

TE OGH 2003/7/10 6Ob83/03d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.07.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Johann H*****, vertreten durch Dr. Heimo Berger, Rechtsanwalt in Villach, gegen die beklagte Partei Josef W*****, vertreten durch Mag. Dr. Hannes Hausbauer, Rechtsanwalt in Pischelsdorf, wegen 25.623,16 EUR, über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichtes Klagenfurt als Berufungsgericht vom 12. Dezember 2002, GZ 2 R 359/02z-21, womit über die Berufungen beider Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Villach vom 5. August 2002, GZ 16 C 60/02g-10, aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Beiden Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Parteien schlossen am 17. 10. 1998 einen Provisionsvertretervertrag. Der Beklagte war mit seiner vollen Arbeitskraft ausschließlich für den Kläger bis in das vierte Quartal des Jahres 2001 als Handelsvertreter für den Vertrieb von Holzstiegen mit Geländern im Raum Steiermark tätig. Vereinbart wurde eine Abschlussberechtigung, nicht aber eine Inkassoberechtigung des Beklagten. Er hatte Weisungen des Klägers in Bezug auf Preise, Rabatte und Zahlungsbedingungen zu befolgen. Im Punkt V. des Vertrages wurde eine Berichtspflicht festgehalten. Die mit dem Eingang der Zahlungen beim Kläger fällig werdenden Provisionen des Beklagten wurden mit 8 % bei einer Bruttojahressumme von 2 Mio S, 9 % bei einer Bruttojahressumme von 3 Mio S und 10 % bei einer Bruttojahressumme von 4 Mio S vereinbart. Abweichend von den schriftlichen Vertragsbedingungen kam es zu monatlichen Provisionsvorauszahlungen von 24.000 S. Der Beklagte nahm mit Zustimmung des Klägers Zahlungen der Kunden entgegen. Die Provisionshöhe betrug unabhängig vom Jahresumsatz 10 % der Auftragssummen. Der Beklagte erstattete keinerlei Berichte. Die Parteien schlossen am 17. 10. 1998 einen Provisionsvertretervertrag. Der Beklagte war mit seiner vollen Arbeitskraft ausschließlich für den Kläger bis in das vierte Quartal des Jahres 2001 als Handelsvertreter für den Vertrieb von Holzstiegen mit Geländern im Raum Steiermark tätig. Vereinbart wurde eine Abschlussberechtigung, nicht aber eine Inkassoberechtigung des Beklagten. Er hatte Weisungen des Klägers in Bezug auf Preise, Rabatte und Zahlungsbedingungen zu befolgen. Im Punkt römisch fünf. des Vertrages wurde eine Berichtspflicht festgehalten. Die mit dem Eingang der Zahlungen beim Kläger fällig werdenden Provisionen des

Beklagten wurden mit 8 % bei einer Bruttojahressumme von 2 Mio S, 9 % bei einer Bruttojahressumme von 3 Mio S und 10 % bei einer Bruttojahressumme von 4 Mio S vereinbart. Abweichend von den schriftlichen Vertragsbedingungen kam es zu monatlichen Provisionsvorauszahlungen von 24.000 S. Der Beklagte nahm mit Zustimmung des Klägers Zahlungen der Kunden entgegen. Die Provisionshöhe betrug unabhängig vom Jahresumsatz 10 % der Auftragssummen. Der Beklagte erstattete keinerlei Berichte.

Bei verschiedenen Baustellen kam es wegen Vermessungsfehlern (des Beklagten) zu Mehrkosten. Die letzte einverständliche Abrechnung der Provisionen erfolgte im September 2001. Danach wurden weitere Provisionen des Beklagten fällig. Von ihm für 5 Baustellen inkassierte Beträge wurden nicht an den Kläger weitergeleitet. Ende 2001 wurde das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst.

Der Kläger begehrt nach Klageausdehnung und Klageeinschränkung zuletzt 25.623,16 EUR als Differenzbetrag zwischen der Summe der vom Beklagten unzulässig eingehobenen Kundenzahlungen sowie vom Beklagten schuldhaft verursachten Schäden einerseits und der Summe der dem Beklagten zustehenden Provisionen andererseits. Der Beklagte habe bei den Kunden insgesamt 29.025,24 EUR einkassiert und nicht weitergeleitet und eine rückzuerstattende Provisionsvorauszahlung von 5.232,44 EUR erhalten. Dem stünden Provisionen von 21.901,40 EUR gegenüber. Davon seien allerdings 10.650,65 EUR für die vom Beklagten auf Grund von Messfehlern entstandenen Schäden (Mehrkosten auf Baustellen) abzuziehen (dieser Schadenersatzeinwand wurde vom Kläger um 872,07 EUR eingeschränkt).

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die von ihm inkassierten Beträge habe er wegen offener Provisionsansprüche und sonstiger Leistungsansprüche in der Höhe von 39.013,47 EUR nicht herausgegeben. Der Beklagte wandte einen Ausgleichsanspruch nach § 24 Handelsvertretergesetz (HVertrG 1993) von 26.131,55 EUR als Gegenforderung ein und hielt den Schadenersatzforderungen des Klägers die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG) entgegen. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die von ihm inkassierten Beträge habe er wegen offener Provisionsansprüche und sonstiger Leistungsansprüche in der Höhe von 39.013,47 EUR nicht herausgegeben. Der Beklagte wandte einen Ausgleichsanspruch nach Paragraph 24, Handelsvertretergesetz (HVertrG 1993) von 26.131,55 EUR als Gegenforderung ein und hielt den Schadenersatzforderungen des Klägers die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG) entgegen.

Der Kläger replizierte, dass das DHG keine Anwendung fände und dass das HVertrG nicht anwendbar sei, weil der Beklagte Vertreter für unbewegliche Sachen gewesen sei.

Das Erstgericht stellte die Klageforderung mit 16.803,04 EUR als zu Recht bestehend und mit 8.820,12 EUR als nicht zu Recht bestehend und weiters die Gegenforderung als bis zur Höhe der Klageforderung nicht zu Recht bestehend fest und verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 16.803,04 EUR und wies das Mehrbegehren von 8.820,12 EUR ab. Es traf über den schon wiedergegebenen Sachverhalt hinaus noch folgende zusammengefassten weiteren Feststellungen:

Im "Ausstellungsstudio" des Klägers hätten sich die Kunden die Stiegen ansehen können. Die Adressen der interessierten Kunden seien dem Beklagten mitgeteilt worden, der auf die Baustellen zu fahren gehabt habe. Dort habe der Beklagte die Maße der zu produzierenden Stiegen aufgenommen und dem Kunden ein Angebot gelegt. Nach Vertragsabschluss habe der Beklagte die abgemessenen Daten dem Kläger übermittelt. Nach diesen Daten seien die Stiegen produziert worden. Der Plan sei dem Beklagten für eine Detailabsprache mit dem Kunden übermittelt worden. Nach einer allfälligen Rücksprache mit den Kunden habe der Beklagte die Pläne im Unternehmen des Klägers zur Produktion freigegeben. Die Montage sei durch Monteure des Klägers erfolgt. Zur Auflösung des Vertragsverhältnisses sei es wegen der dem Beklagten bei seiner Tätigkeit unterlaufener Fehler gekommen. Der Kläger habe Maßnahmen zur Überwachung der Tätigkeit des Beklagten einführen wollen, was dieser unter Hinweis auf seine Tätigkeit als selbständiger Provisionsvertreter abgelehnt habe.

Der Beklagte habe auf fünf Baustellen folgende Beträge inkassiert und an den Kläger nicht weitergeleitet:

10.732,03 EUR; 7.246,94 EUR; 6.104,52 EUR; 4.433,04 EUR und 508,71 EUR. Nach der letzten Abrechnung der Provisionen im September 2001 seien Provisionsansprüche des Beklagten von 14.196,44 EUR und 4.769,09 EUR fällig geworden.

Bei mehreren Baustellen sei es auf Grund von Vermessungsfehlern des Beklagten zu Mehrkosten des Klägers beim Bau der Stiegen gekommen (43.000 S; 41.199 S; 21.150 S; 45.206 S; 14.015 S). Weiters habe der Kläger einem Kunden die Kosten für Umbauarbeiten von 101,90 EUR und 236,89 EUR ersetzt.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus: Für die vom Provisionsvertretervertrag nicht ausdrücklich geregelten Fälle, in denen es nachträglich zu einer Reduktion der Auftragssumme kommt, sei in ergänzender Vertragsauslegung die Provision des Beklagten nach der reduzierten Auftragssumme zu berechnen. Gleiches gelte für den Fall, dass der Beklagte einen Kunden zwar vermittelt, die Betreuung aber nicht bis zur Abnahme der Stiege durchgeführt habe. In solchen Fällen stehe die Hälfte des Provisionsanspruches (5 %) zu. In den Fällen, wo die Kunden noch nichts bezahlt hätten, stünden Provisionsansprüche noch nicht zu. Nach diesen Grundsätzen machten die Provisionsansprüche des Beklagten 17.526,20 EUR aus.

Das DHG sei auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar, sofern eine wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliege. Dem Beklagten sei eine Tätigkeit für andere Unternehmen verboten, er sei zur persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet und weisungsgebunden. Auch wenn er nicht in einer organisatorischen Einbindung im Unternehmen des Klägers gewesen sein sollte oder dies geradezu abgelehnt habe, sei er dennoch auf Grund der Vertragsgestaltung als "arbeitnehmerähnlich" anzusehen. Gemäß § 2 DHG könne bei fahrlässiger Schädigung des Dienstgebers der Dienstnehmer eine Mäßigung des Schadenersatzbetrages verlangen. Bei bloß leichter Fahrlässigkeit könne der Schadenersatz zur Gänze entfallen. Für ein grobes Verschulden sei der Arbeitgeber beweispflichtig. Der Kläger habe dazu kein konkretes Vorbringen erstattet. Da auch der Beklagte kein Vorbringen für die Annahme einer in schuldbaren Fehlleistung erstattet habe, sei von leichter Fahrlässigkeit auszugehen. Die Umstände für eine Mäßigung müsse der Arbeitnehmer behaupten und beweisen. Dies sei hier nicht geschehen. Es habe daher keine Mäßigung stattzufinden. Das DHG sei auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar, sofern eine wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliege. Dem Beklagten sei eine Tätigkeit für andere Unternehmen verboten, er sei zur persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet und weisungsgebunden. Auch wenn er nicht in einer organisatorischen Einbindung im Unternehmen des Klägers gewesen sein sollte oder dies geradezu abgelehnt habe, sei er dennoch auf Grund der Vertragsgestaltung als "arbeitnehmerähnlich" anzusehen. Gemäß Paragraph 2, DHG könne bei fahrlässiger Schädigung des Dienstgebers der Dienstnehmer eine Mäßigung des Schadenersatzbetrages verlangen. Bei bloß leichter Fahrlässigkeit könne der Schadenersatz zur Gänze entfallen. Für ein grobes Verschulden sei der Arbeitgeber beweispflichtig. Der Kläger habe dazu kein konkretes Vorbringen erstattet. Da auch der Beklagte kein Vorbringen für die Annahme einer in schuldbaren Fehlleistung erstattet habe, sei von leichter Fahrlässigkeit auszugehen. Die Umstände für eine Mäßigung müsse der Arbeitnehmer behaupten und beweisen. Dies sei hier nicht geschehen. Es habe daher keine Mäßigung stattzufinden.

Trotz der Schadenersatzansprüche des Klägers stünden für die Vermittlung der Geschäfte dem Beklagten Provisionen zu. Diese reduzierten sich allerdings um die Schadenersatzansprüche des Klägers. Danach ergebe sich ein Betrag von 5.304 EUR zu Gunsten des Klägers.

Als prozessuale Gegenforderung sei lediglich der Ausgleichsanspruch nach § 24 HVertrG eingewendet worden. Der Ausgleichsanspruch setze noch künftige Vorteile aus der Geschäftsverbindung voraus. Es sei notorisch, dass Stiegen in Häusern eine Lebensdauer von zumindest 20 Jahren hätten, sodass die Tätigkeit des Beklagten für den Kläger durch Gewinnung von "Stammkunden" keinen dauerhaften Vorteil gebracht habe. Dass vom Beklagten vermittelte Tischler Stammkunden geworden wären, ergebe sich aus den vorgelegten Urkunden nicht. Lediglich in einem Fall von insgesamt 46 Aufträgen seien Stiegen von demselben Kunden mehrmals bestellt worden. Der Beklagte habe auch nicht vorgebracht, wie sein Ausgleichsanspruch zu berechnen wäre. Die Gegenforderung bestehe daher nicht zu Recht und es könne die Anwendbarkeit des HVertrG dahingestellt bleiben. Als prozessuale Gegenforderung sei lediglich der Ausgleichsanspruch nach Paragraph 24, HVertrG eingewendet worden. Der Ausgleichsanspruch setze noch künftige Vorteile aus der Geschäftsverbindung voraus. Es sei notorisch, dass Stiegen in Häusern eine Lebensdauer von zumindest 20 Jahren hätten, sodass die Tätigkeit des Beklagten für den Kläger durch Gewinnung von "Stammkunden" keinen dauerhaften Vorteil gebracht habe. Dass vom Beklagten vermittelte Tischler Stammkunden geworden wären, ergebe sich aus den vorgelegten Urkunden nicht. Lediglich in einem Fall von insgesamt 46 Aufträgen seien Stiegen von demselben Kunden mehrmals bestellt worden. Der Beklagte habe auch nicht vorgebracht, wie sein Ausgleichsanspruch zu berechnen wäre. Die Gegenforderung bestehe daher nicht zu Recht und es könne die Anwendbarkeit des HVertrG dahingestellt bleiben.

Das Berufungsgericht gab der Berufungen beider Parteien Folge und hob das erstinstanzliche Urteil zur Verfahrensergänzung auf.

Die Rechtsrüge des Klägers hinsichtlich eines Teilbetrages von 5.232,44 EUR sei berechtigt. Das Erstgericht hätte diesen Betrag nicht von der als zu Recht bestehend erkannten Klageforderung abziehen dürfen, weil der Kläger selbst diesen Abzug bereits in der Klage vorgenommen habe.

Schadenersatzansprüche des Klägers seien zu verneinen. Gemäß § 1 Abs 1 DHG seien die Vorschriften dieses Gesetzes auf Personen anzuwenden, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien. Für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit sei das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit und die Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten Unternehmen entscheidend. Der Beklagte sei bei seiner Vertretertätigkeit ausschließlich für den Kläger tätig und verpflichtet gewesen, dessen Weisungen zu befolgen. Der Beklagte habe auch über seine Tätigkeit zu berichten gehabt. Er habe im Betrieb des Klägers eine arbeitnehmerähnliche Stellung innegehabt. Wenn der Dienstnehmer dem Dienstgeber einen Schaden zufügt, könne das Gericht den Ersatz nach Billigkeit mäßigen. Ein Schadenersatzfall nach § 2 DHG liege vor, wenn der Schaden in der Sphäre des Dienstgebers eingetreten sei. Dies gelte auch dann, wenn der Dritte wegen Lieferung mangelhafter Ware berechnete Erfüllungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche geltend mache. Grundsätzlich seien die durch die Fehler des Beklagten entstandenen Mehrkosten vom Geltungsbereich des DHG erfasst. Wenn der Dienstgeber allerdings dem Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, müsse er die Ersatzleistung dem Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 1 DHG unverzüglich mitteilen und ihm im Falle der Klage den Streit verkünden. Wenn der Dienstgeber den Schaden ohne Einverständnis mit dem Dienstnehmer oder ohne Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils ersetze stehe ihm gemäß § 4 Abs 2 DHG kein Rückgriffsanspruch zu. Es sei Sache des Arbeitgebers, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu behaupten und zu beweisen. Der Kläger habe nicht einmal vorgebracht, dass er dem Beklagten die Schadensfälle unverzüglich mitgeteilt habe und dass er seinen Kunden die Schäden im Einverständnis mit dem Beklagten oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteiles ersetzt hätte. Der Kläger habe die Voraussetzungen für seinen Rückgriffsanspruch nicht dargetan. Das Erstgericht habe daher zu Unrecht von den Provisionsansprüchen des Beklagten Schadenersatzbeträge von zusammen 10.346,20 EUR abgezogen. Für den Fortgang des Verfahrens sei von einer berechtigten Klageforderung von nur 11.689,28 EUR auszugehen. Schadenersatzansprüche des Klägers seien zu verneinen. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, DHG seien die Vorschriften dieses Gesetzes auf Personen anzuwenden, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien. Für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit sei das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit und die Abhängigkeit von einem oder mehreren bestimmten Unternehmen entscheidend. Der Beklagte sei bei seiner Vertretertätigkeit ausschließlich für den Kläger tätig und verpflichtet gewesen, dessen Weisungen zu befolgen. Der Beklagte habe auch über seine Tätigkeit zu berichten gehabt. Er habe im Betrieb des Klägers eine arbeitnehmerähnliche Stellung innegehabt. Wenn der Dienstnehmer dem Dienstgeber einen Schaden zufügt, könne das Gericht den Ersatz nach Billigkeit mäßigen. Ein Schadenersatzfall nach Paragraph 2, DHG liege vor, wenn der Schaden in der Sphäre des Dienstgebers eingetreten sei. Dies gelte auch dann, wenn der Dritte wegen Lieferung mangelhafter Ware berechnete Erfüllungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche geltend mache. Grundsätzlich seien die durch die Fehler des Beklagten entstandenen Mehrkosten vom Geltungsbereich des DHG erfasst. Wenn der Dienstgeber allerdings dem Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, müsse er die Ersatzleistung dem Dienstnehmer gemäß Paragraph 4, Absatz eins, DHG unverzüglich mitteilen und ihm im Falle der Klage den Streit verkünden. Wenn der Dienstgeber den Schaden ohne Einverständnis mit dem Dienstnehmer oder ohne Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils ersetze stehe ihm gemäß Paragraph 4, Absatz 2, DHG kein Rückgriffsanspruch zu. Es sei Sache des Arbeitgebers, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu behaupten und zu beweisen. Der Kläger habe nicht einmal vorgebracht, dass er dem Beklagten die Schadensfälle unverzüglich mitgeteilt habe und dass er seinen Kunden die Schäden im Einverständnis mit dem Beklagten oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteiles ersetzt hätte. Der Kläger habe die Voraussetzungen für seinen Rückgriffsanspruch nicht dargetan. Das Erstgericht habe daher zu Unrecht von den Provisionsansprüchen des Beklagten Schadenersatzbeträge von zusammen 10.346,20 EUR abgezogen. Für den Fortgang des Verfahrens sei von einer berechtigten Klageforderung von nur 11.689,28 EUR auszugehen.

Der Ausgleichsanspruch des Beklagten nach § 24 Abs 4 HVertrG setze ua voraus, dass der Unternehmer aus den

vermittelten Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile erzielen könne. Die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trage der Handelsvertreter. Wenn ihm der Beweis für die Zuführung neuer Kunden und der Nachweis der getätigten Geschäftsabschlüsse gelinge, treffe für die restlichen Anspruchsvoraussetzungen den Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die ihm durch den Handelsvertreter geschaffenen Verdienstchancen im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Vorteil bringen würden. Das Erstgericht habe zu Unrecht aus der Lebensdauer der Holzstiegen von 20 Jahren geschlossen, dass dem Kläger aus der Vermittlungstätigkeit des Beklagten kein Vorteil erwachsen könne. Der Beklagte habe aber vorgebracht, dass er auch mit Zimmereien in Kontakt getreten sei, die immer wieder beim Kläger Stiegen gekauft hätten. Ein Vorteil könne im Hinblick auf wiederholte Bestellungen von Stiegen durch vermittelte Tischlereien nicht von der Hand gewiesen werden. Wenn die vom Beklagten vermittelten Geschäftsabschlüsse (gemeint bei Tischlereien) festgestellt werden, müsse der Kläger im Sinne der ihm obliegenden Behauptungs- und Beweislast im fortgesetzten Verfahren darlegen, warum er aus den vermittelten Geschäften keinen weiteren erheblichen Vorteil ziehen könne. Dazu bedürfe es einer Verfahrensergänzung. Vor der Ergänzung des Verfahrens in diesem Punkt sei im fortzusetzenden Verfahren allerdings noch die Frage zu klären, ob der Beklagte mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften über unbewegliche Sachen oder über bewegliche Sachen gemäß § 1 Abs 1 HVertrG befasst gewesen sei. Gemäß § 293 ABGB würden Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden können, als beweglich qualifiziert werden, im entgegengesetzten Fall als unbeweglich. Bewegliche Sachen würden im Rechtssinn für unbeweglich gehalten, wenn sie auf Grund des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigentümers das Zubehör einer unbeweglichen Sache ausmachten. Das Kriterium der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit einer Sache spiele bei einer Vielzahl von Bestimmungen eine Rolle. In der Judikatur sei dies aber nicht im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Handelsvertreters beurteilt worden. Nach dem Gewährleistungsrecht lägen unbewegliche Sache im Sinne des § 933 ABGB dann vor, wenn das Werk in der Herstellung einer unbeweglichen Sache bestehe oder wenn Arbeiten an einer unbeweglichen Sache vorgenommen werden, insbesondere wenn eine bewegliche Sache vom Veräußerer zu einem unselbständigen Bestandteil einer unbeweglichen Sache zu machen sei. Ein unselbständiger Bestandteil liege vor, wenn die Verbindung eines Bestandteils mit der Hauptsache so eng sei, dass er von dieser tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise abgesondert werden könnte. Hier habe der Beklagte Geschäfte über die Herstellung und den Einbau von Holzstiegen, also Werklieferungsverträge vermittelt. Ob es sich bei den Holzstiegen um bewegliche oder unbewegliche Sache handle, könne derzeit aber noch nicht beurteilt werden, weil die Parteien kein entsprechendes Vorbringen erstattet hätten und diesbezüglich Feststellungen nicht vorlägen. Der Ausgleichsanspruch des Beklagten nach Paragraph 24, Absatz 4, HVertrG setze ua voraus, dass der Unternehmer aus den vermittelten Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile erzielen könne. Die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trage der Handelsvertreter. Wenn ihm der Beweis für die Zuführung neuer Kunden und der Nachweis der getätigten Geschäftsabschlüsse gelinge, treffe für die restlichen Anspruchsvoraussetzungen den Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die ihm durch den Handelsvertreter geschaffenen Verdienstchancen im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Vorteil bringen würden. Das Erstgericht habe zu Unrecht aus der Lebensdauer der Holzstiegen von 20 Jahren geschlossen, dass dem Kläger aus der Vermittlungstätigkeit des Beklagten kein Vorteil erwachsen könne. Der Beklagte habe aber vorgebracht, dass er auch mit Zimmereien in Kontakt getreten sei, die immer wieder beim Kläger Stiegen gekauft hätten. Ein Vorteil könne im Hinblick auf wiederholte Bestellungen von Stiegen durch vermittelte Tischlereien nicht von der Hand gewiesen werden. Wenn die vom Beklagten vermittelten Geschäftsabschlüsse (gemeint bei Tischlereien) festgestellt werden, müsse der Kläger im Sinne der ihm obliegenden Behauptungs- und Beweislast im fortgesetzten Verfahren darlegen, warum er aus den vermittelten Geschäften keinen weiteren erheblichen Vorteil ziehen könne. Dazu bedürfe es einer Verfahrensergänzung. Vor der Ergänzung des Verfahrens in diesem Punkt sei im fortzusetzenden Verfahren allerdings noch die Frage zu klären, ob der Beklagte mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften über unbewegliche Sachen oder über bewegliche Sachen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, HVertrG befasst gewesen sei. Gemäß Paragraph 293, ABGB würden Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden können, als beweglich qualifiziert werden, im entgegengesetzten Fall als unbeweglich. Bewegliche Sachen würden im Rechtssinn für unbeweglich gehalten, wenn sie auf Grund des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigentümers das Zubehör einer unbeweglichen Sache ausmachten. Das Kriterium der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit einer Sache spiele bei einer Vielzahl von Bestimmungen eine Rolle. In der Judikatur sei dies aber nicht

im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Handelsvertreters beurteilt worden. Nach dem Gewährleistungsrecht lägen unbewegliche Sache im Sinne des Paragraph 933, ABGB dann vor, wenn das Werk in der Herstellung einer unbeweglichen Sache bestehe oder wenn Arbeiten an einer unbeweglichen Sache vorgenommen werden, insbesondere wenn eine bewegliche Sache vom Veräußerer zu einem unselbständigen Bestandteil einer unbeweglichen Sache zu machen sei. Ein unselbständiger Bestandteil liege vor, wenn die Verbindung eines Bestandteils mit der Hauptsache so eng sei, dass er von dieser tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise abgesondert werden könnte. Hier habe der Beklagte Geschäfte über die Herstellung und den Einbau von Holzstiegen, also Werklieferungsverträge vermittelt. Ob es sich bei den Holzstiegen um bewegliche oder unbewegliche Sache handle, könne derzeit aber noch nicht beurteilt werden, weil die Parteien kein entsprechendes Vorbringen erstattet hätten und diesbezüglich Feststellungen nicht vorlägen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil eine oberstgerichtliche Judikatur zu der Frage fehle, ob Sachen im Sinne des § 1 HVertrG nach den Grundsätzen der Judikatur zu den §§ 922 ff ABGB als beweglich oder unbeweglich zu qualifizieren seien bzw. ob Holzstiegen als bewegliche oder unbewegliche Sache zu gelten haben. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil eine oberstgerichtliche Judikatur zu der Frage fehle, ob Sachen im Sinne des Paragraph eins, HVertrG nach den Grundsätzen der Judikatur zu den Paragraphen 922, ff ABGB als beweglich oder unbeweglich zu qualifizieren seien bzw. ob Holzstiegen als bewegliche oder unbewegliche Sache zu gelten haben.

Dagegen richten sich die Rekurs beider Parteien. Der Kläger beantragt die Abänderung dahin, dass die Klageforderung mit 22.035,48 EUR als zu Recht bestehend und die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend erkannt werden (nur erkennbar strebt er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 22.035,48 EUR) an.

Der Beklagte beantragt die Abänderung dahin, dass die Gegenforderung von 26.131,55 EUR bis zur Höhe der Klageforderung als zu Recht bestehend erkannt und das Klagebegehren abgewiesen werde.

Beide Parteien beantragen jeweils, dem Rekurs des Prozessgegners nicht Folge zu geben.

Die Rekurse sind wegen der vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschiedenen Rechtsfrage, ob die Betrauung mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Rechtsgeschäften über die Lieferung und die Montage von Holzstiegen dem § 1 HVertrG 1993 unterliegt oder aber die Rechtsgeschäfte als solche über unbewegliche Sachen zu qualifizieren sind, zulässig. Die Rekurse sind mit ihren Anträgen auf Sachentscheidung mangels Spruchreife nicht berechtigt. Der Rekurs des Klägers ist nur teilweise hinsichtlich der für das fortzusetzende Verfahren zu überbindenden Rechtsansichten berechtigt. Die Rekurse sind wegen der vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschiedenen Rechtsfrage, ob die Betrauung mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Rechtsgeschäften über die Lieferung und die Montage von Holzstiegen dem Paragraph eins, HVertrG 1993 unterliegt oder aber die Rechtsgeschäfte als solche über unbewegliche Sachen zu qualifizieren sind, zulässig. Die Rekurse sind mit ihren Anträgen auf Sachentscheidung mangels Spruchreife nicht berechtigt. Der Rekurs des Klägers ist nur teilweise hinsichtlich der für das fortzusetzende Verfahren zu überbindenden Rechtsansichten berechtigt.

1.) Die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist dahin zusammenzufassen, dass der Beklagte dann als Handelsvertreter zu qualifizieren sei, wenn die vermittelten Rechtsgeschäfte bewegliche Sache betroffen haben sollten. Dazu bedürfe es ebenso einer Verfahrensergänzung wie zur Frage, ob der Kläger aus den vom Beklagten vermittelten Rechtsgeschäften (weitere) Vorteile ziehen werde können. Die Tätigkeit des Beklagten beurteilte das Berufungsgericht als arbeitnehmerähnlich, sodass die Bestimmungen des DHG anzuwenden seien. Schadenersatzansprüche des Klägers bestünden allerdings mangels der Voraussetzungen des § 4 DHG nicht. 1.) Die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist dahin zusammenzufassen, dass der Beklagte dann als Handelsvertreter zu qualifizieren sei, wenn die vermittelten Rechtsgeschäfte bewegliche Sache betroffen haben sollten. Dazu bedürfe es ebenso einer Verfahrensergänzung wie zur Frage, ob der Kläger aus den vom Beklagten vermittelten Rechtsgeschäften (weitere) Vorteile ziehen werde können. Die Tätigkeit des Beklagten beurteilte das Berufungsgericht als arbeitnehmerähnlich, sodass die Bestimmungen des DHG anzuwenden seien. Schadenersatzansprüche des Klägers bestünden allerdings mangels der Voraussetzungen des Paragraph 4, DHG nicht.

Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dass das DHG auf die Tätigkeit des Beklagten ebensowenig anzuwenden sei wie die Bestimmungen des HVertrG, weil die einzubauenden Stiegen unbewegliche Sachen seien. Der Beklagte habe daher keinen Anspruch nach § 24 HVertrG, der überdies nicht ausreichend präzisiert worden sei. Bei Bejahung einer

arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretertätigkeit des Beklagten seien die Schadenersatzforderungen des Klägers aber berechtigt, weil nicht Ersatz eines Drittschadens, sondern der Ersatz eines eigenen Schadens (des Dienstgebers) begehrt werde. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dass das DHG auf die Tätigkeit des Beklagten ebensowenig anzuwenden sei wie die Bestimmungen des HVertrG, weil die einzubauenden Stiegen unbewegliche Sachen seien. Der Beklagte habe daher keinen Anspruch nach Paragraph 24, HVertrG, der überdies nicht ausreichend präzisiert worden sei. Bei Bejahung einer arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretertätigkeit des Beklagten seien die Schadenersatzforderungen des Klägers aber berechtigt, weil nicht Ersatz eines Drittschadens, sondern der Ersatz eines eigenen Schadens (des Dienstgebers) begehrt werde.

Der Beklagte geht von einer Spruchreife der Sache in beiden vom Berufungsgericht für ergänzungsbedürftig erachteten Fragen aus, führt allerdings nichts dazu aus, warum sein Anspruch nach § 24 HVertrG auch der Höhe nach bereits spruchreif sein sollte. Der Beklagte geht von einer Spruchreife der Sache in beiden vom Berufungsgericht für ergänzungsbedürftig erachteten Fragen aus, führt allerdings nichts dazu aus, warum sein Anspruch nach Paragraph 24, HVertrG auch der Höhe nach bereits spruchreif sein sollte.

Rechtliche Beurteilung

2.) Zur Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechtes:

Nach § 1 Abs 1 HVertrG 1993 ist derjenige kein Handelsvertreter, der mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften über unbewegliche Sachen betraut wurde. Für die Qualifikation maßgeblich ist die Rechtsnatur des Rechtsgeschäftes, das vermittelt werden soll. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen ist die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in einer Reihe von Fällen bedeutsam, beispielsweise für den Erwerb der Sachen, die Gewährleistungs- und Verjährungsfristen uva. Können Sachen ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden, sind sie beweglich (§ 293 ABGB), als Zubehör einer unbeweglichen Sache gelten sie aber als unbeweglich. Ursprünglich bewegliche Sachen werden durch Sachverbindung mit einer unbeweglichen Sache zum unselbständigen Bestandteil, wenn sie nur durch unwirtschaftliche Vorgangsweise abgesondert werden können. Sonderrechtsfähige selbständige Bestandteile setzen eine tatsächliche und wirtschaftliche Trennbarkeit voraus (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I 12 221 f). Nach Paragraph eins, Absatz eins, HVertrG 1993 ist derjenige kein Handelsvertreter, der mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften über unbewegliche Sachen betraut wurde. Für die Qualifikation maßgeblich ist die Rechtsnatur des Rechtsgeschäftes, das vermittelt werden soll. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen ist die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in einer Reihe von Fällen bedeutsam, beispielsweise für den Erwerb der Sachen, die Gewährleistungs- und Verjährungsfristen uva. Können Sachen ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden, sind sie beweglich (Paragraph 293, ABGB), als Zubehör einer unbeweglichen Sache gelten sie aber als unbeweglich. Ursprünglich bewegliche Sachen werden durch Sachverbindung mit einer unbeweglichen Sache zum unselbständigen Bestandteil, wenn sie nur durch unwirtschaftliche Vorgangsweise abgesondert werden können. Sonderrechtsfähige selbständige Bestandteile setzen eine tatsächliche und wirtschaftliche Trennbarkeit voraus (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I 12 221 f).

Vor ihrem Einbau sind die produzierten Holzstiegen veräußerbare bewegliche Sachen. Rechtsgeschäfte darüber im Rahmen eines Gewerbebetriebes sind Handelsgeschäfte, auch wenn die zu liefernden Sachen zum festen Einbau in unbewegliche Sachen bestimmt sind. Gemäß § 381 Abs 2 HGB finden die Bestimmungen über den Handelskauf auch dann Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Auf reine Werkverträge, bei denen keine ausreichenden Elemente eines Kaufvertrages vorliegen und die auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache gerichtet sind, ist § 381 HGB nicht anzuwenden (1 Ob 142/01s mwN). Für die Unterscheidung zwischen Werklieferungsvertrag und reinem Werkvertrag nach bürgerlichem Recht ist u.a. auch der Vertragszweck maßgeblich. Wenn die Montagepflicht eine bloße Nebenpflicht ist und der Schwerpunkt aber im Liefergegenstand selbst liegt, ist von einem Werklieferungsvertrag auszugehen (so schon HS XIV/XV/20). Lehre und Rechtsprechung vertreten also die Ansicht, dass auf Verträge über bewegliche Sachen, die zum festen Einbau in unbewegliche Sache bestimmt sind, § 381 Abs 2 HGB anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn die Verträge über die Lieferung und die Montage nicht getrennt wurden, sondern einheitliche Verträge geschlossen wurden. Bewegliche Sachen, die bloß als Zubehör einer unbeweglichen Sache gewidmet werden, gelten bei der Prüfung nach § 381 Abs 2 HGB als beweglich (SZ 73/109 mwN). Dies bedeutet, dass die vom Beklagten vermittelten Werklieferungsverträge solche über bewegliche Sachen waren. Dem Umstand, dass durch die feste Verbindung (die Montage) und durch die

Widmung des Bestellers die Holzstiegen als unbewegliche Sachen geltende Bestandteile der Liegenschaft (des Hauses) werden, steht der Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechtes nicht entgegen, weil § 1 HVertrG auf die Rechtsnatur des vermittelten Geschäftes und nicht auf dessen sachenrechtlichen Erfolg abstellt. Einer weiteren Prüfung der Frage, ob die liefernden und zu montierenden Stiegen nach der Erfüllung des Rechtsgeschäftes zu unselbständigen oder selbständigen Bestandteilen des Hauses werden, bedarf es nicht. In diesem Punkt erweisen sich beide Rekurse im Ergebnis als berechtigt. Vor ihrem Einbau sind die produzierten Holzstiegen veräußerbare bewegliche Sachen. Rechtsgeschäfte darüber im Rahmen eines Gewerbebetriebes sind Handelsgeschäfte, auch wenn die zu liefernden Sachen zum festen Einbau in unbewegliche Sachen bestimmt sind. Gemäß Paragraph 381, Absatz 2, HGB finden die Bestimmungen über den Handelskauf auch dann Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Auf reine Werkverträge, bei denen keine ausreichenden Elemente eines Kaufvertrages vorliegen und die auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache gerichtet sind, ist Paragraph 381, HGB nicht anzuwenden (1 Ob 142/01s mwN). Für die Unterscheidung zwischen Werklieferungsvertrag und reinem Werkvertrag nach bürgerlichem Recht ist u.a. auch der Vertragszweck maßgeblich. Wenn die Montagepflicht eine bloße Nebenpflicht ist und der Schwerpunkt aber im Liefergegenstand selbst liegt, ist von einem Werklieferungsvertrag auszugehen (so schon HS XIV/XV/20). Lehre und Rechtsprechung vertreten also die Ansicht, dass auf Verträge über bewegliche Sachen, die zum festen Einbau in unbewegliche Sache bestimmt sind, Paragraph 381, Absatz 2, HGB anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn die Verträge über die Lieferung und die Montage nicht getrennt wurden, sondern einheitliche Verträge geschlossen wurden. Bewegliche Sachen, die bloß als Zubehör einer unbeweglichen Sache gewidmet werden, gelten bei der Prüfung nach Paragraph 381, Absatz 2, HGB als beweglich (SZ 73/109 mwN). Dies bedeutet, dass die vom Beklagten vermittelten Werklieferungsverträge solche über bewegliche Sachen waren. Dem Umstand, dass durch die feste Verbindung (die Montage) und durch die Widmung des Bestellers die Holzstiegen als unbewegliche Sachen geltende Bestandteile der Liegenschaft (des Hauses) werden, steht der Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechtes nicht entgegen, weil Paragraph eins, HVertrG auf die Rechtsnatur des vermittelten Geschäftes und nicht auf dessen sachenrechtlichen Erfolg abstellt. Einer weiteren Prüfung der Frage, ob die liefernden und zu montierenden Stiegen nach der Erfüllung des Rechtsgeschäftes zu unselbständigen oder selbständigen Bestandteilen des Hauses werden, bedarf es nicht. In diesem Punkt erweisen sich beide Rekurse im Ergebnis als berechtigt.

3.) Zur Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG):

Der personelle Geltungsbereich des DHG schließt arbeitnehmerähnliche Dienstleistungen ein. Auch Handelsvertreter können in wirtschaftlicher Abhängigkeit arbeitnehmerähnlich tätig sein (ArbSlg 10.025; Kerschner DHG Rz 12 zu § 1). Das Abgrenzungskriterium der fremdbestimmten Arbeit wird schon durch die Begriffsdefinition des § 1 HVertrG nahegelegt (Jabornegg HVG, 55). Für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, also die Abhängigkeit von einem oder mehreren Unternehmern, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmern, entscheidend (RIS-Justiz RS0086121). Arbeitnehmerähnliche Personen sind rechtlich selbständig, wirtschaftlich aber unselbständig und stehen deshalb einem Arbeitnehmer näher als einem Unternehmer (SZ 60/63 mwN). Die Arbeitnehmerähnlichkeit ist vor allem bei einer gewissen Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung gegeben, sofern die betreffende Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf diese Entlohnung angewiesen ist und ihre Arbeit nicht in einem selbständigen eigenen Betrieb, sondern in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke eines anderen leistet. Wesentlich ist dabei die Fremdbestimmung der Arbeit, welche dann anzunehmen ist, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit dem Unternehmer zukommt. Die für und gegen die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses entsprechenden Umstände sind nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (SZ 72/142 mwN). Auch bei einem Handelsvertreter ist das entscheidende Kriterium, ob er für einen einzigen Auftraggeber und in wirtschaftlicher Abhängigkeit von diesem tätig ist (7 Ob 26/90 = RdW 1991, 174). Das Berufungsgericht hat im Einklang mit diesen in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen die Arbeitnehmerähnlichkeit der Tätigkeit des Beklagten bejaht. Der Kläger vermag dagegen keine triftigen Argumente vorzutragen. Die Bestimmungen des DHG sind anzuwenden. Der personelle Geltungsbereich des DHG schließt arbeitnehmerähnliche Dienstleistungen ein. Auch Handelsvertreter können in wirtschaftlicher Abhängigkeit arbeitnehmerähnlich tätig sein (ArbSlg 10.025; Kerschner DHG Rz 12 zu Paragraph eins.). Das Abgrenzungskriterium der fremdbestimmten Arbeit wird schon durch die Begriffsdefinition des Paragraph eins, HVertrG nahegelegt (Jabornegg HVG, 55). Für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, also die Abhängigkeit von einem oder

mehreren Unternehmern, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmern, entscheidend (RIS-Justiz RS0086121). Arbeitnehmerähnliche Personen sind rechtlich selbständig, wirtschaftlich aber unselbständig und stehen deshalb einem Arbeitnehmer näher als einem Unternehmer (SZ 60/63 mwN). Die Arbeitnehmerähnlichkeit ist vor allem bei einer gewissen Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung gegeben, sofern die betreffende Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf diese Entlohnung angewiesen ist und ihre Arbeit nicht in einem selbständigen eigenen Betrieb, sondern in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke eines anderen leistet. Wesentlich ist dabei die Fremdbestimmung der Arbeit, welche dann anzunehmen ist, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit dem Unternehmer zukommt. Die für und gegen die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses entsprechenden Umstände sind nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (SZ 72/142 mwN). Auch bei einem Handelsvertreter ist das entscheidende Kriterium, ob er für einen einzigen Auftraggeber und in wirtschaftlicher Abhängigkeit von diesem tätig ist (7 Ob 26/90 = RdW 1991, 174). Das Berufungsgericht hat im Einklang mit diesen in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen die Arbeitnehmerähnlichkeit der Tätigkeit des Beklagten bejaht. Der Kläger vermag dagegen keine triftigen Argumente vorzutragen. Die Bestimmungen des DHG sind anzuwenden.

4.) Zu den vom Berufungsgericht verneinten Schadenersatzansprüchen des Klägers:

a) Was das Verschulden des Beklagten betrifft, ist der weiteren rechtlichen Beurteilung ein leicht fahrlässiges Verhalten bei den festgestellten Messfehlern zugrunde zu legen. Der Beklagte beruft sich nicht auf entschuld bare Fehlleistungen im Sinne des § 2 Abs 3 DHG. Der Kläger macht wohl erkennbar grobe Fahrlässigkeit des Beklagten geltend, führt dazu aber nur die "qualifizierte Ausbildung" des Beklagten und seinen "10 %-igen Provisionsanspruch" ins Treffen. Damit kommt der Kläger nicht einmal im Rekursverfahren seiner Behauptungs- und Beweislast nach. Für ein grobes Verschulden des Dienstnehmers ist der Arbeitgeber beweispflichtig (9 ObA 290/90; Zur Nichtanwendung der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB bei der Frage der groben Fahrlässigkeit vgl die von Kerschner aaO Rz 24 zu § 2 zitierte Judikatur). Mangels Vortrages und Feststellung eines ausreichenden Sachverhaltes über eine auffallende Sorglosigkeit des Beklagten ist nur von einem minderen Grad des Versehens, das der leichten Fahrlässigkeit im allgemeinen Schadenersatzrecht entspricht (RIS-Justiz RS0054783) auszugehen.a) Was das Verschulden des Beklagten betrifft, ist der weiteren rechtlichen Beurteilung ein leicht fahrlässiges Verhalten bei den festgestellten Messfehlern zugrunde zu legen. Der Beklagte beruft sich nicht auf entschuld bare Fehlleistungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 3, DHG. Der Kläger macht wohl erkennbar grobe Fahrlässigkeit des Beklagten geltend, führt dazu aber nur die "qualifizierte Ausbildung" des Beklagten und seinen "10 %-igen Provisionsanspruch" ins Treffen. Damit kommt der Kläger nicht einmal im Rekursverfahren seiner Behauptungs- und Beweislast nach. Für ein grobes Verschulden des Dienstnehmers ist der Arbeitgeber beweispflichtig (9 ObA 290/90; Zur Nichtanwendung der Beweislastumkehr des Paragraph 1298, ABGB bei der Frage der groben Fahrlässigkeit vergleiche die von Kerschner aaO Rz 24 zu Paragraph 2, zitierte Judikatur). Mangels Vortrages und Feststellung eines ausreichenden Sachverhaltes über eine auffallende Sorglosigkeit des Beklagten ist nur von einem minderen Grad des Versehens, das der leichten Fahrlässigkeit im allgemeinen Schadenersatzrecht entspricht (RIS-Justiz RS0054783) auszugehen.

b) Zum Problem, ob ein Eigenschaden des Klägers als Dienstgeber (§ 2 DHG) oder ein vom Dienstgeber ersetzter Drittschaden zu beurteilen ist:b) Zum Problem, ob ein Eigenschaden des Klägers als Dienstgeber (Paragraph 2, DHG) oder ein vom Dienstgeber ersetzter Drittschaden zu beurteilen ist:

Das Berufungsgericht geht von einem vom Kläger ersetzten Drittschaden aus und verneint im Einklang mit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung eine Ersatzpflicht des Beklagten mangels der im § 4 Abs 2 DHG genannten Voraussetzungen des Einverständnisses des Dienstnehmers bzw. der Zahlung auf Grund eines rechtskräftigen Leistungsurteils (RIS-Justiz RS0035598; RS0054917; RS0054875). Der Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers, der ohne Einverständnis mit dem Dienstnehmer dem Dritten Ersatz geleistet hat, wird ausgeschlossen (8 ObA 95/00d mwN; Kerschner aaO Rz 26 zu § 4). Bei einem bloßen Eigenschaden des Dienstgebers entfällt naturgemäß die Anspruchsvoraussetzung des Einverständnisses des Dienstnehmers. Nun stellt schon jede Schadenersatzverpflichtung des Dienstgebers gegenüber Dritten auf Grund eines schuldhaften Verhaltens seines Gehilfen (des Dienstnehmers) auch einen Schaden des Dienstgebers selbst dar. Die Befriedigung des geschädigten Dritten durch den Dienstgeber nach Schadenersatzrecht unterliegt jedenfalls § 4 DHG. Für Ersatzleistungen nach Gewährleistungsrecht oder für Erfüllungshandlungen vor der Annahme des gelieferten Gutes gilt dies aber nicht, wie der Oberste Gerichtshof schon in der Entscheidung 4 Ob 121/82 (= DRdA 1985, 307 mit Anm Ch. Huber) ausgesprochen hat. Auch dieser Entscheidung

lag ein auf Grund von Maßfehlern mangelhaftes Werk zugrunde. Zu liefern waren nach den Wünschen des Bestellers zu produzierende Fenster. Der Oberste Gerichtshof beurteilte den frustrierten Aufwand des Dienstgebers für die vom Besteller nicht angenommenen Fenster als Eigenschaden des Dienstgebers und führte aus, dass in der Sphäre des Bestellers ein Schaden noch überhaupt nicht eingetreten ist, wenn der Unternehmer verbessern oder die Leistung durch Neuherstellung erbringen kann. Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche des Dritten führten zu einer Schadenszuordnung in die Sphäre des Unternehmers, also des Dienstgebers. Sein Anspruch gegen den Dienstnehmer betreffe einen Schaden des Dienstgebers selbst und nicht denjenigen eines Dritten, dessen Ersatz nur nach § 4 DHG regressiert werden könne. Das Berufungsgericht geht von einem vom Kläger ersetzten Drittschaden aus und verneint im Einklang mit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung eine Ersatzpflicht des Beklagten mangels der im Paragraph 4, Absatz 2, DHG genannten Voraussetzungen des Einverständnisses des Dienstnehmers bzw. der Zahlung auf Grund eines rechtskräftigen Leistungsurteiles (RIS-Justiz RS0035598; RS0054917; RS0054875). Der Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers, der ohne Einverständnis mit dem Dienstnehmer dem Dritten Ersatz geleistet hat, wird ausgeschlossen (8 ObA 95/00d mwN; Kerschner aaO Rz 26 zu Paragraph 4,). Bei einem bloßen Eigenschaden des Dienstgebers entfällt naturgemäß die Anspruchsvoraussetzung des Einverständnisses des Dienstnehmers. Nun stellt schon jede Schadenersatzverpflichtung des Dienstgebers gegenüber Dritten auf Grund eines schuldhaften Verhaltens seines Gehilfen (des Dienstnehmers) auch einen Schaden des Dienstgebers selbst dar. Die Befriedigung des geschädigten Dritten durch den Dienstgeber nach Schadenersatzrecht unterliegt jedenfalls Paragraph 4, DHG. Für Ersatzleistungen nach Gewährleistungsrecht oder für Erfüllungshandlungen vor der Annahme des gelieferten Gutes gilt dies aber nicht, wie der Oberste Gerichtshof schon in der Entscheidung 4 Ob 121/82 (= DRdA 1985, 307 mit Anmerkung Ch. Huber) ausgesprochen hat. Auch dieser Entscheidung lag ein auf Grund von Maßfehlern mangelhaftes Werk zugrunde. Zu liefern waren nach den Wünschen des Bestellers zu produzierende Fenster. Der Oberste Gerichtshof beurteilte den frustrierten Aufwand des Dienstgebers für die vom Besteller nicht angenommenen Fenster als Eigenschaden des Dienstgebers und führte aus, dass in der Sphäre des Bestellers ein Schaden noch überhaupt nicht eingetreten ist, wenn der Unternehmer verbessern oder die Leistung durch Neuherstellung erbringen kann. Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche des Dritten führten zu einer Schadenszuordnung in die Sphäre des Unternehmers, also des Dienstgebers. Sein Anspruch gegen den Dienstnehmer betreffe einen Schaden des Dienstgebers selbst und nicht denjenigen eines Dritten, dessen Ersatz nur nach Paragraph 4, DHG regressiert werden könne.

Diesen auf die Entscheidung SZ 46/19 aufbauenden Rechtsansichten ist zu folgen, auch wenn nunmehr der Oberste Gerichtshof eine volle Konkurrenz von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen annimmt (SZ 63/37). Das hier anzuwendende DHG (BGBl 1965/80 idF BGBl 1983/169) stammt aus einer Zeit, in der es noch herrschende Auffassung war, dass der Schaden an einer auf Grund eines Werkvertrages, Werklieferungsvertrages oder Kaufvertrages gelieferten Sache (Mangel an der Sache selbst) nur nach Gewährleistungsrecht geltend gemacht werden kann (Koziol/Welser II12 85). Davon wurde mit der zitierten Entscheidung SZ 63/37 abgegangen. Der Übernehmer hat seither die Wahl, Gewährleistung oder Schadenersatz zu verlangen. Dieses Wahlrecht hat der Gesetzgeber mit dem am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2001/48, im neu geschaffenen § 933a ABGB nunmehr ausdrücklich normiert. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber des DHG noch nicht von einer Konkurrenz von Gewährleistungsrecht und Schadenersatzrecht ausging, dass also unter den vom Dienstgeber ersetzten Drittschäden (§ 4 DHG) nicht auch vom Dienstgeber erbrachte Erfüllungsleistungen (vor Annahme des Werkes) oder erfüllte Gewährleistungsansprüche zu verstehen sind, weil neben diesen gleichzeitig bestehende Schadenersatzansprüche noch nicht anerkannt waren. Daraus folgt für den hier zu entscheidenden Fall, dass jedenfalls dann, wenn der klagende Dienstgeber einen Sachverhalt über von ihm befriedigte Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche vorbringt, von einem Eigenschaden des Dienstgebers (§ 2 DHG) auszugehen ist und es Sache des Beklagten wäre, zu behaupten und nachzuweisen, dass die Kunden vom Dienstgeber Schadenersatz verlangten und aus diesem Titel die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Leistungen erfolgte. Zumindest prima facie und im Zweifel ist davon auszugehen, dass sich ein Übernehmer einer mangelhaften Werklieferung zumindest vor Ablauf der Gewährleistungsfrist auf das verschuldensunabhängige Gewährleistungsrecht beruft bzw. vor Annahme des Werkes Erfüllung und nicht Schadenersatz verlangt. Auch Kerschner (aaO Rz 7 zu § 4) geht von bloßen Eigenschäden des Dienstgebers aus, wenn dieser Erfüllungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche des Dritten befriedigt und nimmt nur dann einen § 4 DHG zu unterstellenden Drittschadenersatz an, wenn der Ersatz vom Dritten nach Ablauf der Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsfrist nach Schadenersatzrecht begehrt wurde. Dieser Ansicht ist in Fortschreibung der Judikatur (4 Ob 121/82) zu folgen. Die Schadenersatzansprüche des Klägers sind dessen

Eigenschäden, deren Ersatz er ohne die Voraussetzung des § 4 Abs 2 DHG vom Beklagten verlangen kann. Schon nach allgemeinen Beweislastregeln hätte daher der Beklagte, der sich auf die Bestimmungen des DHG beruft, das Vorliegen eines Drittschadens zu behaupten und zu beweisen gehabt. Nach den getroffenen Feststellungen sind die Ersatzansprüche des Klägers daher zu bejahen, sofern sie nicht verfristet sein sollten: Diesen auf die Entscheidung SZ 46/19 aufbauenden Rechtsansichten ist zu folgen, auch wenn nunmehr der Oberste Gerichtshof eine volle Konkurrenz von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen annimmt (SZ 63/37). Das hier anzuwendende DHG (BGBl 1965/80 in der Fassung BGBl 1983/169) stammt aus einer Zeit, in der es noch herrschende Auffassung war, dass der Schaden an einer auf Grund eines Werkvertrages, Werklieferungsvertrages oder Kaufvertrages gelieferten Sache (Mangel an der Sache selbst) nur nach Gewährleistungsrecht geltend gemacht werden kann (Koziol/Welser II12 85). Davon wurde mit der zitierten Entscheidung SZ 63/37 abgegangen. Der Übernehmer hat seither die Wahl, Gewährleistung oder Schadenersatz zu verlangen. Dieses Wahlrecht hat der Gesetzgeber mit dem am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, BGBl römisch eins 2001/48, im neu geschaffenen Paragraph 933 a, ABGB nunmehr ausdrücklich normiert. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber des DHG noch nicht von einer Konkurrenz von Gewährleistungsrecht und Schadenersatzrecht ausging, dass also unter den vom Dienstgeber ersetzten Drittschäden (Paragraph 4, DHG) nicht auch vom Dienstgeber erbrachte Erfüllungsleistungen (vor Annahme des Werkes) oder erfüllte Gewährleistungsansprüche zu verstehen sind, weil neben diesen gleichzeitig bestehende Schadenersatzansprüche noch nicht anerkannt waren. Daraus folgt für den hier zu entscheidenden Fall, dass jedenfalls dann, wenn der klagende Dienstgeber einen Sachverhalt über von ihm befriedigte Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche vorbringt, von einem Eigenschaden des Dienstgebers (Paragraph 2, DHG) auszugehen ist und es Sache des Beklagten wäre, zu behaupten und nachzuweisen, dass die Kunden vom Dienstgeber Schadenersatz verlangten und aus diesem Titel die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Leistungen erfolgte. Zumindest prima facie und im Zweifel ist davon auszugehen, dass sich ein Übernehmer einer mangelhaften Werklieferung zumindest vor Ablauf der Gewährleistungsfrist auf das verschuldensunabhängige Gewährleistungsrecht beruft bzw. vor Annahme des Werkes Erfüllung und nicht Schadenersatz verlangt. Auch Kerschner (aaO Rz 7 zu Paragraph 4,) geht von bloßen Eigenschäden des Dienstgebers aus, wenn dieser Erfüllungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche des Dritten befriedigt und nimmt nur dann einen Paragraph 4, DHG zu unterstellenden Drittschadenersatz an, wenn der Ersatz vom Dritten nach Ablauf der Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsfrist nach Schadenersatzrecht begehrt wurde. Dieser Ansicht ist in Fortschreibung der Judikatur (4 Ob 121/82) zu folgen. Die Schadenersatzansprüche des Klägers sind dessen Eigenschäden, deren Ersatz er ohne die Voraussetzung des Paragraph 4, Absatz 2, DHG vom Beklagten verlangen kann. Schon nach allgemeinen Beweislastregeln hätte daher der Beklagte, der sich auf die Bestimmungen des DHG beruft, das Vorliegen eines Drittschadens zu behaupten und zu beweisen gehabt. Nach den getroffenen Feststellungen sind die Ersatzansprüche des Klägers daher zu bejahen, sofern sie nicht verfristet sein sollten:

c) § 6 DHG normiert ein Erlöschen von Schadenersatzansprüchen, auch derjenigen bei Eigenschäden nach § 2 Abs 1 DHG, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden können, gerichtlich geltend gemacht wurden. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung führt der Ablauf dieser Präklusivfrist zu einem vollständigen Erlöschen des Anspruches (Kerschner aaO Rz 3 zu § 6). Dies ist von Amts wegen wahrzunehmen. Für den Fristbeginn ist nach ständiger Rechtsprechung in Analogie zu § 1489 ABGB die Kenntnis des Schadens und des Schädigers maßgeblich (dazu die bei Kerschner aaO Rz 5 zu § 6 zitierte Judikatur). In diesem Punkt ist das Verfahren noch ergänzungsbedürftig. Im zweiten Rechtsgang wird die Frage der Verfristung der Schadene

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at