

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Gillinger und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** R*****, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die beklagte Partei H***** M*****, vertreten durch die Tögl & Maitz, Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen 23.233,36 EUR brutto sA (Rekursinteresse: 22.465,50 EUR brutto sA), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Februar 2011, GZ 6 Ra 8/10h-46, mit dem über die Berufungen beider Parteien das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 6. September 2010, GZ 33 Cga 29/09d-39, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Der Beklagte betreibt über ein Franchisesystem ein Remax Immobilienbüro. Die Klägerin war seit Februar 2006 beim Beklagten als Praktikantin und vom 1. 9. 2006 bis 31. 5. 2008 als angestellte Immobilienmaklerin beschäftigt. In der Zeit vom 1. 9. 2006 bis 31. 5. 2008 erwirtschaftete sie eine Gesamtprovision von 58.118,96 EUR brutto, wovon sie 34.885,60 EUR brutto vom Kläger ausbezahlt erhielt. Die Differenz von 23.233,36 EUR brutto stellt - nach mehreren Klagsänderungen - das zuletzt erhobene Klagebegehren dar.

Die **Klägerin** brachte vor, dass Provisionszahlungen in Höhe von 48 % vom Nettoerfolgshonorar vereinbart gewesen seien, wovon der Beklagte zu Unrecht Büro-, Werbe- und Lohnnebenkosten abgezogen und der Klägerin dadurch zu geringe Provisionen ausbezahlt habe.

Der **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage. Er stellte die Klagsforderung von 23.233,36 EUR brutto sA der Höhe nach außer Streit (ON 37 AS 219), wies aber auf die Berechtigung der Abzüge hin (AS 220), weil vereinbart gewesen sei, dass von der Provision alle Kosten, die die Klägerin verursache, abgezogen würden, wozu Werbe- und Ausbildungskosten, Annoncen, Telefonkosten, Reisespesen etc einschließlich ihrer Lohn- und Lohnnebenkosten und eine Bürokostenpauschale von 35 EUR gehörten. Aufrechnungsweise werde auch eine

Gegenforderung von 78.000 EUR aus dem Geschäftsfall M***** geltend gemacht, weil die Klägerin einen entsprechenden Provisionsanspruch des Beklagten verhindert habe. Weiters werde eine Gegenforderung von 23.749,46 EUR aus dem Geschäftsfall H***** eingewandt, in dem der Beklagte mit Urteil des Bezirksgerichts Voitsberg vom 21. 5. 2010, 5 C 951/08i, schuldig erkannt worden sei, den dortigen Klägern 5.520 EUR zu bezahlen und 7.813,40 EUR Prozesskosten zu ersetzen; sein Rechtsvertreter habe ihm 10.416,06 EUR an Kosten vorgeschrieben, die er noch nicht bezahlt habe. Die Klägerin habe den Klägern jenes Verfahrens ein Haus vermittelt und dabei gegen § 3 Abs 4 MaklerG verstoßen, weshalb diese vom Beklagten Schadenersatz gefordert haben. Der Klägerin sei der Streit verkündet worden, sie sei jedoch nicht als Nebenintervenientin beigetreten, sodass der Regressforderung aufgrund der Bindungswirkung der Sachverhalt jenes Verfahrens zugrunde zu legen sei.

Die **Klägerin** bestritt die Berechtigung der Gegenforderungen, wandte unter anderem ein, dass der Beklagte für Schäden wie jene aus dem Geschäftsfall H***** über eine Haftpflicht- und eine Rechtsschutzversicherung verfüge (ON 35 AS 200f) und verwies auf das richterliche Mäßigungsrecht.

Das **Erstgericht** sprach aus, dass die Klagsforderung mit 22.465,50 EUR brutto, die Gegenforderung mit 3.300 EUR brutto zu Recht bestehe, der Beklagte schuldig sei, der Klägerin 19.165,50 EUR brutto sA zu zahlen und das Mehrbegehren über 4.067,86 EUR brutto sA abgewiesen werde.

Dabei ging es davon aus, dass von der Klagsforderung vereinbarungsgemäß die „persönlichen“

Werbungskosten der Klägerin (persönliche Inserate) in Höhe von brutto 767,86 EUR abzuziehen seien, eine Vereinbarung für darüber hinausgehende Abzüge jedoch nicht feststellbar sei und die Kosten der Einschulung der Klägerin auf das Remax-System nicht ersatzfähig seien. Hinsichtlich der Gegenforderung von 78.000 EUR (Geschäftsfall M*****) sei kein rechtswidriges schuldhaftes Verhalten der Klägerin festzustellen gewesen, diese Gegenforderung daher nicht zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Gegenforderung aus dem Verfahren 5 C 951/08i des Bezirksgerichts Voitsberg (Geschäftsfall H*****) stellte es fest, dass nach den in jenem Verfahren getroffenen Feststellungen zwischen den dortigen Klägern und der Immobilien M***** OEG (Rechtsvorgängerin des Beklagten) ein Maklervertrag zustande gekommen sei, aus dem die für die Immobilien M***** OEG tätige Klägerin Pflichtverletzungen zu verantworten habe. In jenem Verfahren sei der Klägerin der Streit verkündet worden, dem sie jedoch nicht beigetreten sei. Der Beklagte habe bislang den Schaden von 5.520 EUR und die gegnerischen Verfahrenskosten von 7.813,40 EUR, zusammen daher 13.333,40 EUR ersetzt, die Kosten seines eigenen Vertreters seien noch offen. Er sei zur Erhebung der Ansprüche von 13.333,40 EUR legitimiert. Für die Aufrechnung sei unbedeutend, ob er allenfalls einen Rückersatzanspruch gegen eine Haftpflicht- oder eine Rechtsschutzversicherung habe. Unter Berücksichtigung der zur Pflichtverletzung führenden Umstände und der finanziellen Situation der Klägerin sei der Schadensbetrag auf ein Viertel, somit auf 3.300 EUR zu mäßigen. Die Gegenforderung bestehe mit diesem Betrag zu Recht.

Gegen diese Entscheidung erhoben beide Streitteile **Berufung**. Die Klägerin strebte ua eine Mäßigung

des Schadensbetrags auf Null an. Der Beklagte erklärte - soweit für den Rekurs von Relevanz -, das Urteil in den Punkten 2. und 3. und hinsichtlich des Kostenauspruchs zu bekämpfen, „nicht bekämpft wird der Ausspruch, dass die Klagsforderung 22.495,50 EUR brutto beträgt und die Teilabweisung von 4.067,86 EUR sA“. Seinen Berufungsantrag richtete er darauf, dass ausgesprochen werde, „dass die Gegenforderung die immer unbestrittene Klagsforderung übersteigt“ und daher das gesamte Klagebegehren kostenpflichtig abgewiesen werde (ON 40 AS 283). Ungeachtet dessen beehrte er auch eine Abänderung des festgestellten Sachverhalts dahin, dass die auf alle arbeitenden Makler aufzuteilenden allgemeinen Werbungskosten sowie die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung als abzugsfähige Werbungskosten zu berücksichtigen seien, sodass die berechtigten Abzüge insgesamt mehr als 19.165,50 EUR brutto umfassten (vgl. ON 40 AS 261, 267). Angesichts des Einkommens der Klägerin sei der Schadensbetrag auf mindestens 10.000 EUR zu mäßigen.

Das **Berufungsgericht** gab den Berufungen beider Streitteile Folge und hob das angefochtene Urteil zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung auf. Zur Berufung des Beklagten in Ansehung der Klagsforderung führte es zusammengefasst aus, dass sein Berufungsantrag nach den im Einzelnen dargelegten Grundregeln zur gerichtlichen und außergerichtlichen Aufrechnung nur so zu verstehen sei, dass er den Schuldtilgungseinwand, soweit er vom Erstgericht als nicht berechtigt erachtet worden sei, nicht weiter aufrecht erhalte und die vom Erstgericht mit 22.465,50 EUR als zu Recht bestehend erkannte Klagsforderung nur mit seinen prozessual aufrechnungsweise

eingewandten Gegenforderungen vernichten wolle; diese hätten aber nie die „Werbungskosten“ beinhaltet, mit denen der Beklagte vorprozessual gegen den Provisionsanspruch der Klägerin aufgerechnet habe. Im Hinblick darauf sei auf die Ausführungen zur Klagsforderung nicht weiter einzugehen. Die „persönlichen Werbungskosten“ der Klägerin von 767,86 EUR seien vom Erstgericht richtig durch Abzug von der Klagsforderung berücksichtigt worden.

Zur von beiden Streitparteien bekämpften Mäßigung der Gegenforderung führte es aus, vor einer Minderung der Ersatzpflicht sei festzustellen, ob den Arbeitgeber unmittelbar oder durch Zurechnung eines Gehilfenverhaltens, einen anderen Arbeitnehmer oder einen Dritten ein Mitverschulden treffe oder ob eine dieser Personen ihre Pflicht zur Schadensminderung verletzt habe. Erst dann erfolge die Festsetzung des Ersatzbetrags unter Berücksichtigung der in § 2 Abs 2 DHG genannten Kriterien. Auch der Nichtabschluss einer gebotenen, dem Dienstgeber zumutbaren Versicherung könne ein Mitverschulden begründen (*Kerschner* DHG² § 2 Rz 20 mwN). Umso mehr müsse man bei Vorhandensein von Versicherungen, die für derartige Schäden wie aus dem Geschäftsfall H***** zahlungspflichtig seien und die von der Klägerin über die von ihren verdienten Provisionen vom Beklagten abgezogenen Anteile auch mitfinanziert worden sein müssten, in dem damit allgemeine Bürokosten des Beklagten anteilig abgedeckt würden, in Entsprechung der Schadensminderungspflicht verlangen, dass der Beklagte sie in Anspruch nehme und dann nur jenen Betrag von der Klägerin im Regressweg einfordere, der durch die Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherungen allenfalls nicht gedeckt sei. Auf diesen von der Klägerin zu tragenden Teil sei § 2 Abs 2 DHG anzuwenden. Auch aufgrund der

Fürsorgepflicht des Dienstgebers seinen Dienstnehmern gegenüber sei er dazu angehalten. Zur Frage der Haftpflicht- oder Rechtsschutzversicherung, insbesondere zum genauen Ausmaß der Leistungspflicht der genannten Versicherungen, habe das Erstgericht keine Feststellungen getroffen. Soweit diese Versicherungen Zahlungen erbringen, trete im Vermögen des Beklagten nicht nur kein Schaden ein, sondern sei er auch nicht (mehr) zur Geltendmachung dieser Beträge gegenüber der Klägerin legitimiert. Die Versicherungen selbst könnten gegen die Klägerin, sofern es die Bedingungen zuließen, Regress ausüben. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil zur Frage der Relevanz von Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherungen für den vom Dienstnehmer dem Dienstgeber zu leistenden Schadenersatz von der Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0054700) und insbesondere der eigenen Vorentscheidung abgewichen werde. Die Nichtberücksichtigung der vom Beklagten für Schäden wie für den Geschäftsfall H***** abgeschlossenen und von der Klägerin mitfinanzierten Versicherungen würde auch zu einer Bereicherung des Beklagten führen, wenn er Schadenersatz von der Klägerin auf Basis der gesamten Schadenshöhe erhalte und zusätzlich die Versicherungsleistungen lukrieren könnte.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der **Rekurs** des Beklagten aus den Rekursgründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens.

Die Klägerin beantragt, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Der Rekurs ist **zulässig**, jedoch nicht **berechtigt**.

1.1. Ein Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens liegt nicht vor: Der Beklagte vermisst

eine Auseinandersetzung des Berufungsgerichts mit seinen Ausführungen zu den von der Klägerin vereinbarungsgemäß zu tragenden Kosten („Abzüge“). Dazu hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die persönlichen Werbekosten der Klägerin richtig von ihrer Klagsforderung abgezogen wurden, der Ausspruch über die Klagsforderung ausdrücklich nicht bekämpft wurde und auch der Berufungsantrag des Beklagten nur auf den Ausspruch gerichtet war, dass „die Gegenforderung die immer unbestrittene Klagsforderung übersteigt“, wobei im erstinstanzlichen Verfahren als Gegenforderungen stets nur jene aus den Geschäftsfällen M***** und H***** aufrechnungsweise eingewandt wurden.

1.2. Die bereits in der Berufung geltend gemachte Mängelrüge bezüglich der vom Beklagten begehrten Einholung eines Buchsachverständigen wurde bereits vom Berufungsgericht als unberechtigt erkannt, kann daher vor dem Obersten Gerichtshof nicht nochmals aufgegriffen werden (RIS-Justiz RS0042963).

2. Zu Unrecht bekämpft der Rekurswerber auch die Ansicht des Berufungsgerichts, dass bei Schadenersatzansprüchen des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer eine Haftpflicht- oder Rechtsschutzversicherung zu berücksichtigen ist.

2.1. In der Literatur bestehen unterschiedliche Ansichten dazu, ob der Nichtabschluss einer dem Dienstgeber zumutbaren Versicherung dessen Mitverschulden begründet (*Kerschner*, DHG² § 2 Rz 20), als weiterer Mäßigungsgrund zu berücksichtigen sei (*Oberhofer* in *Schwimann*, DHG³ § 2 Rz 37 f) oder ob es überhaupt dem Dienstgeber überlassen sei, in welcher Form er den Dienstnehmer von der Tragung

besonderer, betriebsspezifischer Gefahren freistelle (*Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1157 Rz 43).

Im vorliegenden Fall ist diese Frage aber gar nicht relevant, weil der Beklagte das Bestehen einer Haftpflicht- und einer Rechtsschutzversicherung nicht substantiiert bestritten hat (s auch seine Aussage vom 20. 8. 2010, ON 35 AS 198, wonach „es eine Haftpflichtversicherung gibt, die einen Teil der Summe übernehmen wird. ... Es besteht eine Rechtsschutzversicherung. ... Eine teilweise Kostentragung wurde mir zugesagt.“). Damit kann lediglich fraglich sein, ob er als Dienstgeber im Interesse der Klägerin verpflichtet ist, seinen Schaden vorrangig aus den Versicherungen zu decken.

2.2. In der Rechtsprechung wurde ausgesprochen, dass das Bestehen einer Versicherung nicht dafür maßgebend sein kann, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Schadenersatzanspruch gegen den Dienstnehmer besteht (RIS-Justiz RS0054700). Darauf wurde - allerdings ohne nähere Erörterung - zuletzt in der Entscheidung 8 ObA 31/06a hingewiesen.

Es entspricht auch der Rechtsprechung, dass es ganz allgemein keine Verletzung der Schadensminderungspflicht darstellt, wenn der Geschädigte nicht seine Kaskoversicherung in Anspruch nimmt, sondern sich unmittelbar an den Schädiger wendet (RIS-Justiz RS0030334).

Dieser Grundsatz wurde allerdings in der Entscheidung 9 ObA 90/07m in Bezug auf Arbeitsverhältnisse eingeschränkt und dazu ausgeführt, diesem Gedanken liege zugrunde, dass außer der Verpflichtung zum Schadenersatz kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem besteht. Die Einordnung der Arbeitskraft und

damit der Person des Arbeitnehmers in den Einflussbereich des Arbeitgebers ziehe aber dessen Fürsorgepflicht nach sich, die auch die Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers umfasst (RIS-Justiz RS0021267; *Spending* in KBB³ § 1157 Rz 2). Im Rahmen seiner Fürsorgepflicht wäre der Kläger jenes Verfahrens daher auch gehalten gewesen, „durch Inanspruchnahme der Leistung aus der Kaskoversicherung den entstandenen Schaden zu mindern“. Aus der Entscheidung geht aber auch hervor, dass es einem Dienstgeber freisteht, eigene schutzwerte Interessen geltend zu machen, die im Rahmen einer Interessenabwägung diese Fürsorgepflicht überwiegen könnten (RIS-Justiz RS0054865).

2.3. Durch eine vorrangige Inanspruchnahme des Versicherers werden vermögensrechtliche Interessen des Dienstnehmers aber nur dann gewahrt, wenn dieser in der Folge keinem Regressanspruch des Versicherers ausgesetzt ist. Geht nämlich der Ersatzanspruch des geschädigten Dienstgebers durch die Leistung der Versicherung auf diese über, so steht letzterem nach § 67 Abs 1 VersVG ein Rückgriffsanspruch gegenüber dem schädigenden Dienstnehmer zu, der - da die Legalzession einen Mäßigungsanspruch des Dienstnehmers nicht zu beseitigen vermag - weiterhin den Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes unterliegt (14 Ob 200/86; s auch *Windisch-Graetz* in ZellKomm § 3 DHG Rz 5). Der Arbeitnehmer ist dadurch grundsätzlich zwar nicht schlechter aber auch nicht besser gestellt als bei Nichtabschluss einer (Kasko-)Versicherung (9 ObA 93/87).

Anders verhält es sich aber, wenn ein Regress durch den Versicherer nicht in Frage kommt, etwa wenn der Dienstnehmer mitversichert ist (vgl Abschnitt A Pkt. 3. EHVB 2005 sowie *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹, 517)

oder ein Regress des Versicherers vertraglich ausgeschlossen wurde, weil es in diesem Fall gerade zu keiner Ersatzpflicht des Dienstnehmers kommt.

2.4. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte, bedarf es daher noch der Feststellungen dazu, ob und in welchem Ausmaß der Beklagte Ansprüche gegen eine (Betriebshaftpflicht- und/oder Rechtsschutz-)Versicherung hat, durch die sich gegebenenfalls die finanzielle Belastung des Dienstnehmers auch unter Berücksichtigung eines allfälligen Regresses der Versicherung geringer darstellt. Wie aus 9 ObA 90/07m hervorgeht, ist der Beklagte in diesem Umfang gehalten, durch Inanspruchnahme der Versicherungsleistung(en) den Schaden zu mindern, sofern er keine diese Fürsorgepflicht überwiegenden Eigeninteressen geltend machen kann. Nur der allenfalls nicht gedeckte Teil kann gegenüber der Klägerin einen Ersatzanspruch begründen, der dann der Bestimmung des § 2 Abs 2 DHG unterliegt.

Nach all dem ist daher der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts zu bestätigen und dem Rekurs des Beklagten ein Erfolg zu versagen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Oktober 2011
Dr. R o h r e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: