

# TE OGH 1999/4/27 10b5/99p

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.04.1999

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Helmut Weber, Rechtsanwalt in Liezen, wider die beklagte Partei U\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Franz F. Podovsovnik, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 924.744,-- sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. Oktober 1998, GZ 5 R 131/98s-33, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 18. Mai 1998, GZ 11 Cg 246/96f-25, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts, das im Zuspruch von S 263.988,80 samt 8,5 % Zinsen aus S 190.188,80 vom 27. 9. 1996 bis 10. 9. 1997 und 8,5 % Zinsen aus S 263.988,80 seit 11. 9. 1997 an die klagende Partei als nicht in Beschwerde gezogen unberührt bleibt, wird im übrigen Umfang (S 660.755,20 sA) aufgehoben; die Rechtssache wird insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die beklagte Partei betreibt ein Personalvermittlungsunternehmen, das mit Wirkung vom 1. 12. 1992 einem Unternehmen für dessen Tochterunternehmen in der Slowakei einen Mitarbeiter vermittelte. Das Unternehmen beendete das Dienstverhältnis mit dem ihm vermittelten Mitarbeiter bereits am 4. 6. 1993, weil dieser einen Geldbetrag unterschlagen oder abzurechnen vergessen hatte. Im Dezember 1993 wurde dieser durch die beklagte Partei an die klagende Partei vermittelt, die für ein in Tschechien geführtes Tochterunternehmen einen Niederlassungsleiter gesucht hatte. Für diese Vermittlung zahlte die klagende Partei S 73.800. Am 11. 1. 1994 schloß die klagende Partei mit dem Vermittelten einen Dienstvertrag und bestellte ihn damit zum Niederlassungsleiter ihres Tochterunternehmens in Prag. Die beklagte Partei teilte der klagenden Partei den ihr bekannten Verdacht der Unterschlagung und die Umstände, die zur Auflösung des vorher erwähnten Dienstverhältnisses geführt hatten, nicht mit. Der neu bestellte Niederlassungsleiter nahm von Februar bis Anfang Oktober 1994 beim Tochterunternehmen der klagenden Partei Barabhebungen vor, die weder im Kassabuch aufschienen noch sonst verbucht wurden. Über die Verwendung der abgehobenen Beträge erbrachte er keinen Nachweis. Weiters führte der Niederlassungsleiter den für

den Verkauf eines LKWs erhaltenen Kaufpreis nicht an das Tochterunternehmen der klagenden Partei ab. Der hierdurch entstandene Fehlbetrag belief sich auf S 850.944,18. Die Unregelmäßigkeiten des Niederlassungsleiters kamen auf, als der Geschäftsführer der klagenden Partei zur Regelung von Zollangelegenheiten nach Prag kam. Am 7. 11. 1994 erfolgte die Entlassung. Der Niederlassungsleiter gestand unrechtmäßige Entnahmen in der Höhe von S 850.944 zu und verpflichtete sich zu deren Rückzahlung, die indes ausblieb. Er wurde wegen der Vorkommnisse strafgerichtlich verurteilt. Die klagende Partei wurde von ihrem Tochterunternehmen mit S 850.944 belastet.

Die klagende Partei begehrte von der beklagten Partei die Zahlung von S 924.744 (als Ersatz der unrechtmäßigen Entnahmen von S 850.944 und Rückzahlung des Vermittlungshonorars von S 73.800), weil ihr diese weder die einschlägigen Vorstrafen des Niederlassungsleiters noch dessen Entlassung durch das Unternehmen, bei dem dieser vorher beschäftigt war, mitgeteilt habe.

Die beklagte Partei wendete ein, die vermittelte Person habe dem von der klagenden Partei vorgezeichneten Anforderungsprofil eines Niederlassungsleiters voll entsprochen. Zur Überprüfung deren Vorlebens - im Hinblick auf strafrechtliche Verurteilungen - sei sie nicht verpflichtet gewesen. Außerdem sei nicht die klagende Partei, sondern deren Tochterunternehmen geschädigt worden. Von den Vorstrafen der vermittelten Person habe die beklagte Partei nichts gewußt, hievon habe sie erst später erfahren. Jedenfalls treffe die klagende Partei ein Mitverschulden, denn bei entsprechender Kontrolle wäre der Schaden mit S 75.000 begrenzt geblieben.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit S 325.472 sA statt und wies das Mehrbegehren im Betrag von S 599.272 sA ab. Der Niederlassungsleiter habe nur S 650.944 veruntreut, denn S 200.000 seien für das Tochterunternehmen der klagenden Partei verwendet worden. Der zuletzt genannte Betrag sei gemäß § 273 ZPO zu ermitteln gewesen. Vom verbleibenden Betrag von S 650.944 gebühre der klagenden Partei nur die Hälfte, weil ihr ein Mitverschulden von 50 % anzulasten sei. Bei entsprechender Kontrolle der Verwendung der vom Niederlassungsleiter abgehobenen Beträge hätte sie wesentlich früher auf dessen Unterschlagung stoßen müssen. Die klagende Partei habe ihrem Tochterunternehmen für den zur Verfügung gestellten Niederlassungsleiter gemäß § 1315 ABGB einzustehen. Das Vermittlungshonorar könne nicht zurückgefordert werden, weil die vermittelte Person im Sinne der Vermittlung als Niederlassungsleiter gearbeitet habe. Überdies sei trotz der Unterschlagung durch die Tätigkeit des Niederlassungsleiters ein Gewinn erzielt worden, weshalb das Vermittlungshonorar keinen rückforderbaren Schaden darstelle. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit S 325.472 sA statt und wies das Mehrbegehren im Betrag von S 599.272 sA ab. Der Niederlassungsleiter habe nur S 650.944 veruntreut, denn S 200.000 seien für das Tochterunternehmen der klagenden Partei verwendet worden. Der zuletzt genannte Betrag sei gemäß Paragraph 273, ZPO zu ermitteln gewesen. Vom verbleibenden Betrag von S 650.944 gebühre der klagenden Partei nur die Hälfte, weil ihr ein Mitverschulden von 50 % anzulasten sei. Bei entsprechender Kontrolle der Verwendung der vom Niederlassungsleiter abgehobenen Beträge hätte sie wesentlich früher auf dessen Unterschlagung stoßen müssen. Die klagende Partei habe ihrem Tochterunternehmen für den zur Verfügung gestellten Niederlassungsleiter gemäß Paragraph 1315, ABGB einzustehen. Das Vermittlungshonorar könne nicht zurückgefordert werden, weil die vermittelte Person im Sinne der Vermittlung als Niederlassungsleiter gearbeitet habe. Überdies sei trotz der Unterschlagung durch die Tätigkeit des Niederlassungsleiters ein Gewinn erzielt worden, weshalb das Vermittlungshonorar keinen rückforderbaren Schaden darstelle.

Das Gericht zweiter Instanz änderte die erstinstanzliche Entscheidung über Berufung beider Parteien dahin ab, daß es die beklagte Partei schuldig erkannte, S 924.744 samt 8,5 % Zinsen aus S 850.944 vom 27. 9. 1996 bis 10. 9. 1997 und 8,5 % Zinsen aus S 924.744 seit 11. 9. 1997 zu bezahlen; das Zinsenmehrbegehren wies es ab. Es sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die beklagte Partei habe in erster Instanz nie wirksam einen Mitverschuldenseinwand erhoben. Das zum Mitverschulden der klagenden Partei erstattete Berufungsvorbringen sei dem Neuerungsverbot unterworfen. Mit der Annahme, es seien vom Schadensbetrag S 200.000 abzuziehen, habe sich das Gericht erster Instanz über die Parteienanträge hinweggesetzt, habe doch die beklagte Partei eine Behauptung, daß der Schaden der klagenden Partei geringer sei, weil ein Teil der unterschlagenen Beträge der klagenden Partei oder deren Tochterunternehmen zugutegekommen sei, nie aufgestellt. Es läge demnach auch "kein Fall des § 273 Abs 1 ZPO" vor. Der vom Niederlassungsleiter verursachte Fehlbetrag habe somit S 850.944,18 betragen. Die Berechtigung zur Forderung von Schadenersatz ergebe sich schon daraus, daß die klagende Partei ihren Arbeitnehmer zulässigerweise an einen Dritten, nämlich ihr Tochterunternehmen, überlassen habe. Sie sei aber auch berechtigt, das Vermittlungshonorar im Betrag von S 73.800 zurückzufordern, weil ihr ein ungeeigneter Mitarbeiter zur Verfügung

gestellt worden sei. Das Gericht zweiter Instanz änderte die erstinstanzliche Entscheidung über Berufung beider Parteien dahin ab, daß es die beklagte Partei schuldig erkannte, S 924.744 samt 8,5 % Zinsen aus S 850.944 vom 27. 9. 1996 bis 10. 9. 1997 und 8,5 % Zinsen aus S 924.744 seit 11. 9. 1997 zu bezahlen; das Zinsenmehrbegehren wies es ab. Es sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die beklagte Partei habe in erster Instanz nie wirksam einen Mitverschuldenseinwand erhoben. Das zum Mitverschulden der klagenden Partei erstattete Berufungsvorbringen sei dem Neuerungsverbot unterworfen. Mit der Annahme, es seien vom Schadensbetrag S 200.000 abzuziehen, habe sich das Gericht erster Instanz über die Parteienanträge hinweggesetzt, habe doch die beklagte Partei eine Behauptung, daß der Schaden der klagenden Partei geringer sei, weil ein Teil der unterschlagenen Beträge der klagenden Partei oder deren Tochterunternehmen zugutegekommen sei, nie aufgestellt. Es läge demnach auch "kein Fall des Paragraph 273, Absatz eins, ZPO" vor. Der vom Niederlassungsleiter verursachte Fehlbetrag habe somit S 850.944,18 betragen. Die Berechtigung zur Forderung von Schadenersatz ergebe sich schon daraus, daß die klagende Partei ihren Arbeitnehmer zulässigerweise an einen Dritten, nämlich ihr Tochterunternehmen, überlassen habe. Sie sei aber auch berechtigt, das Vermittlungshonorar im Betrag von S 73.800 zurückzufordern, weil ihr ein ungeeigneter Mitarbeiter zur Verfügung gestellt worden sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der beklagten Partei ist zulässig und berechtigt.

Vorweg ist der Umfang der Anfechtung der berufungsgerichtlichen Entscheidung klarzustellen. Zu Recht weist die klagende Partei in ihrer Revisionsbeantwortung darauf hin, daß die Anfechtungserklärung und der Anfechtungsantrag nicht übereinstimmen und daß der Umfang der Anfechtung nicht ohne weiteres nachzuvollziehen ist. Die beklagte Partei beziffert das Revisionsinteresse mit S 670.752,20; demgemäß wäre ein Teilzuspruch von S 253.988,80 - so auch der Revisionsantrag - unbekämpft geblieben. Dem steht allerdings die Anfechtungserklärung in der Revision (S 4) entgegen, derzu folge ein Betrag von S 263.988,80 sA nicht in Beschwerde gezogen wird. Die im Anschluß an diese Erklärung erfolgte Auflistung der unangefochten bleibenden Teilbeträge ergibt in der Tat diesen Gesamtbetrag. Die beklagte Partei zieht nämlich ganz offensichtlich vorweg von der "vom Erstgericht festgestellten Gesamtschuld von S 650.944" den mit Rücksicht auf den Mitschuldeinwand zugestandenen Schadenersatzbetrag von S 75.000 ab, was rechnerisch S 575.944 ergibt. Ein Fünftel dieses zuletzt genannten Betrags beläuft sich auf S 115.188,80. Die beklagte Partei geht also offensichtlich davon aus, daß ihr ein Schaden von S 75.000 allein anzulasten sei, wogegen sie für den Restbetrag nur ein Fünftel Mitschulden treffe. Addiert man die in der Revision als unangefochten bezeichneten Teilbeträge, so ergibt sich damit der nicht mehr in Beschwerde gezogene Betrag von S 263.988,80 sA.

Die Rüge der beklagten Partei, sie habe entgegen der Ansicht des Gerichts zweiter Instanz einen Mitschuldeinwand ausreichend konkret erhoben, ist berechtigt: An das für die Annahme eines Mitverschuldens erforderliche Vorbringen darf kein so strenger Maßstab angelegt werden, daß dies zu einer Überspannung der Behauptungspflicht der Parteien führte (8 Ob 68/86). Es genügt, wenn sich dem Vorbringen des Schädigers mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen läßt, daß er ein Mitschulden des Geschädigten geltend macht (1 Ob 106/98i; 5 Ob 519/92; EvBl 1962/248 uva). Dies ist hier der Fall, weshalb sowohl die Parteien wie auch das Erstgericht den von der beklagten Partei erhobenen Mitschuldeinwand wie selbstverständlich unterstellt. Eine solche Einwendung ist auch in der Tat dem Protokoll vom 11. 9. 1997 (S 6 f) zu entnehmen, wobei sich aus den Formulierungen deutlich ergibt, daß die beklagte Partei das Mitverschulden der klagenden Partei in der Unterlassung der entsprechenden Kontrolle ihres Niederlassungsleiters erblickt, verweist doch die beklagte Partei ausdrücklich darauf, daß der Geschäftsführer der klagenden Partei die Pflicht zur Beaufsichtigung der von ihr vermittelten Person gehabt habe; die klagende Partei wendete auch ein, eine ständige Kontrolle des Niederlassungsleiters sei nicht möglich gewesen. Auch der vom Erstgericht gefaßte Beweisbeschuß zeigt deutlich auf, daß die Streitteile und das Gericht selbst den auch als solchen bezeichneten Mitschuldeinwand der beklagten Partei in dieser Richtung verstanden, wurde doch Beweis darüber zugelassen, ab wann "eine Steuerberatungsfirma" oder der Geschäftsführer der klagenden Partei selbst die Unregelmäßigkeiten (des Niederlassungsleiters) hätten erkennen können bzw müssen.

Das Berufungsgericht wird sich daher im fortgesetzten Verfahren mit der Tatsachenrüge der beklagten Partei befassen müssen. Aber auch das Vorbringen der beklagten Partei ist berechtigt, das Gericht zweiter Instanz habe ohne Beweiswiederholung die Feststellungen über die Schadenshöhe - und zwar über den Teilbetrag von S 200.000, der vom Erstgericht gemäß § 273 ZPO ermittelt wurde - nicht übernommen und die Beweislast hiefür fälschlicherweise ihr zugewiesen. Für die Höhe des ihr entstandenen Schadens ist zweifellos die klagende Partei beweispflichtig. Das

Erstgericht hat den Schaden in einem um S 200.000 unter dem von der klagenden Partei behaupteten Schadensbetrag liegenden Höhe festgestellt. Worin dabei ein Verstoß gegen § 405 ZPO liegen sollte, ist nicht erkennbar. Ob die Bestimmung des § 273 ZPO überhaupt hätte angewendet werden dürfen, ist eine andere - in der Berufung der klagenden Partei aufgeworfene - Frage, mit der sich das Gericht zweiter Instanz noch zu beschäftigen haben wird. Zu den darauf bezogenen Ausführungen in der Berufung des Klägers ist aber zu bemerken, daß die dort monierte Einvernahme des Niederlassungsleiters im Verfahren erster Instanz gar nicht beantragt wurde und der insoweit behauptete Verfahrensmangel schon deshalb nicht vorliegen kann. Das Berufungsgericht wird sich daher im fortgesetzten Verfahren mit der Tatsachenrüge der beklagten Partei befassen müssen. Aber auch das Vorbringen der beklagten Partei ist berechtigt, das Gericht zweiter Instanz habe ohne Beweiswiederholung die Feststellungen über die Schadenshöhe - und zwar über den Teilbetrag von S 200.000, der vom Erstgericht gemäß Paragraph 273, ZPO ermittelt wurde - nicht übernommen und die Beweislast hiefür fälschlicherweise ihr zugewiesen. Für die Höhe des ihr entstandenen Schadens ist zweifellos die klagende Partei beweispflichtig. Das Erstgericht hat den Schaden in einem um S 200.000 unter dem von der klagenden Partei behaupteten Schadensbetrag liegenden Höhe festgestellt. Worin dabei ein Verstoß gegen Paragraph 405, ZPO liegen sollte, ist nicht erkennbar. Ob die Bestimmung des Paragraph 273, ZPO überhaupt hätte angewendet werden dürfen, ist eine andere - in der Berufung der klagenden Partei aufgeworfene - Frage, mit der sich das Gericht zweiter Instanz noch zu beschäftigen haben wird. Zu den darauf bezogenen Ausführungen in der Berufung des Klägers ist aber zu bemerken, daß die dort monierte Einvernahme des Niederlassungsleiters im Verfahren erster Instanz gar nicht beantragt wurde und der insoweit behauptete Verfahrensmangel schon deshalb nicht vorliegen kann.

Diesen Erwägungen zufolge ist der Revision Folge zu geben, die Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz im Umfang der Anfechtung aufzuheben und diesem die Verfahrensergänzung und neuerliche Entscheidung aufzutragen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, ZPO.

#### **Anmerkung**

E53691 01A00059

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0010OB00005.99P.0427.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990427\_OGH0002\_0010OB00005\_99P0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)