

18.

§§ 2, 4, 6 DHG

1. Da der Gesetzgeber zwischen Schadenersatzansprüchen (§ 2 DHG) und Rückgriffsansprüchen (§ 4 DHG) des Dienstgebers unterscheidet und die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht dieselben sind (vgl §§ 2 Abs 2, 4 Abs 2 und 4 DHG), muß unterschieden werden, ob der Dienstgeber selbst den Schaden erlitt und daher von ihm gegen den Dienstnehmer ein Schadenersatzanspruch iS des § 2 DHG erhoben wird, oder ob einem Dritten ein vom Dienstnehmer zugefügter Schaden ersetzt wurde und diese Ersatzleistung durch einen Rückgriff im Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer iS des DHG ausgeglichen werden soll.

2. Mißlingt das Werk auf Grund von Fehlern bei der Herstellung, so daß es unbrauchbar oder jedenfalls minder brauchbar ist, so kann der Unternehmer nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht mehr damit

rechnen, daß der Besteller die fehlerhafte Ware (zum vollen Preis) abnehmen wird. Damit ist aber der Schaden noch in der Sphäre des Unternehmers eingetreten. Der Unternehmer hat einen frustrierten Aufwand gemacht.

3. Die Frage, in welcher Sphäre der Schaden eingetreten ist, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen.

4. Die sechsmonatige Frist des § 6 DHG ist eine Fallfrist, die ab Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers zu laufen beginnt.

Oberster Gerichtshof vom 14. September 1982, 4 Ob 121/82
KG Steyr vom 15. April 1982, 5 Cg 2/82
ArbG Steyr vom 1. Dezember 1981, Cr 123/82

Der Kläger (Kl) war v 15. 5. 1979 bis 21. 8. 1981 bei der beklagten (bekl) Partei als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Die bekl Partei schuldet dem Kl aus diesem Dienstverhältnis noch S 20.543,25 samt Anhang. Sie wendete gegen das auf Zahlung dieses Betrages gerichtete Klagebegehren eine Gegenforderung in gleicher Höhe mit der Behauptung ein, der Kl sei in zwei Geschäftsfällen seiner Verpflichtung, bei der Aufnahme von Bestellungen die Naturmaße der von den Kunden bestellten Fenster richtig zu ermitteln, nicht nachgekommen. Die hergestellten Fenster seien daher von den Bestellern nicht übernommen worden. Da es sich um schwerverkäufliche Sonderanfertigungen gehandelt habe, sei der bekl Partei ein Schaden von S 11.790,— und S 12.451,— entstanden.

Das Erstgericht stellte die Forderung des Kl als zu Recht, die Gegenforderung der bekl Partei als nicht zu Recht bestehend fest und gab daher dem Klagebegehren statt.

Das Berufungsgericht hob das angefochtene Urteil unter Rechtskraftvorbehalt auf, und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung über die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung an das Erstgericht zurück.

Es verhandelte über die Rechtssache gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ArbGG von neuem und stellte im wesentlichen fest:

H Sch bestellte bei der bekl Partei am 16. 9. 1980 zwanzig Holzaluminiumfenster. Das Geschäft wurde vom Kl abgeschlossen. H Sch machte den Kl ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die Fensteröffnungen breiter als beim ersten Verkaufsgespräch angegeben gemacht worden seien. Der Kl versicherte H Sch beim Abschluß, daß er das Naturmaß der Fenster abgenommen habe. Als die zwanzig Fenster von der bekl Partei auf die Baustelle des H Sch geliefert wurden, prüfte dieser die Maße und stellte fest, daß zehn Fenster um je 10 cm zu schmal waren. Da die Dienstnehmer der bekl Partei bereits weggefahren waren, verständigte Sch noch am selben Abend den Kl und urgierte in der Folge bei der bekl Partei die ordnungsgemäße Lieferung. Die bekl Partei zeigte sich zur Lieferung passender Fenster lange Zeit nicht bereit. Schließlich erklärt H Sch, von den zehn Fenstern weitere sechs zu übernehmen, verlangte aber endgültige Lieferung von vier Fenstern passender Dimension.

Die Ehegatten R und M St bestellten bei der bekl Partei über Vermittlung des Kl zwei Plastikfenster in Sonderanfertigung. Der Kl nahm die Maße für die Fenster ab. Ein oder zwei Tage nach der Lieferung im November 1980 stellte sich heraus, daß die Fenster zu

breit waren und eine zu geringe Höhe hatten. Die Maßdifferenzen waren so groß, daß ein Einbau nicht möglich war. Die Ehegatten St verlangten hierauf von der bekl Partei die Lieferung passender Plastikfenster. Die bekl Partei kam diesem Verlangen im November 1980 nach.

Der gegen den Aufhebungsbeschluß des Berufungsgerichtes erhobene Rekurs des Kl ist nicht berechtigt.

Der Rekurswerber ist der Ansicht, der Dienstgeber habe sich den Schaden durch seine freiwillige Ersatzlieferung selbst zugefügt. Es müsse daher nicht erforscht werden, ob ein Schaden beim Dritten oder bei der bekl Partei aufgetreten sei; auch die Frage, ob die Kunden die Fenster angenommen oder nicht angenommen hätten, ob ihnen also Erfüllungsansprüche oder Gewährleistungsansprüche zugestanden wären, bedürfe keiner Klärung.

Diesen Ausführungen kann — zum Teil im Ergebnis — nicht gefolgt werden.

Da der Gesetzgeber zwischen Schadenersatzansprüchen (§ 2 DHG) und Rückgriffsansprüchen (§ 4 DHG) des Dienstgebers unterscheidet und die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht dieselben sind (vgl §§ 2 Abs 2, 4 Abs 2 und 4 DHG), muß, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, unterschieden werden, ob der Dienstgeber selbst den Schaden erlitt und daher von ihm gegen den Dienstnehmer ein Schadenersatzanspruch im Sinne des § 2 DHG erhoben wird, oder ob einem Dritten ein vom Dienstnehmer zugefügter Schaden ersetzt wurde und diese Ersatzleistung durch einen Rückgriff im Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer im Sinne des DHG ausgeglichen werden soll (vgl SZ 46/19 = Arb 9179 = EvBl 1973/180). Wenn der Rekurswerber behauptet, diese Frage bedürfe keiner Klärung, weil die bekl Partei eine freiwillige Ersatzleistung erbracht habe, geht er nicht von der zugestanden und festgestellten Tatsache aus, daß die abgenommenen Maße der Fenster (teilweise) nicht den tatsächlichen Naturmaßen entsprachen und daher an die Kunden zunächst keine bestellungsgemäße Lieferung erfolgte. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizustimmen, daß der mit der Anfertigung nicht maßgerechter, von der Bestellung abweichender Fenster verbundene Schaden unmittelbar im Vermögen des Dienstgebers eintrat. Daß der Schaden, der infolge von Fehlleistungen eines Dienstnehmers an noch nicht verkauften (auf Vorrat hergestellten) Produktionsgütern des Dienstgebers verursacht wird, unmittelbar in dessen Vermögen eintritt, bedarf keiner Begründung. Dasselbe gilt aber für den Fall, daß der Dienstgeber bestellte Gegenstände, die nach den besonderen Bedürfnissen und Wünschen der Besteller herzustellen sind, erzeugt (bzw sonstige Werkleistungen erbringt) und hierfür Material, Arbeitslohn und sonstige Kosten aufwendet. Der Dienstgeber kann bei Gelingen des Werkes im allgemeinen damit rechnen, das hierfür vereinbarte Entgelt zu erhalten. Mißlingt hingegen das Werk auf Grund von Fehlern bei der Herstellung (hier: Maßfehler), so daß es unbrauchbar oder jedenfalls minder brauchbar ist, so kann der Unternehmer nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht mehr damit rechnen, daß der Besteller die fehlerhafte Ware (zum vollen Preis) abnehmen wird. Damit ist aber der Schaden noch in der Sphäre des Unternehmers eingetreten. Der Unternehmer hat

einen frustrierten Aufwand gemacht. Er muß zur Neuherstellung (oder Verbesserung) schreiten, um den mit dem Besteller geschlossenen Vertrag erfüllen zu können oder er erhält eben das erwartete Entgelt nicht. In der Sphäre des Bestellers tritt ein Schaden überhaupt nicht ein, wenn der Unternehmer in der Lage ist, die Neuherstellung oder Verbesserung noch innerhalb der bedungenen Lieferfrist vorzunehmen. Einen — den Bestellern ersetzten — Verzögerungsschaden wendete die bekl Partei nicht aufrechnungsweise ein. Da die Frage, in wessen Sphäre der Schaden eingetreten ist, nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, ändert sich an der Zuordnung des Schadens auch nichts, wenn der Unternehmer — etwa weil er vom Mangel keine Kenntnis hat oder hofft, der Besteller werde ihn übersehen oder nicht geltend machen — zunächst die mangelhafte Sache liefert und erst in der Folge zur gehörigen Vertragserfüllung veranlaßt wird. Für die Schadenszuordnung ist auch nicht entscheidend, ob der Besteller sein Recht — weil er das Werk nicht (vorbehaltslos) angenommen hat — als Erfüllungsanspruch oder — weil er es angenommen hat — als Gewährleistungsanspruch durchsetzt, da der Gewährleistungsanspruch nichts anderes als der erhaltene gebliebene Erfüllungsanspruch ist (*Koziol - Welser*⁵ I 215). Es liegt daher ein Schadenersatzfall nach § 2 DHG vor. Die sich daraus ergebenden Ergänzungsaufträge des Berufungsgerichtes, zu denen der Rekurswerber nicht Stellung nimmt, beruhen auf zutreffender rechtlicher Beurteilung.

Zu ergänzen ist jedoch noch folgendes: Gemäß § 6 DHG erlöschen auf einen minderen Grad des Versehens beruhende Schadenersatzansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden können, gerichtlich geltend gemacht werden. Es handelt sich um eine von Amts wegen zu beachtende Fallfrist (Arb 9257, 9702 ua), die ab Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers beginnt (SZ 48/39 = Arb 9381; Arb 9257, Arb 9168). Da die dem Kl vorgeworfenen Meßfehler vermutlich schon im Jahre 1980 aufgetreten sind (beide Parteien behaupten, der Werkvertrag St sei am 24. 9. 1980 abgeschlossen worden; der Zeuge Sch spricht von einem Vertragsabschluß am 16. 9. 1982) wird die Frage des Erlöschens des Schadenersatzanspruches mit den Parteien zu erörtern und werden gegebenenfalls entsprechende Feststellungen zu treffen sein.

Dem Rekurs ist daher ein Erfolg zu versagen.

Anmerkung

Die zu besprechende Entscheidung gibt Anlaß, zu folgenden vier Problemkreisen Stellung zu nehmen: 1. Es ist der Frage nachzugehen, ob diese Entscheidung als Signal zu verstehen ist, die festgefahrene Judikatur zum Ausschluß des Rückgriffsanspruchs des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer, wenn der Dienstgeber an einen geschädigten Dritten geleistet hat, ohne daß es zu einem Prozeß zwischen Dienstgeber und Drittem oder einer Einigung zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer vor der Zahlung gekommen ist, aufzugeben; 2. näher einzugehen ist auf das Ausmaß der Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen im Rahmen des Erfüllungsinteresses; 3. es ist zu untersuchen, in welchem Zeitpunkt ein Schaden eingetreten

ist und ab wann dessen Ersatz geltend gemacht werden kann, was Auswirkungen auf die Frage der Verjährung bzw Verfristung des Schadenersatz- bzw Rückgriffsanspruchs des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer hat; 4. schließlich ist zu klären, ob wegen des dem Dienstnehmer in § 7 DHG eingeräumten Widerspruchsrechts das Bestehen einer Aufrechnungslage zu verneinen ist, so daß der Schadenersatz- bzw Regreßanspruch des Dienstgebers ungeachtet seiner gegenüber dem Dienstnehmer bestehenden Lohnzahlungspflicht verfristet.

1. Rückgriffsanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer bei Zahlung an den geschädigten Dritten ohne vorangehendes Anerkenntnis des Dienstnehmers?

Ungeachtet der massiven Kritik der Literatur (*Auckenthaler*, Der Regreß bei der Dienstnehmerhaftung; ZAS 1981, 174 ff und 208 ff; *J. Berger*, Rechtsfragen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes, DRdA 1978, 100; *Dittrich*, Zum Regreßanspruch nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, ZVR 1977, 228 f; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984) 53; *Reischauer*, ZAS 1979, 26 ff und 220 ff; *Spielbüchler*, in *Floretta - Spielbüchler - Strasser*, Arbeitsrecht² I (1984) 117) hat die Rechtsprechung (OGH in *JBl* 1979, 496 mit Anmerkung von *Strasser* = *EvBl* 1978/82 = ZAS 1979/2 mit Kommentar von *Reischauer* = DRdA 1979/4 mit Anmerkung von *Waas* = *Arb* 9654; ZAS 1979/30 mit Kommentar von *Reischauer* = DRdA 1980/8; SZ 54/120 = *EvBl* 1981/237 = *Arb* 10.015) bisher den Standpunkt eingenommen, daß ein Rückersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer ausgeschlossen sei, wenn sich der Dienstgeber weder mit dem Dritten in einen Prozeß eingelassen noch vom Dienstnehmer ein Anerkenntnis erreicht habe. Anerkennt der Dienstnehmer den Anspruch nicht, ist nach Meinung des OGH der Dienstgeber zur Erhaltung seines Rückersatzanspruches gegen den Dienstnehmer gezwungen, sich vom Dritten klagen zu lassen, mag der Prozeß wegen der offenkundigen Sach- und Rechtslage auch noch so aussichtslos sein. Die überwiegende Lehre, die sich gegen diesen Standpunkt schon aus Gründen der Prozeßökonomie wendet, vertritt die Meinung, daß der Dienstgeber auch in einem solchen Fall den Regreßanspruch nicht von vorneherein verlieren soll, sondern er sich nur die Einwendungen des Dienstnehmers gefallen lassen muß, die dieser erheben hätte können und die zur Abweisung oder Minderung des Anspruchs des Dritten gegen den Dienstgeber und in der Folge zu keinem oder einem geringeren Rückersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer geführt hätten.

Die gegen diese Rechtsprechung ins Treffen geführten Argumente sollen an dieser Stelle nicht noch einmal im einzelnen wiederholt werden. Festzuhalten ist aber, daß auch dann kein Vertrag zu Lasten Dritter droht, wenn man der Meinung der Lehre folgt (das betont insbesondere *Reischauer*, ZAS 1979, 26), da dem Vergleich zwischen dem geschädigten Dritten und dem Dienstgeber keine Bindungswirkung für den Rückersatzanspruch des Dienstgebers gegen den

Dienstnehmer zukommt (vgl. dazu *Reischauer*, Streitverkündung und Bindungswirkung, ÖJZ 1979, 57 ff). Anzuerkennen ist aber das Interesse des Dienstnehmers, möglichst bald über die Schadensliquidierung mit dem Dritten in Kenntnis gesetzt und an dieser beteiligt zu werden. Diesem Interesse wird durch die Mitteilung, daß ein geschädigter Dritter einen Anspruch erhoben hat, bzw durch die Streitverkündung, wie das in § 4 Abs 1 DHG vorgesehen ist, Rechnung getragen.

Hatte der Dritte einen Schadenersatzanspruch und zahlt der Dienstgeber an den Dritten nach Abschluß eines Vergleichs ohne vorheriges Anerkenntnis des Dienstnehmers, so verlor der Dienstgeber nach der bisherigen Rechtsprechung seinen Regreßanspruch gegen den Dienstnehmer. Nach der vorliegenden Entscheidung soll etwas anderes gelten, wenn der Dritte seinen Anspruch nicht auf Schadenersatz, sondern Erfüllung oder Gewährleistung stützt, da dann der Schaden noch beim Dienstgeber eingetreten sei. Eine solche Unterscheidung ist schon deshalb problematisch, da nach Auffassung eines Teils der Lehre (*Welser*, Gewährleistung und Schadenersatz, JBl 1976, 127 ff; *Koziol-Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I⁶ (1983) 213), Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz besteht. Während die herrschende Meinung (*Gschnitzer*, in Klang² IV/1, 547, OGH in SZ 46/39) diese beim Kaufvertrag ablehnt, wird sie zumindest der Sache nach beim Werkvertrag vom OGH (in EvBl 1971/263; EvBl 1972/205; JBl 1972, 149; JBl 1974, 477, JBl 1979, 259) durchaus anerkannt. Es stellt sich die Frage, ob es für den Anspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer einen Unterschied machen kann, ob sich der Dritte bei seinem Anspruch gegenüber dem Dienstgeber auf Schadenersatz oder Gewährleistung stützt, oder den noch aufrechten Erfüllungsanspruch geltend macht. Für die Fälle, in denen nach der neueren Lehre — beim Werkvertrag, wie hier einer vorliegt, auch nach Ansicht des OGH — neben dem Gewährleistungs- auch ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden könnte, ist das jedenfalls zu verneinen; es kann schließlich nicht darauf ankommen, wie ein Anspruch etikettiert wird.

Aber auch wenn dem Dritten gegen den Dienstgeber kein Schadenersatzanspruch zusteht, ist zu prüfen, ob es für den Anspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer sachliche Gründe gibt, die eine andere rechtliche Beurteilung erfordern. Auch bei solchen Ansprüchen wird man das Interesse des Dienstnehmers, möglichst bald von der Anspruchserhebung durch den Dritten zu erfahren, bejahen müssen. Damit soll nicht einer Ausdehnung der verfehlten OGH-Judikatur zur Frage des Regresses des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer bei außergerichtlicher Einigung des Dienstgebers mit dem Dritten ohne Einverständnis des Dienstnehmers das Wort geredet, sondern nur klargestellt werden, daß es für den Rückersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer keinen Unterschied machen kann, ob der Dritte den Dienstgeber auf Grund einer schadenersatzrechtlichen oder einer anderen Anspruchsgrundlage belangt. Das Erstgericht hat daher in konsequenter Fortführung der herrschenden Rechtsprechung einen Rückersatzanspruch von vornherein verneint.

Entsteht dem Dienstgeber durch das Verhalten

des Dienstnehmers eine Verbindlichkeit, erleidet nämlich der Dienstgeber einen Schaden unabhängig davon, auf welche Anspruchsgrundlage sich der anspruchsberechtigte Dritte stützt (vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² I (1980) 15 f mwN). Sofern nicht § 2 DHG eingreift, soll diesen Schaden der Dienstgeber aber nicht endgültig tragen, er kann ihn auf den Dienstnehmer überwälzen.

Der Anlaßfall könnte aber so zu verstehen sein, daß der OGH den Schaden deshalb beim Dienstgeber lokalisiert hat, um sich von seiner eigenen Rechtsprechung vorsichtig zu lösen. Denn die — noch dazu nach objektiven Gesichtspunkten getroffene — Unterscheidung, ob der Schaden beim Dienstgeber oder beim Dritten eingetreten ist, verschleiert mehr, als sie offenlegt:

Sie dürfte ihre Wurzel in der Gegenüberstellung von Regreß und Schadenersatz haben. Berufet sich der Dritte bei seinem Anspruch gegen den Dienstgeber auf Schadenersatz, so qualifiziert der OGH den Anspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer auf Ersatz des Geleisteten als Regreß, stützt sich der Dritte hingegen auf eine andere Anspruchsgrundlage, soll dem Dienstgeber ein Schadenersatzanspruch zustehen. Die Begriffe Schadenersatz und Regreß stehen aber nicht in schroffem Gegensatz zueinander, sie können vielmehr nebeneinander gegeben sein (vgl. dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht I 303). Steht etwa dem Dienstgeber ein Anspruch gegen den Dienstnehmer nach § 1313 ABGB bzw § 4 DHG zu, weil der Dienstnehmer die vertragliche Nebenpflicht, Rechtsgüter von Vertragspartnern des Dienstgebers nicht zu beeinträchtigen, verletzt hat (ablehnend *Fischer*, Zum Rückgriffsanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer bei Schädigung eines Dritten, ZAS 1979, 9 f), so liegt der Grund für diesen Rückersatzanspruch in der schadenersatzrechtlichen Anspruchsgrundlage. Die Regeln des Regresses haben nur insoweit Bedeutung, als sie bestimmen, daß der Dienstgeber erst dann die Zahlung an sich begehren kann, wenn er seinerseits dem Dritten geleistet hat. (Das muß aber auch in den Fällen gelten, in denen man bisher einen „reinen“ Schadenersatzanspruch angenommen hat, da sich der Dritte auf eine andere als die schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlage gestützt hat. Näheres dazu in Punkt 3.)

Die Frage, ob dem Dienstgeber überhaupt ein Anspruch gegen den Dienstnehmer zusteht, kann aber nicht von der Frage der Qualifizierung als Regreß oder Schadenersatz abhängen. Mangels einer sachlichen Differenzierung ist der hier zugelassene Rückersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer daher auch in den Fällen zuzulassen, in denen der Dritte einen Schadenersatzanspruch erhebt.

2. Schadenersatz bei frustrierten Aufwendungen

In der vorliegenden Entscheidung wendet der Dienstgeber einen Schaden von S 11.790.— und S 12.451.— als Gegenforderung ein.

Obwohl die Entscheidung das nicht ausdrücklich ausspricht, liegt die Vermutung nahe, daß es sich dabei um das zwischen dem Dienstgeber und den Kunden jeweils vereinbarte Entgelt handelt. Würde es sich um die vom Dienstgeber getätigten Aufwendungen

handeln, hätte sie dieser wahrscheinlich näher aufgeschlüsselt. Die Feststellung, daß der Schaden im Vermögen des Dienstgebers eingetreten ist, hat hier anscheinend die Konsequenz, daß der Dienstgeber das Entgelt, das er bei ordnungsgemäßer Abmessung und daher mangelfreier Produktion von den Kunden erhalten hätte, vom Dienstnehmer als Schaden verlangen kann. Ob der Vermögensschaden des Dienstgebers aber tatsächlich so hoch ist, wäre einer näheren Nachprüfung wert gewesen:

Der Schaden des Dienstgebers kann entweder darin liegen, daß er Fenster produziert hat, die er nun nicht absetzen kann (Variante A) oder darin, daß er zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung neue Fenster herstellen muß, was abermals Kosten verursacht (Variante B). Nach Ansicht des OGH (in JBl 1981, 537 mit Anmerkung von *Koziol*), der sich auf *Stoll* (Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht, FS-Duden (1977) 641 ff) beruft, kann der Geschädigte zwischen diesen beiden Arten wählen:

In der Variante A geht es um den Ersatz frustrierter Aufwendungen, wobei in diesem Sachverhalt die Qualifizierung als Vermögensschaden keine Schwierigkeiten bereitet. Der OGH läßt in der oben zitierten Entscheidung die Schadensberechnung nach den frustrierten Aufwendungen allerdings nur dann zu, wenn es sich um kein Verlustgeschäft handelt, wofür allerdings den Schädiger die Beweislast treffen soll. Da ein Schaden somit nur bei Nachweis der Rentabilität des Geschäfts vorliegt, würde die Beweislast dafür nach allgemeinen Regeln den Geschädigten treffen. Mag auch der Schadensnachweis im Einzelfall schwierig sein, so kann das doch nicht dazu führen, eine aus dem Gesetz nicht ableitbare Beweislastumkehr hinsichtlich des Schadens anzunehmen. Die Rechtsbeihilfe des *prima-facie*-Beweises sowie die Anwendung des § 273 ZPO müßten mE auch in diesen Fällen ausreichen, um dem Schadenersatzgläubiger den Nachweis seines Schadens zu ermöglichen.

Während es bei der Frage des Ersatzes frustrierter Aufwendungen häufig vorkommt, daß nach ihrer Frustrierung kein Gegenwert bestehen bleibt (zum Beispiel, wenn der Geschädigte Kfz-Steuer, Versicherung sowie die Garagenmiete während der Reparaturzeit seines Kraftfahrzeuges nach einer Schädigung durch einen Dritten weiter bezahlen muß, ohne in den Genuß der Benutzbarkeit des Fahrzeugs zu gelangen; vgl dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht I 48), ist das im vorliegenden Sachverhalt anders. Die auf Grund der falschen Abmessungen hergestellten Fenster verkörpern immerhin noch einen gewissen Wert, was sich im konkreten Sachverhalt schon darin zeigt, daß ein Kunde schließlich 6 der 10 Fenster abgenommen hat.

Dabei stellt sich aber folgendes Problem: Kann es der Dienstgeber dabei bewenden lassen, daß er eine hergestellte Ware, die durch ein Verschulden des Dienstnehmers mangelhaft ist, verkommen läßt, oder trifft ihn gegenüber dem Dienstnehmer eine Obliegenheit, seinen Kunden allenfalls um einen geringeren Preis auch die minderwertige Ware anzubieten, um den Schaden gering zu halten.

Dem Dienstgeber muß es selbstverständlich freistehen, seinen Kunden nur erstklassige Ware anzubieten. Hinsichtlich des Umfangs des Rückersatzanspru-

ches gegen den Dienstnehmer ist aber zu beachten, daß dieser nur insoweit besteht, als der Dienstgeber eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Die Minderwertigkeit der Fenster ist vielfach nur gegenüber einem bestimmten Kunden gegeben — weil sie gerade bei dessen Bau nicht passen. Während solche Fenster für einen Privatmann kaum noch einen Wert haben, ist das bei einem Unternehmen anders zu beurteilen; und je größer das Unternehmen, um so wahrscheinlicher ist es, daß in absehbarer Zukunft Fenster gerade mit den falsch abgenommenen Maßen verkauft werden können. Da es sich bei Fenstern um keine verderbliche Ware handelt, ist eine Lagerung durch eine gewisse Zeit durchaus möglich und sinnvoll. Können die Fenster verkauft werden, erleidet der Dienstgeber nur noch insoweit einen Schaden, als er das Entgelt dafür nicht sofort, sondern erst in der Zukunft bekommt, weshalb die Verzinsung des bis dahin gebundenen Kapitals zu ersetzen ist. Die Entscheidung, ob der Unternehmer die Fenster sofort gegen eine angemessene Preisminderung verkauft oder sie auf Lager legt, um sie später zu einem angemessenen Preis zu veräußern, wird man dem sorgfältigen unternehmerischen Ermessen überantworten müssen.

Entscheidet sich der Dienstgeber für einen Verkauf in der Zukunft, so hat sich der Ersatzanspruch gegen den Dienstnehmer danach zu orientieren, mit welcher Wahrscheinlichkeit mit einem Verkauf in absehbarer Zukunft zu rechnen ist; bis zu diesem Zeitpunkt ist dem Dienstgeber jedenfalls der Zinsentgang zu ersetzen. Sollten die Fenster absolut unverkäuflich sein, so wäre jedenfalls noch der Rohmaterialwert anzusetzen.

Bei der Berechnung des Vermögensschadens sind aber dann noch weitere Kriterien zu berücksichtigen: Der Verkaufspreis einer Ware läßt sich in mehrere Kostenbestandteile zerlegen. In der Betriebswirtschaftslehre unterscheidet man zwischen fixen und variablen Kosten je nachdem, ob sich bei Produktion einer zusätzlichen Einheit die Kosten erhöhen oder nicht. Die Kosten der Verwaltung eines Unternehmens sind etwa solche fixe Kosten, sie finden bei der Preiskalkulation typischerweise Berücksichtigung, führen aber nicht zwangsläufig zu einem ersatzfähigen Schaden: Ex definitione sind diese Kosten von der Produktion einer zusätzlichen Einheit unabhängig, so daß sie auch dann angefallen wären, wenn diese Fenster nicht hergestellt worden wären. Die Höhe der Lohnkosten der Fertigung ist in gewissem Maß von der erzeugten Menge abhängig. Ist das Unternehmen nicht voll ausgelastet, fallen dennoch 100% der Lohnkosten an. Die Produktion nicht absetzbarer Fenster hat in einem solchen Fall zu keinen zusätzlichen Lohnkosten geführt. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Kapazitäten zu 100% oder mehr ausgelastet sind und der Dienstgeber Überstunden zu bezahlen hat, um alle Arbeiten durchführen zu können. Dann haben die nicht absetzbaren Fenster sehr wohl zu zusätzlichen Lohnkosten geführt (vgl dazu *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979) 42 f; *Welser*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 653).

Schließlich wäre auch bei den Vertriebskosten noch zu prüfen, ob diese frustriert wurden. Hat etwa der Dienstgeber je verkauftem Fenster eine Vermittlerprämie versprochen, so ist diese nicht endgültig frustriert, da der Vertrag aufrecht bleibt und der Dienst-

geber das mit dem Dritten vereinbarte Entgelt dafür bekommt. Schließlich wird auch der kalkulierte Gewinn realisiert, da der Dritte weiterhin verpflichtet bleibt, die Ware zum vereinbarten Preis abzunehmen. Es zeigt sich somit, daß selbst in dem Fall, in dem die Fenster absolut unverkäuflich sind, dem Dienstgeber keinesfalls der gesamte Veräußerungserlös als Schadenersatz zusteht.

Infolge der Falschabmessung sind Fenster hergestellt worden, zu deren Abnahme der Kunde nicht verpflichtet war. Die Kosten für die Herstellung vertragsgemäßer Fenster wären zum damaligen Zeitpunkt möglicherweise tiefer oder höher gelegen als die tatsächlich angefallenen, was etwa davon abhängig ist, ob für die ordnungsgemäße Herstellung mehr Material benötigt worden oder die Fertigung in einer Serie möglich gewesen wäre. Macht der Dienstgeber nicht die Kosten der erzeugten, aber nicht absetzbaren (Variante A), sondern die der neu herzustellenden Fenster (Variante B) geltend, so kann es zwischen diesen beiden Berechnungsarten neben dem soeben geschilderten Kostenunterschied auch noch insoweit zu Abweichungen kommen, als in der Zwischenzeit bei gewissen Kostenfaktoren Preissteigerungen eingetreten sind. Da der Dienstgeber an das mit dem Dritten vereinbarte Entgelt gebunden ist, kann er zwischenzeitig eingetretene Kostensteigerungen nicht weitergeben, sondern sie würden seinen Gewinn mindern. Da aber diese Gewinnschmälerung durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten seines Dienstnehmers adäquat verursacht wurde, kann er diesen Nachteil qua Schadenersatz auf den Dienstnehmer überwälzen. Auch bei dieser Schadensberechnung ist aber zu prüfen, welche Kosten unabhängig von der erzeugten Menge anfallen, ob bei der Neuproduktion eine hundertprozentige Kapazitätsauslastung gegeben ist und ob alle kalkulierten Kosten noch einmal anfallen.

Die Schadenshöhe nach dem mit dem Dritten vereinbarten Entgelt anzusetzen, erscheint somit jedenfalls zu hoch, was sich dann ganz deutlich zeigt, wenn der Dienstgeber zunächst vom Dienstnehmer „vollen“ Schadenersatz erhält und die Ware doch verkaufen kann, so daß er nicht nur den Gewinn, sondern auch die sonstigen für die Ware kalkulierten Kosten doppelt ersetzt erhalte.

3. Verjährung des Schadenersatz- bzw. Regreßanspruchs

Es ist die Frage zu klären, ab wann die Frist des § 6 DHG zu laufen beginnt. Wenn auch der OGH nicht mit letzter Deutlichkeit sagt, welchen Zeitpunkt er für maßgeblich hält, so läßt der Verweis auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sowie der Meßfehler die Meinung des OGH doch errahnen. Da der OGH auch bei der Frage, ob dem Dienstgeber überhaupt ein Anspruch gegen den Dienstnehmer zusteht, davon ausgegangen ist, daß der Schaden beim Dienstgeber eingetreten ist, dürfte er auch hier § 1489 ABGB für anwendbar halten.

Nach herrschender Meinung (*Klang*, in *Klang VI* 635 f; *Ehrenzweig*, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*² (1928) II/1, 78; OGH in *SZ* 48/27 = *ZVR* 1976/50; *JBl* 1979, 261 = *ZVR* 1977/133; *ZVR* 1979/22; *DRdA* 1980, 27 mit Anm. von *Koziol*) beginnt ein Schadenersatzanspruch nicht

erst ab dem Schadenseintritt zu verjähren, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem ein künftiger Schaden vorhersehbar ist (kritisch zu dieser Rechtsprechung: *P. Bydlinski*, *DRdA* 1983, 188; *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 317, *ders.*, *DRdA* 1980, 27, *Schubert*, in *Rummel*, *ABGB II Rdz 3* zu § 1489). Konnte also der Dienstgeber zum Zeitpunkt der Meßfehler bereits erkennen, daß ihm möglicherweise ein Schaden entstehen wird, würde unabhängig von der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Kunden die Verjährungsfrist des Schadenersatzanspruches gegen den Dienstnehmer zu laufen beginnen. Als frühestmöglicher Zeitpunkt wird aber wohl derjenige während der Erzeugung der Fenster in Betracht kommen, da in dem Fall, in dem dem Dienstgeber vor der Produktion die Falschabmessung bekannt wurde, er noch keinen Schaden erlitten hat und ein solcher auch in der Zukunft nicht eintreten wird. Davon geht auch der OGH aus, da er den Schaden in den nutzlos aufgewendeten Kosten sieht.

Zu einem völlig anderen Ergebnis hinsichtlich der Verfristung des Anspruchs des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer käme man nach Ansicht des OGH hingegen dann, wenn man davon ausgeht, daß dem Dritten ein Schadenersatzanspruch zusteht und der Dienstgeber einen Regreßanspruch gegen den Dienstnehmer geltend macht. Auch für die Frage der Verjährung des Anspruchs werden also unterschiedliche Rechtsfolgen abgeleitet, je nachdem, ob ein Anspruch als Schadenersatz- oder Regreßanspruch qualifiziert wird (vgl. dazu die Ausführungen in Punkt 1). Während die ältere Judikatur des OGH (*SZ* 39/82 = *JBl* 1967, 94 = *EvBl* 1966/444 = *Arb* 8278; *ZAS* 1969/16 mit Kommentar von *Edlbacher* = *EvBl* 1968/357) den Regreßanspruch, dem ein Schadenersatzanspruch zugrundeliegt, ab dem Zeitpunkt verjähren ließ, ab dem dem Regreßgläubiger die Inanspruchnahme durch einen Dritten vorhersehbar war, was der schadenersatzrechtlichen Judikatur zu § 1489 ABGB entspricht, nimmt die neuere Judikatur des OGH (*SZ* 46/19 = *EvBl* 1973/80 = *Arb* 9179; *EvBl* 1977/178 = *JBl* 1977, 49; kritisch zu dieser Rechtsprechung *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 322; zustimmend *J. Berger*, *Rechtsfragen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes*, *DRdA* 1978, 101) an, daß der Regreßanspruch nicht vor dem Zeitpunkt der Leistung des Dienstgebers an den Dritten verjähren könne, da dieser eben erst durch die Zahlung entstehe.

Je nachdem, ob der Dritte einen Gewährleistungs- bzw. Erfüllungsanspruch oder Schadenersatzanspruch geltend macht, soll dem Dienstgeber gegen den Dienstnehmer ein Schadenersatz- oder Regreßanspruch zustehen, so daß der Anspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer entweder schon ab dem Zeitpunkt zu verjähren beginnt, ab dem der Dienstgeber von der durch die Falschabmessung der Naturmaße durch den Dienstnehmer hervorgerufenen mangelhaften Produktion erfährt, jedenfalls aber ab dem Zeitpunkt, ab dem er mit einer Inanspruchnahme bzw. Zurückweisung der Ware durch den Dritten rechnen muß — weil dann der Schaden in seinem Vermögen eingetreten ist — oder erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Dienstgeber dem Dritten eine unbeanstandete Leistung erbringt — weil ein Regreßanspruch nicht vor Erbringung der Leistung an den Dritten entstehe. Es ist nicht einzusehen, daß die Qualifizierung des Anspruchs des Dritten einen Einfluß auf die Verjährung

des Anspruchs des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer haben soll! Es handelt sich hierbei vielmehr um ein allgemeines Problem, das sich stets dann stellt, wenn ein Rückgriffsgläubiger Z von einem Dritten G belangt wird und seinerseits bei einem Rückgriffsschuldner S Regreß nehmen kann:

Im Gewährleistungsrecht findet sich eine solche Konstellation, wenn einem Dritten G Ansprüche auf die oder an der Sache zustehen, der Veräußerer S dem Erwerber Z aber das lastenfreie Vollrecht an der Sache zu verschaffen hatte. In diesen Fällen beginnt nach herrschender Meinung (*Ehrenzweig*, System II/1, 233; *Koziol - Welser*, Grundriß I 202; *Reischauer*, in Rummel, ABGB I Rdz 3 zu § 933; OGH in SZ 8/196. Anderer Ansicht allerdings *Gschnitzer*, in Klang IV/1, 542 f, der auf den Zeitpunkt der Geltendmachung durch den Dritten abstellt) die Gewährleistungsfrist für den Rechtsmangel ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem die Berechtigung des Dritten G für den Erwerber Z erkennbar ist.

Die Interessenlage im Gewährleistungsrecht unterscheidet sich aber von der Regreßkonstellation im Schadenersatzrecht insofern, als der Erwerber Z unabhängig von der Geltendmachung durch den Dritten G einen Anspruch gegen den Veräußerer S hat, daß ihm das Vollrecht übertragen wird, während der Dienstgeber Z im vorliegenden Fall nur insofern etwas vom Dienstnehmer S erhalten soll, als er auch seinerseits dem Dritten G geleistet hat. Auch wenn man also im Gewährleistungsrecht den Zeitpunkt des Feststehens des Anspruchs, ohne daß der Dritte ihn noch erhoben hat, für maßgeblich ansieht, kann sich im Schadenersatzrecht eine andere Lösung als angemessen erweisen.

Nach einhelliger Auffassung ist auch das Entstehen einer Verbindlichkeit als positiver Schaden anzusehen (*Apathy*, Aufwendungen 44 ff; *Ehrenzweig*, System II/1, 38 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht I 15 f; *Wolff*, in Klang VI 1). Einzelne Entscheidungen des OGH (GIU 9654; SZ 10/320; SZ 37/168; JBl 1966, 629) haben daraus die nicht zutreffende Folgerung gezogen, daß der Schadenersatzgläubiger Z unabhängig davon, ob er seinerseits dem Dritten G geleistet hat, Zahlung des S an sich begehren kann. In der Entscheidung SZ 37/168 wird ein Regreßanspruch ausdrücklich verneint, ein inhaltlich auf die gleiche Geldsumme gerichteter Schadenersatzanspruch hingegen bejaht. In der Entscheidung SZ 52/146 wird der Beginn der Verjährungsfrist mit dem Entstehen der Verbindlichkeit angenommen, auch wenn der Dritte den Anspruch noch nicht erhoben hat. Die Entscheidung SZ 35/83 läßt die Frist ab der Erhebung durch den Dritten laufen. Es stellt sich die Frage, ob für die gegenüber den Regreßregeln doch erheblich abweichenden Rechtsfolgen hinsichtlich der Verjährung sachliche Gründe bestehen.

Für einen frühen Verjährungs- bzw. Verfristungsbeginn spricht das Interesse des Dienstnehmers. Je früher er von seiner möglichen Haftpflicht erfährt, um so eher ist er in der Lage, Beweismittel für seine nicht bestehende oder herabgesetzte Haftung zu sammeln. Diesem Interesse trägt § 4 Abs 1 DHG Rechnung, indem der Dienstgeber verpflichtet ist, den Dienstnehmer von einer außergerichtlichen Geltendmachung durch einen geschädigten Dritten zu verständigen bzw nach Klagserhebung ihm den Streit zu verkünden. Die

Sanktion der Unterlassung der Mitteilung bzw Streitverkündung besteht darin, daß der Dienstnehmer dem Dienstgeber all die Einwendungen erfolgreich entgensetzen kann, die im Prozeß zwischen dem geschädigten Dritten und dem Dienstgeber zu einer Abweisung oder zu einer Minderung des Begehrens des Dritten und somit auch zu einer Kürzung des Rückersatzanspruchs geführt hätten. Außerdem besteht eine Mitteilungs- bzw Streitverkündungsobliegenheit erst ab dem Zeitpunkt, zu dem der Dritte den Anspruch erhebt, während der Dienstgeber schon wesentlich früher von dem dem Dienstnehmer haftbar machenden Ereignis Kenntnis erlangt.

Die Verjährung bzw Präklusion (vgl dazu *Reischauer*, Probleme der Dienstnehmerhaftung, DRdA 1978, 198 ff, der den Unterschied zwischen Verjährungs- und Präklusivfristen mit beachtlichen Gründen leugnet; ähnlich, wenn auch weniger weitgehend P. *Bydlinski*, DRdA 1984, 244 ff) ist aber eine Sanktion für einen säumigen Gläubiger. Bevor der Dritte jedoch seinen Anspruch erhoben hat, kann man dem Rückgriffsgläubiger (Dienstgeber) nicht Saumsal vorwerfen. Würde man den Zeitpunkt der Anspruchserhebung durch den Dritten für den Lauf der Verjährungs- bzw Präklusivfrist des Rückgriffsanspruchs für maßgeblich halten, stünde zu diesem Zeitpunkt zwar schon fest, daß der Dritte einen Anspruch erhoben hat, aber noch nicht, ob er ihn weiter verfolgen wird und insbesondere nicht, ob er damit durchdringen wird. Das zeigt sich erst dann, wenn sich der Dienstgeber und der Dritte in einem Vergleich geeinigt haben oder zwischen ihnen ein Urteil ergangen ist.

An diesen Zeitpunkt knüpft auch § 6 AHG an. Wie ich an anderer Stelle (Die Verjährung gesetzlicher Rückersatzansprüche, JBl 1985, 385 ff, 467 ff, 531 ff) ausführlich zu begründen versucht habe, gibt es keinen Grund, zwischen § 6 DHG und § 6 AHG zu unterscheiden, so daß auch bei § 6 DHG der Zeitpunkt des Feststehens des Anspruchs des Dritten gegen den Dienstgeber für den Lauf der Präklusivfrist maßgeblich ist. Auf welche Anspruchsgrundlage der Dritte seinen Anspruch stützt, ist ohne Bedeutung für die Verfristung des Rückersatzanspruches des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer, da sich gezeigt hat, daß es keine sachlichen Gründe für eine Differenzierung gibt.

4. Einfluß des Widerspruchsrechts des Dienstnehmers gemäß § 7 DHG auf die Aufrechnungslage

Während Ansprüche des Dienstnehmers gegen den Dienstgeber nach § 1486 Z 5 ABGB in drei Jahren verjähren, erlischt der Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer bei leicht fahrlässigem Verhalten des Dienstnehmers gemäß § 6 DHG in sechs Monaten. Stehen sich Forderung und Gegenforderung auch nur zu einem Zeitpunkt aufrechenbar gegenüber, so kann der Gläubiger nach herrschender Ansicht (*Ehrenzweig*, System II/1, 341; *Gschnitzer*, in Klang VI 494 ff; *Koziol - Welser*, Grundriß I 221 f) die Nichtdurchsetzbarkeit seiner Forderung auf Grund des Verjährungseintritts dadurch und insoweit abwenden, als er mit einer Gegenforderung aufrechnet, mag die Aufrechnungseinrede auch erst nach Ablauf der Verjährungsfrist abgegeben werden. Dem hat *Rummel* (in Rummel, ABGB II Rdz 15 zu § 1438)

widersprochen, sofern die Gegenforderung einer Präklusivfrist unterliegt. Er hat unter Hinweis auf die deutsche Meinung (diese war aber auch nicht immer einhellig; vgl etwa *Etzel*, Die Anwendung des § 390 Satz 2 BGB auf die tariflich verfallene Forderung, BB 1968, 1291 ff) die Auffassung vertreten, daß es bei Präklusivfristen zu keiner Rückwirkung der Aufrechnungserklärung komme, da dem das Interesse an der alsbaldigen Klärung der Rechtslage entgegenstehe. Da aber die Abgrenzung zwischen Verjährungs- und Präklusivfristen sehr strittig, wenn überhaupt möglich ist (vgl dazu *Reischauer*, DRdA 1978, 198 ff), erscheint es nicht ratsam, eine weitere Differenzierung zu konstruieren. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, tendiert *Rummel* dazu, auch im Verjährungsrecht der Aufrechnungserklärung keine Rückwirkung beizumessen.

Aber auch wenn man der Auffassung *Rummels* nicht folgt, könnte sich nach dem Sachverhalt folgendes Problem stellen: Der Dienstgeber kann gemäß § 7 DHG nur dann mit einer Schadenersatzforderung nach dem DHG wirksam aufrechnen, wenn der Dienstnehmer nicht binnen 14 Tagen widerspricht (zur rechtsdogmatischen Einordnung dieses Widerspruchsrechts vgl *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 154 ff; *Krejci*, Zur Kompensation von Entgeltsforderungen des Arbeitnehmers mit Arbeitgeberansprüchen auf Schadenersatz, ZAS 1980, 166 ff; *Spielbüchler*, Entgeltsicherung (1977) 110 ff).

Es stellt sich die Frage, ob das dem Dienstnehmer eingeräumte Widerspruchsrecht das Bestehen einer Aufrechnungslage vor Abgabe der Zustimmung verhindert, was zur Konsequenz hätte, daß die Gegenforderung verfristet, wenn sie nicht innerhalb der Präklusivfrist gerichtlich geltend gemacht wird (§ 1497 ABGB). Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, kurz auf die Gründe einzugehen, die bei Bestehen einer Aufrechnungslage die Hintanhaltung der Verjährung bzw Verfristung rechtfertigen.

Während ein ungesicherter Gläubiger trachten wird, seine Forderung möglichst rasch nach ihrer Fälligkeit einzutreiben, hat ein Gläubiger, der über eine gleichartige, fällige Gegenforderung verfügt, kein so dringendes Bedürfnis. Fällt der Schuldner nämlich in Konkurs, so kann er immer noch die Erbringung seiner eigenen Leistung zurückhalten, die Befreiung von seiner Verbindlichkeit steht wirtschaftlich aber dem Eingang der Forderung gleich. Bemüht sich ein solcher Gläubiger daher nicht um die rasche Durchsetzung der Forderung, kann man ihm nicht Saumsal

vorwerfen, weshalb es nicht zur Verjährung bzw Verfristung der Forderung kommt. Ein ähnlicher Gedanke liegt auch dem § 1483 ABGB zugrunde, der die Verjährung insoweit nicht eintreten läßt, als der Gläubiger ein Pfand in Händen hat (auch *Bötticher*, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, FS-Schima (1969) 102 zieht im deutschen Recht die Parallele zwischen den §§ 223 Abs 1 und 390 Satz 2 BGB).

Ist aber der Gläubiger verpflichtet, ungeachtet bestehender Gegenforderungen seine eigene Leistung zu erbringen, so wird und muß er sehr wohl interessiert sein, seine Forderung rasch geltend zu machen. § 7 DHG schneidet nun dem Dienstgeber eine allein von seinem Willen abhängige außergerichtliche Aufrechnung ab. Dieser Umstand spricht dafür, daß dem Dienstgeber Saumsal vorzuwerfen ist, wenn er seinen Anspruch nicht innerhalb der Präklusivfrist verfolgt.

Das gilt allerdings nur für die Zeit des aufrechten Dienstverhältnisses, für die Zeit nachher gelten hingegen wieder die allgemeinen Aufrechnungsregeln des ABGB, so daß eine später abgegebene Aufrechnungserklärung zwar nicht auf den Zeitpunkt zurückwirkt, zu dem sich Forderung und Gegenforderung erstmals fällig gegenüber gestanden sind, wohl aber auf den Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses.

Aber auch zu diesem Zeitpunkt ist zu berücksichtigen, daß gewisse Bestandteile der Entgeltsforderung des Dienstnehmers gegen den Dienstgeber von der Pfändung entweder zur Gänze (Urlaubsentschädigung gem § 3 Z 2 LPfG) oder doch teilweise (Überstundenentgelt § 3 Z 1 LPfG; Weihnachtswendungen § 3 Z 4 LPfG) ausgeschlossen sind. Auch der Abfertigungsanspruch unterliegt nicht zur Gänze der Pfändung, sondern ist je nach seiner Höhe als Vielfaches des letzten Monatsbezugs für die Berechnung des Pfändungsfreibetrages auf die folgenden Monate zu aliquotieren (vgl dazu *Heller - Berger - Stix*, Kommentar zur EO⁴ III 2000; *Neumann - Lichtblau*, Kommentar zur EO³ II 901 f). Auch bezüglich dieser Teile steht dem Dienstgeber kein durchsetzbares Befriedigungsrecht zu, so daß es nur insoweit zur Hintanhaltung der Verjährung bzw Verfristung kommt, als der Dienstnehmeranspruch die Pfändungsschutzgrenzen übersteigt.

Ob die Gegenforderung des Dienstgebers im vorliegenden Sachverhalt verfristet war, kann allerdings nach dem von den Untergerichten erhobenen Sachverhalt nicht abschließend beurteilt werden.

Christian Huber (Wien)

Judikaturspiegel

1 ABGB

5. § 1151: Sensal kein Arbeitnehmer
OGH 23. 10. 1984, 4 Ob 116/84

Der Arbeitsvertrag ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers (AN), also durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers (AG), gekennzeichnet. Diese äußert sich in der organisatorischen Gebundenheit des AN, insbesondere hinsichtlich

Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle. Der AN ist grundsätzlich in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des AG unterworfen. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Arbeitsvertrages gehören die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des AN, ferner die Fremdbestimmung der Arbeit (der wirtschaftliche Erfolg kommt dem AG zugute), die persönliche Fürsorge- und Treuepflicht sowie die organisatorische Eingliederung des AN in den Betrieb des AG. Der AG erhält die Verfügung