – der dem § 273 öZPO entsprechenden Norm – die Möglichkeit vor, den Betrag annähernd zu schätzen.

Die Versagung könnte aber einen anderen tieferen Grund haben. Durch die Institution der Unfallversicherung wird dem Arbeitnehmer nicht nur mit

141) OLG Frankfurt VersR 1964, 854; BGH VersR 1966, 89 = NJW 1966, 199 = LM BGB § 249 (Ga) Nr 12; LG Mannheim VersR 1974, 605; OLG Koblenz VersR 1975, 1056 = NJW 1975, 881; OLG Oldenburg VersR 1975, 719 = BB 1975, 745 = r + s 1975, 213; LG Münster VersR 1976, 599 (LS); BGH VersR 1976, 340 = NJW 1976, 326 = BB 1976, 38 = LM § 842 BGB Nr 12 = DB 1976, 58. Gegenteilig aber LG Berlin VersR 1973, 570.

142) VersR 1973, 570.

143) BGH VersR 1976, 340.

144) OLG Oldenburg ZfS 1984, 202.

der einen Hand etwas gegeben; es wird ihm mit der anderen auch etwas genommen<sup>145</sup>). Die Rechtsposition des Arbeitnehmers ist aufgrund des Bestehens der Unfallversicherung insoweit besser, als er einen zahlungskräftigen Schuldner hat, er somit nicht um die Einbringlichkeit des Anspruchs bangen muß, eine Einstandspflicht unabhängig von einem Verschulden oder einem sonstigen Zurechnungsgrund beim Arbeitgeber gegeben ist und die Regulierung des Anspruchs nach einfacheren Regeln erfolgt, somit im Regelfall rascher geht, als wenn es keine Unfallversicherung gäbe. Dem steht jedoch der Nachteil gegenüber, daß in manchen Fällen der Anspruch weniger weit reicht als der bürgerlich-rechtliche Schadenersatzanspruch, ganz abgesehen davon, daß dem Verletzten kein Schmerzensgeldanspruch zusteht.

Man müßte somit die Frage stellen, ob unter Berücksichtigung all dieser Vor- und Nachteile sich ein rationaler Arbeitnehmer für oder gegen die Unfallversicherung entscheiden würde. Wenn das zu bejahen ist, müßte man weiters fragen, welche Prämie er dafür zu zahlen bereit wäre. Der Umstand, daß durch die institutionelle Ausgestaltung der Ablösung der Haftpflicht des Arbeitgebers für Arbeitsunfälle auch der Arbeitgeber einen Vorteil hat, fällt dabei nicht extra ins Gewicht.

Das Ergebnis ist nun nicht auf juristischer, sondern auf tatsächlicher Ebene zu ermitteln. Dabei müßte gefragt werden, welchen Abschlag der Arbeitnehmer von der Prämie für die potentiellen Leistungen der Unfallversicherung machen würde, um den Nachteil zu gewichten, daß ihm auf diese Weise weitergehende (Schadenersatz-)Ansprüche genommen werden. Wenn diesbezüglich eine Spekulation angestellt werden darf, dann könnte dies mit einem Abschlag von 1/3 bewertet werden oder noch schematischer mit 50%. Es bleibt somit ein positiver Saldo für den Arbeitnehmer.

Man gelangt damit zu dem Ergebnis, daß dem Grunde nach der Position des OGH zu folgen ist, der das dahinter steckende Problem womöglich noch gar nicht erkannt hat. Beim Umfang sind aber Abschläge zu machen, deren Höhe jedenfalls überschlagsmäßig feststellbar sein müßte. Selbst unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Unfallversicherung noch andere Aufgaben, wie etwa die der Prävention<sup>146</sup>) wahrnimmt, deren Anteil sich freilich aus deren Geschäftsunterlagen ermitteln läßt, dürfte der dem einzelnen Arbeitnehmer zukommende individuelle Vorteil überwiegen<sup>147</sup>).

d) Über die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen hinausgehende, nicht bar ausbezahlte Entgeltbestandteile

Nicht alle Entgeltbestandteile werden bar ausbezahlt oder in Form von Sachleistungen erbracht. Die Sozialversicherungsbeiträge sind lediglich der wichtigste Anwendungsfall dieser Gruppe, aber bei weitem nicht der einzige.

145) Dazu *Koziol*, Probleme aus dem Grenzbereich von Schadenersatz- und Sozialversicherungsrecht, RdA 1980, 378 ff.

146) Eine Ausklammerung hat insofern zu erfolgen, als solche Maßnahmen nicht dem einzelnen Arbeitnehmer zugute kommen.

147) AA OLG Oldenburg VersR 1975, 719.

aa) Vertrag zugunsten Dritter – Entrichtung von Versicherungsprämien an einen Privatversicherer

Vor allem in der Altersversicherung ist heute oft von einem 2- oder 3-Säulen-Modell die Rede<sup>148</sup>). Die konstruktive Umsetzung der 2. Säule, der betrieblichen Zusatzrente, erfolgt in einem Vertrag zugunsten Dritter. Der Arbeitgeber leistet Prämien an einen Privatversicherer dergestalt, daß der Arbeitnehmer einen durchsetzbaren Anspruch gegen diesen hat. Die Prämienzahlungen des Arbeitgebers sind Entgeltbestandteil und damit regreßfähig.

Eine solche Prämienleistung bezieht sich aber nicht nur auf die Alterssicherung. In Deutschland sind Fälle ausjudiziert, in denen es um Hinterbliebenenvorsorge<sup>149</sup>), Invalidität<sup>150</sup>), vermögenswirksame Leistungen<sup>151</sup>) oder eine Kapitallebensversicherung<sup>152</sup>) ging. Das OLG Nürnberg<sup>153</sup>) hat demgegenüber unter Berufung auf die abzulehnende BGH-Judikatur<sup>154</sup>), daß Beiträge zur (sozialen) Unfallversicherung nicht ersatzfähig sind, entscheiden, daß auch die Prämien für eine *private* Unfallversicherung nicht regreßfähig seien. Das ist jedenfalls falsch. Bei einer privater Unfallversicherung ergibt sich eine eindeutige Zuordnung von Prämie und Risiko. Es kommt dadurch zu keiner Verkürzung sonst bestehender Rechte des Arbeitnehmers. Es gibt somit nicht den geringsten Grund, solche Aufwendungen nicht als Entgelt und damit regreßfähig anzusehen.

Der OGH<sup>155</sup>) hatte sich mit derartigen Fragen nur insoweit zu befassen, als strittig war, ob die Beiträge zur Bauarbeiterabfertigungs- und Urlaubskasse<sup>156</sup>) als Entgeltbestandteil zu qualifizieren seien. Das wurde zu Recht bejaht.

bb) Eigenvorsorge – Bildung von Rückstellungen, etwa für den Invaliditätsfall oder eine künftige Abfertigung

In einer ganz aktuellen E<sup>157</sup>) hatte sich der BGH damit zu befassen, ob eine Regreßfähigkeit davon abhängt, daß der Arbeitgeber Prämien für eine Invaliditätsversicherung an einen Versicherer leistet oder Entsprechendes

148) Zu der durch Sozialversicherungsbeiträge finanzierten Grundrente soll eine vom Arbeitgeber finanzierte Betriebsrente kommen, die durch private Vorsorge ergänzt werden soll. In den Niederlanden bezeichnet man das als Cappuccino-Lösung: schwarzer Kaffee, darüber etwas Milchschaum und eine Brise Kakao. Damit soll auch die wirtschaftliche Gewichtung der einzelnen Bestandteile bildhaft zum Ausdruck gebracht werden.

149) LG Mannheim VersR 1974, 605; OLG Koblenz VersR 1975, 1056.

150) BGH BGHZ 139, 167 = DAR 1998, 388 = VersR 1998, 1253 = NJW 1998, 3276 = NZV 1998, 457 = r + s 1998, 506 = LM BGB § 249 (A) Nr 115 (Löwisch).

151) LG Mannheim VersR 1974, 605.

152) BGH VersR 1986, 650 = NJW-RR 1986, 324.

153) VersR 1976, 598.

154) VersR 1966, 89; VersR 1976, 340.

155) ZVR 1998/140.

156) Auf die Besonderheiten bei Beschäftigung von Bauarbeitern wird sogleich in Punkt e) eingegangen.

157) BGH BGHZ 139, 167.

auch dann gilt, wenn der Arbeitgeber Eigenvorsorge in der Weise betreibt, daß er für das entsprechende Risiko Rückstellungen in seiner Bilanz bildet. Das BerG hat die Ersatzfähigkeit der Zuführungen zur Rückstellung noch mit dem Argument abgelehnt, daß insoweit kein Vermögensabfluß stattfindet, sodaß kein Schaden gegeben sei.

Der BGH hat aber zu Recht darauf hingewiesen, daß die Bildung einer Rückstellung nichts anderes sei als ein Sondervermögen, das der Arbeitgeber nur noch treuhänderisch verwalte. Sobald eine Rückstellung gebildet worden sei, könnte diese nicht mehr ohne weiteres aufgelöst werden. Die Zuführungen seien nichts anderes als fiktive Prämien, wofür zudem spreche, daß das Ausmaß der Zuführung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu erfolgen habe.

Mag der Vergleich auch als weit hergeholt erscheinen, so geht es der Sache nach um nichts anderes als bei den Betriebsreservekosten. Verkehrsbetriebe halten eine Reserve von Ersatzfahrzeugen, um bei Ausfall eines im Einsatz befindlichen Fahrzeugs gerüstet zu sein und rasch den Betrieb wieder aufnehmen zu können. Auch bei diesen ist anerkannt, daß solche Aufwendungen der Eigenvorsorge ersatzfähig sind. Eine Ersatzfähigkeit ist nicht davon abhängig, daß von einem Fremdunternehmen Fahrzeuge angemietet und dafür Aufwendungen nachgewiesen werden. Das Schadenersatzrecht soll keinen Anreiz geben zur Auslagerung von Aufgaben an einen Dritten. Insoweit ist die Struktur vergleichbar.

Löwisch<sup>158</sup>) hat sich kritisch zu dieser E geäußert und darauf hingewiesen, daß der Arbeitgeber bloß die ausgezahlte Invaliditätsrente begehren könne, nicht aber auch die Rückstellungen dafür, weil das sonst ins Uferlose führen würde. Die Grundsätze, die bei der Altersrente gelten, daß der Geschädigte schon die Schließung der Beitragslücke verlangen könne und nicht erst einen Anspruch habe, wenn sich bei Auszahlung der Altersrente eine Differenz ergebe, können für die Invaliditätsrente nicht übernommen werden. Außerdem verweist er darauf, daß die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung nicht zum Arbeitsentgelt zählten, weshalb es inkonsequent sei, bei einer Invaliditätsrente anders zu entscheiden. Abschließend gibt er den Arbeitgebern den Rat, die Rückstellung erst nach dem Unfallereignis zu konzentrieren und sie dann möglichst zusammenzuballen.

Dieser Kritik am BGH ist nicht zu folgen. Ob ein Arbeitgeber eine fremde Versicherung abschließt oder selbst Vorsorge trifft, soll auch nach Ansicht von Löwisch keinen Unterschied machen. Wer A sagt, muß dann aber auch B sagen und in letzter Konsequenz schließlich wohl auch C:

Wenn das Risiko der Invalidität über einen Versicherungsträger abgewickelt wird, dann wären einerseits die Prämien als Entgeltsbestandteil vom Regreß des Arbeitgebers erfaßt. Daß die Rechtsprechung zur Versagung des Regresses bei Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung problematisch ist, bei einer privaten Unfallversicherung aber jedenfalls falsch ist, wurde bereits dargelegt.

158) Anm in LM BGB § 249 (A) Nr 115.

Andererseits hätte aber der Versicherer einen zusätzlichen Regreß bei ausbezahlter Invaliditätsrente, weil es sich insoweit um eine sachlich und zeitlich kongruente Leistung in bezug auf den Erwerbsschaden des Verletzten handelt. Der Regreß ist lediglich zeitlich befristet bis zu dem Zeitpunkt, zu dem an den Geschädigten, wäre er nicht verletzt worden, eine Altersrente ausbezahlt worden wäre<sup>159</sup>). Ab diesem Zeitpunkt liegt dann kein Erwerbsschaden mehr vor.

Der Umstand, daß der Arbeitgeber nicht nur ein Entgelt in Form von Prämien leistet bzw Rückstellungen bildet, sondern auch die Funktion eines Versicherers erfüllt, kann nicht dazu führen, daß der Schädiger entlastet wird. Die – unberechtigten – Bedenken von *Löwisch* rühren wohl daher, daß er meint, solche Rückstellungen könnten jederzeit in beliebiger Höhe und zudem nach Willkür gebildet werden. Vielmehr wird eine solche Rückstellung nicht nur im Steuerrecht, sondern auch im Schadenersatzrecht nur anzuerkennen sein, wenn diese auf der Basis einer vertraglichen Verpflichtung erfolgt und die Rückstellung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen gebildet wird.

Was für Altersvorsorge, Hinterbliebenensicherung und Invalidität gilt, das muß auch für die Dotierung der Abfertigungsrückstellung gelten<sup>160</sup>). Die Parallele zur Kapitallebensversicherung ist hier besonders naheliegend. Das gilt nicht nur, aber insbesondere dann, wenn die gesetzliche Regelung in der Weise abgeändert wird, daß jeder Arbeitnehmer auch bei Selbstkündigung seine Anwartschaft auf eine künftige Abfertigung mitnehmen kann und/oder er das Wahlrecht hat, anstelle einer Einmal auszahlung eine Zusatzrente für den Lebensabend zu beziehen.

Auch insoweit wäre es unzulässig, einen derartigen Anspruch unter Berufung darauf abzublocken, daß Konstellationen denkbar sind, bei denen kein Abfertigungsanspruch besteht, so etwa – derzeit noch – nach § 23 Abs 7

159) Zutreffend insofern OGH ZVR 1999/3, wo der Regreß in bezug auf die Dienstunfähigkeitsrente bis zum Zeitpunkt des (fiktiven) Bezugs der Altersrente begrenzt wird.

160) Diese Frage wurde im österr Recht bisher nicht erörtert. *Holzer* (ASoK 2000, 63, 68) hat sich mit dem davon zu unterscheidenden Problem beschäftigt, ob nach Auszahlung einer Abfertigung an die Hinterbliebenen nach Tötung des Arbeitnehmers der Dienstgeber sich beim Schädiger regressieren kann, was zur Folge hätte, daß sich die hinterbliebenen gesetzlichen Unterhaltsgläubiger den Abfertigungsanspruch auf ihren Schadenersatzanspruch anrechnen lassen müßten. *Holzer* lehnt dies ab, weil das eine mit dem anderen nichts zu tun habe. An der sachlichen Kongruenz fehlt es mE nicht; beide Leistungen sind auf die Deckung des Unterhalts gerichtet. Auch die zeitliche Kongruenz wird häufig großzügig ausgelegt (vgl OGH SZ 56/137; BGH VersR 1971, 152). Gegen einen Regreß des Arbeitgebers und damit eine Anrechnung auf den Unterhaltersatzanspruch der Hinterbliebenen spricht aber, daß es sich insoweit um einen Vermögenswert handelt, den die Hinterbliebenen qua Unterhalt nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge erhalten hätten. Der Abfertigungsanspruch bei Tötung des unterhaltspflichtigen Arbeitnehmers beträgt gemäß § 23 Abs 6 AngG bloß 50% des Betrags, den der Verletzte begehren hätte können. Es ist plausibel, daß die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger in etwa in diesem Ausmaß Unterhaltsansprüche gegen den Getöteten gehabt hätten. Dieser Vermögenswert wäre ihnen dann später ohnehin zugeflossen, wegen der längeren Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers (§ 23 Abs 1 AngG) und des dann auch real höheren Lohns möglicherweise sogar in wesentlich höherem Ausmaß.

AngG, wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt. Auch in diesem Zusammenhang ist vom wahrscheinlichen Lauf der Dinge auszugehen<sup>161</sup>). Mehr kann auch bei der Altersvorsorge nicht verlangt werden. Denn nicht alle Arbeitnehmer erleben den Zeitpunkt des Bezugs der Altersrente; manche versterben vorzeitig.

#### e) Besonderheiten der Bauarbeiter

Die Arbeitsverträge mit Bauarbeitern weisen Besonderheiten auf, weil die Fluktuation auf diesem Arbeitsmarkt größer ist als anderswo, die Arbeitgeber besonders häufig insolvent werden und schließlich die Erbringung der Leistung durch den Arbeitnehmer davon abhängig ist, daß das Wetter mitspielt. Es haben sich deshalb besondere Rahmenbedingungen herausgebildet, die bestimmte Risiken sozialisieren. Das geschieht in der Weise, daß Leistungen nicht direkt vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer erbracht werden, sondern die Arbeitgeber Beiträge in verschiedene zentrale Töpfe einzahlen, aus denen dann Leistungen erbracht werden, die bei anderen Arbeitsverträgen ohne solchen Umweg erbracht werden. Im Zusammenhang mit dem Lohnfortzahlungsschaden geht es um die Frage, ob die Beiträge zu solchen Töpfen als erstattungsfähiger Erwerbsschaden des Arbeitnehmers anzusehen und damit regreßfähig sind.

#### aa) Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAG)

Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse wurde geschaffen, weil Arbeitnehmer den Arbeitgeber häufig wechseln, wodurch die Gefahr besteht, daß sie bei keinem Beschäftigungsverhältnis die erforderliche Wartezeit erreichen, um einen Anspruch auf bezahlten Urlaub zu erlangen<sup>162</sup>). Die Institution der Bauarbeiter-Urlaubskasse führt dazu, daß die Beschäftigungszeiten zusammengerechnet werden, sodaß urlaubsrechtlich der Bauarbeiter so steht, als wäre er bei einem Arbeitgeber beschäftigt<sup>163</sup>). Dazu kommt, daß die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse den Bauarbeiter gegen die Insolvenz seines Arbeitgebers schützt<sup>164</sup>). Gemäß § 12 BUAG ist den Gläubigern ein Zugriff auf die Rückerstattungsansprüche für das ausbezahlte Urlaubsentgelt versagt.

In Deutschland hat das LG Karlsruhe<sup>165</sup>) die Ersatzbeträge zur vergleichbaren Institution<sup>166</sup>) nicht als Erwerbsschaden qualifiziert, weil es bei der Ur-

161) Es gilt Entsprechendes zu dem beim Urlaubsanspruch in Punkt b) dd) Ausgeführten.

162) OGH ZVR 1998/140.

163) *Spielbüchler* in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I 304 weist darauf hin, daß bei einem Arbeitgeberwechsel zum richtigen Zeitpunkt im Kalenderjahr sogar zweimal ein voller Urlaubsanspruch erworben werden kann. Insoweit liegt gewiß eine überschießende Regelung vor.

164) BGH VersR 1986, 650.

165) VersR 1983, 1065.

166) Diese wird dort als Urlaubs- und Lohnausgleichskasse bezeichnet. Durch das Umlageverfahren der Lohnausgleichskasse wird bewirkt, daß Arbeitnehmer einen Aus-

laubskasse bloß darum gehe, daß der Arbeitgeber einem neu eintretenden Arbeitnehmer Urlaub gewähren müsse, ohne daß dieser die entsprechende Wartezeit eingehalten hat. Diese Entscheidung stellt aber einseitig auf diesen mit der Urlaubskasse auch verbundenen Effekt ab und ist in Deutschland vereinzelt geblieben<sup>167</sup>). Es ist dies eine Belegstelle, daß nicht darauf abzustellen ist, ob der Arbeitgeber durch eine bestimmte Ausgestaltung auch oder sogar einen überwiegenden Vorteil hat. Maßgeblich ist vielmehr, ob ein Arbeitnehmer für eine bestimmte Leistung einen individuellen Vorteil hat und er bereit wäre, dafür eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen.

Es ist der Ansicht zu folgen, die die Entgeltqualität der Beiträge zur Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bejaht<sup>168</sup>). Daran ändert auch nichts, daß die Beiträge in Deutschland allein vom Arbeitgeber zu finanzieren sind; auf dieses formale Kriterium kann es im Schadensrecht nicht ankommen.

Das OLG Oldenburg<sup>169</sup>) hat eine Versagung damit begründet, daß ohnehin das Urlaubsentgelt vom Regreß erfaßt sei, weshalb nicht auch noch die Beiträge verlangt werden könnten. Es klingt damit der Gedanke einer – stets verpönten – Doppelliquidation an. Diese Sicht ist jedoch unzutreffend. Die konkrete institutionelle Ausgestaltung führt vielmehr zu solchen (Mehr-)Kosten, die eben Bestandteil des Lohnes sind.

In Anlehnung an die Gleichbehandlung von Fremdvergabe und Eigenerledigung, die im letzten Punkt dargestellt wurde, könnte man hingegen umgekehrt fragen, ob die Besorgung der Lohnverrechnung für den einzelnen Arbeitnehmer nicht auch Bestandteil seines Entgelts ist. Würde man in bezug auf die Erhebung der Lohnsteuer auch bei Arbeitnehmern zum Veranlagungsverfahren übergehen, wie dies gelegentlich überlegt worden ist, würde deutlich, in welchem hohem Maße dem Arbeitgeber derzeit Kosten entstehen, die dadurch veranlaßt sind, daß vom Arbeitnehmer geschuldete Beiträge an diverse Institutionen abzuführen sind. Sollte ein Arbeitgeber dafür einigermaßen klar abgrenzbare Kosten vorlegen können, die sich von den allgemeinen Geschäftskosten abgrenzen lassen, wäre es durchaus konsequent, auch diese Aufwendungen als regreßfähigen Entgeltsbestandteil zu qualifizieren.

#### bb) Schlechtwettergeldentschädigung (BSchEG)

Die Beiträge zu dem Topf, aus dem die Schlechtwettergeldentschädigung im Bedarfsfall geleistet wird, werden sowohl in Deutschland<sup>170</sup>) als

gleich erhalten, wenn sie in der Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr nicht beschäftigt werden können. Zu verweisen sei in diesem Zusammenhang auf die verwandten Regelungen zur Winterfeiertagsvergütung in den §§ 13 i ff BUAG.

167) Gegenteilig, für eine Ersatzfähigkeit LG Köln VersR 1972, 1181; LG Berlin VersR 1973, 570; BGH VersR 1986, 650.

168) So auch *Holzer*, ASoK 2000, 63, 65. Ebenso die arbeitsrechtliche Judikatur: OGH SZ 63/17; 17. 3. 1994, 8 Ob 20/93; 5. 5. 1994, 8 Ob 12/94.

169) OLG Oldenburg ZfS 1984, 202.

170) OLG Oldenburg VersR 1975, 719; LG Karlsruhe VersR 1983, 1065; OLG Oldenburg ZfS 1984, 202; BGH VersR 1986, 650.

auch in Österreich<sup>171)</sup> abgelehnt. Freilich ist zu beachten, daß die beiden Institutionen nur bedingt vergleichbar sind. Der Topf, in den in Deutschland einbezahlt wird, wird allein von den Arbeitgebern gespeist<sup>172)</sup>. Es werden daraus verschiedenste Maßnahmen finanziert; unter anderem Zuschüsse für Investitionen der Arbeitgeber<sup>173)</sup>. Schließlich erfolgt eine Abgeltung der Mehrkosten durch die Beschäftigung der Bauarbeiter während der Wintermonate<sup>174)</sup>. Es geht somit um die Finanzierung von Lohnzuschlägen, die ein Äquivalent darstellen für die Witterungsunbill im Winter.

Das österreichische Schlechtwettergeld wird gemäß § 12 BSchEG von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam finanziert. Es dient dem Zweck, Arbeitnehmern eine Geldleistung auch dann zukommen zu lassen, wenn eine Verrichtung von Arbeiten am Bau witterungsbedingt nicht möglich ist. Der OGH<sup>175)</sup> qualifiziert die Beiträge dazu nicht als Entgeltsbestandteil<sup>176)</sup>. Er zieht insoweit die Parallele zu den Beiträgen zum Entgeltfortzahlungsfonds, freilich zu Unrecht.

Beim Entgeltfortzahlungsfonds trifft es zu, daß es – ausschließlich – um einen Ausgleich zwischen Arbeitgebern mit Arbeitnehmern, die viel krank sind, und solchen, deren Arbeitnehmer wenig krank sind, geht. Die Rechtsposition des einzelnen Arbeitnehmers wird dadurch in keiner Weise verbessert, haben doch die Arbeitnehmer keine Direktansprüche gegen den Entgeltsicherungsfonds. Dazu kommt, daß der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung kraft zwingenden Rechts verpflichtet ist (§ 40 AngG).

Bei den Einzahlungen in den Topf, aus dem das Schlechtwettergeld geleistet wird, verhält es sich anders. Ob das Schlechtwetter zur Risikosphäre des Arbeitgebers zu rechnen ist mit der Folge, daß er trotz Schlechtwetters weiterhin die vollen Bezüge bezahlen müßte, ist eine Sache<sup>177)</sup>. Eine andere hingegen, daß der diesbezüglich einschlägige § 1155 ABGB dispositives Recht darstellt, somit der Arbeitgeber mit dem Bauarbeiter eine Vereinbarung treffen kann, daß er ihn nur beschäftige, wenn es das Wetter zuläßt<sup>178)</sup>. Durch die Fondslösung wird bewirkt, daß für Arbeitgeber ein Anreiz geschaffen wird, Bauarbeiter auch in solchen Phasen des Jahres zu beschäfti-

171) OGH ZVR 1998/140.

172) OLG Oldenburg Zfs 1984, 202. Nach dem hier vertretenen Standpunkt kann dem aber keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

173) OLG Oldenburg VersR 1975, 719; LG Karlsruhe VersR 1983, 1065; BGH VersR 1986, 650. AA KG DAR 1977, 217 unter Hinweis darauf, daß die produktive Winterbauförderung zu 85% den Arbeitnehmern zugute komme.

174) OLG Oldenburg VersR 1975, 719; LG Karlsruhe VersR 1983, 1065; BGH VersR 1986, 650.

175) ZVR 1998/140.

176) Zustimmung *Holzer*, ASoK 2000, 63, 66.

177) *Spielbüchler* in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I 290 schließt aus dem Umstand, daß eine Absicherung durch eine Fondslösung gewählt wurde, daß das Risiko der mangelnden Beschäftigungsmöglichkeit bei Schlechtwetter gerade nicht – mehr – zur Risikosphäre des Arbeitgebers gerechnet werde.

178) Vgl dazu *Rebhahn*, Zur Überwältzbarkeit des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf, FS-Schnorr (1988) 225 ff.

gen, in denen ein hohes Risiko besteht, daß witterungsbedingt ein produktiver Einsatz nicht möglich ist.

Der Bauarbeiter hat durch diese Lösung somit sehr wohl einen individuellen Vorteil, würde er nämlich ohne diese Fondslösung während bestimmter Phasen arbeitslos sein. Auch insoweit zeigt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob der Arbeitgeber (auch) einen Vorteil hat und wie hoch dieser zu gewichten ist, sondern ausschließlich darauf, ob der Arbeitnehmer einen individuellen Vorteil hat und er bereit wäre, für die Abdeckung eines solchen Risikos eine Prämie zu zahlen.

### C. Konstruktive Umsetzung

#### 1. Die in Betracht kommenden Möglichkeiten – Unterschiede

Es ist eingangs bereits darauf verwiesen worden, daß der OGH sich bei der Leitentscheidung SZ 67/52 sogleich für den Übergang des Erwerbsschadens des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber in Form einer Legalzession entschieden hat. Er hat sich dabei für eine bestimmte Legalzession entschieden, nämlich für eine Analogie zu § 1358 ABGB und § 67 VersVG<sup>179</sup>).

Es ist dies nicht die einzige Form der konstruktiven Umsetzung der oben beschriebenen Wertung, daß der Schädiger nicht entlastet werden, der Geschädigte nicht doppelt liquidiert und der Arbeitgeber mit der Mühe der Eintreibung der Schadenersatzforderung beim Schädiger und dem Risiko von dessen Insolvenz belastet werden soll. In Betracht kommen die bloße Pflicht zur Abtretung als Nebenpflicht des Arbeitsvertrags, die Einlösung nach § 1422 ABGB, der Aufwendungsersatzanspruch nach § 1042 ABGB<sup>180</sup>), die Gesamtschuld nach § 896 ABGB<sup>181</sup>) sowie eine Analogie zu den Legalzessionsnormen der §§ 332 ASVG<sup>182</sup>) sowie § 10 Abs 1 EFZG<sup>183</sup>).

179) *Mohr*, *ecolex* 1993, 398, 399 hat demgegenüber bloß eine Gesamtanalogie vorgeschlagen, ohne zu bedenken, daß sich die einzelnen Legalzessionsnormen beträchtlich unterscheiden, sodaß gerade offen bleibt, welche Einzelregelung dann analog heranzuziehen ist.

180) Diese Norm ist gegenüber den Legalzessionsnormen subsidiär. Sie kommt mE insoweit in Betracht, als die Fortzahlung des Lohns nicht aufgrund einer zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verpflichtung erfolgt, sondern freiwillig. In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, *Regressprobleme bei irrtümlicher oder freiwilliger Leistung des Privat- bzw Sozialversicherers*, VR 1986, 321, 405 f. Wenn *Koziol* (*Haftpflichtrecht* I<sup>3</sup> Rz 13/29) und *Krejci* (*Sozialversicherungsrechtliche Modifikationen des Schadenersatzrechts*, in *Tomandl*, *System* 3.2.2.2) darauf verweisen, daß § 1042 ABGB nicht anwendbar sei, weil es an einer Tilgung fehle, so bleibt dieser Norm kaum noch Anwendungsbereich. Ein freiwillig zahlender Dritter ist aber in mancherlei Hinsicht weniger schutzwürdig als ein Zahler, der sich seiner Leistungspflicht nicht entziehen kann, sodaß es sachgerecht ist, wenn er durch die Zahlung eine schwächere Rechtsstellung erlangt. Da der Arbeitgeber selbst bei freiwilliger Zahlung und Anwendung des § 1042 ABGB nicht auf die Mitwirkung des verletzten Arbeitnehmers angewiesen ist, ist sie noch immer stärker als im deutschen Recht, wo angenommen wird, daß der Arbeitgeber bloß einen Anspruch auf Abtretung des Schadenersatzanspruchs gegen den Schädiger hat. So *LG Mannheim VersR* 1974, 605.

181) *Lukas*, *JBl* 1996, 481, 567, 571.

182) Dafür *Holzer*, *ASoK* 2000, 63, 67.

183) Dafür *Klein*, *Anm zu RdA* 1995/6.

Je nachdem, im Wege welcher Konstruktion die feststehende schadenersatzrechtliche Wertung umgesetzt wird, ergeben sich unterschiedliche Nuancierungen der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers.

#### a) Interessen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat ein legitimes Interesse, daß er einen möglichst raschen und ungefährdeten Zugriff gegen den verantwortlichen Ersatzpflichtigen hat. Wenn er sich seiner Lohnfortzahlungspflicht schon nicht entziehen kann, weil dies kraft zwingendes Rechts oder entsprechender Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer so festgelegt ist und er nach der schadenersatzrechtlichen Wertung vom Schädiger Rückersatz verlangen kann, so ist es in seinem Interesse, daß er möglichst bald gegen den Schädiger vorgehen kann.

Insoweit stellt ihn ein *Ipso-iure*-Übergang besser als eine Abtretungspflicht als Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag. Ehe § 4 LFG durch § 6 EFZG in Deutschland abgelöst wurde, wurde bei Angestellten bloß eine Abtretungspflicht angenommen, während bei Arbeitern eine Legalzession in § 4 LFG angeordnet war. In der E BGHZ 107, 325<sup>184)</sup> kam es darauf an, ob § 4 LFG auch für Angestellte analog anwendbar war. Der verletzte Angestellte hatte mit dem Ersatzpflichtigen nach Ende der Lohnfortzahlung einen Abfindungsvergleich geschlossen, der sämtliche Schadenersatzansprüche umfaßte. Da der verletzte Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt noch Inhaber der Schadenersatzforderung war, war dieser Vergleich wirksam mit der Folge, daß der Arbeitgeber lediglich gegen den Arbeitnehmer, der doppelt liquidiert hatte, vorgehen konnte. Wäre § 4 LFG anwendbar gewesen, wäre insoweit die Verfügung ins Leere gegangen, der Arbeitgeber hätte sich beim Ersatzpflichtigen regressieren können und es wäre dessen Angelegenheit gewesen, vom doppelt liquidierenden verletzten Arbeitnehmer das zu Unrecht Geleistete zurückzuverlangen.

Während der BGH eine Analogie ablehnte, sprach sich *Grunsky*<sup>185)</sup> für eine solche aus, wobei er betonte, daß damit immer noch ein Restrisiko beim Arbeitgeber verbleibe, weil auch bei Annahme einer Legalzession nach § 4 LFG, der dem § 1358 ABGB entspricht, ein Übergang jeweils erst im Zeitpunkt der Zahlung stattfindet. Bei Annahme einer Legalzession nach § 332 ASVG kommt es hingegen zu einem Forderungsübergang zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, wodurch der Arbeitgeber in noch umfassender Weise geschützt wäre.

Bei einer bloßen Pflicht zur Abtretung oder einer Legalzession im Zeitpunkt der Zahlung trägt der Arbeitgeber ein Restrisiko, daß er womöglich im Rahmen der Lohnfortzahlung leistet, der Arbeitnehmer aber durch treuwidriges Verhalten – oder weil dieser es nicht besser verstanden und deshalb in einen Vergleich eingewilligt hat, der auch künftige Ansprüche des

184) = JZ 1989, 798 (*Grunsky*) = NJW 1989, 2062 = NZV 1989, 351 = VersR 1988, 855.

185) JZ 1989, 800f.

Arbeitgebers umfaßt – den Regreß vereitelt hat. In solchen Fällen steht dem Arbeitgeber aber immerhin ein Schadenersatzanspruch zu<sup>186</sup>), den er beim Arbeitnehmer eintreiben kann. Sofern er davon rechtzeitig erfährt, kann er mit diesem Schadenersatzanspruch gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers aufrechnen, jedenfalls insoweit, als es sich um Beträge handelt, die über die Pfändungsfreibeträge hinausgehen<sup>187</sup>).

Sofern es freilich darum geht, daß Pfändungsgläubiger des Arbeitnehmers auf die auf den Erwerbsschaden gerichtete Schadenersatzforderung zugreifen, hat der Arbeitgeber dann, wenn der Übergang durch eine vorzunehmende Abtretung oder durch Legalzession im Zeitpunkt der Zahlung erfolgt, womöglich endgültig das Nachsehen. Das gilt insbesondere deshalb, weil ein Rechtsübergang nach § 1358 ABGB bzw § 67 VersVG jeweils erst im Zeitpunkt der Lohnfortzahlung erfolgt, der Pfändungsgläubiger aber auf den gesamten Schadenersatzanspruch, der auch die künftigen Lohnfortzahlungen beinhaltet, mit einem Zugriff für sich zunutze machen kann.

Der Arbeitgeber ist kraft zwingenden Rechts zur Fortzahlung des Lohns verpflichtet; in bezug auf den Deckungsfonds, der ihm zur Erholung zur Verfügung steht, ist ihm aber ein anderer zugekommen, ohne daß er gegen den Arbeitnehmer – mangels Vorwerfbarkeit – im Weg eines Schadenersatzanspruchs vorgehen könnte. Selbst wenn sich ein solcher konstruieren ließe, wären allerdings die Realisierungschancen häufig gering, wenn dessen Gläubiger schon auf die auf den Erwerbsschaden gerichtete Schadenersatzforderung zugreifen.

Aus der Perspektive des Arbeitgebers sprechen daher gute Gründe dafür, daß es – wie nach § 332 ASVG – zu einem Rechtsübergang zeitgleich mit dem schädigenden Ereignis kommt.

#### b) Legitime Interessen des Arbeitnehmers

Dem Interesse des Arbeitgebers an einem möglichst frühzeitigen Übergang steht das gegenläufige Interesse des Arbeitnehmers gegenüber, daß er gegenüber dem Arbeitgeber die auf den Erwerbsschaden gerichtete Schadenersatzforderung solange nicht aus der Hand geben möchte, als er nicht die korrespondierende Gegenleistung erhalten hat. Anders als bei Forderungen gegenüber einem Sozialversicherungsträger ist das Insolvenzrisiko bei Durchsetzung einer Forderung gegen den Arbeitgeber nicht völlig zu vernachlässigen. Die Leitentscheidung zum deutschen Recht<sup>188</sup>) als auch der OGH<sup>189</sup>) betonen deshalb, daß eine Pflicht, den Schadenersatzanspruch ge-

186) *Mohr*, *ecolex* 1993, 398, 399.

187) Sofern man § 67 VersVG incl dessen Abs 1 S 3 für analog anwendbar ansieht, wird der Drittleistende insoweit frei und kann das Geleistete zurückverlangen.

188) BGH BGHZ 7, 30, 49.

189) 29. 6. 1995, 2 Ob 43/95: Auslegung des § 8b Stmk Vertragsbedienstetengesetz wie § 1358 ABGB und nicht wie § 332 ASVG unter Berufung auf den Wortlaut, aber auch unter Bezugnahme auf das höhere Insolvenzrisiko des Arbeitgebers im Vergleich zu einem Sozialversicherungsträger.

gen den Dritten dem AG zur Verfügung zu stellen, nur besteht, soweit der AN befriedigt ist. Daraus ist aber mE keine Vorleistung des Arbeitgebers abzuleiten; gegen eine Abtretung Zug um Zug gegen Fortzahlung des Lohns bestehen keine Bedenken.

Auf den ersten Blick erscheint es legitim, daß der Arbeitnehmer nicht den Schadenersatzanspruch gegen einen liquiden Schädiger aus der Hand gibt und gegen einen nicht durchsetzbaren Anspruch gegen seinen Arbeitgeber eintauscht. Bei näherer Betrachtung ist indes zu bedenken, daß beim Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger mitzubedenken ist, ob der Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber durchsetzbar ist. Ist der Arbeitgeber zahlungsunfähig, ist also der Entgeltsanspruch gegen ihn nicht durchsetzbar, besteht insoweit gerade kein Schadenersatzanspruch. Durch diesen soll der Verletzte so gestellt werden, als ob er nicht verletzt wäre, aber eben auch nicht besser. Auch als gesunder Arbeitnehmer hätte er aber keinen durchsetzbaren Anspruch gegen einen zahlungsunfähigen Arbeitgeber!

Insoweit erweisen sich die Bedenken des Arbeitnehmers gegen einen Rechtsübergang im Zeitpunkt der Verletzung als nicht besonders gravierend. Dazu kommt, daß er jedenfalls für eine gewisse Übergangsphase und in bestimmter Höhe Ansprüche gegen den Insolvenzentgeltsicherungsfonds geltend machen kann.

### c) Resümee

Diese Abwägung würde dafür sprechen, anstelle der vom OGH präferierten Lösung der Analogie zu § 1358 ABGB und § 67 VersVG eine Analogie zu § 332 ASVG zu wählen.

Die als Vorzug der analogen Anwendung des § 67 VersVG gepriesene Anwendung des § 67 Abs 2 VersVG<sup>190</sup>), daß damit ein Regreß gegen die in gleicher Hausgemeinschaft lebenden Familienangehörigen abgeschnitten wird, wird auch für § 332 ASVG anerkannt<sup>191</sup>). Die Erhaltung des Familienfriedens und die Schonung des Geschädigten, dem mit der einen Hand etwas gegeben würde, was ihm mit der anderen genommen würde, weil die Familienkasse dann leer ausgehen würde, trägt da wie dort.

Überlegungen in bezug auf die Vereitelung des Forderungsübergangs, wie sie in § 67 Abs 1 S 3 VersVG angestellt werden, erweisen sich als überflüssig, weil der zunächst Anspruchsberechtigte im Zeitpunkt der Verletzung seine Rechtszuständigkeit über den Anspruch verliert, es somit nicht mehr in der Hand hat, zu Lasten des Legalzessionars zu verfügen.

190) So auch BGH VersR 1976, 567 unter Hinweis darauf, daß der Lohnfortzahlungsschaden in das Sozialversicherungssystem eingebettet sei. Durch die Zuweisung der Pflicht zur Erbringung einer Sozialleistung vom Sozialversicherungsträger auf den Arbeitgeber sollte die Rechtsposition des Arbeitnehmers nicht verschlechtert werden.

191) *Krejci*, Der Ausschluß des Übergangs von Schadenersatzforderungen gegen Familienangehörige auf die Sozialversicherungsträger (§ 332 ASVG, § 1542 RVO) FS-Schmitz II (1967) 353 ff.

Die analoge Anwendung des § 332 ASVG spießt sich allein bei der Frage des Quotenvorrechts<sup>192)</sup>. Im Fall des Mitverschuldens und bei betraglich begrenzter Haftung, etwa nach EKHG, besteht nach Privatversicherungsrecht gemäß § 67 Abs 1 S 2 VersVG ein Quotenvorrecht des Geschädigten, während im Sozialversicherungsrecht ein Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers vertreten wird, das heute immer weniger als passend angesehen wird<sup>193)</sup>. Wegen dieser wenig wünschenswerten Rechtsfolge allein ist der vom OGH präferierten Lösung einer Analogie<sup>194)</sup> zu § 1358 ABGB und § 67 VersVG zu folgen<sup>195)</sup>.

Wenn durch die von *Lukas*<sup>196)</sup> vorgeschlagene Konstruktion der Gesamtschuld bewirkt wird, daß der Arbeitnehmer durch Verzicht oder Vergleich den Regreß des Arbeitgebers gegen den Schädiger nicht vereiteln kann, so ist dies gewiß ein Vorzug dieser Lösung. Der Ersatzpflichtige ist in aller Regel weniger schützenswert, weiß doch der typischerweise hinter ihm stehende Haftpflichtversicherer, daß bei Verletzung eines Arbeitnehmers dessen Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Die Unterschiede sind im übrigen gering, jedenfalls dann, wenn man annimmt, daß für den Regreß nach § 896 ABGB die Legalzessionsregel des § 1358 ABGB heranzuziehen ist<sup>197)</sup>. Soweit dadurch offene Fragen bleiben, ist eine Heranziehung des § 67 VersVG weiterhin unverzichtbar.

Die Parteien des Arbeitsvertrags haben es aber in der Hand, eine davon abweichende Regelung zu treffen. Sie können einen Rechtsübergang im Zeitpunkt der Verletzung vereinbaren. Auch das Quotenvorrecht kann wie im Sozialversicherungsrecht geregelt werden. Grenzen der Zulässigkeit

192) Auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Verjährungsrecht sei an dieser Stelle bloß hingewiesen. Für den Sozialversicherungsträger läuft dann eine eigene mit seiner Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnende Frist, wenn der Verletzte im Zeitpunkt des Unfalls im Koma lag (OGH SZ 69/55 = EvBl 1997/11 = RdW 1996, 470 = ZVR 1997/78). Ansonsten gilt für den Sozialversicherungsträger die Verjährungsfrist, wie sie beim Verletzten zu laufen begonnen hat (OGH 26. 5. 1997, 2 Ob 153/97g). Hatte der Verletzte im Zeitpunkt des Forderungsübergangs ein Feststellungsurteil erstritten, so wirkt das auch zugunsten des Zessionars, sodaß insofern die Position des Zessionars bei einem Übergang nach § 1358 ABGB sogar stärker sein könnte. Diese marginalen Unterschiede vermögen aber keinen Ausschlag für die Analogie zur einen oder anderen Norm zu geben.

193) Verwiesen sei darauf, daß nach § 116 SGB X im deutschen Recht im Fall des Mitverschuldens ein Quotenvorrecht des Geschädigten gegenüber dem Sozialversicherungsträger angeordnet ist, während bei betraglich beschränkter Haftung beide Gläubiger, der Verletzte und der Sozialversicherungsträger, gleichberechtigt sind (relative Lösung). Auch im Beamtenrecht ist in § 87a BBG und den Ausführungsgesetzen der Länder ein Quotenvorrecht zugunsten des Beamten vorgesehen.

194) Wenn der OGH in SZ 67/52 und ZVR 1995/62 die *Analogie* zu § 1358 ABGB betont, so ist bei nüchterner Betrachtung des Wortlauts festzustellen, daß dieser eigentlich direkt anwendbar ist, leistet der Arbeitgeber bei der Lohnfortzahlung doch auf eine formell eigene Schuld (aus dem Arbeitsverhältnis), die aber materiell fremd ist, weil sie letztendlich der Schädiger zu begleichen hat. So auch *Krejci*, VR 1995, H 4, 8, 13.

195) So auch *Krejci*, VR 1995, H 4, 8, 17. *Holzer*, ASoK 2000, 63 ff geht auf diese Problematik jedoch nicht ein.

196) JBl 1996, 481, 567, 571.

197) In diesem Sinn wohl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 13/30.

(§ 879 ABGB) dürften sich aber ergeben bei Einräumung eines Regreßanspruchs gegen Familienangehörige, soweit ein solcher über § 67 Abs 2 VersVG hinausgehen würde.

#### d) Konkurrenzfragen

Die Bejahung eines Regreßanspruchs des Arbeitgebers bei Lohnfortzahlung führt zu weiteren Konkurrenzproblemen mit Regreßansprüchen des Sozialversicherungsträgers, die im österreichischen Recht bisher noch nicht gesehen worden sind. An zwei einfachen Fällen sei dies veranschaulicht:

Der Arbeitnehmer geht 2 Jahre nach einem vom Schädiger zu verantwortenden Unfall auf Kur<sup>198</sup>). Der Lohn ist während dieser unfallkausalen Arbeitsabwesenheit fortzuzahlen. Während dieses Zeitraums bezieht er aber bereits eine Erwerbsunfähigkeitsrente vom Schädiger. Steht dem Sozialversicherungsträger oder dem Arbeitgeber ein Regreßanspruch gegen den Schädiger zu?

Der Arbeitgeber bezahlt dem Arbeitnehmer trotz verminderter Leistungsfähigkeit nach wie vor den gleichen Lohn. Arbeitgeber und Arbeitnehmer treffen auch eine arbeitsrechtlich wirksame Vereinbarung des Inhalts, daß ein Teil des Lohnes Entgelt für die geleistete Arbeit ist und ein Teil eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers ist. Wenn der Arbeitnehmer für die erlittene allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit eine Sozialversicherungsrente bezieht, wer kann dann Regreß vom Schädiger verlangen, der Arbeitgeber oder der Sozialversicherungsträger?

Soweit das Problem im deutschen Recht erkannt wurde, waren es zum einen die Sozialversicherungsträger, die Regreßansprüche erhoben<sup>199</sup>), so daß im jeweiligen Prozeß die Konkurrenzfrage bloß auf Einwendung des Ersatzpflichtigen zu beurteilen war. Soweit sich die Rechtsprechung mit dem Problem beschäftigt hat, wurde häufig formal damit argumentiert, daß der Regreßanspruch des Sozialversicherungsträgers zu einem früheren Zeitpunkt auf diesen übergegangen sei, so daß bei Leistung des Arbeitgebers nichts mehr vorhanden war, was diesem als Regreß verbleibe<sup>200</sup>).

Diese Argumentation mag eine gewisse formale Logik für sich haben. Ihre Schwäche wird aber spätestens dann offenbar, wenn anstelle des Arbeitgebers ein anderer Sozialversicherungsträger nach Ablauf der Lohnfortzahlung Krankengeld zahlt oder Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag eine Vereinbarung treffen, daß bei Lohnfortzahlung der Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger nicht erst bei Zahlung, sondern bereits im Zeitpunkt der Verletzung auf den Arbeitgeber übergehen soll.

198) OGH ZVR 1982/73; BGH VersR 1971, 127.

199) RG RGZ 165, 236; BGH VersR 1967, 1068, 1069; OLG Celle VersR 1974, 1208.

200) *Sleich*, Arbeitsentgeltfortzahlung und Schadenersatz, DAR 1993, 409, 417. BGH VersR 1971, 127; VersR 1984, 583 zur Frage, auf welchen Anspruch die Verpflegungskostenersparnis während des Krankenhausaufenthalts angerechnet werden soll, auf die Heilungskosten (Regreßgläubiger Sozialversicherungsträger) oder den Erwerbsschaden, weil die Verpflegung aus dem Erwerb bestritten wird (Regreßgläubiger Arbeitgeber).

Solange im österreichischen Recht das Quotenvorrecht gilt<sup>201</sup>), mag aus dieser Wertung entnommen werden, daß im Zweifel die Rechtsposition des Sozialversicherungsträgers Vorrang genießen soll. Bei Konkurrenz von zwei Sozialversicherungsträgern hilft dieser Gesichtspunkt aber nicht weiter, so daß dann – in Ermangelung einer anderen Regelung – eine anteilige Befriedigung stattzufinden hat, steht doch außer Diskussion, daß der Ersatzpflichtige nicht mehr als den von ihm verursachten Schaden zu ersetzen hat.

Es gibt aber Fälle, in denen sprechen Wertungsgesichtspunkte für einen Vorrang des Arbeitgebers<sup>202</sup>). Das ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber den verletzten Arbeitnehmer trotz dessen Leistungsdefiziten zum gleichen Lohn weiterbeschäftigt. Sollte sich in diesen Fällen die Rechtsprechung nicht zu einem derartigen Ergebnis durchringen können, wäre eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert. Wären die Chancen im bürgerlichen Recht nicht allzu hoch zu veranschlagen, so könnte dies im konkreten Fall anders sein, handelt es sich doch um ein Grenzgebiet zum Sozialversicherungsrecht; und auf diesem Gebiet sind jährliche Novellen oder noch häufigere Gesetzesänderungen an der Tagesordnung.

#### IV. Ausblick – Erstreckung der Lohnfortzahlungsjudikatur auf weitere Problemfälle

In der Einleitung ist auf die grundsätzliche Bedeutung der Lohnfortzahlungsjudikatur für die Dogmatik der Schadensverlagerungsfälle hingewiesen worden. Während in der Verkehrsanlagen-E SZ 64/87<sup>203</sup>) sich noch der Hinweis fand, daß die Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten bei einem Leasingfahrzeug und der Lohnfortzahlungsschaden nicht als Fälle der Schadensverlagerung zu beurteilen seien, hat der OGH innerhalb von nur 3 Jahren die gerade gegenteilige Position eingenommen<sup>204</sup>).

In einem abschließenden Ausblick soll darauf hingewiesen werden, daß die Lohnfortzahlungsjudikatur *eine* weitere Bastion „erobert“ hat, in einer letzten (?) Fallgruppe aber noch an der bisherigen Position festgehalten wird:

##### A. Tötung des Unterhaltsschuldners (§ 1327 ABGB)

Bei Tötung des Unterhaltsschuldners entsprach es ständiger Judikatur des OGH<sup>205</sup>), daß ohne Anordnung einer Legalzession Leistungen, auf die

201) So auch BGH VersR 1971, 127 bei damals gleicher Rechtslage wie im österreichischen Recht, die inzwischen aber geändert wurde.

202) Vgl dazu OLG Stuttgart VersR 1988, 1295. In dieser E wurde in bezug auf das Urlaubsentgelt, das nach dem Ende der Arbeitsfähigkeit geschuldet wurde, ein Vorrang des Regresses des Arbeitgebers gegenüber dem Sozialversicherungsträger bejaht.

203) = JBl 1992, 325.

204) ZVR 1992/154 = *ecolex* 1992, 767 = VersR 1993, 732 = RdW 1992, 337: Mietwagenkosten bei Beschädigung eines Leasingfahrzeugs; SZ 67/52 = JBl 1994, 684 = ZVR 1994/88 = *ecolex* 1994, 560 (*Mohr*) = EvBl 1994/135 = RdW 1994, 243 = RdA 1995/6 (*Klein*) = AnwBl 1994, 905 (*Berger*): Lohnfortzahlungsschaden.

205) Zuletzt OGH JBl 1991, 653; ZVR 1995/133; kritisch dazu *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1312 Rz 13.

die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger Anspruch hatten, auf den Schadenersatzanspruch als Vorteil angerechnet wurden. Das führte im praktischen Ergebnis dazu, daß die Drittleistung den Schädiger begünstigte.

Es wurde darauf hingewiesen, daß lediglich bei freiwilligen Leistungen Dritter anders zu entscheiden wäre. Während der BGH<sup>206</sup>) diese Haltung seit Mitte der 50er Jahre aufgegeben hat, hat der OGH<sup>207</sup>) daran bis in die jüngste Zeit festgehalten. Aus schadenersatzrechtlicher Sicht kann es für die Frage der Anrechnung aber allein darauf ankommen, ob der Drittleistende den Schädiger begünstigen wollte oder das nicht der Fall war, wobei im Zweifel letzteres zu vermuten ist.

Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob dem oder den Drittleistenden ein Regreßanspruch gegen den Schädiger zustehen soll. Während bei einer überschaubaren Anzahl von Dritten ein solcher Regreßanspruch jedenfalls gegeben sein sollte, mögen Komplikationen der Abwicklung bei einer Vielzahl freiwilliger Spender, die dem Verletzten in seiner Notlage beistehen wollen, dafür sprechen, es dabei zu belassen, daß der Geschädigte die Spende behalten und dazu noch den vollen Schadenersatz erhalten soll.

In einer ganz aktuellen Entscheidung<sup>208</sup>) ändert der OGH nun seine Rechtsprechung in einem Fall, in dem es bei Tötung des Unterhaltsschuldners um eine Drittleistung des Arbeitgebers an dessen gesetzliche Unterhaltsgläubiger ging. Wie der Schneider häufig die schlechtesten Kleider trägt, so war ausgerechnet in der Satzung der Versorgungseinrichtung einer Anwaltskammer für den Fall der drittverschuldeten Tötung keine Legalzession vorgesehen. Der OGH rang sich unter Bezugnahme auf die Lohnfortzahlungsjudikatur zu einer Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung durch und räumte der Versorgungseinrichtung einen Regreßanspruch ein. Ob durch die Bezugnahme auf § 332 ASVG, was ohne nähere Begründung erfolgte, ein Wechsel in der Analogiebasis bewirkt werden sollte, kann freilich nicht verlässlich beurteilt werden. In concreto kam es darauf nicht an, welche Legalzessionsnorm herangezogen wurde.

### B. Gesellschafterschaden

Der Gesellschafterschaden zeichnet sich im deutschen und österreichischen Recht dadurch aus, daß die Beurteilung des Erwerbsschadens eines von einem Dritten in zurechenbarer Weise verletzten Gesellschafters auf das Innenverhältnis fixiert ist<sup>209</sup>). Nur wenn sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ein rechnerischer Schaden des verletzten Gesellschafters ableiten läßt, wird dieser zugestanden. Soweit eine Tätigkeitsvergütung vereinbart ist, ist die Änderung der bisherigen Rechtsprechung zwingend. Die in der E SZ

206) BGHZ 21, 112, 117.

207) SZ 53/58; 28. 3. 1990, 2 Ob 150/89.

208) RdW 2000, 210.

209) Für das deutsche Recht sei verwiesen auf *Dressler* (Richter des Haftpflichtsenats beim BGH), *Der Erwerbsschaden des im Bereich des Partners mitarbeitenden Ehegatten*, FS-Steffen (1995) 121 ff.

61/178 unter Berufung auf die Lohnfortzahlungsjudikatur ausgesprochene Ablehnung der Ersatzkraftkosten eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH wird nicht mehr haltbar sein. Mögen auch die Kosten der fremden Ersatzkraft nicht ersatzfähig sein, so kann ein Ersatz der dem verletzten Geschäftsführer von der GmbH fortbezahlten Vergütung kaum mehr versagt werden<sup>210</sup>).

Die bedeutsamere Frage liegt aber darin, ob der OGH den nächsten Schritt wagt und akzeptiert, daß die Auswirkung der Gewinneinbuße bei den Mitgesellschaftern – jedenfalls im Regelfall – nichts anderes ist als eine Schadensverlagerung auf diese. Die Judikatur des OGH zu dieser Frage ist in den letzten Jahren zu „beeindruckenden“ Differenzierungen gelangt. Prototypisch dafür sind die Entscheidungen RdW 1997, 529 und RdW 1998, 667. Es ging jeweils um Sachverhalte, in denen ein Ehepaar eine Landwirtschaft betrieb und der Ehemann verletzt wurde.

In der E RdW 1997, 529 wurde der Erwerbsschaden des Gesellschafters auf die Einbuße seiner Gewinnbeteiligungsquote beschränkt<sup>211</sup>), weil zwischen den beiden Ehegatten nicht nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern darüber hinaus eine Miteigentumsgemeinschaft an sämtlichen Produktionsmitteln gegeben sei<sup>212</sup>). In der E RdW 1998, 667 packten nach Verletzung des Vaters die Mutter und der Sohn stärker zu. Bei beiden kann ohne nähere Nachprüfung davon ausgegangen werden, daß sie durch ihre Mehranstrengung nicht den Schädiger entlasten wollten.

Wie sich deren Mehranstrengung auf den Umfang des Schadenersatzanspruchs auswirkt, ist nun freilich in der Tat höchst kompliziert. Es ist abhängig davon, ob der Sohn konkludent in die Gesellschaft aufgenommen worden ist und wenn nicht, ob er durch seine Mehranstrengung eine Leistung an den Vater oder an die Gesellschaft erbringen wollte. Es ist davon auszugehen, daß die Betroffenen dies beim besten Willen nicht sagen können. Sie taten es einfach, weil Not am Mann war. Sie werden solch sublimen Unterscheidungen auch kaum verstehen. Ihnen ergeht es nicht besser als mir.

Solche Trapezakte könnte man sich ersparen, wenn man akzeptieren würde, daß die Gewinneinbuße bei den anderen Gesellschaftern nichts anderes ist als eine Schadensverlagerung, soweit es um den Arbeitskraft-bezo-

210) In diesem Sinn wohl auch OGH RdW 1997, 529. Insbesondere bei der Ein-Mann-Gesellschaft hat dabei aber eine Angemessenheitskontrolle zu erfolgen. Sehr großzügig insoweit OGH ZVR 1999/66.

211) Der OGH berief sich dabei auf *Ch. Huber*, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäß § 1325 ABGB, JBl 1987, 613 ff. Es ist stets eine besondere Ehre, wenn die Meinung eines Autors Berücksichtigung findet. Allerdings ist es zumindest Künstlerpech, wenn er als Belegstelle gerade für das Gegenteil von dem herangezogen wird, was er an der angegebenen Stelle zum Ausdruck gebracht hat. In meinem Beitrag ging es mir gerade darum, daß der Erwerbsschaden des Gesellschafters *nicht* mit seiner Gewinneinbuße begrenzt wird.

212) Ähnlich bereits OGH *ecolex* 1994, 172 mit kritischer Anm von *P. Huber* und Kritik bei *Ch. Huber*, JBl 1996, 239, 240. Vgl auch OGH ZVR 1988/131.

genen Gewinnanteil<sup>213</sup>) geht. Mögen bei Verletzung eines Gesellschafters zusätzliche Besonderheiten eine Rolle spielen<sup>214</sup>), daß er nämlich typischerweise auch an den Produktionsmitteln beteiligt ist und die Entwertung dieser im Ausmaß der Beteiligung der anderen Gesellschafter in der Tat nur ein mittelbarer Schaden gegeben ist, so könnte die Eingruppierung des Gesellschafterschadens unter die Fälle der Schadensverlagerung folgendes nahelegen;

Von der Lohnfortzahlungsjudikatur sind nicht nur Verträge mit Arbeitern oder Angestellten in abhängiger Stellung erfaßt, sondern auch solche mit Beamten<sup>215</sup>) und leitenden Angestellten<sup>216</sup>). Während bei Arbeitern und Angestellten in abhängiger Stellung das Synallagmaprinzip stärker ausgeprägt ist, spielt im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten der Fürsorgegedanke eine größere Rolle. Im Gesellschaftsrecht ist das Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme der Gesellschafter aufeinander und auf das Wohl der Gesellschaft besonders bedeutsam, was mit dem Gedanken der Fürsorge durchaus verwandt ist. Häufig sind die Übergänge zwischen leitenden Angestellten und Gesellschaftern durchaus fließend. Auch die „Entlohnung“ ist bei beiden Gruppen häufig eine Mischung aus Fixum und gewinnabhängiger Tantieme. All dies sollte zum Anlaß genommen werden, die Lohnfortzahlungsjudikatur auch auf den Gesellschafterschaden entsprechend anzuwenden.

213) Zur Vermeidung von Wiederholungen sei verwiesen auf *Ch. Huber*, JBl 1987, 613 ff. Instrukтив in diesem Zusammenhang BGH BGHZ 41, 292, 295: Der Handelsvertreter bezog auch nach der Verletzung Provisionen, die ihm gebührten, weil er einen Kundenstamm aufgebaut hatte. Dafür steht dem Kaufmann, für den der Handelsvertreter tätig geworden ist, kein Regreßanspruch nach den Regeln der Lohnfortzahlung zu, weil dem Handelsvertreter diese Gegenleistung für die frühere Tätigkeit, den Aufbau eines Kundenstamms, gebührt, nicht aber, obwohl er in der fraglichen Zeit seine Arbeitskraft nicht betätigen kann.

214) So *Lukas*, JBl 1996, 481, 488 FN 56.

215) OGH ZVR 1998/95. Vgl demgegenüber BGH BGHZ 21, 112, 121, wo der Unterschied stärker betont wird.

216) *Krejci*, VR 1995 H 4, 8, 15.