

KAPITEL 12

„§. 266. Fast jede Haushaltung hat Dienstpersonen nöthig, welche gegen einen bestimmten Lohn einen Theil der häuslichen Verrichtungen übernehmen; so verschieden auch diese Verrichtungen seyn mögen, so stimmen doch die Pflichten aller Dienstpersonen darin überein, dass sie aufmerksam, fleißig und treu seyn, und das Beste ihrer Herrschaft nach ihren Kräften befördern sollen.

§. 267. Eigentlich steht es dem Haupte der häuslichen Gesellschaft zu Dienstpersonen aufzunehmen, doch gilt die rechtliche Vermuthung, dass die Wahl weiblicher Dienstpersonen der Frau des Hauses überlassen sey

§. 276. In den österreichischen Staaten wird weder Leibeigenschaft noch Sklaverei geduldet.“

Sechstes Hauptstück des WGGB 1797: Von den Rechten und Pflichten zwischen Herrschaften und Dienstpersonen

INHALT

A. Dienstleistungsverträge	763
I. Allgemeines zum Arbeits- und Werkvertrag	763
II. Das Arbeitsrecht	766
III. Zum Verhältnis von Arbeits- und Zivilrecht	767
B. Der Arbeitsvertrag	771
I. Arbeitsvertragstypen	771
II. Vertragsfreiheit beim Arbeitsvertrag	773
III. Der Arbeitsvertrag als Dauer(schuld)verhältnis	774
IV. Gegenseitige Rechte und Pflichten	777
C. Der Werkvertrag	788
I. Werkvertrag – Bedeutung und Abgrenzung	789
II. ÖNormen und Hafrücklass	790
III. Pflichten des Werkunternehmers	791
IV. Bestellerpflichten	796
V. Der Kostenvoranschlag	797
VI. Verwandte Vertragstypen	798
VII. Der (Pauschal)Reiseveranstaltungsvertrag	799
VIII. Entscheidungen zum Werkvertrag	800
D. Der Auftrag	801
I. Begriff und Abgrenzung	801
II. Gegenseitige Rechte und Pflichten	803
III. Beendigung des Auftrags	805
IV. Sonderformen des Auftrags	805
E. Geschäftsführung ohne Auftrag	807
I. Einordnung und gesetzliche Grundlagen	807
II. Voraussetzungen und Arten der GoA	808
F. Arbeitnehmerhaftung iwS	812
I. Die Dienstnehmerhaftung	812
II. Die Amtshaftung – AHG 1948	816
III. Die Organhaftung – OrgHG 1967	819
IV. Schadenersatz und Sozialversicherung: Der Arbeitsunfall	820

G. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts	824
I. Geschichte, Wesen, Abgrenzungen	824
II. Der Gesellschaftsvertrag	825
III. Wirkungen der Gesellschaft	827
IV. Ausscheiden von Gesellschaftern – Auflösung der Gesellschaft	829
H. Glücksverträge – Gewagte Geschäfte	831
I. Überblick	831
II. Glücksverträge im engeren Sinn	832
III. Neuer Anwendungsbereich – Abgrenzungen	833

Mit dem Begriff „Dienstleistungsverträge“ (A.) werden verwandte und in ihrer historischen Entstehung zum Teil aus gemeinsamer Quelle fließende Vertragstypen, nämlich der Arbeitsvertrag, der Werkvertrag sowie der Auftrag, behandelt. Für den Bereich des Individualarbeitsvertrags wird der modernere Begriff des Arbeitsvertrags verwendet, zumal er nicht mehr die sprachliche Wurzel des „Dienens“ enthält, sondern die reziproke Austauschbeziehung von Arbeit gegen Entgelt auch sprachlich realistisch in den Vordergrund rückt. Bei allen drei Vertragstypen werden Arbeitsleistungen im wirtschaftlichen Sinne geschuldet, die aber nicht mit „Arbeit“ im engeren rechtlichen Sinne gleichgesetzt werden dürfen. – Pkt B. schließt an den Auftrag die „GoA“, die Geschäftsführung ohne Auftrag an. Pkt C. fasst – unüblich, aber funktional korrekt und didaktisch sinnvoll, die Sonderregelungen der Arbeitnehmerhaftung (DNHG, AHG, OrgHG, ASVG) zusammen, zumal alle diese Sonderhaftungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und „gebündelt“ und im Kontext von Arbeitsbeziehungen besser verstanden werden können. – Pkt D. stellt erstmals in diesem Lehrbuch die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ / GesBR, gleichsam als gesellschaftsrechtliches Arbeitsverhältnis, dar und Pkt E. – ebenfalls neu – fasst die gewagten Geschäfte als „Glücksverträge“ zusammen.

A. Dienstleistungsverträge

 Zum Arbeits- und Sozialrecht: – *J. Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht (2003⁶); – *M. Binder*, Individualarbeitsrecht I und II (2003⁴) und der *derselbe*, Kollektives Arbeitsrecht (2001³); – *Schwarz / Löschnigg*, Arbeitsrecht (2003¹⁰); – *Floretta / Spielbüchler / Strasser*, Bd I: Individualarbeitsrecht (*Spielbüchler / Floretta / Grillberger*) 1998⁴, Bd II: Kollektives Arbeitsrecht (Strasser) 1990³; – *Strasser / Jabornegg*, Arbeitsverfassungsgesetz (1999³); – *Mayer-Maly / Marhold*, Bd I: Individualarbeitsrecht (*Mayer-Maly*) 1987, Bd II: Kollektivarbeitsrecht (Marhold) 1999²; – *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der EG (2002); – *Fuchs / Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht (2001); – *F. Thaurer*, Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme der Berufsfußballer in Österreich (ÖGB-Verlag, 1998); – *Naderhirm*, Die Neuformulierung des Dienstnehmerbegriffs des ASVG durch das ASRÄG 1997 (2000); – *Kallab / Ullmann*, Arbeitsrecht in Frage und Antwort – Ratgeber (2003⁹).

I. Allgemeines zum Arbeits- und Werkvertrag

Die praktische Bedeutung dieser Vertragstypen im Alltag und im Wirtschaftsleben ist groß. Geregelt sind sie in den §§ 1151-1174 ABGB, der Arbeitsvertrag zudem in zahlreichen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Täglich werden viele solcher Verträge verhandelt, geschlossen und gelöst. Gleichzeitig enthält dieser Bereich des Privatrechts starke Verbindungen zum Arbeits- und Sozialrecht und damit auch zum öffentlichen Recht.

Eine typisch öffentlichrechtliche Materie ist bspw das Arbeitnehmer/innenschutzrecht, geregelt im ASchG, BGBl 450/1994. Dabei wird österreichisches Recht (zB § 67 ASchG: Bildschirmarbeit) durch EU-Recht ergänzt; vgl EU-RL 90/270: BildschirmarbeitsVO zur ergonomischen Gestaltung der Bildschirmarbeit.

1. Was wird geschuldet?

Sowohl beim Arbeitsvertrag wie beim Werkvertrag wird – wie erwähnt – eine Arbeitsleistung iWS geschuldet; zur rechtlichen Einordnung der Arbeitsleistung → B.I.1. Präziser: Gegenstand dieser Verträge ist einerseits (beim Arbeitsvertrag) die **Arbeitsleistung** als solche (zB Lehrerin unterrichtet, Angestellter verhandelt, Krankenschwester pflegt), und andererseits (beim Werkvertrag) das **Ergebnis**, der **Erfolg** der Arbeit, das **Werk** / Erzeugnis.

BEISPIELE:

- Baumeister baut Haus, Schneider/in fertigt Kostüm oder Anzug an, Wissenschaftler/in erstellt Gutachten,

Diskjockey tritt bei einem Event auf.

- Ein Maurer schließt als Arbeitnehmer mit einem Baumeister als Arbeitgeber einen Vertrag über **abhängige** Arbeit (= Dienst- oder Arbeitsvertrag); der Baumeister wiederum schließt mit seiner Kundschaft einen Vertrag (zB über einen Hausumbau) über **selbständige** Arbeit (= Werkvertrag).

„Arbeitsleistungen“ iwS können auf sehr unterschiedliche Weise erlangt werden: Einerseits – wie erwähnt – über Dienst- / Arbeits- und Werkverträge, andererseits aber auch über Aufträge und Gesellschaftsverträge (GesbR, OHG, KG, Stille Gesellschaft, OEG und KEG und natürlich auch durch die Gründung von Kapitalgesellschaften) sowie durch familiäre Hilfe. – Die Art der „Bezahlung“ der erbrachten Arbeitsleistung ist dementsprechend unterschiedlich.

2. Bedeutung der Unterscheidung

Flucht aus dem
Arbeitsrecht

Die Unterscheidung von Arbeitsvertrag und Werkvertrag ist praktisch deshalb so bedeutsam, weil auf Arbeitsverträge das Arbeitsrecht anzuwenden ist, auf Werkverträge aber grundsätzlich nicht und darüber hinaus lange Zeit nur Arbeitsverträge, nicht aber Werkverträge sozialversicherungs-pflichtig waren, weshalb in der Praxis immer wieder versucht wurde, auch echte Arbeitsverhältnisse als Werkverträge hinzustellen. Derartige Umgehungen – sog „Flucht aus dem Arbeitsrecht“, um sich Sozialversicherungsbeiträge und arbeitsrechtliche Leistungen an Arbeitnehmer zu ersparen (insbesondere Kündigungsschutz, Urlaub, Entgeltfortzahlung, Abfertigung), werden aber von der Rechtsordnung nicht geduldet. Durch ein „Verschieben“ von Arbeitnehmern in den werkvertraglichen Bereich oder in den des freien Dienstvertrags verlieren diese auch ihre steuerliche Begünstigung; sie sind dann nicht mehr lohn-, sondern einkommensteuerpflichtig. – Seit 1996 sind auch für freie Dienstverträge und dienstnehmerähnliche Werkverträge – sog unechte Werkverträge, Sozialabgaben zu entrichten, soweit das Entgelt monatlich einen bestimmten Betrag übersteigt. Der Personenkreis der ASVG-Pflichtversicherten wurde dadurch wesentlich erweitert. Echte Werkverträge sind aber auch weiterhin nicht von der ASVG-Pflichtversicherung umfasst. Der unterschiedliche arbeitsrechtliche Bezug zwischen Arbeits- und Werkvertrag bleibt also grundsätzlich weiterhin bestehen; kurz: Die Grenze zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag ist die Grenze zwischen unselbständiger und (echter) selbständiger, also unternehmerischer Arbeit.

 VwGH 1994/ARDInd 4588/30/94: Überwiegen die Merkmale **persönlicher** und **wirtschaftlicher Abhängigkeit** gegenüber jenen persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit, liegt – mag auch der Vertrag als „Werkvertrag“ bezeichnet sein – ein **versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis** vor. Bei der Prüfung des Vorliegens eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses kommt es also nicht auf die Bezeichnung des Vertrags an, sondern auf seine inhaltliche Gestaltung.

- Dazu folgende Zeitungsmeldung: „Urteil gegen die **Mediaprint**. Zeitungskolporteurs sind keine selbständigen Unternehmer..., sondern Arbeitnehmer. Das hat der Verwaltungsgerichtshof im Steuerverfahren eines Kolporteurs der Mediaprint erkannt, dem das Finanzamt Umsatz- und Einkommensteuer vorgeschrieben hat. Die Richter führten an, dass die Kolporteurs praktisch keinen unternehmerischen Spielraum hätten, wenn ihnen Standort, Verkaufszeit und das Tragen von Arbeitskleidung vorgeschrieben werden und der Verkauf von Konkurrenzprodukten untersagt ist. – Die Mediaprint schließt mit ihren Kolporteurs Verträge über eine eigene Tochtergesellschaft ab, in denen die Zeitungsverkäufer als Unternehmer betrachtet werden, womit für den Dienstgeber keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge anfallen. Dies wird nach dem Urteil nicht mehr möglich sein“ (Der Standard, 22.8.1996, S. 1) – Die Realität sieht freilich anders aus: Diese Rspr wurde nämlich von den Zeitungsherausgebern durch eine Gesetzeskorrektur unterlaufen, wonach Kolporteurs als Selbständige zu behandeln sind. Dies mit allen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Belastungen. (Macht in der Demokratie macht vieles möglich!)
- ZAS 2001, H. 5 (Judikaturbeilage) OGH 28.3.2001, 9 Ob A 25/01 v: Wegen Fehlens des für die Annahme einer arbeitsvertraglichen Beziehung nötigen Kriteriums persönlicher Abhängigkeit, wird bloß familiär bedingte Mitarbeit der **Ehegattin** und kein Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen ihre Mannes (OHG) angenommen.

Abgrenzungen

Abzugrenzen ist der Arbeitsvertrag aber nicht nur vom Werkvertrag, sondern auch vom sog **Bevollmächtigungsvertrag** (§§ 1002 ff ABGB), der Auftrag und Stellvertretung / Vollmacht verbindet (→ D.I.) und vom **Gesellschaftsvertrag**: zur GesbR → G.

Kurz: Beim **Bevollmächtigungsvertrag** übernimmt der Bevollmächtigte die Durchführung von Rechthandlungen oder Rechtsgeschäften und nicht von tatsächlicher Arbeit. Er handelt zudem in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. – Zu einem **Gesellschaftsvertrag** schließen sich mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammen. Anders als beim Arbeitsvertrag besteht zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft Gleichordnung und nicht Über- und Unterordnung wie beim Arbeitsvertrag.

Die III. TN illustriert den Unterschied zwischen Arbeitsvertrag (= Vertrag mit Dienstmädchen) und Werkvertrag (= Vertrag mit Baumeister):

Beispiel der III. TN

Vertrag mit Dienstmädchen	Vertrag mit Baumeister
Arbeit unter fremder Leitung und Verfügung	Arbeit nach eigenem Plan
mit fremden Arbeitsmitteln	mit eigenen Arbeitsmitteln
mit persönlicher Arbeitspflicht	mit Gehilfen und Substituten
Haftung für Sorgfalt , nicht für Erfolg	Haftung für Erfolg
Organisatorische, persönliche, wirtschaftliche Abhängigkeit	Organisatorische, persönliche, wirtschaftliche Unabhängigkeit
in fremder Organisation tätig	selbständiger Unternehmer
Immer DSchV	Grundsätzlich: ZSchV

Tabelle 12.1: Beispiel der III. TN

Zum Vertrag mit Dienstmädchen → B.: ArbeitsV; zum Vertrag mit Baumeister → C.: WerkV.

<p>Einen Vertrag über abhängige Arbeit (ArbeitsV) schließt:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Schustergeselle mit dem Meister • Architekt im städtischen Bauamt • von einem Hotel angestellter Schullehrer • Schauspieler eines (Landes)Theaters • Lehrer einer Privatschule • Oberarzt einer Klinik • ständiger (Rechts)Berater eines Unternehmens; sog Syndikus oder Konsulent • Angestellter mit seinem Geschäftsherrn 	<p>Einen Vertrag über selbständige Arbeit (WerkV, Auftrag, freier Dienstvertrag) schließt:</p> <ul style="list-style-type: none"> • (Handwerks)Meister mit Kunden • Architekt mit Auftraggeber • Bergführer mit Touristen • Künstler auf Gastreisen • Privatlehrer, der Schüler unterrichtet • praktischer Arzt mit Patienten • Anwalt mit seinen Klienten • Handelsvertreter mit seinem Geschäftsherrn
---	--

Tabelle 12.2: Weitere Beispiele (Gschnitzer)

3. Sozial(versicherungs)recht

Das **Sozialrecht**, reicht – im Gegensatz zum Arbeitsrecht – über den Kreis der unselbständigen Arbeit hinaus und schließt auch selbständig Erwerbstätige ein; zB gesetzliche Unfallversicherung und Krankenversicherung für Selbständige oder Sozialversicherung für die Landwirtschaft. – Das **Sozialversicherungsrecht**, das ein Teil des Sozialrechts ist, sichert gegen die klassischen sozialen Risiken: Krankheit, Unfall, Alter oder Tod; nach dem Ersten Weltkrieg kam noch die Arbeitslosenversicherung dazu. Seit 1993 gibt es in Österreich das Pflegegeld, das aber nicht als Versicherung gestaltet wurde, sondern aus Steuermitteln finanziert wird.

📖 *M. Binder*, Österreichisches Sozialrecht (2001²); – *Pfeil*, BundespflegegeldG und landesgesetzliche Pflegegeldregelungen (1996) und *derselbe*, Österreichisches Sozialhilferecht (2000); – *Grillberger*, Österrei-

chisches Sozialrecht (2001⁵); – *Brodil / Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen (2002⁴); – *AK-Wien* (Hg), Sozialleistungen im Überblick. Lexikon der Ansprüche und Leistungen (2003⁵).

Einige Zahlen –
Rechtstatsächliches

Die Zahl der bei österreichischen Sozialversicherungsträgern gemeldeten unselbständigen Erwerbstätigen betrug Ende zum 31.5.2002 3.155.648 Personen, was eine Zunahme gegenüber dem Vorjahr um 5.520 bedeutet. Die Arbeitslosenquote stieg von 6,1 auf 6,9 Prozent. Dieser Zahl stehen etwa 380.000 Selbständige gegenüber. Die Vollzeitbeschäftigung in Österreich ist aber seit 1995 deutlich zurückgegangen, während die Teilzeitbeschäftigung deutlich zugenommen hat. 87 % der Teilzeitarbeitsplätze entfallen auf Frauen. Die Vollzeitbeschäftigung (mehr als 35 Wochenstunden) lag Ende 1998 bei 2,63 Mio Personen. – Sog geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (Mai 2003: ca 220.013) unterliegen nicht voll der Sozialversicherungspflicht. Ein Arbeitgeber muss solche Arbeitnehmer zwar gegen Unfall versichern, nicht aber krankenversicherungs- und pensionsrechtlich absichern, wodurch er sich einiges erspart. Es kommt daher auch hier immer wieder zu unerlaubten Umgehungen; zB gleichzeitiger Abschluss mehrerer geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse zwischen einem/r Arbeitnehmer/in und dem Arbeitgeber. Betroffen davon sind überwiegend Frauen. Vgl auch → B.IV.11.: atypische Arbeitsverhältnisse. – Die Erwerbsquote der Frauen erreichte 2002 (gerechnet auf die arbeitsfähige weibliche Bevölkerung zwischen 15 und 65 Jahren) 60 Prozent. Die Erwerbstätigkeit junger Frauen zwischen 25 und 35 Jahren ist von von 68 auf 66 Prozent zurückgegangen.

II. Das Arbeitsrecht

 *J. Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht (2003⁶); – *M. Binder*, Individualarbeitsrecht I und II (2003⁴).

Ich folge hier den Ausführungen J. Bergers, der mir auch innerhalb seiner Zitate graphische Abweichungen gestattete. Die folgenden „Überschriften“ stammen von ihm. Ich habe ihm auch für zahlreiche wertvolle Hinweise zu danken.

1. Definition – Grundlegung

J. Berger (aaO 19) charakterisiert das Arbeitsrecht als „Sonderrecht der in abhängiger Stellung fremdbestimmte Arbeit verrichtenden“ Arbeitnehmer. Das bedeutet:

Sonderrecht der
Arbeitnehmer

- **„Sonderrecht der Arbeitnehmer:** Das Arbeitsrecht ist eine selbständige Rechtsdisziplin. Es stellt sich im Grunde als Schutzrecht der Arbeitnehmer dar. Die primäre Funktion des Arbeitsrechts besteht darin, die von vornherein gegebene soziale Ungleichheit zwischen Arbeitgeber einerseits und Arbeitnehmer andererseits sowie die wirtschaftliche Machtunterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber rechtlich zu korrigieren. Dadurch soll die Gleichheit der Verhandlungskraft und der Rechtspositionen der beiden Parteien bewirkt werden. Anwendung findet das Arbeitsrecht nur, wenn an einem rechtlich zu beurteilenden Sachverhalt (wenigstens mittelbar) ein Arbeitnehmer als solcher beteiligt ist.“
- **„Arbeit:** Das Arbeitsrecht erfasst das Phänomen ‚Arbeit‘ in sozialökonomischer Hinsicht. Was im Einzelfall Arbeit ist, wird durch die Vertragspartner, allenfalls durch die Verkehrsauffassung bestimmt. Völlig unerheblich ist, ob die Arbeit zur Gänze oder überwiegend in körperlicher oder in geistiger Betätigung des Arbeitnehmers besteht. Auch auf das Gelingen der Arbeit kommt es nicht an.“
- **„Fremdbestimmtheit:** Das Arbeitsrecht stellt nur auf Arbeit ab, die für jemand anderen geleistet wird (Dienstleistung); nicht dagegen auf Arbeit, die jemand für sich selbst leistet (Eigenleistung).“
- **„Abhängigkeit des Arbeitnehmers:** Gegenstand des Arbeitsrechts ist allein jene Arbeit, die aus einer Position der Unterordnung bzw des Eingebunden-Seins in eine fremde Organisation erbracht wird. Der Arbeitnehmer ist insbesondere bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsorganisation vom Arbeitgeber abhängig.“

2. Struktur und Systematik des Arbeitsrechts

Keine einheitliche
Rechtsstruktur

„Das Arbeitsrecht hat keine einheitliche Rechtsstruktur. Es gehört weder ausschließlich dem Privatrecht noch allein dem öffentlichen Recht an; es enthält vielmehr Rechtsvorschriften der einen wie der anderen Art; die zudem oft miteinander verknüpft oder ineinander verzahnt sind.“

Bezogen auf die Gesamtrechtsordnung stellt das Arbeitsrecht nur eine von vielen Rechtsdisziplinen dar. Gleichwohl setzt es sich auch selbst aus mehreren Einzelrechtsgebieten zusammen.

Systematische Gliederung

Systematisch geordnet weist das Arbeitsrecht folgende Gliederung auf:

Individualarbeitsrecht: Das sind jene Rechtsvorschriften, welche die Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen Arbeitgeber einerseits und dem einzelnen Arbeitnehmer andererseits sowie die Rechtsbeziehung zwischen dem einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer einerseits und dem Staat bzw dessen Institutionen andererseits regeln. Bezugsgröße ist die einzelne Rechtsperson als Individuum:

Individualarbeitsrecht

- **Arbeitsvertragsrecht**
- **Arbeitnehmerschutzrecht**
- **Arbeitsmarktrecht.**

KollektivesArbeitsrecht: Das sind jene Rechtsvorschriften, die sich mit der Institution, Organisation, Funktion und den Rechtsbeziehungen der verschiedenen arbeitsrechtlichen Personenmehrheiten befassen. Bezugsgrößen sind die entsprechenden Gruppen von Personen als Kollektiv:

Kollektives Arbeitsrecht

- **Koalitions- und Arbeitsverbandsrecht**
- **Recht der kollektiven Rechtsgestaltung**
- **Betriebsverfassungsrecht**
- **Arbeitskampfrecht.**

Arbeitsverfahrensrecht: Das sind jene Rechtsvorschriften, die das Verfahren regeln, welches die mit der Durchführung von arbeitsrechtlichen Angelegenheiten befassten Behörden anzuwenden haben:

Arbeitsverfahrensrecht

- Arbeitsgerichtsverfahrensrecht
- Arbeitsverwaltungsverfahrensrecht.“ (Berger, aaO 20)

3. Geschichte des modernen Arbeitsrechts

Ich beschränke mich auf den letzten historischen Entwicklungsabschnitt aus Bergers umfangreicherer Darstellung; aaO 23 f.

Entwicklungsperiode 1945
– Gegenwart

„Nach der Befreiung Österreichs setzte neuerlich ein Aufschwung unserer Sozialpolitik und Sozialgesetzgebung ein. Der ganz überwiegende Teil der heute geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften stammt aus dieser Epoche. Die gegenwärtige Situation in der Entwicklung des österreichischen Arbeitsrechts ist vor allem durch folgende Komponenten geprägt:

1. Streben nach systematischer und inhaltlicher Vereinheitlichung des durch eine Vielzahl von Einzelgesetzen zersplitterten und unübersichtlichen Arbeitsrechts (Kodifikation des Arbeitsrechts). Neben den berufsspezifischen und themenspezifischen Einzelgesetzen bestehen Rechtsbereiche, in denen Teilkodifikationen gelungen sind.
2. Vordringen arbeitsmarktpolitisch motivierter und mit dem Sozialrecht verknüpfter besonderer Arbeitszeitmodelle (Gleitpension, Altersteilzeit, Solidaritätsprämienmodell, Bildungskarenz usw).
3. Anpassung des nationalen Arbeitsrechts an das Recht der Europäischen Union.
4. Feinabstimmung des Arbeitsrechts mit dem Sozialrecht zur Verbesserung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer und deren Angehöriger.
5. Tendenz zur Liberalisierung der arbeitsrechtlichen Schutznormen („Flexibilisierung“ – zB durch Arbeitszeit-Bandbreitenmodelle, Arbeitskräfteüberlassung, private Arbeitsvermittlung, Aussetzungsverträge).“

III. Zum Verhältnis von Arbeits- und Zivilrecht

Von *Martin Binder*

- 📖 *M. Binder*, Individualarbeitsrecht I, II (jeweils 2003⁴), Kollektives Arbeitsrecht (2001³), Österr Sozialrecht (2001²); – *F. Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969); – *Mayer-Maly*, Österr. Arbeitsrecht I (1987) 22 ff; – *Pichler* (Hg), Rechtliche Strategien zur Bewältigung der Wandlungen im Erwerbsleben (2000).

1. Das moderne Arbeitsrecht als weitgezogene Disziplin

Das moderne Arbeitsrecht stellt ein **weitgefächertes Rechtsgebiet** dar, das sich aus dem Recht des Arbeitsvertrages, Arbeitnehmer-Schutzrecht (zB technischer Gefahrenschutz), Betriebsverfassungsrecht (zB Mitwirkungsrechte des Betriebsrats), Verbandsrecht (zB Recht der Gewerkschaften und Berufskammern) und Arbeitskampfrecht (zB Streikrecht und Staatsneutralität) sowie dem

Arbeitsverfahrensrecht (zB Verfahren vor Arbeitsgerichten und Schlichtungsstellen) zusammensetzt. Für den Bereich des Zivilrechts sind hievon folgende Teilgebiete von Relevanz:

Arbeitsvertrag

Die **Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer (AN) und Arbeitgeber (AG)**, also der „Arbeitsvertrag“ mit seiner Arbeits- und Entgeltspflicht, Treue- und Fürsorgepflicht, die vor- und nachvertraglichen Beziehungen (zB Vertragsanbahnung und Zeugnispflicht) sowie allfälligen deliktischen Beziehungen (zB Ersatzpflichten bei Schädigung von AN-Eigentum; bezüglich der Personenschäden modifiziert das Sozialrecht das zivile Schadenersatzrecht). Der Arbeitgeberbegriff ist weit zu ziehen, weil auch Dritte (zB der Beschäftiger im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung oder der allein Gewinn ziehende „mittelbare“ AG) Pflichtenadressaten sein können, etwa bei Entgeltzahlung, Fürsorge- und sozialer Beitragspflicht.

Arbeitskollegen

Die **Rechtsbeziehungen zwischen den Arbeitskollegen**: Diese resultieren vorwiegend aus faktischer Arbeitsberührung; durch die Deutung des Arbeitsvertrages als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird der rechtliche Schutzbereich auf Mitarbeiter erweitert, mögen sie denselben oder einen anderen AG haben. Es lassen sich hier Verträglichkeitsgebote und Solidaritätspflichten gewinnen sowie spezielle Regeln für den Fall der Kollegenschädigung erkennen, aber auch Aspekte der Gruppenarbeitsverträge einbeziehen. Für Kollegenkonflikte ist jedenfalls der Sache nach zutreffend das Arbeitsgericht zuständig.

Verbände und
Belegschaftsvertretung

Das **Verhältnis** der einzelnen Arbeitsvertragssteile (also AN oder AG) **zu den Verbänden und der Belegschaftsvertretung**, soweit der Persönlichkeitsschutz, das „Hausrecht“ des AG und überhaupt die Grundrechte wirksam werden. Es geht um das Recht, ohne Druck einem Verband beitreten oder austreten zu können (sog „**positive**“, bzw „**negative**“ **Koalitionsfreiheit**), die Meinungs- und verbandsorientierte Betätigungsfreiheit in der Arbeitsstätte, somit um die sog „Drittwirkung“ der Grundrechte. Einzubeziehen ist aber auch das aktive Wahlrecht und die Wählbarkeit zum Betriebsrat sowie die Ausübung der **Mitbestimmungsrechte** in den diversen Belegschaftsgremien; man könnte diesbezüglich von einer sehr weit gezogenen Wirkung des Persönlichkeitsrechts nach § 16 ABGB sprechen;

Kollektivvertrag

Die **Normenverträge** (dh der Kollektivvertrag und die Betriebsvereinbarung) werden herrschend dem Privatrecht zugeordnet. Sie wirken **gesetzesgleich** auf die Arbeitsverträge und das betriebliche Geschehen ein, ohne dass normunterworfenen AN und AG in jedem Fall auf das Zustandekommen oder den Inhalt des kollektiven Gestaltungsmittels bestimmend Einfluss nehmen können. In Ermangelung expliziter verfassungsrechtlicher Deckung kann jedoch nur eine privatrechtliche Deutungsweise über die Denkfiguren der Verbandsrepräsentation und der rechtlich fingierten Einbeziehung in den Arbeitsvertrag zu einer friktionsfreien Geltungserklärung führen.

2. Die Beziehung der §§ 1152 ff ABGB (“Dienstvertrag”) zum modernen Arbeitsrecht

Stellt man diese Beziehungsgeflechte und Normenkomplexe nun dem 26. Hauptstück des ABGB über die Dienstleistungsverträge (§§ 1151 ff ABGB) gegenüber, so fällt einem die Eindimensionalität und Normenkargheit des zivilen Arbeitsvertragsrechts auf. Hiebei kommt es gar nicht darauf an, ob man einen Vergleich zum Lohnvertrag des Jahres **1812** (Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB), zum abhängigen Arbeitsvertrag der III. Teilnovelle **1916** (wesentliche Reformierung dieses Vertragstypes mit spezifischer sozialer Einfärbung) oder zum **aktuellen** Arbeitsvertragsrecht des ABGB (gekennzeichnet durch einige „Randkorrekturen“ als Folgeerscheinung des gestiegenen Wohlstandes und der beruflichen Sondergesetzgebung) zieht. Man ist insoweit enttäuscht, als das Arbeitsvertragsrecht des ABGB über **einige rudimentäre Bestimmungen** betreffend Arbeitsvertragsdefinition, Entgeltvermutung, Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Fürsorgepflicht und Vertragsbeendigung nicht hinausgelangt. Hiebei handelt es sich zudem um Normen, die entweder bezüglich der **Kriterien recht offen oder unvollständig** sind und deren Tatbestandsmerkmale daher noch eine entsprechende Konkretisierung und Weiterentwicklung erfahren müssen (zB Arbeitnehmerbegriff nach § 1153 ABGB; Umgrenzung des Betriebsrisikos nach § 1155 ABGB; wichtiger Auflösungsgrund nach § 1162 ABGB);

durch Spezialgesetze, kollektive Rechtsgestaltung oder die Unternehmenspraxis **partiell überholt** sind (zB Entgeltfälligkeit nach §§ 1154 Abs 2 S 2, 1154a ABGB; Kündigungsfristen nach §§ 1159 – 1159b ABGB);

faktisch bloß zur **Geltungsverbreiterung von wichtigen Regelungen der Spezialgesetzgebung** auf normativ unzulänglich erfasste AN-Gruppen dienen (zB „Postensuchzeit“ nach § 1160 ABGB; Folgen der rechtswidrigen Vertragslösung nach §§ 1162a – 1162d ABGB);

bisweilen nur eine **Weiterverweisung** auf andere Rechtsgebiete (zB bezüglich Konkurseröffnung in § 1161 ABGB) vornehmen.

Ganz **wichtige Rechtsbereiche** sind überhaupt nicht angesprochen, wie:

- der Dienstzettel, die Gleichbehandlung und der Diskriminierungsschutz,
- die Gefahrenabwehr und Kontrolle,
- die Entgeltsicherung, der Urlaubsanspruch, die Dienstnehmerhaftung,
- das Recht auf vorübergehende Herabsetzung der Arbeitszeit oder Vertragssuspension aus wichtigen persönlichen Gründen, der materielle Kündigungsschutz,
- der Betriebsübergang, die Entsendung in das Ausland sowie
- die Abfertigung und Betriebspension.

Dafür hat man entweder Sondergesetze geschaffen oder die Materien in ein eigenständiges **Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz** (AVRAG) höchst heterogener Natur ausgelagert. Man könnte daher resignierend das Resümee ziehen, dass dem Arbeitsvertragsrecht des ABGB bloß eine zeitlich begrenzte Lückenfüllungsfunktion zukommt – nämlich dessen Normen nur noch solange eine Daseinsberechtigung haben, als das antiquierte **Arbeiterrecht der Gewerbeordnung 1859** (§§ 72 ff) nicht endgültig erneuert wurde. Eine solche Schlussfolgerung wäre jedoch verfehlt.

Sondergesetze etc

3. Der soziale Schutzstandard der §§ 1151 ff ABGB

Es darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass selbst das zivile Arbeitsvertragsrecht in der geltenden Fassung **wichtige Prinzipien** enthält, die das gesamte Arbeitsrecht prägen und gleichsam einen **sozialen Standard widerspiegeln**, der keinesfalls unterschritten werden darf. Gemeint sind damit:

Die **Höchstpersönlichkeit** der Dienstleistungserbringung und die grundsätzliche **Unübertragbarkeit des Anspruchs** auf Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gemäß § 1153 ABGB. Dadurch wird vermieden, dass der AN bei persönlicher Verhinderung eine Ersatzkraft stellen muss oder im Falle des Darniederliegens der Unternehmensressourcen genötigt ist, bei anderen Arbeitgebern einzuspringen; gleichwohl bleibt der Entgelt(fort)zahlungsanspruch intakt.

Höchstpersönlichkeit

Die Verbürgung der **Entgeltangemessenheit** in § 1152 ABGB (eine auf andere Vertragstypen ausweitungsfähige Norm), wodurch den groben Begrenzungspfeilern der Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes (§ 934 ABGB) und des Wucherverbots (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) noch ein Feindikator beigegeben wird, der eine ausgleichende, auf die Einzelsituation eingehende Entgeltfestlegung ermöglicht.

Entgeltangemessenheit

Der Anspruch auf **Entgeltfortzahlung** bei persönlichen Hinderungsgründen (§ 1154b ABGB), besonders bei Krankheit und Unglücksfall, sowie im Rahmen des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos des AG (§ 1155 ABGB). Es wird hier darauf Bedacht genommen, dass die vereinbarte Entgelthöhe prinzipiell nicht ausreicht, um unvorhersehbare Fälle von Arbeitsverhinderung überbrücken zu können, sowie dem bedeutenden Umstand Rechnung getragen, dass der AN keine Möglichkeit hat, die Produktions- und Wirtschaftspläne seines AG mitzugestalten. Das Risiko von Umsatz- und Markteinbrüchen trifft somit zwangsläufig denjenigen, der die Wirtschaftsführung des Unternehmens bestimmt, also den AG.

Entgeltfortzahlung

Die Verankerung der **Fürsorgepflicht** des AG in § 1157 ABGB als besondere Form des Gebots zur Fremdinteressenwahrung. Damit wird deutlich, dass die auch anderen Schuldverhältnissen eigen-tümlichen Schutz-, Warn- und Auskunftspflichten bei persönlich geprägten Dauerschuldverhält-

Fürsorgepflicht

Befristete
Arbeitsverhältnisse

nissen besonders intensiv ausgestaltet sind. Eine weitergehende Konkretisierung der geschützten Rechtsgüter (zB in Bezug auf Ehre, Vermögen des AN) täte allerdings not.

Die grundsätzliche Zulassung von **befristeten Arbeitsverhältnissen** (§ 1158 Abs 1 ABGB). Ein Sachgrund muss nur angegeben werden, wenn – spezialgesetzlich positiviert – das Unterlaufen von spezifischen Schutzzwecken (zB des Mutterschutzes) zu befürchten steht oder – zur Vermeidung von Diskriminierung (zB von Behinderten) – eine benachteiligende Behandlung gegenüber den unbefristet beschäftigten AN droht. Diese Art des Nebeneinanders von terminisierten und auf unbestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsverhältnissen belässt im Sinne der zivilen Vertragsfreiheit den Parteien die **grundsätzliche Wahl** der zweckmäßigsten Beendigungsform unter weitgehender Ausschaltung von Missbrauchsgefahr und reduziert die – aus der deutschen Rechtspraxis bekannten – Abgrenzungsprobleme.

Kündigung

Die beiden Hauptbeendigungsformen der fristbezogenen, jedoch begründungsfreien **Kündigung** und der vorzeitigen **Lösung aus wichtigem Grund** (§§ 1158 ff, 1162 ff ABGB) werden dogmatisch klar konturiert, ohne in zu viele Details auszumünden. Sieht man einmal von der Notwendigkeit einer Modernisierung und Vereinfachung des ABGB-Fristenmodells sowie einer demonstrativen Konkretisierung des wichtigen Auflösungsgrundes (etwa dem Angestelltengesetz vergleichbar) ab, kann die Detailausformung durchaus der beruflichen Sondergesetzgebung und auch der kollektivvertraglichen Ausgestaltung überlassen werden.

4. Postulat: Eine auf das Wesentliche beschränkte Arbeitsrechtskodifikation im ABGB

Das gerade aufgezeigte **Grundkonzept des Arbeitsvertragstypus** sollte somit jedenfalls im ABGB erhalten bleiben und mE sogar noch durch wesentliche Elemente der bereits unter Pkt 2. aufgelisteten Art angereichert werden. Es ist somit nicht eine Arbeitsrechtskodifikation außerhalb des ABGB zu realisieren – wie es offensichtlich im Ansatz durch das AVRAG versucht wird, sondern das Vertragstypenkonzept des ABGB auch in Bezug auf den Arbeitsvertrag weiter zu entwickeln. Dies hätte den Vorteil, dass die **Regeln der Rechtsgeschäftslehre, des allgemeinen Schuld-, Schadenersatz- und Bereicherungsrechts** ohne zusätzliche Verweise oder gar Parallelverschiebung in ein allgemeines Arbeitsgesetzbuch angewandt werden könnten. Wichtige Rechtsfragen betreffend

- Willensmängel und Verzug,
- Bestärkung oder Lockerung von Vertragspflichten,
- Erfüllungspflicht oder Zurückbehaltungsrecht,
- Vergleich, Zession und Schuldübernahme,
- Kompensation und Verjährung,

Rückgriff auf die
Stammmasse des ABGB

könnten somit durch problemlosen Rückgriff auf die Stammmasse des ABGB gelöst werden. Sollte sich aus der **besonderen Struktur des Arbeitsverhältnisses oder berufsspezifischen Besonderheiten** die Notwendigkeit zur Anpassung einzelner ziviler Rechtsfiguren ergeben (zB im Zusammenhang mit Verzicht und „Drucktheorie“), so könnte dies unmittelbar in dem regelnden Normenkomplex erfolgen. Damit wäre der Sachzusammenhang und auch die Wertungseinheit im weitestgehenden Maße gesichert.



Vgl dazu auch *F. Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969).

ABGB: Grundregeln und
Standards des
Arbeitsrechts

Das Arbeitsvertragsrecht des **ABGB** hätte somit die Aufgabe, die **Grundregeln und Standards des Arbeitsrechts** in allgemeinerer und abstrakter Form vorzugeben, an denen sich dann die berufsspezifischen Sondergesetze und auch Kollektivverträge ausrichten könnten. Lediglich die komplizierten Detailregelungen sollten der arbeitsrechtlichen Sondergesetzgebung überlassen bleiben. Dies hätte den Vorteil, dass Differenzierungen in fachlicher, personeller oder regionaler Hinsicht leichter durchgeführt sowie neue Modelle und Praktiken normativ erprobt und adaptiert werden könnten, ohne jeweils das Grundkonzept verändern zu müssen. Das Arbeitsvertragsrecht

des ABGB bildete somit den stabilen Kernbereich („eherne Turm in der Brandung“), um den herum sich das dynamische Potential des Arbeitsrechts in spezialgesetzlichen und kollektiven Regelungen entfalten könnte und der Rechtsfortbildung Spielraum gelassen würde. Insofern ist der Einbau von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen im zivilen Arbeitsvertragsrecht (zB durch den Verweis auf Ortsüblichkeit und Angemessenheit) nicht zu kritisieren, sondern im Sinne der Normenbeständigkeit und mit Rücksicht auf die Spezialregelungsflexibilität durchaus angebracht.

Auf den zivilen Arbeitsvertragsgesetzgeber wartet somit eine Menge Arbeit. Es müssen Grundregeln und Standards für das Arbeitsrecht entwickelt werden, denen nicht nur **fortschrittliche arbeitsrechtliche** Sondergesetze (wie zB das AngestelltenG, SchauspielerG, BerufsausbildungsG) als Vorbild zu dienen hätten, sondern die sich auch an **anderen Vertragstypen mit einem chronisch unterlegenen Vertragsteil** (zB Mieter, Versicherungsnehmer, Verbraucher) zu orientieren und brauchbare Schutzregeln zu rezipieren hätten.

Sondergesetze

 *M. Binder*, Der arbeitsrechtliche Bezug des Konsumentenschutzgesetzes, in: FG Mayerhofer 17 ff (2002).

B. Der Arbeitsvertrag

I. Arbeitsvertragstypen

1. Leistung abhängiger Arbeit

Der „Dienstvertrag“ des ABGB (§§ 1151 und 1153 ff ABGB), heute idR Arbeitsvertrag genannt, ist ein Vertrag über Leistung abhängiger, also unselbständiger Arbeit. Das Arbeitsrecht gilt als Recht der sozial typisch Schwächeren, also einer Personengruppe, die besonderen gesetzlichen Schutz benötigt.

Arbeitnehmer schulden ihrem Arbeitgeber eine **auf Zeit abgestellte Arbeitsleistung** und nicht einen bestimmten Arbeitserfolg. Ihre Tätigkeit ist – wie beim Werkvertrag – faktischer/tatsächlicher und nicht rechtlicher oder rechtsgeschäftlicher Art wie beim Auftrag. Arbeitnehmer sind aber verpflichtet, ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten anzubieten und die Arbeit so zu leisten, wie sie ohne Schädigung der Gesundheit auf Dauer nach dem individuellen Leistungsvermögen unter Bedachtnahme auf betriebliche Gegebenheiten oder den Ortsgebrauch erbracht werden; SZ 57/1 (1984): Zahntechniker.

Auf Zeit abgestellte
Arbeitsleistung

Zu den immer mehr in den Vordergrund tretenden atypischen Arbeitsverhältnissen → B.IV.11. – Neoliberalismus, Globalisierung, EU-Ideologie und mangelndes nationales soziales Verständnis höhlen den Schutz abhängig geleisteter Arbeit im Interesse der Wirtschaft / des Kapitals immer mehr aus.

2. Höhere Dienste

Der Typus des Arbeitsvertrags wird auch für **höhere Dienste** verwendet; zB für leitende Angestellte, Geschäftsführerverträge bei GmbHs, Anstellungsverträge für Vorstandsmitglieder einer AG, kurz: Verträge für wirtschaftliche Führungskräfte, sog Managerdienstverträge. Zum freien Dienstvertrag → B.I.4.

Leitende Angestellte iSd ArbVG 1974 erscheinen durch ihre Aufgaben in die Nähe der Arbeitgeberposition gerückt. Sie genießen daher nicht denselben Schutz – zB gegen sozialwidrige Kündigungen – wie normale Arbeitnehmer; vgl § 36 Abs 2 Z 3 mit § 105 Abs 3 ArbVG:

Leitende Angestellte

 Dazu *M. Binder*, DRdA 1999, 358 ff mwH; – *Rungaldier / Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); – *dieselben*, Manager Dienstverträge (1997²); – *Weber*, Der Anstellungsvertrag des Managers (1991).

3. ABGB und Sonderprivatrecht

Beim Arbeitsvertrag sind – wie zB auch beim Bestandvertrag (MRG!) – die einschlägigen Vorschriften des ABGB durch spätere Sondervorschriften (= Arbeitsrecht) weitgehend ersetzt worden. Es handelt sich um **Sonderprivatrecht**, wenngleich das Arbeitsrecht auch viel öffentliches Recht enthält; zB ArbeitnehmerschutzG (ASchG 1994, BGBl 450) oder BeamtendienstrechtsG / BDG 1979.

Das **Arbeitsrecht im heutigen Sinn** hat sich erst nach dem Ersten Weltkrieg zu einem eigenen Rechtsgebiet entwickelt. Die Vorschriften des ABGB über den Dienstvertrag betreffen den **Einzelarbeitsvertrag**, wenngleich auch hier vieles durch Sondergesetz geregelt wurde; zB AngG 1921. – Die allgemeinen Vorschriften des ABGB sind für das Arbeitsrecht aber weiterhin von Bedeutung. Vgl → A.III.: M. Binder.

BEISPIELE:

- § 1 Abs 1 AngG: „Dieses [Bundesgesetz] gilt für das Dienstverhältnis von Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer (Handlungsgehilfen) oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind.“
- § 1 Abs 1 BDG: „Dieses [Bundesgesetz] ist auf alle Bediensteten anzuwenden, die in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehen. Sie werden im folgenden als ‘Beamte’ bezeichnet.“

4. Der sog freie Dienstvertrag

Schillerndes Konstrukt

Neben dem Arbeitsvertrag und dem Werkvertrag kennt das österreichische Recht eine weitere Rechtsfigur: den freien Dienstvertrag. Er ist ein schillerndes Konstrukt, das sich im Zivilrecht anders ausnimmt, als im Arbeits-, Sozial(versicherungs)- und Steuerrecht. – Problematisch ist diese Rechtsfigur vornehmlich deshalb, weil sie gerne zu **Umgehungen** (von Arbeitgeberseite) verwendet wird. So werden auch „normale“ Arbeitnehmer – zB Angestellte/Mitarbeiter von Architekten oder (Foto)Journalisten von Tageszeitungen – in die Stellung sog **freier Mitarbeiter** gedrängt (eine andere Möglichkeit ist die der neuen Selbständigkeit, die auf Werkvertragsbasis arbeitet) und verlieren dadurch sowohl den arbeitsrechtlichen (Urlaub, Abfertigung, Entgeltfortzahlung oder Insolvenzentgeltsicherung; auch Kollektivverträge gelten nicht mehr für sie), als auch den sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen (Einkommens-, statt Lohnsteuer) Schutz von Arbeitnehmern. Besondere Benachteiligungen können sich zusätzlich daraus ergeben, dass freien Dienstnehmern für die Dauer der vertraglichen Beziehung ein **Konkurrenzverbot** auferlegt wird.

Arbeitnehmerbegriff des § 4 Abs 4 ASVG

Wird von freien Dienstnehmern der sozialversicherungsrechtliche **Arbeitnehmerbegriff** des § 4 Abs 4 ASVG erfüllt, unterliegen sie zwar der Sozialversicherung, die aber für sie wesentlich ungünstiger ausgestaltet ist als für normale Arbeitnehmer: So zahlt der Arbeitgeber nur etwa die Hälfte der sonstigen Beiträge und es besteht keine Pensionsversicherung.

Deutschland

Anders ist das in **Deutschland**, wo die Kategorie unseres freien Dienstvertrags im (allgemeinen) Dienstvertrag aufgeht, der auch solche typisch höhere Dienste erfasst, die idR nur auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden; vgl § 627 dtBGB.

Fälle selbständiger Arbeit als zivilrechtliche Dimension des freien Dienstvertrags

Es gibt aber auch **Fälle selbständiger Arbeit**, in denen – anders als beim Werkvertrag – für den **Erfolg nicht einzustehen** ist. Das ist gleichsam die zivilrechtliche Dimension des freien Dienstvertrags: – Der behandelnde oder operierende Arzt, der prozessführende Firmenanwalt oder der Steuerberater eines Unternehmens schulden zwar sachgemäßes Wirken, sie können aber einen Erfolg nicht (immer) versprechen. Man nennt diese Verträge, bei denen **selbständig Tätige** einerseits **nicht für einen Erfolg einzustehen** haben, andererseits aber ein **rechtliches Dauerverhältnis** (auf bestimmte oder unbestimmte Zeit), wenngleich uU ohne feste/fixe Bezüge, begründet wird, ebenfalls freie Dienstverträge. Entscheidend ist ferner nach J. Berger, dass trotz Selbständigkeit eine „**wirtschaftliche Abhängigkeit** von einem oder wenigen Dienstgebern“ besteht; das trifft auf die bereits erwähnten freien Mitarbeiter in Medienunternehmen (zB ORF), aber auch auf Reise-

leiter oder Betriebsärzte zu. – Rechtsanwälte oder Steuerberater etc könnten aber auch, was die Sache nicht einfacher macht, die Stellung von Arbeitnehmern (eines Unternehmers) einnehmen.

BEISPIEL: Typisch der Syndikus (= Rechtsberater/Konsulent) eines Unternehmens; zB freier Rechtsanwalt, der dieses Unternehmen ständig berät und vertritt – etwa eine gemeinnützige Bauvereinigung oder ein großes Privatunternehmen. Ähnliches gilt für Wirtschaftstreuhänder, Steuerberater oder Unternehmensberater.

Auf Grund des für die Parteien nötigen Vertrauensverhältnisses sind derartige Vertragsbeziehungen als Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich **leichter kündbar**; häufig sogar fristlos auch ohne wichtigen Grund. Das hat seinen Grund vornehmlich darin, dass ein Wegfall oder doch Zweifel an der **Vertrauensbeziehung** rasch beseitigt werden können soll. – Die Abhängigkeit wird dadurch natürlich erhöht und wir wissen, dass bspw Anwälte für Bautäger auch fragwürdige „Aufträge“ erfüllt haben und erfüllen.

Vertrauensbeziehung

Die große praktische Bedeutung des freien Dienstvertrags kommt auch daher, dass die **Arzt-Patient-Beziehung** nach hA als freier Dienstvertrag verstanden wird → Kapitel 10.B.II.1., S. 683.

Arzt-Patient-Beziehung

II. Vertragsfreiheit beim Arbeitsvertrag

1. Abschlussfreiheit

Allgemein zur Vertragsfreiheit → Kapitel 5.C.I., S. 306.

Grundsätzlich besteht auch für Arbeitsverträge **Form- und Abschlussfreiheit**; Ausnahmen von der Abschlussfreiheit statuieren aber etwa das InvalideneinstellungsG 1970, seit BGBl 1988/721: BehinderteneinstellungsG (1 Invalide / Behinderter auf 25 Beschäftigte; die Einstellungspflicht ist jedoch in Geld ablösbar) oder das BerufsausbildungsG/BAG, das zwingende Schutzbestimmungen für Lehrlinge kennt. Auch das Arbeitszeitgesetz/AZG ist hier zu nennen.

Die **Ausgleichstaxe** je nicht beschäftigtem Behinderten beträgt derzeit (seit 1.7.2001) monatlich 2.700 S (196 €). Eine wesentliche Verschlechterung für Behinderte besteht nunmehr auch darin, dass der Kündigungsschutz für Behinderte für die ersten 6 Monate des Dienstverhältnisses beseitigt wurde (!).

Zu Ausnahmen von der Formfreiheit → Kapitel 15.E., S. 955.

2. Inhaltsfreiheit

Die Inhaltsfreiheit wird bei Arbeitsverträgen häufig durch **zwingende Gesetzesbestimmungen** und **Kollektivverträge** (→ Kapitel 11.D.II.7., S. 740) eingeschränkt. – Dennoch werden immer wieder unerlaubte Vereinbarungen zum Nachteil von Arbeitnehmern/innen getroffen. Typisches Beispiel sind sog Ketten(arbeits)verträge, die Arbeitnehmer um ihre Urlaubs-, Abfertigungs-, Entgelts- und Kündigungsrechte oder -ansprüche bringen sollen.

Inhaltlich unklar bleiben in Arbeitsverträgen aber oft auch andere Vereinbarungen, etwa die, dass ein Arbeitnehmer im Falle seines Ausscheidens die Ausbildungskosten zurückzahlen hat. – Als Faustregel dafür kann gelten: Bloße **Einschulungskosten** in den Betrieb sind nicht zu ersetzen, echte **Ausbildungskosten** dann, wenn durch die Ausbildung bessere Verdienstmöglichkeiten (auch in anderen Unternehmen) geschaffen werden. Entscheidend für die Frage der Rückzahlung ist auch die Art der Beendigung des Dienstverhältnisses. Trifft den Arbeitgeber daran Verschulden, besteht kein Rückzahlungsanspruch, kündigt ein Arbeitnehmer selbst oder trifft ihn Verschulden an der Entlassung, ist zurückzahlen. Liegt die Ausbildung länger zurück, anerkennt die Rspr nur eine abnehmende Rückzahlung. Längere zeitliche Rückzahlungsanordnungen werden von der Rspr nur ausnahmsweise als nicht sittenwidrig angesehen. Allgemein darf durch die vereinbarte Verpflichtung zum Rückersatz, das berufliche Fortkommen von Arbeitnehmern/innen nicht ungebührlich erschwert werden.

Ausbildungskosten

Allgemein zur Sittenwidrigkeit → Kapitel 11.E., S. 745.

 ZAS 2001,147/16: §§ 879, 914 ABGB- Rückersatz von Ausbildungskosten ?

Kollektivverträge Große Bedeutung für den „Inhalt“ von Arbeitsverträgen besitzen Kollektivverträge. Kollektivverträge sind Vereinbarungen, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer schriftlich abgeschlossen werden; § 2 ArbVG 1974. – Neben Gesetzen und Rechtsverordnungen ist der Kollektivvertrag eine eigene Rechtsquelle des Arbeitsrechts.

Zur Rechtsquellenlehre allgemein und zur Stellung des Kollektivvertrags darin → Kapitel 11.D., S. 736.
Hinzuweisen ist darauf, dass Kollektivverträge nicht im Bereich des öffentlichen Dienstrechts gelten; also etwa für Bedienstete von Bund, Ländern und Gemeinden.

Wirken auch normativ... Der Kollektivvertrag **wirkt normativ**, dh gestaltend auf die ihm unterliegenden einzelnen Arbeitsverhältnisse. Ihr Sinn liegt darin, die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten für ganze Gruppen von Arbeitnehmern zu regeln. Der Kollektivvertrag kompensiert die sonst bestehende wirtschaftliche Übermacht der Unternehmerseite wenigstens zum Teil und erfüllt wichtige sozialpolitische Funktionen.

Was wird in Kollektivverträgen geregelt?
BEISPIEL: **Kollektivvertrag der Oberösterreichischen Ordens-Spitäler mit Öffentlichkeitsrecht**, gültig ab 1.1.1995 (Auszug): Einstellung, Probemonat, Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit, Dienstzettel, anrechenbare Vordienstzeiten, Kündigungsfristen, besonderer Kündigungsschutz, Normalarbeitszeit, Arbeitszeit für jugendliche Dienstnehmer, Überstunden, Rufbereitschaft, Bereitschaft, Entlohnungsschema, Sonderzahlungen, Teilzeitbeschäftigung, Ferielaushilfen, Zulagen, Unterkunft und Verpflegung, Anspruch bei Dienstverhinderung, Dienstjubiläum, Abfertigung, Erholungsurlaub, Zusatzurlaub, Sonderfreizeit, Urlaubsantritt, Urlaubsentgelt, erweiterter Karenzurlaub, Reisekosten, Fahrtkostenzuschuss, Dienstkleidung und Reinigung, Verfall von Ansprüchen, Gültigkeitsdauer des Kollektivvertrages; Anlagen: Einstufungsschema für Angestellte und Arbeiter, Entlohnungsschema für Angestellte und Arbeiter, Zulagenkatalog (zB Erschwerniszulage, Gefahrenzulage, Nachtdienstzulage, Bereitschaftszulage, Haushaltszulage, Kinderzulage, Schmutzzulage, EDV-Zulage, Ergänzungszulage für langjährige Dienstnehmer etc.

Arbeitszeitgesetz Eine andere wichtige Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Arbeitsverträgen enthält das **ArbeitszeitG** /AZG 1969, BGBl 461 idGF. Es regelt viele Spezialfragen und hat sich im Laufe seiner Geltung stark geändert; zB Flexibilisierung der Arbeitszeit, Sonderbestimmungen für die Arbeitszeit von Kfz-/Lkw-Lenkern oder Abgeltung von Zeitguthaben von Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. – Die nationalen Regelungen über die Arbeitszeit sind mittlerweile durch EU-Recht überlagert.

In Teilbereichen bestehen Sonderarbeitszeitgesetze; etwa das Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz / KA-AZG , BGBl I 1997/8.

III. Der Arbeitsvertrag als Dauer(schuld)verhältnis

Wir kennen bereits die allgemeine Unterscheidung zwischen Schuldvertrag (punktuelle Betrachtung) und Schuldverhältnis (rechtliches Spektrum / Kontinuum). Sie spielt auch hier eine wichtige Rolle; vgl → Kapitel 7.A.II.2., S. 416.

1. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

Arbeitsaufnahme Durch die tatsächliche **Arbeitsaufnahme** entsteht aus dem Arbeitsvertrag das Arbeitsverhältnis. – Ab diesem Zeitpunkt finden die Regeln für Dauerschuldverhältnisse Anwendung, bis dorthin gelten noch die für Zielschuldverhältnisse. – Erscheint bspw ein Arbeitnehmer nicht wie vereinbart zur Arbeit (Schuldnerverzug), kann der Arbeitgeber vom Vertrag (noch) zurücktreten; § 30 AngG. Nach tatsächlicher Aufnahme der Arbeit ist dagegen zu kündigen; §§ 20 ff AngG.

Rücktritt oder Kündigung Die unterschiedliche Terminologie – **Rücktritt** oder **Kündigung** – zeigt grundsätzlich an, ob es um die Beendigung eines Ziel- oder die Auflösung / Aufhebung eines Dauerschuldverhältnisses geht! – Vgl EvBl 1999/117: Beginn des Erfüllungsstadiums eines Arbeitsverhältnisses. – Der Entgeltanspruch wegen Dienstverhinderung (§ 8 Abs 1 AngG) setzt die vorherige Arbeitsaufnahme voraus. Der Dienstnehmer hat keinen Anspruch auf Entgeltzahlung, wenn er vor dem Antritt des Arbeitsverhältnisses einen Verkehrsunfall erleidet.

2. Endigung von Arbeitsverträgen

Die Endigung von Arbeitsverträgen folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln für Dauerschuldverhältnisse → Kapitel 6.D., S. 387. Sie erfolgt durch **Zeitablauf** (§ 19 AngG) oder die jederzeit mögliche **einvernehmliche Aufhebung** (= zweiseitiges Rechtsgeschäft/Beendigungsvertrag) und bei Arbeitsverträgen auf unbestimmte Zeit durch ordentliche **Kündigung**; §§ 20 ff AngG. § 1158 Abs 4 ABGB formuliert:

„Ist das Dienstverhältnis ohne Zeitbestimmung eingegangen oder fortgesetzt worden, so kann es durch Kündigung ... gelöst werden.“

§ 1160 Abs 1 ABGB und § 22 Abs 1 AngG (beide in der Fassung des ARÄG 2000) bringen nahezu wortgleich eine neue Regelung der sog **Dienstpostensuchtage** („Freizeit während der Kündigungsfrist“) bei Kündigung durch den Dienstgeber. – Dem Dienstnehmer ist während der Kündigungsfrist auf sein Verlangen wöchentlich mindestens ein Fünftel der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ohne Schmälerung des Entgelts freizugeben.

Dienstpostensuchtage

Eine **vorzeitige Auflösung** des Arbeitsverhältnisses erfolgt durch den Tod des Arbeitnehmers oder das Erreichen der Altersgrenze; bei Vorliegen wichtiger Gründe durch außerordentliche Kündigung, dh vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers oder fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber. Vorzeitiger Austritt und fristlose Entlassung (man bezeichnet diese beiden Kündigungsmöglichkeiten auch als außerordentliche Kündigung) erfolgen in erster Linie wegen schuldhafter Pflichtverletzungen (zB ein Arbeitnehmer betreibt Nebengeschäfte), aber auch aus Gründen ohne Verschulden; zB Arbeitnehmer wird durch schwere Krankheit arbeitsunfähig. Die §§ 26, 27 AngG zählen bspw wichtige (Kündigungs)Gründe für Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf.

Vorzeitige Auflösung

Außerordentliche Kündigung

 SZ 65/134: Tonbandaufnahme eines Gesprächs unter vier Augen → Kapitel 4.C.II., S. 252.

- Vgl auch → Kapitel 6.D.III.2., S. 392: Diskothek.

- SZ 71/14 (1998): Gerechtfertigter vorzeitiger Austritt eines Arbeitnehmers (ohne vorherige Nachfristsetzung) dem trotz Urgezen monatelang das gesamte Entgelt vorenthalten wurde.

 *Trinkl*, Die Entlassung (1998).

 ABBILDUNG: Beendigung von Dienstverhältnissen

Bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses können **Schadenersatzansprüche** entstehen, wenn zB ein Arbeitnehmer nicht rechtmäßig entlassen wird oder ein Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt. In diesen Fällen wird das Arbeitsverhältnis dennoch mit sofortiger Wirkung beendet. Der Arbeitgeber hat also bspw bei fälscher Kündigung keinen Anspruch mehr auf Dienste, muss aber Lohn bis zum Zeitpunkt weiterzahlen, in dem das Arbeitsverhältnis korrekt geendet hätte; sog **Kündigungsschädigung**.

Kündigungsschädigung

Mit Endigung des Arbeitsverhältnisses erlöschen aber nicht alle Rechte und Pflichten. Es können **Nachwirkungen** eintreten; zB Pflicht zur Ausstellung von (Arbeits)Zeugnissen (§ 39 AngG), Zahlung der Abfertigung (§ 23 AngG), verschiedene Rückstellungspflichten (zB von Arbeitsgerät oder -kleidung), Beschränkungen durch Konkurrenzklauseln wirken überhaupt erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses; § 36 AngG.

Nachwirkungen

Eine weitere Konsequenz der Beendigung eines Dienstverhältnisses ist die **Abfertigung**. – Das Abfertigungsrecht wurde jüngst auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt.

Abfertigung

 *Mayr/Resch* (Hg), Abfertigung neu – Betriebliches Mitarbeiterversorgungsgesetz (2002)

Seit 1. Jänner 2003 gilt grundsätzlich das **Betriebliche MitarbeitervorsorgeG** (BMVG, BGBl 2002 I 100); ausgenommen sind zB Bauarbeiter, Vertragsbedienstete der Länder und Gemeinden sowie Beamte. Alle vor Inkrafttreten abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse unterliegen weiterhin dem alten Abfertigungsrecht, können aber durch Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber dem neuen Abfertigungsrecht unterstellt werden. – Neu ist auch, dass sich nunmehr der Abfertigungsanspruch nicht mehr gegen den Arbeitgeber, sondern an eine **Mitarbeitervorsorgekasse** richtet, in welche der Arbeitgeber für jeden Arbeitnehmer monatlich einen Betrag von 1,53%

Grundsätze der Abfertigung neu – Vergleich zur alten Lösung

des Arbeitsentgelts einzahlt. Die **Einhebung** dieser Beträge nimmt der zuständige gesetzliche Krankenversicherungsträger vor, der die Beträge an die Mitarbeitervorsorgekasse weiterleitet. Der Arbeitgeber kann die geleisteten Beiträge als **Betriebsausgabe** steuerlich absetzen.

Nach der Abfertigung neu hat **jeder Arbeitnehmer** einen **Anspruch auf Abfertigung**, gleichgültig, ob er selbst kündigt oder gekündigt wird. Der Anspruch ist entweder auf **Auszahlung** oder nur auf **Mitnahme des Anspruchs** (zu einem anderen Arbeitgeber) gerichtet; sog Rucksackprinzip. – Die Abfertigung neu kennt auch die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seinen Abfertigungsanspruch in eine **Zusatzpension** umzuwandeln; § 17 Abs 1 Z 4 BMVG. – Eine **Abtretung** und **Verpfändung** von Abfertigungsansprüchen ist grundsätzlich nicht möglich; für eine **Pfändung** gelten die Vorschriften und Einschränkungen der EO. – Zum **Konkurs** einer Mitarbeitervorsorgekasse § 36 BMVG. Näheres bei J. Berger 46 ff → A.: Literatur.

Nach § 23 Abs 7 AngG **entfällt** der (alte!) Abfertigungsanspruch, wenn **Angestellte (selbst!) kündigen** oder ohne wichtigen Grund **vorzeitig austreten** oder wenn sie **Verschulden an der vorzeitigen Entlassung** trifft. Nach § 23a AngG besteht der (alte) Abfertigungsanspruch aber auch dann, wenn zB das Dienstverhältnis mindestens 10 Jahre ununterbrochen gedauert hat und bei Männern nach Vollendung des 65. Lebensjahres, bei Frauen nach Vollendung des 60. Lebensjahres durch Kündigung seitens des Dienstnehmers endet. – Hat das Dienstverhältnis ununterbrochen Jahre gedauert, gebührt/e Angestellten bei Auflösung eine Abfertigung in Höhe des -fachen (letzten Monatsgehalts): nach

- 3 Dienstjahren: das 2-fache
- 5 Dienstjahren: das 3-fache
- 10 Dienstjahren: das 4-fache
- 15 Dienstjahren: das 6-fache
- nach 20 Dienstjahren: das 9-fache
- nach 25 Dienstjahren: das 12-fache.

Abfertigung (1)		
	Alt	Neu
Abfertigung – Wann?	Frühestens nach 3 J	Anspruch ab dem ersten Tag – er „wächst“
Voraussetzungen	Nur bei Kündigg durch AG od einvernehmlicher Lösung	Anspruch auch bei Selbstkündigg; er wird mitgenommen
Höhe	Nach 3 J: 2 Gehälter nach 5 J: 3 – – nach 10 J: 4 – – nach 15 J: 6 – – nach 20 J: 9 – – nach 25 J: 12 – –	Anspruch steigt kontinuierlich mit Beschäftigungsdauer

Abbildung 12.1: Abfertigung (1)

Abfertigung (2)		
	Alt	Neu
Finanzierung	Lohnbestandteil – womit Firma Rücklagen bildet	Laufende Beiträge in Abfertigungskasse
Karenz- und Kindererziehungszeiten: Ersatzzeiten	Nicht berücksichtigt; Kein Anspruch während Karenz	Wird berücksichtigt – Abfertigung auch während Karenz
Lehrlinge	Keine Abfertigung nach Beendigung der Lehrzeit	Anspruch entsteht auch während der Lehrzeit

Abbildung 12.2: Abfertigung (2)

 EvBl 1999/31: Das Vorliegen einer bestimmten, den Abfertigungsanspruch vernichtenden Beendigungsart eines Arbeitsverhältnisses ist nach der Rspr vom Arbeitgeber zu beweisen.

IV. Gegenseitige Rechte und Pflichten

Die aus dem Arbeitsvertrag und dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten sind über viele Gesetze verstreut; bspw ABGB, AngG, AVRAG, UrlG, AZG etc.– Bei Regelung einer Sachfrage in einem Spezial- oder NebenG, die über den Anwendungsbereich des speziellen Gesetzes hinausreicht und von allgemeiner Bedeutung ist, wird von **lex fugitiva** gesprochen; wörtlich: flüchtiges/fliehendes Gesetz. – Gemeint ist damit, dass sich eine Regelung an einem Ort findet, an dem man sie nicht erwartet. Leges fugitivae kommen immer wieder vor, sind aber legistisch problematisch. Vgl etwa § 2 AVRAG.

lex fugitiva

1. Der „Dienstzettel“

Gemäß § 2 AVRAG 1993 hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses eine schriftliche Aufzeichnung – sog „Dienstzettel“ – über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag auszustellen.

2. Arbeitspflicht und Entgeltzahlung

Arbeitnehmer/innen haben nach dem Arbeitsvertrag ihre Arbeitskraft persönlich zur Verfügung zu stellen. Der Anspruch auf Arbeit ist auf beiden Seiten höchstpersönlich und kann daher nicht einseitig übertragen werden (§ 1153 Satz 1 ABGB): Man kann also Arbeitnehmer/innen nicht (ohne weiteres) „verleihen“, aber auch Arbeitnehmer können nicht „Ersatz“ schicken, wenn sie keine Lust zur Arbeit haben. – Das moderne Arbeitsvertragsdenken stellt der **Arbeitspflicht des Arbeitnehmers**, die **Entgeltverpflichtung des Arbeitgebers** gegenüber. Es handelt sich um einen korrespondierenden Leistungsaustausch.

Persönliche Arbeitspflicht

Zur Arbeitnehmerüberlassung / „Leiharbeit“ → B.IV.12.

Arbeitnehmer sind zu vertragsgemäßer, gewissenhafter Arbeit und berufstätiger Sorgfalt unter Beachtung der **Weisungen** / Anordnungen des Arbeitgebers verpflichtet.

Sorgfaltspflicht AN – Weisungsrecht AG

Bei **typisch schadensgeneigten Arbeiten** (zB Fernfahrer oder Inkassotätigkeit; zB Kellnerin, Kassier), darf diesen Personen nicht allein das (Schadens)Risiko aufgebürdet werden. Zum D(N)HG → F.I.; zur analogen Anwendung des § 1014 letzter HalbS ABGB auf Arbeitsverhältnisse → D.II.2. – Zudem besteht in diesen Fällen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers heraus die Pflicht, Arbeitnehmersrisiken allenfalls zu versichern (Haftpflicht + Kasko); zB Fernfahrer.

Schadensgeneigte Arbeiten

Entgelt	Als Gegenleistung für die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft erhalten Arbeitnehmer ein Entgelt ; zB § 1152 ABGB: „Ist im Vertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.“
Fälligkeit des Entgelts	Das Entgelt wird idR in Geld entrichtet und ist grundsätzlich im Nachhinein fällig; § 1154 Abs 1 ABGB. Es kann aber vereinbart werden, dass es nicht – wie im Gesetz vorgesehen – nach erfolgter Arbeitsleistung, sondern im Vorhinein zu entrichten ist, was in der Arbeitsvertragspraxis häufig vorkommt und (auch) als Entgeltvorauszahlung bezeichnet wird. Zur Abgrenzung von: Entgeltvorauszahlung, Entgeltvorschuss und Arbeitgeberdarlehen → B.IV.13. § 1154 Abs 3 ABGB statuiert, dass bereits verdientes Entgelt mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses „in jedem Falle ... fällig“ wird. Was das bedeutet zeigt die folgende E:  OGH 28. 2. 2001, 9 Ob A 325/00k, JBl 2001, 600: Kraftfahrer gibt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Fahrtenschreiberaufzeichnungen nicht heraus und klagt auf ausständigen Lohn. – OGH: Ein Zurückhalten des Arbeitsentgelts (ob wegen Nichterfüllung einer Nebenpflicht seitens des Arbeitnehmers oder aus einem anderen Grund) ist grundsätzlich unzulässig. Selbst wenn zugunsten des Arbeitgebers ein Retentionsrecht vereinbart worden wäre, kann es die relativ zwingende Bestimmung des § 1154 Abs 3 ABGB nicht umgehen. (Ein Suspendieren der Zug-um-Zug-Leistungspflicht ist aus gesetzlichen Gründen zu bejahen, nicht nur deshalb, weil bloß eine Nebenleistungspflicht verletzt wurde.)
Truckverbot	Es besteht Truckverbot! – dh: Verbot der Entlohnung in Waren aus der eigenen Produktion statt durch Geld. Diese Unsitte war im 19. bis ins 20. Jhd verbreitet.
Lohn oder Gehalt	Erwähnt werden soll noch, dass grundsätzlich (immer noch) folgende Begriffe für das vom Arbeitgeber geschuldete Entgelt Verwendung finden: Arbeiter erhalten Lohn , Angestellte und öffentliche Bedienstete dagegen ein Gehalt .

3. Fürsorgepflicht und Treuepflicht

Arbeitgeber und Arbeitnehmer treffen gegeneinander korrespondierende Pflichten, die mit **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers (§ 18 AngG) und **Treuepflicht** des Arbeitnehmers (§§ 7, 27 Z 1 AngG) bezeichnet werden.

Untreue: Arbeitnehmer haben in Entsprechung ihrer Treuepflicht alles zu unterlassen, was gegenüber dem Arbeitgeber als **Untreue** erscheint; zB § 7 (Konkurrenzverbot) oder § 27 Z 1 AngG (Untreue).

 *Grünberger*, Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers (2000).

Konkurrenzklauseln: § 36 AngG regelt die Wirksamkeit von (in diesem Zusammenhang wichtigen) **Konkurrenzklauseln**; nachwirkende Treuepflicht. – Konkurrenzklauseln verbieten Angestellten eine bestimmte Zeit nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses eine Anstellung bei einem Konkurrenzunternehmen anzutreten. Gültig sind sie dann, wenn sie mit 1 Jahr befristet sind (§ 36 Abs 2 AngG) und die Interessen des Arbeitgebers schwerer wiegen als die des Arbeitnehmers. Auch gebietsmäßig darf eine Konkurrenzklauseln Arbeitnehmer nicht unbillig einschränken.

Nach der Rspr können derartige Klauseln analog auch mit **Arbeitern** vereinbart werden, wenn diese aufgrund ihrer Tätigkeit und ihrer Kenntnisse Unternehmensinteressen ihres Arbeitgebers durch Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen gefährden können; SZ 69/290 (1996). – Zur Unterscheidung der Konkurrenzklauseln vom Konkurrenzverbot → Kapitel 11.C.III.6., S. 734: Rspr-Beispiele.

Fürsorgepflicht des Dienstgebers: § 18 AngG – Nach **Abs 1** dieser Bestimmung ist der Dienstgeber verpflichtet, auf seine Kosten alle Einrichtungen bezüglich der **Arbeitsräume** und **Gerätschaften** herzustellen und zu erhalten, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dienstleistung zum **Schutze des Lebens** und der **Gesundheit** der Angestellten erforderlich sind.

Abs 2: Werden Angestellten vom Dienstgeber **Wohnräume** überlassen, dürfen [diese nicht] gesundheitsschädlich [sein].

Abs 3: Der Dienstgeber hat dafür zu sorgen, dass, soweit es die Beschäftigung zulässt, die **Arbeitsräume** während der Arbeitszeit licht, rein und staubfrei gehalten werden, dass sie im Winter geheizt und ausreichend Sitzplätze zur Benutzung für die Angestellten in den Arbeitspausen vorhanden sind.

Abs 4: Der Dienstgeber hat Maßnahmen zur Wahrung der **Sittlichkeit** zu treffen, die durch Alter und Geschlecht der

Angestellten geboten sind.

Der Arbeitgeber darf **Arbeitnehmer auch nicht diskriminieren**, was ebenfalls aus seiner Fürsorgepflicht abgeleitet wird.

Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hat sich ferner das **Arbeitsschutzrecht** entwickelt; vgl § 18 AngG. Es bezweckt den Schutz von Leben, Gesundheit und Sittlichkeit etc. – Erhöhten arbeitsrechtlichen Schutz genießen Kinder, Jugendliche, Frauen / Schwangere, Invalide/Behinderte, Nachtschicht- und Schwerarbeiter, Präsenz- und Zivildienstler; zB Kündigungsschutz.

Arbeitsschutzrecht

 *Dirschmied*, Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz (1998³); – *Knöfler*, MutterschutzG und Eltern-KarenzurlaubsG (2000¹³; Loseblattausgabe).

4. Arbeitszeit

Rechtsquelle ist das AZG 1969; vgl schon → B.II.2. Es regelt Begriffe wie: Arbeitszeit, Tages-, Wochen-, Normalarbeitszeit, gleitende Arbeitszeit, Überstundenarbeit, Ruhepausen und Ruhezeiten, Teilzeitarbeit usw.

5. Urlaubsrecht

 *Kuderna*, Urlaubsrecht (1995²); – *J. Berger* 175 ff (2003⁶).

Das Urlaubsrecht ist für die meisten Arbeitnehmer seit 1977 einheitlich im **UrlaubsG** (UrlG 1976, BGBl 390) geregelt. Früher bestanden für Arbeiter und Angestellte unterschiedliche Regelungen. – Abweichungen gelten aber noch heute zB für: Journalisten, Schauspieler, Heimarbeiter, Vertragsbedienstete des Bundes oder Bauarbeiter.

Urlaubsgesetz

Urlaubsausmaß (jährlich): Bei weniger als 25 Dienstjahren: mindestens 30 Werktage (= 5 Wochen); – ab Vollendung des 25. Dienstjahrs: 36 Werktage (= 6 Wochen).

Urlaubsausmaß

Werktage sind alle Kalendertage, ausgenommen Sonn- und gesetzliche Feiertage

Erkrankung während des Urlaubs (§ 5 UrlG): Dauert der Krankenstand länger als 3 Tage, werden diese Tage nicht auf das Urlaubsausmaß angerechnet. Die Krankheit während des Urlaubs ist zu bescheinigen. – Nach § 5 Abs 2 UrlG darf ein Arbeitnehmer während des Urlaubs aber keine dem Erholungszweck widersprechende Erwerbstätigkeit ausüben!

Ansprüche nach § 10 UrlG idFd ARÄG 2000 bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses:

Ansprüche nach § 10 UrlG

„(1) Dem Arbeitnehmer gebührt für das Urlaubsjahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine **Ersatzleistung** als Abgeltung für den der Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr entsprechenden Urlaub. Bereits verbrauchter Jahresurlaub ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen. Urlaubsentgelt für einen über das aliquote Ausmaß hinaus verbrauchten Jahresurlaub ist nicht rückzuerstatten, außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch

1. unberechtigten vorzeitigen Austritt oder
2. verschuldete Entlassung. Der Erstattungsbetrag hat dem für den zu viel verbrauchten Urlaub zum Zeitpunkt des Urlaubsverbrauchs erhaltenen Urlaubsentgelt zu entsprechen.

(2) Eine **Ersatzleistung gebührt** nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt.

(3) Für **nicht verbrauchten Urlaub** aus vorangegangenen Urlaubsjahren gebührt anstelle des noch ausstehenden Urlaubsentgelts eine Ersatzleistung in vollem Ausmaß des noch ausstehenden Urlaubsentgelts, soweit der Urlaubsanspruch noch nicht verjährt ist.

(4) ...”

 ABBILDUNG: Urlaubsrecht (1) + (2)

6. Vom Karenz(urlaub)s-geld zum Kinder(betreuungs)geld

 *Dirschmied*, KGG – Karenzgeldgesetz (2000 mit Ergänzungsblatt 2001); – *J. Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht 128 f (2003⁶).

Entgeltersatzleistungen für Mütter während des Karenzurlaubs nach dem MutterschutzG gab es in Österreich seit 1961. Es handelt sich um eine wichtige familienpolitische Leistung. Während sie früher **nur von Müttern** in Anspruch genommen werden konnte, sind seit 1990 **beide Elternteile** anspruchsberechtigt. Karenzgeld konnte auch neben einer Teilzeitbeschäftigung bezogen werden. Betrug die Anspruchsdauer anfänglich ein halbes Jahr, reichte sie ab 1.1.2000 über das zweite Lebensjahr des Kindes hinaus. Die ursprünglich bestehende Verbindung mit der Arbeitslosenversicherung wurde aufgegeben; zuständig war nicht mehr das Arbeitsmarktservice, sondern die Krankenversicherungsträger (GKK). 1997 wurde ein eigenes KarenzgeldG (BGBl I 47) erlassen. Das **BudgetbeileitG 2001** (BGBl I 142/2000) hat das KGG erneut geändert.

Mit BGBl I 2001/68 wurde durch Änderung des FamilienlastenausgleichsG die Familienbeihilfe erhöht – sog **Kinder(betreuungs)geld** – und damit das Karenzgeld abgelöst. Es trat mit 1.1.2002 in Kraft und gebührt für Kinder, die nach diesem Datum geboren werden, sofern für sie ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht und sie im gemeinsamen Haushalt leben.

Der Anspruch ist unabhängig von früherer Erwerbstätigkeit und gebührt Hausfrauen / -männern ebenso wie Studierenden oder Arbeitslosen. Die Höhe des Kinderbetreuungsgeldes beträgt monatlich ca 6.000 S (14,53 € täglich). Ein darüber hinaus gehender Zuschuss für sozial schwache Familien oder Alleinerziehende Elternteile ist möglich (+ 6,06 € täglich ~ 2.500 S monatlich). Die Leistung ist an die Erfüllung der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen gebunden. Die individuelle Zuverdienstgrenze (Familieneinkommen) beträgt jährlich brutto 200.000 S (14.600 €). Die Dauer beträgt grundsätzlich 30 Monate, betreut auch der zweite Elternteil maximal bis zum Ende des 3. Lebensjahres. Zuständigkeit: Krankenversicherungsträger / GKK.

Kinderbetreuungsgeld gilt für Geburten ab dem 1. Jänner 2002. – **Voraussetzungen** sowie **sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen** (für selbständige und unselbständige Elternteile):

Wer kann Kinderbetreuungsgeld beziehen? Folgende drei Voraussetzungen müssen vorliegen:

- (1) Anspruch auf **Familienbeihilfe**
- (2) (Gemeinsamer) **Haushalt** mit dem Kind
- (3) **Einkommensgrenze** 14.600 € (200.900 S) pro Kalenderjahr.

Zur **Anrechnung** des neuen Kinderbetreuungsgeldes **auf familiäre Unterhaltsleistungen**:

 OGH 11. 12. 2002, 7 Ob 167/02p, JBl 2003/107: Richtungsweisende E zur **Anrechnung** des neu eingeführten **Kinderbetreuungsgeldes auf familiäre Unterhaltsleistungen**. – Nach Scheidung geht Mann zweite Ehe ein; aus der ersten Ehe ist er für Zwillinge unterhaltspflichtig. Er will die Unterhaltspflichten für seine (zweite) nicht berufstätige Frau, die auf Grund eines gemeinsamen Kindes Kinderbetreuungsgeld erhält, durch eine Reduktion seiner Unterhaltspflichten für die Zwillinge um 3 % anrechnen lassen. Von den Unterinstanzen werden ihm aber nur 2 % gewährt, da das Kinderbetreuungsgeld als Einkommen der Frau zu qualifizieren sei. – OGH stimmt dem zu, führt aber aus, dass das Kinderbetreuungsgeld als neue familienpolitische Leistung an die Stelle des bisherigen Karenzgeldes trete; Karenz(Urlaubs)geld wurde vom OGH in stRspr als bei der Unterhaltsermittlung zu berücksichtigendes Einkommen der Ehefrau qualifiziert. – In diesem Sinne auch JBl 2003, 111 und JBl 2003, 113.

Karenzierungsrecht

Allgemein zum „Karenzierungsrecht“ J. Berger, aaO 82 ff: Der Begriff der Karenzierung bedeutet allgemein: Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeits- und des Arbeitgebers von seiner Lohnfortzahlungspflicht, bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

Vertraglich-vereinbarte und gesetzliche Karenz

Zu unterscheiden sind Fälle der

- **vertraglich vereinbarten** und der

- **gesetzlichen Karenz** iS einer „Aussetzung“ der beiderseitigen arbeitsvertraglichen Hauptpflichten“ (J. Berger).

Fälle der gesetzlichen Karenz sind zB: – Die **Karenz für Mütter und Väter** (§ 15 MSchG); – **Präsenz-, Ausbildungs- und Zivildienerkarenz** (nach dem APSG); – **Familienhospizkarenz** (§§ 14a, 14b, 15b AVRAG).

Karenz durch Vereinbarung: – **Bildungskarenz** (§ 11 AVRAG: 3-12 Monate); – vgl auch § 12 AVRAG.

Hospizkarenz	
<input type="checkbox"/>	Bei Sterbebegleitung und Begleitung schwerst erkrankter Familienangehöriger besteht nach §§ 14a und 14b AVRAG ein
<input type="checkbox"/>	Anspruch auf: <ul style="list-style-type: none"> • Herabsetzung oder • Änderung der Lage der Normalarbeitszeit oder • Freistellung
<input type="checkbox"/>	Für 3 Monate gegen Entfall des Entgelts <ul style="list-style-type: none"> • Um weitere 3 Monate verlängerbar
<input type="checkbox"/>	Kündigungs- und Entlassungsschutz
<input type="checkbox"/>	AN bleiben aber kranken- und pensionsversichert

Abbildung 12.3: Hospizkarenz

7. Dienstverhinderung und Entgeltfortzahlung

 *J. Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht 57 ff (2003).

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag: Daraus entspringen die kurz behandelte Fürsorge- wie Treuepflicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Zu unterscheiden sind grundsätzlich **Dienstverhinderungsgründe** der **Arbeitgeber-**, **Arbeitnehmer-** und der **neutralen Sphäre**. – Die Entgeltfortzahlung des Arbeitsrechts „ersetzt“ sowohl Dienstverhinderungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmer- (wenn auch nicht alle!), als auch der neutralen Sphäre, was einen wichtigen Unterschied zum Werkvertragsrecht darstellt, bei dem alle derartigen Hinderungsgründe in die Sphäre des Werkunternehmers fallen, dem höchstens Schadenersatzansprüche zustehen.

Dienstverhinderungs-
gründe

Heute besteht ein Recht von Arbeitnehmern auf Beschäftigung (Beschäftigungspflicht; nicht zu verwechseln mit dem „Recht auf Arbeit“) und unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Anspruch auf Lohn bei **Arbeitsausfall** und **Dienstverhinderung**:

- Nach dem ABGB (§ 1154 idFd ARÄG 2000, BGBl 44) und dem EFZG 1974 (§ 2 Abs 1) ist das Entgelt auch dann fortzuzahlen, wenn Arbeitnehmer aus Gründen, die in ihrer Person liegen, dienstverhindert sind; das gilt insbesondere **bei Krankheit**. Dazu gleich mehr.
- Eine weitere Leistung bei einseitiger Dienstverhinderung ist die **Pflegefreistellung** nach § 16 UrlG, wo sie geregelt ist, aber eigentlich nicht hingehört. Danach steht jedem Arbeitnehmer jährlich 1 Woche (bezahlte) Pflegefreistellung zu, wenn dies für die Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden nahen Angehörigen oder die Betreuung eines Kindes nötig ist. Freistellung um eine weitere Woche ist möglich.

Pflegefreistellung

Pflegefreistellung

- ❑ Bezahlte **Pflegefreistellung** nach § 16 UrlG steht jedem/r ArbeitnehmerIn jährlich im Ausmaß von **1 Woche** zu, wenn dies für die Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden **nahen Angehörigen** oder die Betreuung eines **Kindes** nötig ist. - Freistellung um 1 weitere Woche möglich
- ❑ **Nahe Angehörige** sind nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG: Ehegatte/in, Verwandte in gerader Linie, ferner Wahl- und Pflegekinder sowie LebensgefährtInnen

Abbildung 12.4: Pflegefreistellung

Nahe Angehörige sind nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG: Ehegatte/in, Verwandte in gerader Linie, Wahl- und Pflegekinder sowie Lebensgefährte/in.

Zur gesetzlich besonders geregelten **Entgeltsicherung bei Insolvenz** des Arbeitgebers → B.IV.8.

Geltungsbereich des EFZG

Nach § 1 Abs 1 EFZG gilt dieses Gesetz für Arbeitnehmer, „deren Arbeitsverhältnis auf einem **privatrechtlichen Vertrag** beruht.“ Abs 2 leg cit nimmt vom Geltungsbereich aber Angestellte (AngG, GutsangestelltenG, JournalistenG, SchauspielerG), Landarbeiter und Heimarbeiter aus. Die §§ 8 und 9 AngG regeln nämlich die Entgeltfortzahlung für Angestellte separat. Nicht erfasst vom EFZG werden grundsätzlich auch Arbeitsverhältnisse zum Bund, einem Land oder sonstigen Körperschaften oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts.

- **Für welche Dienstverhinderung gilt Entgeltfortzahlung ?** – Entgeltfortzahlung wird geleistet bei: Krankheit, Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Unglücksfällen (zB auch Freizeitunfällen), bei bewilligten oder angeordneten Kur- und Erholungsaufenthalten (zB § 1154b Abs 4 ABGB), Arztbesuchen oder der Entbindung der Ehegattin; vgl § 1154b Abs 5 ABGB.
- Nach § 2 EFZG und § 1154b ABGB wird Entgeltfortzahlung nur geleistet, wenn Erkrankungen oder Unfälle **weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt** wurden.
- Die **Bezugsdauer** hängt davon ab, wie lange der/die Betroffene zuvor im Betrieb beschäftigt war; vgl § 2 EFZG und § 1154b ABGB.

Normdefinition § 1154b ABGB

> [zivilrecht.online](#)

8. Entgeltsicherung bei Insolvenz des Arbeitgebers

 *Schwarz / Reissner / Holzer, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz (1999⁴); – J. Berger, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht 271 ff (2003⁶).*

IESG 1977

Mit dem IESG 1977, BGBl 324, wurde ein neuer Zweig des Gesamtsystems der sozialen Sicherheit geschaffen. Im Volksmund wird von „Konkursversicherung“ gesprochen. Ziel des IESG ist es, Arbeitnehmer gegen das Risiko des Entgeltverlustes

- bei Eröffnung des **Konkurses** oder
- eines **Ausgleichs** des Arbeitgebers
- oder der **Ablehnung eines Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens** zu schützen.

Bei der Insolvenz-Entgeltsicherung handelt es sich um eine **öffentlichrechtliche Pflichtversicherung**. Das Insolvenz-Ausfallgeld ist eine öffentlichrechtliche Ersatzleistung für nicht erhaltenes privatrechtliches Entgelt. – Notwendig wurde das neue Gesetz deshalb, weil Arbeitnehmer

im Konkurs ihres Arbeitgebers oft nicht nur ihren Arbeitsplatz, sondern häufig auch im anschließenden Insolvenzverfahren ihr bereits verdientes Entgelt ganz oder teilweise verlieren.

1997 waren rund 21.000 Arbeitnehmer von Insolvenzen ihrer Arbeitgeber betroffen. – Zur praktischen Bedeutung von Konkursen besonders in wirtschaftlichen Krisenzeiten → Kapitel 19.H.II., S. 1117.

Das **Insolvenz-Ausfallgeld** muss **innen 4 Monaten** nach Eintritt des Versicherungsfalles (zB Entgeltverlust wegen Konkursöffnung) beim Arbeitsamt oder dem zuständigen Konkurs- oder Ausgleichsgericht beantragt werden. Das örtlich zuständige Arbeitsamt entscheidet über den eingereichten Antrag. Der beantragende Arbeitnehmer erhält im Falle der Genehmigung seines Antrags vom zuständigen Arbeitsamt das Insolvenz-Ausfallgeld ausbezahlt; und zwar in der Höhe seiner noch offenen Nettoentgeltforderung.

Kraft Gesetzes gehen die durch das IESG gesicherten Entgeltansprüche von Arbeitnehmern mit Antragstellung auf den **Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds** über; Legalzession. Der Fonds besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und beteiligt sich anstelle des Arbeitnehmers am Insolvenzverfahren. Die dabei erlangten Gelder werden dem Fonds zugeführt. Gespeist wird der Fonds grundsätzlich durch den gesetzlich vorgeschriebenen Beitrag der Arbeitgeber, der als Zuschlag zum Anteil des Arbeitgeber-Arbeitslosenversicherungsbeitrags durch die Krankenkassen eingehoben wird.

Zu beachten ist, dass die Eröffnung eines Konkurses oder Ausgleichs über das Vermögen des Arbeitgebers das **Arbeitsverhältnis** unberührt lässt. Die aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden oder schon bestehenden Arbeitnehmerforderungen werden aber durch die Eröffnung der Insolvenz des Arbeitgebers rechtlich betroffen; vgl § 23 Abs 1 AO („bevorrechtete Forderungen“) oder § 46 Abs 1 KO („Masseforderungen“) oder § 25 KO („Konkursforderungen“).

 ABBILDUNG: IESG (1) bis (3)

9. Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz 1985

 *Feitzinger / Tades*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz / ASGG (1996²); – *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (1996); – *Wetscherek / Proksch*, Das Sozialgerichtsverfahren (2000); – *J. Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht 219 ff und 261 ff (2003⁶).

Der Durchsetzung arbeits- und sozialrechtlicher Ansprüche (beider Seiten) dient nicht der normale Zivilprozess (ZPO), sondern ein eigenes – sozialeres – Verfahren nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsg: ASGG, BGBl 1985/104. – In erster Instanz sind die Landes- oder Kreisgerichte zuständig. – Der zweite Abschnitt des ASGG regelt die Arbeitsrechtssachen; (§§ 49-63 ASGG), der dritte Abschnitt, die Sozialrechtssachen: §§ 64-91 ASGG.

10. Gleichbehandlung von Frauen und Männern

 *Rosenkranz*, Das Bundes-Gleichbehandlungsg (1997).

Presseberichte, wie der folgende (Der Standard, 19.5.1998, S. 1 und 17), machen deutlich, wie weit noch der Weg zu materieller Gleichbehandlung von Frauen ist:

„Männer verdienen um 70 Prozent mehr als Frauen. Enorme Unterschiede bei Bruttogehältern. Lohnsteuerbericht für 1997: Niedriglohn ist weiblich: Ein Angestellter verdient demnach etwa 551.300 Schilling brutto im Jahr, eine Angestellte nur knapp eine Viertelmillion. Ihren Arbeitnehmerinnen zahlen die Unternehmen nur 190.600 Schilling, den Arbeitern aber 321.900 Schilling im Jahr. – Im öffentlichen Dienst sind die Gagen dagegen fast ausgewogen.“

Frauen stellen einen Anteil von etwa 52 Prozent der österreichischen Gesamtbevölkerung und bilden auch die größte Gruppe der Wählerschaft. Dennoch steht es um ihre tatsächliche Gleichstellung mit Männern im Arbeitsleben nicht zum Besten; vgl Art 7 Abs 2 B-VG → Kapitel 4.D.II.1., S. 267. – Was die Frauenbeschäftigung in der EU anlangt (in Prozent der gesamten Bevölkerung) liegt Österreich mit 62,5 % im oberen Mittelfeld.

Art 7 Abs 2 B-VG

In legislativer Vorbereitung befindet sich aufgrund verschiedener EU-Antidiskriminierungs-RL ein neues Gleichbehandlungsgesetz, das zu einem allgemeinen Antidiskriminierungsinstrument umgebaut werden soll. Es wird befürchtet, dass darunter das ursprüngliche Anliegen der Gleichbehandlung von Männern und Frauen leiden könnte.

GleichbehandlungsG 1979	<p>Für Arbeitsverhältnisse, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen, gilt das GleichbehandlungsG 1979 / GIBG.</p>
Bundes-GleichbehandlungsG 1993	<p>Für öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Dienstverhältnisse zum Bund gilt das Bundes-GleichbehandlungsG 1993 (B-GBG).</p> <p>Grundgedanke: Auf Grund des Geschlechtes darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar „diskriminiert“ werden, insbesondere nicht bei:</p> <ul style="list-style-type: none">• Begründung des Arbeitsverhältnisses,• Festsetzung des Entgelts,• Gewährung freiwilliger Sozialleistungen,• Maßnahmen der betrieblichen Aus- und Weiterbildung,• beruflichen Aufstieg/Beförderung,• sonstigen Arbeitsbedingungen,• Beendigung des Arbeitsverhältnisses.
Rechtsfolgen	<p>Diskriminierung ist jede benachteiligende Differenzierung, die ohne sachliche Rechtfertigung vorgenommen wird; auch sexuelle Belästigungen (§ 2 GBG 1979).</p> <p>Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes; § 2a B-GBG 1979:</p> <ul style="list-style-type: none">• Schadenersatz: bis zu 2 Monatsentgelten bei Nichteinstellung oder 4 Monatsentgelte bei Nichtbeförderung. § 2a Abs 1 GIBG normiert einen Schadenersatzanspruch des diskriminierten Stellenwerbers, im Ausmaß von bis zu zwei Monatsgehältern. Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers (RV 735 BlgNR 18. GP 33f) der „durch die Diskriminierung entstandene materielle und durch die Verletzung der Würde der Person entstandene immaterielle Schaden in angemessener Weise finanziell ausgeglichen werden“.• Anspruch auf Differenzzahlung bei zu geringem Entgelt;• Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen, vorenthaltener Sozialleistungen oder Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen usw;• § 2c B-GBG 1979 verlangt geschlechtsneutrale Stellenausschreibung.
Gleichbehandlungskommission	<p>§ 3 B-GBG 1979 sieht die Einrichtung einer Gleichbehandlungskommission beim BMS, § 3 a die Bestellung einer Anwältin für Gleichbehandlungsfragen vor.</p> <p> OGH 21.1.1999, 8 Ob A 188/98z, ZAS 2000, 20 – Schadenersatz wegen sexueller Belästigung nach dem GIBG 1979: Eine Arbeitnehmerin war durch mehrere Tage hindurch Opfer intensiver und brutaler sexueller Belästigung durch ihren Arbeitgeber. Als Konsequenz dieser Übergriffe beendete sie ihr Arbeitsverhältnis. Sie begehrt unter Berufung auf § 2a Abs 7 GIBG 110.000 S Schadenersatz. Der OGH nahm diesen Fall zum Anlass, um Grundsätzliches zur Bemessung des Schadenersatzes nach dem GIBG auszuführen. – Er hielt fest, dass der Schadenersatz als Ausgleich für die durch die Belästigung herbeigeführte Beeinträchtigung der Würde der Arbeitnehmerin gebühre. Es müsse demnach die durch die Belästigung geschaffene Situation in ihrer Gesamtheit beurteilt werden. Der OGH lehnte eine gesonderte Bemessung des Schadenersatzes für jede einzelne sexuelle Belästigung ab. Er argumentierte damit, dass zwischen GIBG und allgemeinen Schadenersatzrecht ein Zusammenhang bestehe, auf den bei der Bemessung des Schmerzensgeldes Bedacht zu nehmen ist. (Das Schadenersatzrecht ist allerdings bei der Zuerkennung von Schadenersatz für immaterielle Schäden eher restriktiv. Vgl § 1328 ABGB: Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung.) Der OGH nahm bei einer Häufung sexueller Übergriffe für die Bewertung des immateriellen Schadens eine Globalbemessung vor. Die im Gesetz genannte Untergrenze von 5.000 S soll nach Auffassung des OGH nur verhindern, dass eine Ersatzpflicht unter Hinweis auf die relative Geringfügigkeit der Belästigung abgewiesen wird. Im konkreten Fall hielt der OGH einen Schmerzensgeldbetrag von 50.000 S für angemessen, da der Arbeitgeber auf rücksichtslose und brutale Art das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin, aus das sie existentiell angewiesen war, zur Erreichung seiner sexuellen Ziele ausgenutzt hatte. Der OGH berücksichtigte andererseits, dass die psychische Beeinträchtigung der Arbeitnehmerin noch keine Krankheit darstellte und die Übergriffe innerhalb einer relativ kurzen Zeitspanne von einigen Tagen erfolgten.</p> <p>- JBl 1999, 397: Der Nachweis, der Bewerber hätte die zu besetzende Position auch ohne Diskriminierung nicht erhalten, obliegt dem Arbeitgeber.</p>

Ein EU-rechtskonformes Verständnis gestattet es aber nicht, das B-GBG so zu verstehen, dass **bei gleicher Qualifikation immer der Frau der Vorrang** gebühre; vielmehr sei wegen möglicher Härtefälle stets die persönliche Situation aller Bewerber/innen zu berücksichtigen. Andernfalls steht grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch zu. – Der **EuGH** hat dies in den Fällen Kalanke (Rs C-450/93), Marschall (Rs C-409/95) und Abrahamson (Rs C-407/98) betont. Vgl dazu nunmehr auch OGH 30.1.2001, 1 Ob 80/00x; Staatshaftungsklage eines Richters wird zwar abgelehnt, zugleich aber die EU-Rechtslage in Erinnerung gerufen.

 ABBILDUNG: Gleichbehandlung (1) bis (3)

11. Typische und atypische Arbeitsverhältnisse

Seit etwa 15-20 Jahren nimmt die Zahl sog atypischer Arbeitsverhältnisse sowohl international wie in Österreich signifikant zu. Das bisherige typische oder **Normalarbeitsverhältnis** wird durch folgende Kriterien charakterisiert: Es ist ein kontinuierliches, auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes, auf Arbeitsvertrag beruhendes Vollzeitverhältnis mit allen arbeitsrechtlichen Absicherungen; dh: Entgelt, Entgeltfortzahlung, Urlaub, Bestandsschutz, kollektiver Schutz, Aufstiegsmöglichkeiten, Abfertigung etc. Es hat den Anschein, als würden die bislang noch als atypisch bezeichneten Beschäftigungsformen bald zum Normalfall werden.

Normalarbeitsverhältnis

 *Talos* (Hg), Atypische Beschäftigung (1999); – *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung. Arbeitsflexibilisierung durch atypische Beschäftigung in Österreich (2000); – *Greif / Leitgeb / Wintersberger* (Hg), Alternativen zum Neoliberalismus. Kurswechsel: Sozial ins 21. Jahrhundert (1999).

Heute sind bereits mehr als 25 Prozent aller Arbeitsverhältnisse sog atypische oder Nichtnorm-Arbeitsverhältnisse; Tendenz: stark steigend.

Erscheinungsformen
atypischer Arbeitsverhältnisse

- **Teilzeitbeschäftigung:** Ca 295.000 Frauen und 36.800 Männer übten 1996 eine Teilzeitbeschäftigung aus. 1999 gab es bereits 488.000 Teilzeitarbeitsplätze. Teilzeitarbeit bedeutet (immer noch) häufig einen qualifikatorischen Abstieg. – Tendenz steigend.
- **Befristete Arbeitsverhältnisse:** Häufig im Fremdenverkehr oder der Bauwirtschaft, aber auch Lehrer oder Ärzte bei Karrierebeginn. Im Juni 1994 hatten ein solches Arbeitsverhältnis 117.000 unselbständig Beschäftigte in Österreich. – Tendenz stark steigend.
- **Geringfügig Beschäftigte:** Im Mai 2001 gab es in Österreich 208.108 geringfügig Beschäftigte, die monatlich weniger als 3.740 S/jetzt 275 € verdienen; etwa ein Drittel Männer und zwei Drittel Frauen und doppelt soviel Arbeiter als Angestellte. – Für geringfügig Beschäftigte besteht nach § 19a ASVG eine attraktive Möglichkeit zur Selbstversicherung (sog *opting in*), wodurch zusätzlich zur gesetzlichen Unfall-, eine gesetzliche Kranken- und Pensionsversicherung erworben werden kann, die damit nicht verbunden ist. Auch geringfügig Beschäftigte haben Anspruch auf Urlaub, Abfertigung sowie Weihnachts- / Urlaubsgeld.
- **Job-sharing:** Hier teilen sich zwei oder mehrere ArbeitnehmerInnen einen Arbeitsplatz; idR Aufteilung nach Zeit: täglicher, wöchentlicher, monatlicher Wechsel. Aber auch eine Aufteilung nach Arbeitsinhalten ist denkbar. Zur Zeit besteht dafür noch keine gesetzliche Regelung.
- **Heimarbeit / Tele-Arbeit:** HeimarbeitsG, BGBI 1961/105.
- **Neue Formen der (Schein)Selbständigkeit:** Hier ist die Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und (echter) Selbständigkeit angesprochen, zumal immer wieder versucht wird, durch Umgehungspraktiken die Systeme der sozialen Sicherheit zu schädigen und sog Lohnnebenkosten der Arbeitgeber auf die Arbeitnehmer zu überwälzen.
- **Kurzarbeit** (bei Auftragsmangel): Ende Juli 1996 waren 8505 (1995: 3667) Industriebeschäftigte in 67 (1995: 38) Betrieben davon betroffen.

Typische und atypische Arbeitsverhältnisse	
Normalarbeitsverhältnisse	Atypische Arbeitsverhältnisse
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Kontinuierlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen <input type="checkbox"/> auf ArbeitsV beruhendes Vollzeitarbeitsverhältnis <input type="checkbox"/> alle arbeitsrechtlichen Absicherungen = Entgelt, EFZ, Urlaub, Abfertigung Bestandsschutz, kollektiver Schutz, Aufstiegsmöglichkeit etc 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Teilzeitbeschäftigung <input type="checkbox"/> befristete Arbeitsverhältnisse <input type="checkbox"/> geringfügig Beschäftigte <input type="checkbox"/> Job-sharing <input type="checkbox"/> Heimarbeit/Telearbeit <input type="checkbox"/> Neue Formen der Selbständigkeit (zB Subunternehmer) <input type="checkbox"/> Kurzarbeit <input type="checkbox"/> Arbeitskräfte-Überlassung

Abbildung 12.5: Typische und atypische Arbeitsverhältnisse

 ABBILDUNG: Arbeitslose in Österreich

12. Arbeitnehmerüberlassung

 *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989); – *Leutner / Schwarz / Ziniel*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, AÜG (1989).

Synonyme Die Arbeitskräfte- oder Arbeitnehmerüberlassung wird mit **Synonymen** auch: Leiharbeit, Personal-Leasing oder Vermietung von Arbeitskraft bezeichnet. Rechtsquelle ist das Arbeitskräfteüberlassungsg (AÜG 1988, BGBl 196): Man versteht darunter die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung an Dritte; nach § 323a GewO besteht Konzessionspflicht.

Arbeitskräfteüberlassung ist sinnvoll, wenn Unternehmer einen kurzfristigen Arbeitsbedarf decken; zB Urlaubsvertretung, Krankheit, Mutterschutz, saisonale Arbeiten, vor allem aber Termindruck und Auftragsspitzen.

Parteien Der **überlassende Arbeitgeber** bleibt Arbeitgeber, ihn trifft bspw weiterhin die Lohnzahlungspflicht und die Pflicht zur Leistung einer Abfertigung. Dennoch entstehen auch zwischen (überlassener) **Arbeitskraft** und **Drittem** (= Beschäftigter) verschiedene arbeitsrechtliche Beziehungen; etwa: Weisungsrecht, bestimmte Fürsorgepflichten (Arbeitsplatz!), Arbeitgeberprivileg des § 333 ASVG sowie § 334 ASVG → F.IV.4. – Arbeitnehmer wiederum genießen auch gegen den Beschäftigter den Schutz des D(N)HG.

Ein gesetzlicher Ansatz für die Arbeitskräfteüberlassung findet sich schon im ABGB; § 1153 ABGB erlaubt die Übertragung des Arbeitgeberanspruchs auf Arbeitsleistung, sofern der Arbeitnehmer zustimmt.

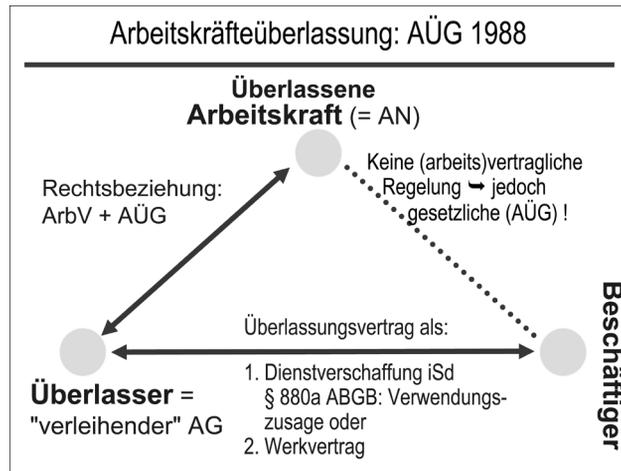


Abbildung 12.6: Arbeitskräfteüberlassung: AÜG 1988

Überlassender AG bleibt AG: Er ist zB weiterhin lohnzahlungspflichtig. Aber auch zwischen Beschäftigter und überlassenem AN entstehen verschiedene arbeitsrechtliche Beziehungen: Weisungsrecht, Fürsorgepflicht, AG-Privileg (§ 333 ASVG) sowie § 334 ASVG (Aufseher im Betrieb) und Schutz nach D(N)HG.

Jede Überlassung bedarf nach § 2 Abs 2 AÜG der ausdrücklichen Zustimmung der überlassenen Arbeitskraft; Ausnahme von § 863 ABGB.

Der Dienst(nehmer)verschaffungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag: Arbeit wird nicht persönlich geschuldet, sie ist vielmehr nur iSd § 880a ABGB zu verschaffen = Verwendungszusage.

Zur Arbeitskräfteüberlassung kommt es häufig im **Industriebereich**; ca 600 Unternehmen entlehnten (im Juni 1996) in Österreich Arbeitnehmer; dies mit einem Gesamtumsatzvolumen von etwa 3 Mrd S und 14.600 Beschäftigten (1993 waren es noch knapp 8.000); im Jahr 2000 waren es bereits ca. 30.000 Arbeitnehmer. – In Tirol gibt es derzeit ca 20 Unternehmen die gewerbsmäßig Arbeitskräfte überlassen. – Die Arbeitnehmerüberlassung ist zu einem einträglichen Dienstleistungsbereich, mit hohen Wachstumsraten geworden. Zunehmende Arbeitsflexibilisierung und knapper werdende Kalkulationsspielräume lassen einen Personalüberhang immer weniger zu. Die Antwort darauf ist die „Vermietung“ von Arbeitskraft.

Anlassfälle für die „Überlassung“

ABBILDUNG: Leiharbeit in Österreich 1; ABBILDUNG: Leiharbeit in Österreich 2

WBI 1987, 193: Österreichisches Unternehmen entsendet **Leiharbeiter nach Lybien**.

- JBI 1971, 45: **Familienhelferin** – Soziale Hilfsdienste privater oder öffentlichrechtlicher Organisationen sind ein praktisch wichtiger Anwendungsbereich der Arbeitskräfteüberlassung. – Dabei ist zu beachten, dass übersandte Arbeitnehmer auch bloß als Erfüllungsgehilfen des Überlassers tätig sein können und zum „Beschäftigten“ keine arbeitsrechtlichen Beziehungen wie bei der Arbeitskräfteüberlassung entstehen.

ABBILDUNG: ArbeitskräfteüberlassungsG – AÜG; ABBILDUNG: § 3 AÜG: Begriffsbestimmungen; ABBILDUNG: Wozu dient die Arbeitnehmerüberlassung?

13. Der Entgeltvorschuss

Der **Vorschuss** spielt beim Arbeitsvertrag eine wichtige Rolle, kommt aber auch in anderen Rechtsinstituten und Zusammenhängen vor:

- Vgl **Unterhaltsvorschuss** nach dem UVG 1976 → Kapitel 16.A.V.5., S. 980 oder
- zur Vorschusspflicht des **Entlehners** → Kapitel 3.C.II.3., S. 173
- zur Vorschusspflicht beim **Werkvertrag** → C.IV.1.
- zur Vorschusspflicht beim **Auftrag** → D.II.2.
- zur Vorschusspflicht bei der **Stellvertretung** → Kapitel 13.A.I.5., S. 841.
- Verschiedene Vorschusspflichten existieren ferner im **Schadenersatzrecht**; zB im Rahmen des Reparaturkostenersatzes durch den Schädiger oder im Rahmen des Ersatzes der Heilungskosten nach § 1325 ABGB.

Vorschüsse

Es handelt sich um eine Sonderform der Erfüllung bei der eine noch nicht fällige oder noch gar nicht entstandene Forderung im Voraus erfüllt wird, weil angenommen wird, dass die Vorweg-erfüllung später ohnehin hätte erbracht werden müssen. Rückerstattung der vorschussweise erbrachten Leistung ist deshalb nicht vorgesehen oder nur insofern, als das als Vorschuss Geleistete vom späteren Lohn / Gehalt, also Entgelt abgezogen wird.

Abzugrenzungen

Abzugrenzungen ist der Entgeltvorschuss von der **Entgeltvorauszahlung** (→ B.IV.2.) und vom **Arbeitgeberdarlehen**. Nach § 1154a ABGB kann der nach Stück oder Einzelleistung entlohnte Arbeitnehmer einen Vorschuss vor Fälligkeit des Entgelts verlangen. – Das **GehaltsG** 1956 idgF sieht in § 23 für Beamte die Möglichkeit eines Vorschusses oder einer Geldaushilfe vor; danach kann auf Antrag ein Vorschuss bis zur Höhe des 3-fachen Monatsbezugs gewährt werden. Nach Abs 2 dieser Vorschrift ist der Vorschuss durch Abzug von den Bezügen binnen 4 Jahren hereinzubringen.

C. Der Werkvertrag

📖 *Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989); – Lansky / Schwarzinger / Uitz, Werkverträge (1997: CD-Rom); – Adametz / Höfle / Mussil / Sedlacek / Souhrada, Handbuch Werkverträge (ÖGB-Verlag, Loseblattausgabe: 1999); – Gründler / Müller / Thomanetz, „Werkverträge“ in Theorie und Praxis (1996).*

Auf die praktisch wichtige und rechtlich sensible Grenze zwischen Arbeits- und Werkvertrag wurde bereits hingewiesen. – Wir haben aber nicht nur zwischen **Arbeits-** und **Werkvertrag** (bei denen es in beiden Fällen um die Leistung tatsächlicher / faktischer Dienste oder Arbeiten geht) zu unterscheiden, sondern auch die Grenze zum **Auftrag** (→ D.I.2.) zu ziehen, dessen Gegenstand Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen (und nicht faktische Leistungen) sind. – Darüber hinaus ist der Werkvertrag auch vom **Kaufvertrag** abzugrenzen (→ C.I.) und jene zum **freien Dienstvertrag** zu ziehen.

Beim Werkvertrag wird ein Werk hergestellt und es wird für einen bestimmten Erfolg – zB eine ordnungsgemäße Reparatur oder eine plangerechte Bauausführung – gehaftet, während beim **freien Dienstvertrag** (→ B.I.4.) ebenfalls selbständige Arbeit geleistet wird, aber ohne Erfolgsszusage. – Zum Behandlungsvertrag als freiem Dienstvertrag → Kapitel 10.B.II.1., S. 683: Arzthaftung.

Werkvertrag	↔	Arbeitsvertrag
Organisatorische, persönliche, wirtschaftliche Unabhängigkeit	■	Organisatorische, persönliche, wirtschaftliche Abhängigkeit
Unternehmer wird in eigener Organisation tätig	■	Arbeitnehmer ist in fremder Organisation eingegliedert
Werkherstellung auch mit Gehilfen und Substituten	■	persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers
Arbeit nach eigenem Plan	■	Arbeit unter fremder Leitung
... mit eigenen Arbeitsmitteln	■	... mit fremden Arbeitsmitteln
Haftung für zugesagten Erfolg ; sog Unternehmerrisiko	■	Haftung für Sorgfalt , nicht für Erfolg – DNHG !
Ist grundsätzlich ZSchV , aber auch DSchV möglich	■	Ist immer Dauerschuld-verhältnis

Abbildung 12.7: Werkvertrag – Arbeitsvertrag

I. Werkvertrag – Bedeutung und Abgrenzung

1. Wirtschaftliche Bedeutung des Werkvertrags

Sie zeigt sich heute vor allem darin, dass er jener Vertragstypus ist, der – im tatsächlichen / faktischen Leistungsbereich angesiedelt – den zukunftsorientierten **Wachstumsbereich der „ökonomischen“ Dienstleistungen** repräsentiert, die nicht mit dem „rechtlichen“ Typus des Arbeits- oder Dienstvertrages verwechselt werden dürfen: Kino, Theater, Taxi, Friseur, Konzert oder das Anfertigen einer Zahnkrone sind ebenso Beispiele für diesen Typus, wie künstlerische oder spezifische unternehmerische Tätigkeiten und der weite Service- und Reparatursektor. – Daher wird der Werkvertrag auch künftig seine Bedeutung behalten, ja ausbauen. Der **Dienstleistungssektor** ist mittlerweile der größte ökonomische Berufsbereich; hierher gehören nämlich auch die Dienstleistungen des Handels, der Banken und Versicherungen, des Fremdenverkehrs / Tourismus und der Information und Beratung insbesondere auch der Rechts- und Unternehmensberatung.

Ökonomische
Dienstleistungen

Ein Beispiel neuer Dienstleistungen für den Unternehmensbereich stellt das sog. „**Outsourcing**“ dar, bei dem Unternehmen bestimmte Unternehmensaufgaben an andere (Spezial)Unternehmen übertragen; zB Informationstechnologie / EDV oder (Ab)Rechnungswesen / Buchhaltung.

Outsourcing

2. Was wird geschuldet?

Ein Werkvertrag (§§ 1165 ff ABGB) beinhaltet die Herstellung eines **Werks / Erfolgs in selbständiger**, also nicht abhängiger Arbeit – und zwar idR – gegen Entgelt; § 1151 Abs 1 ABGB.

Werk oder Erfolg wird
geschuldet

Zur Eigentumsübergangspflicht des Werkunternehmers vgl EvBl 2000/103: Sanitär- und Heizungsinstallationen. Zum Werkvertrag als Titelgeschäft → Kapitel 2.B., S. 87.

Beim Werkvertrag tritt dem **(Werk)Besteller** ein selbständiger **(Werk)Unternehmer** gegenüber. Beim Arbeitsvertrag ieS leistet ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber abhängige Arbeit. Der (Werk)Unternehmer arbeitet dagegen eigenverantwortlich (= im eigenen Namen und auf eigene Rechnung) und mit eigenen Betriebsmitteln. Über Arbeitsabläufe, Arbeitszeit und Arbeitsort entscheidet der Unternehmer grundsätzlich selbst.

Terminologie

Im Rahmen der Erbringung / Ausführung der werkvertraglichen Leistung steht dem Besteller gegenüber dem Unternehmer ein **Weisungsrecht** zu (vgl Arbeitsvertrag): So kann der Taxi-Gast bestimmen, dass das Taxi eine bestimmte Route fährt oder dass der Fahrer die Geschwindigkeit verringert oder noch jemand anderen aufnehmen soll.

Weisungsrecht

Was wird beim Werkvertrag hergestellt? – Wichtig: Das herzustellende **Werk**, der zugesagte Erfolg kann **körperlich** oder **unkörperlich** sein; zB eine Autoreparatur oder die Errichtung eines Hauses, aber auch Auskunftserteilung, eine Musik- oder Theateraufführung, ein Gutachten oder die Beförderung durch ein Taxi. Bei Theater-, Konzert- oder Kinoproduktionen oder der Personenbeförderung – zB mit der Bahn – erwerben / ‘kaufen’ Besucher / Fahrgäste zwar uU eine Karte, was aber nichts am Vorliegen eines Werkvertrags ändert; es liegt kein Kaufvertrag vor!

(Leistungs)Gegenstand

Das jüngere **dtBGB** nimmt auf diese Entwicklungen bereits Rücksicht: Nach § 631 Abs 2 dtBGB ist „Gegenstand des Werkvertrages ... sowohl die Bestellung oder Veränderung einer [körperlichen] Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.“

Abgrenzung Werkvertrag – Kaufvertrag: Neben der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag gilt es auch zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag zu unterscheiden. Wird das Werk entweder ganz oder doch überwiegend aus dem Material des Unternehmers hergestellt, ist es nämlich fraglich, ob **Werkvertrag** oder **Kauf auf Bestellung** vorliegt: zB Schneider macht Kostüm aus von ihm beigestelltem Stoff. § 1166 ABGB rechnet diese Fälle im Zweifel zum Kauf. Im Zweifel meint: Wenn die Parteien nichts anderes ausdrücklich vereinbart haben oder nach der Verkehrssitte oder der Natur der Sache wollen.

Werk <-> Kauf

Als praktische **Regel**, die der Verkehrssitte entspricht, gilt:

Abgrenzungsregel

• **Kauf** ist anzunehmen, wenn es sich um allgemein marktgängige Sachen, insbesondere Serienerzeugnisse, handelt

- (zB Konfektionskleidung mit allenfalls minimal möglicher Anpassung: Länge, Bund etc oder Fertigmöbel);
- **Werkvertrag**, wenn die Erzeugung die besonderen Bedürfnisse des Bestellers umfassender berücksichtigen soll; **individuelle Anpassung** (zB Maßanzug / -kostüm in Übergröße oder Einbaumöbel oder -kasten).

Lieferung einer Sache: Kauf- oder WerkV?	
Bedeutung der Unterscheidung: Handelskauf und Mängelrüge	
<p>WerkV, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> (Haupt)Material vom Besteller beigestellt wird; zB Schuh- oder Kleiderreparatur <input type="checkbox"/> Stoff untergeordnete Rolle spielt; zB Papier für Gutachten <input type="checkbox"/> Kein Stoff verwendet wird zB BeförderungsV, Kino, Konzert <input type="checkbox"/> Herstellung auf Wunsch des Bestellers, für dessen individuelle Bedürfnisse; § 1166 ABGB: zB Maßanzug 	<p>KaufV, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Material vom Verkäufer beigestellt wird: <ul style="list-style-type: none"> • im Zweifel Kauf: §1166 ABGB • Herstellung einer vertretbaren beweglichen Sache <input type="checkbox"/> Bei Handelsgeschäften: WerklieferungsV (§ 651 dtBGB) ist Handelskauf: § 381 Abs 2 und § 406 Abs 2 HGB <ul style="list-style-type: none"> • zB Maßanfertigung durch Schneider, der Stoff beistellt: Handelskauf • Nach ABGB liegt Werkvertrag vor

Abbildung 12.8: Lieferung einer Sache: Kaufvertrag oder Werkvertrag?

 SZ 27/223 (1954): Lieferung einer serienmäßigen, nach den Plänen des Unternehmers hergestellten, lediglich kleine Abänderungen aufweisenden **Registrierkasse** ist Kauf, nicht Werkvertrag, auch wenn der Unternehmer aus arbeitstechnischen Gründen nicht eine schon erzeugte Kasse abändert, sondern eine neue herstellt.

II. ÖNormen und Haftrücklass

1. Zur Bedeutung von AGB und ÖNormen

Die nähere inhaltliche Ausgestaltung von Werkverträgen erfolgt in der Praxis oft über: AGB (→ Kapitel 6.A., S. 364), sei es bei Beförderungsverträgen (zB Bahn, Post, Lifte), Wäschereien oder chemischen Reinigungsanstalten, Kraftfahrzeugwerkstätten, Theatern udgl oder mittels sog ÖNormen.

2. ÖNormen

Sie spielen vor allem im Bauvertragsrecht eine praktische Rolle und sind (wie AGB) vorformulierte Vertragsinhalte. Sie werden aber, zum Unterschied von herkömmlichen AGB, weder von einem, noch von beiden (→ Kapitel 6.C.V.3., S. 386: Rahmenvertrag) Vertragsteil/en formuliert, sondern von einem Dritten, dem Österreichischen Normungsinstitut, nach dem NormenG (BGBl 240/1971) geschaffen.

Vertragschließende Parteien **können** sich dieser ÖNormen – zB für Bauleistungen – zur Erleichterung ihres Vertragsschlusses bedienen, müssen das aber nicht. Zum Teil ist das Heranziehen von ÖNormen aber branchenüblich.

BEISPIEL: ÖNorm B 2110 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm; dazu Langer, Beiträge zur Harmonisierung von Bauvorschriften, (1989), auf die in fast allen (Bau)Anboten Bezug genommen wird; oder der ÖNorm A 2050 (Vergabe über Leistungen – Ausschreibung, Anbot und Zuschlag – Verfahrensnorm) oder A 2060 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen). Daneben existieren noch ÖNormen für speziellere werkvertragliche Leistungen; etwa B 2206 (für Mauer- und Versatzarbeiten) oder B 2210 (für Putzarbeiten) oder B 2232 (für Estricharbeiten).

Die vom ÖNormungsinstitut erarbeiteten **ÖNormen** sind für sich **nicht rechtsverbindlich**, sondern bedürfen, wie AGB, der vertraglichen Vereinbarung als Geltungsgrund. Daher kann von ihnen im Einzelfall abgewichen werden! Sie können aber auch durch Gesetz oder Verordnung für verbindlich erklärt werden; vgl etwa § 17 Abs 6a WEG 1975 (= § 34 Abs 5 WEG 2002). – ÖNormen dienen den vertragschließenden Parteien auch als wichtige „Orientierungshilfen“ (Adamovich / Funk).

Geltungsgrund von
ÖNormen

Seit 1.1.1996 existiert eine ÖNorm für ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung. Es ist die ÖNorm A 4000: Abrechnung von Bewirtschaftungskosten von Gebäuden mit Miet- und Eigentumswohnungen.

Die ErlBem zur RV des NormenG 1971 umschreiben ÖNormen so: Sie sind allgemeine Richtlinien zur Vereinheitlichung von Begriffen, Formen, Abmessungen, Eigenschaften, Verfahren, Lieferbedingungen, Qualitätskriterien etc, die eine Vereinheitlichung, Vereinfachung und Erleichterung der beruflichen Tätigkeit zum Ziel haben.

Unterschieden werden **technische Normen** und **Vertragsnormen**; letztere dienen der Vereinheitlichung und Typisierung von Vertragsinhalten. Im Falle ihrer Verwendung erspart sich eine oder sogar beide Parteien das Erstellen von AGB oder das Vereinbaren eines Rahmenvertrags.

Technische Normen
und Vertragsnormen

Zur erinnern ist an die Umschreibung von AGB als typisierten Vertragsinhalten → Kapitel 6.A., S. 364.

Praktisch bedeutsam sind ÖNormen für das Geltendmachen bauvertraglicher **Gewährleistungsansprüche**. ÖNormen legen nämlich Maßtoleranzen fest: ZB darf eine Mauer von weniger als 4 m Länge nur um 2 cm abweichen; ein Estrich, auf dem ein Holzboden oder Fliesen verlegt werden, darf nur um 5 mm vom Ebenmaß abweichen. Größere Abweichungen berechtigen zu einem Verbesserungs- oder Reparaturanspruch oder zur Preisminderung. – Wer mehr Qualität will, muss das – darüber hinaus – vereinbaren!

Gewährleistungsansprüche

3. Haftrücklass

Er bedeutet im Werkvertrags- und insbesondere im Bauvertragsrecht, dass ein Teil des Entgelts für eventuelle Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche vereinbarungsgemäß zurückbehalten werden darf. – Eine Bankgarantie (→ Kapitel 15.C.IV., S. 945) für derartige Zwecke wird **Haftrücklass** genannt.

Bauvertragsrecht

Die historischen Ansätze einer solchen Sicherungspraxis im Bauvertragsrecht sind schon im antiken Griechenland nachweisbar.

III. Pflichten des Werkunternehmers

1. Herstellung des Werkes

Der Unternehmer hat nach § 1165 ABGB – und das ist seine Hauptpflicht – das **Werk herzustellen** und rechtzeitig **abzuliefern**, aber auch für allfällige **Mängel** einzustehen (→ C.III.2.) und nach allgemeinen Vorschriften für **Schaden** zu haften → C.III.3. – Häufig treffen den Werkunternehmer auch **Nebenpflichten**, wie eine Gebrauchs- oder Reparaturanweisung zu geben oder Autofahrer in die Waschanlage einzuweisen; RZ 1982/61.

Erst die **vollständige Herstellung des Werkes** (samt der allenfalls nötigen Übergabe von Unterlagen zur Überprüfung) lässt die Werklohnforderung des Unternehmers **fällig** werden; es sei denn, eine **Leistung /Lieferung in Abschnitten** wäre vereinbart worden, was bei Werkverträgen häufig vorkommt; zB Hausbau: Kellergleiche, Rohbaufertigstellung, völlige Fertigstellung.

Fälligkeit des Werklohns



OGH 22. 3. 2002, 1 Ob 47/02x, EvBl 2002/130: Abschluss eines Werkvertrags über **Einbau eines Schaltschranks**. Werkunternehmer liefert Schaltkasten und klagt auf Zahlung des Werklohns. Werkbesteller wendet ein, dass die Übergabe der zum Schaltkasten gehörenden umfangreichen Dokumentation unterlassen worden sei, worauf der Werkunternehmer die Dokumentation in einer Tagsatzung vorlegt. – OGH beurteilt Werk bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz dennoch als noch nicht beendet – und die **Werklohnforderung** daher **noch nicht fällig**. Die Fälligkeit trete nämlich erst dann ein, wenn der Unternehmer dem Besteller Gelegenheit zur Überprüfung des Werks gewährt hat – dies erfordere im vor-

liegenden Fall (auf Grund des Umfangs der Dokumente) längere Zeit.

- OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 40/02t, JBl 2002, 658 = EvBl 2002/131: **Generalunternehmer** übernimmt Herstellung von Böden und der Estriche für ein Einfamilienhaus und beauftragt einen **Subunternehmer** mit den Estricharbeiten. Trotz offensichtlicher Mängel (der Estriche) klagt der Generalunternehmer den „Auftraggeber“ auf **Werklohnzahlung**. Einen Teil der Kosten dieses verlorenen Vorprozesses will er idF vom Subunternehmer einklagen/refundiert erhalten. – OGH: Die Kosten, die ein Generalunternehmer für eine ersichtlich aussichtslose Prozessführung aufwendet, hat auch ein Subunternehmer, der das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers auf Grund seiner mangelhaften Arbeit verschuldet hat, nicht zu ersetzen. Ein solcher Schaden liegt außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (→ Kapitel 9.A.II.5., S. 605) der verletzten Vertragsnorm.

Ausführung des Werks durch Hilfspersonen

„Der Unternehmer ist – nach § 1165 ABGB – verpflichtet, das Werk **persönlich auszuführen** oder unter seiner persönlichen Verantwortung **ausführen zu lassen** „ – Aus dem zweiten Satzteil ergibt sich, dass der Unternehmer nicht verpflichtet ist, das Werk stets selber auszuführen, wenngleich er weiterhin für den Erfolg einzustehen hat, also haftet. Er darf:

- sowohl eigene **Hilfspersonen** / (Erfüllungs)Gehilfen iSd § 1313a ABGB heranziehen,
- als auch die Ausführung des gesamten Werks oder doch eines Teils davon an **andere selbständige Unternehmer** – sog **Subunternehmer** (→ C.III.3.) – weitergeben.

 GIU 11.030 (1886): „**Ausarbeitung eines** einem Advocaten persönlich abgeforderten **Gutachtens** durch einen „Concipienten“ desselben: Anspruch des Advocaten auf Honorar?“ → D.IV.2..

Man denke auch an Konstellationen wie von **Reiseveranstaltern** zu Fluglinien, Hotels, Busunternehmen oder das Verhältnis von **General-** zu einzelnen **Subunternehmern** im Rahmen von Bauführungen; dazu gleich mehr.

Weisungen

Weisungen des Werkbestellers hat der Unternehmer aber grundsätzlich selbst zu befolgen oder doch befolgen zu machen. Zur Warnpflicht nach § 1168a Satz 3 ABGB → C.III.3. Ansonsten arbeitet der Unternehmer aber weisungsfrei.

 ABBILDUNG: Pflichten des (Wer)Unternehmers (1) + (2)

2. Gewährleistung

§ 1167 nF – in Geltung seit 1.1.2002 – erklärt bei „Mängeln des Werkes“, die allgemeinen, für entgeltliche Verträge geltenden Bestimmungen der §§ 922-933b ABGB für anwendbar → Kapitel 7.B.IV., S. 459. Damit wurde die (wohl zu Recht) von den kaufvertraglichen Gewährleistungsregeln der §§ 922 ff ABGB abweichende werkvertragliche Gewährleistungsregel beseitigt, was keine Verbesserung bedeutet. Stellen die §§ 922 ff nF schon einen Kniefall vor der Wirtschaft und ihren Interessen dar, bildet die erwähnte Gleichschaltung des Werkvertragsrechts ein sachliches Ärgernis.

Flexiblere Lösung des § 1167 ABGB aF

Die bisher sowohl tatbestandlich wie rechtsfolgenmäßig flexiblere Lösung des § 1167 ABGBaF entsprach den **Besonderheiten dieses Vertragstypus** in höherem Maße, als die nivellierende neue Regelung.

Zu bedenken gilt es nämlich für die Gewährleistung beim Werkvertrag nach wie vor, dass dieser Vertragstypus anfällig ist für Gewährleistungsprobleme, zumal das häufige **Erbringen eines nach individuellen Gesichtspunkten zu erstellenden Werks** immer wieder Abweichungen vom Gewünschten und Vereinbarten mit sich bringt. (Beim Kauf ist das anders!) – Dazu kommt, dass im Anwendungsbereich des § 1167 ABGB häufig auch für Mängel an unkörperlichen Werken (zB eine künstlerische Aufführung, eine Beförderungsleistung oder ein Gutachten) einzustehen ist, für welche die Rechtsfolgen der §§ 922 ff ABGB zu schwerfällig sind; vgl im übrigen die Voraufgabe (2000).

§ 1167 ABGB aF: „Bei Mängeln des Werkes kommen die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933b) zur Anwendung.“

 SZ 69/II 218 (1996): Nicht ordnungsgemäß ausgeführter Werbedruckauftrag für einen **Tischaufstellkalendarer**, der als Werbegeschenk geplant war: Der Text war nicht richtig positioniert, der Druck entsprach nicht dem vorher übermittelten Bürstenabzug und die Druckfarbe war bestellungswidrig hellgrau statt schwarz. – Es geht um die Frage: Wandlung oder bloß Preisminderung. Kläger war das Druckunternehmen, Beklagter der Besteller. Der OGH wies im Gegensatz zu den Unterinstanzen die Klage insgesamt ab, hielt also die Wandlung für berechtigt, was zu begrüßen ist.

Beim Werkvertrag ist für den Erfolg auch dann (!) einzustehen, wenn die Leistung / Ausführung zwar nach den **anerkannten Regeln der Technik** erbracht wurde, sie sich aber dennoch als mangelhaft erweist, weil sie nicht den vereinbarten Erfolg erbringt. – Auch Gewährleistungsansprüche bestehen verschuldensunabhängig.

Anerkannte Regeln der Technik

 WBI 1989, 307 (**Einbau von Aluminiumfenstern**) uH auf die dtRspr und Lehre: Bei der Anwendung neuer Methoden und bei der Verwendung neuer Werkstoffe hat das damit verbundene Risiko des Fehlschlagens der Unternehmer zu tragen, es sei denn, der Besteller hätte eingewilligt; aber auch diese Einwilligung entlastet den Unternehmer nicht, wenn der Besteller zuvor nicht erschöpfend über diese Risiken aufgeklärt worden ist; vgl Soergel, Kommentar zum BGB Rz 36 zu § 633.

Die **Rügepflicht** des § 377 HGB (→ Kapitel 7.B.IV.14., S. 466) gilt auch für Werkverträge, wenn der Unternehmer den Stoff beistellt, also ein sog Werklieferungsvertrag iSd § 381 Abs 2 HGB vorliegt.

Rügepflicht

§ 381 Abs 2 HGB: „[Die in diesem Abschnitt für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften] ... finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.“

Die **Fristen** des § 933 ABGB laufen **ab Über- oder Abnahme des erstellten Werks**. In der Praxis kommt es häufig zu vertraglicher Fristverlängerung durch Garantievereinbarungen; Herstellergarantie.

Fristen

 ABBILDUNG: GWL-Vergleich: Kauf- und WerkV

3. Schadenersatz

Der Unternehmer haftet nach allgemeinen (Gewährleistungs)Grundsätzen für den von ihm verschuldeten Schaden; §§ 933a und b ABGB. Er haftet dabei insbesondere auch für:

die **Verletzung der Warnpflicht** nach § 1168a Satz 3 ABGB bei offenkundiger Untauglichkeit des beigestellten Stoffs oder bei offenkundiger Anweisung des Bestellers und für allfällige **Subunternehmer** als Erfüllungshelfen.

Verletzung der Warnpflicht: § 1168a

Besonders zu beachten ist die **Warnpflicht des Unternehmers** gegenüber dem Werkbesteller; § 1168a ABGB. Sie gilt auch bei offenkundiger Anweisung des Bestellers und bei offenkundiger Untauglichkeit des Stoffs. Vom Unternehmer wird (größere) Sachkunde erwartet. – Die Warnpflicht gilt auch gegenüber (scheinbar) sachkundigen Bestellern, zB einem Architekten.

 Eine typische Warnpflicht nach § 1168a ABGB trifft den Betreiber einer **Reifenfachwerkstätte**, wenn die vom Besteller beigestellten und über dessen Auftrag am Fahrzeug zu montierenden Reifen ungeeignet sind; vgl SZ 45/75 = JBI 1973, 207 = ZVR 1973/153.

- JBI 1978, 208 (Verletzung der Warnpflicht nach § 1168a ABGB): Reinigung eines **Wildlederkostüms** durch einen Subunternehmer: Der Werkunternehmer haftet bei Verletzung seiner Warnpflicht auch dann, wenn das Kostüm trotz fachgemäßer Reinigung ausfärbt und eingeht. Vgl damit die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht → Kapitel 10.B.VI., S. 693: § 1299 ABGB.
- SZ 1/79 (1919): Zu färbender Stoff wird von einem Bediensteten des Subunternehmers gestohlen. Der Werkunternehmer haftet dem geschädigten Besteller als **Generalunternehmer** vertraglich auch für das Verschulden seiner **Subunternehmer** und allenfalls deren Gehilfen entdeckt.
- OGH 29. 6. 2000, 8 Ob 97/00y, EvBl 2001/13: Werkunternehmer stellt für Hotel Einrichtungsgegenstände her, die zwar gemäß den Anweisungen des Werkbestellers hergestellt werden, aber doch den Anforderungen des Hotelbetriebs nicht gewachsen sind; zB Kratzspuren im **Holzmosaikfußboden** durch zu schwache Versiegelung. Werkunternehmer warnt Besteller nicht, obwohl er weiß, dass die Anweisungen des Bestellers nicht sachgerecht sind. – OGH: Ein Verbesserungsanspruch habe keine Grundlage im Werkvertrag selber (?) – OGH schlägt daher (verfehlten) Weg über § 872 ABGB vor. (Zu enges Verständnis der Warnpflicht.)
- OGH 17. 8. 2001, 1 Ob 170/01h: Zum Verkauf bestimmtes Auto wird zur Reparatur eines bestimmten Mangels an eine Werkstatt (Werkunternehmer) übergeben; die noch einen andern Fehler entdeckt, diesen aber nur unsachgemäß beseitigt und den Werkbesteller auch nicht darauf hinweist. Die zwischen Käufer

und Verkäufer vereinbarte **Überprüfungsklausel** lautete: Das Auto sei „so zu reparieren, dass alles wieder in Ordnung“ sei, was auch bislang unbekannte Fehler umfasste. Nach zwei Monaten/4000 km führt das unsachgemäße Beheben des zweiten Mangels zu einem Schaden, der doppelt so hoch ist, wie eine fachgemäße Reparatur gekostet hätte. – OGH lässt Werkunternehmer wegen Verletzung der Warnpflicht (§ 1168a ABGB) haften.

General-, Sub-, Total- und Hauptunternehmer

Zu den Begriffen **General-, Sub-, Total- und Hauptunternehmer**: Gehen wir von einem Beispiel aus: A ist Häuslbauer und kann als Bauherr mit den einzelnen Handwerkern (Baumeister, Elektriker, Installateur etc) **Einzelwerkverträge** schließen. Er muss sich in diesem Fall um die Handwerkertermine, eine qualitätsvolle Bauausführung und Bauüberwachung selber kümmern. – Will er das nicht, gibt es rechtliche Möglichkeiten, es sich einfacher zu machen. Er bestellt einen **Generalunternehmer**, der alle diese Arbeiten für ihn erledigen soll. Dieser Generalunternehmer kann zB Baumeister oder Architekt sein. Praktisch wichtig ist es, den Aufgabenbereich des Generalunternehmers vertraglich klar festzustellen, denn ein Generalunternehmer übernimmt die vollständige Herstellung des Werkes nach Plan. Er hat das vollständige Werk fehlerfrei zu übergeben. – Von **Totalunternehmer** wird oft dann gesprochen, wenn jemand zu den typischen Aufgaben des Generalunternehmers noch weitere Aufgaben, nämlich zB die Grundstücksbeschaffung, Finanzierung und Planung übernimmt. General- oder Totalunternehmer erbringen die vereinbarten Leistungen entweder selber oder bedienen sich (im eigenen Namen und auf eigene Rechnung) anderer Unternehmer, sog **Subunternehmer**. – Vergibt ein General- oder Totalunternehmer die nötigen „Subaufträge“ nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, sondern im Namen und auf Rechnung des Bauherrn / Kunden, spricht man oft bloß von **Hauptunternehmer**. – Die **Unterschiede der einzelnen Unternehmertypen** zeigen sich etwa bei auftretenden Mängeln. Wurde ein General- oder Totalunternehmer bestellt, ist dieser für alles verantwortlich. Hat man dagegen selber die Werkaufträge vergeben oder sich bloß eines Hauptunternehmers bedient, muss bei Vorliegen von Mängeln (zB einer Fehlkonstruktion des Daches) geklärt werden, wer dafür verantwortlich ist (Planer, Baumeister oder Dachdecker etc?) Das kann schwierig sein, lange dauern und hohe (Sachverständigen)Kosten verursachen.

 OGH 16. 1. 2001, 4 Ob 323/00d, EvBl 2001/110: Eine Miteigentümerin, die im Haus ein Geschäft betreibt, wird von der (Miteigentümer)Gemeinschaft bevollmächtigt, eine **Portalrenovierung** durchführen zu lassen. Sie erteilt darauf Vollmacht an einen Bauunternehmer zur Durchführung der geplanten Arbeiten. Dieser (**General**)**Bauunternehmer** legt aber den ausführenden **Subunternehmern** gegenüber seine Bevollmächtigung nicht offen, holt dies aber nach, als ihm von diesen (ausführenden Subunternehmern) deren Arbeiten in Rechnung gestellt werden. – OGH lässt das (wie bisher) ausreichen und betrachtet die Verträge des als Generalunternehmer tätigen Bauunternehmers als mit dem Machtgeber (= Miteigentümergeinschaft) zustandegekommen. (Klägerin war eine als Subunternehmerin herangezogene Tischlerei, Beklagte die von der Miteigentümergeinschaft bevollmächtigte Geschäftsinhaberin. Praktische Lehre: Passiv klagslegitimiert war die Gemeinschaft, nicht die bevollmächtigte Miteigentümerin! Es wurde demnach falsch eingeklagt!)

4. Zur (häufigen) Pauschalpreisvereinbarung

 EvBl 1987/176: § 1170 ABGB – **Wäschereinigung**: Der vereinbarte Pauschalpreis ist verbindlich, auch wenn sich herausstellt, dass die übernommenen Arbeiten die veranschlagten Mengen erheblich (hier: um 33 %) über- oder unterschreitenKläger = Wäscherei / Werkunternehmer Beklagter = Kurbetriebsgesellschaft / Werkbesteller. Eine Vertragsanpassung gemäß § 1118 ABGB setzt die Unzumutbarkeit der Zuhaltung des Vertrages voraus, welche nur bejaht werden kann, wenn das Festhalten am Vertrag mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbare Folgen hätte Mit Vertrag vom 8.1.1976 übernahm der Kläger die Reinigung der „gesamten in den derzeitigen Betrieben der Auftraggeberin (Beklagten) anfallenden Wäsche um den hiemit vereinbarten jährlichen Pauschalbetrag von 550.000 S“ wobei die Vertragsdauer mit 10 Jahren ... festgesetzt wurde. Der Klägerstellte das Begehren auf Feststellung, der zwischen ihm und der beklagten Kurbetriebsgesellschaft 1976 geschlossene Werkvertrag sei mit sofortiger Wirkung aufgelöst bzw aufgehoben; hilfsweise beantragte er a) die Feststellung, der vorgenannte Werkvertrag sei auf Grund seiner Aufhebungserklärung aufgehoben; b) die Verurteilung der beklagten Partei,

ihm an Stelle des bisher im genannten Werkvertrag vereinbarten jährlichen Pauschalbetrages von 555.000 S einen solchen von 800.000 S zu zahlen.

BEACHT: Das Urteil zeigt, wie gut man sich **Vertragsschlüsse** und **Offertstellungen** überlegen sollte, zumal „hinterher“ uU nichts mehr zu ändern ist; insbesondere dann, wenn eine „Pauschal-Vereinbarung“ getroffen wurde, deren Zweck gerade darin liegt, Mengenschwankungen und damit einhergehende Preisunterschiede auszuschalten. (Es kann gefährlich sein, unbedingt Billigstbieter werden zu wollen!) – Der Grundsatz des pacta sunt servanda zeigt sich hier von einer sehr konsequenten Seite! – Insgesamt könnte man hier aber auch anderer Meinung als der OGH sein. Offenbar war auch die anwaltliche Vertretung der Klägerin nicht optimal. – Zum Kostenvoranschlag → C.V.

Vgl im übrigen die Ausführungen zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund → Kapitel 6.D.III.2., S. 392: ebenfalls strenge Linie des OGH.

BEISPIEL: Vereinbaren Sie mit einem Taxilenker, dass dieser Sie für 350,? S vom Hotel zum Flughafen befördern soll, kann der Fahrer in der Folge nicht nach dem Taxometer abrechnen, wenn sich herausstellt, dass er dann günstiger abschneiden würde. – Es liegt eine Pauschalpreisvereinbarung vor, bei der jeder Vertragsteil hinsichtlich des vereinbarten Preises ein Risiko übernimmt: Sie als Gast, dass bei Abrechnung nach dem Zähler weniger zu bezahlen gewesen wäre; der Taxilenker, dass bspw der Weg weiter und die Straße schlechter als angenommen ist.

5. Gefahrtragung beim Werkvertrag

Der Werkvertrag kennt eigene Regeln, was bei **Vereitelung der Ausführung des Werks** zu gelten hat: Sie finden sich in den §§ 1168 und 1168a ABGB.

Was meint „Gefahr“? – Der Gefahrbegriff stellt die Frage danach, wer den wirtschaftlichen Nachteil zu tragen hat, wenn (zwischen Vertragsschluss und Fertigstellung/Übergabe des Werks) durch Zufall entweder:

- die **Ausführung** des Werks **unterbleibt** oder
- das bereits **hergestellte Werk** (vor Abnahme / Übergabe) **untergeht**.

Zu erinnern ist an die Gefahrtragungsregeln bei Kauf und Tausch; § 1064 iVm §§ 1048 ff ABGB.

Zur „Sphärentheorie“ des § 1168 ABGB **Vereitelung der Ausführung**:

- Liegen die Umstände der Vereitelung der Ausführung, **in der Sphäre des Bestellers**, trägt der Besteller die Preisgefahr, dh er muss zahlen. Der Unternehmer behält, wenn er leistungsbereit ist, seinen Werklohnanspruch; § 1168 Abs 1 ABGB. Allerdings kommt es zur Vorteilsanrechnung des Ersparten oder des durch anderweitige Verwendung Erworbenen oder des zu erwerben absichtlich Versäumten; zB Portraitiertes stirbt.

Zu den Pflichten des Werkbestellers → C.IV.

- Liegen dagegen die Umstände die zur Vereitelung der Ausführung führen, **in der Sphäre des Unternehmers**, verliert dieser seinen Entgeltanspruch; zB Schlechtwetter vereitelt eine von diesem organisierte (Musik)Veranstaltung.
- Liegen die Umstände **außerhalb der Sphären beider Vertragspartner** verliert der Unternehmer ebenfalls seinen Entgeltanspruch, weshalb es häufig zu vertraglicher Modifikation kommt; zB Film- oder Konzertaufführung wird behördlich untersagt. Die Karte gilt dann weiter.
- Bis zur Übergabe / Übernahme des Werks trägt der Unternehmer die Gefahr. Bei Annahmeverzug (→ Kapitel 7.B.II., S. 455) geht die Gefahr auf den Besteller über.
- Derjenige, der den Stoff beistellt, trägt im Fall des Untergangs oder der Beschädigung des Werks die Gefahr für den Stoff. Bei sich herausstellender Untauglichkeit des Stoffs aber auch die Gefahr für das gesamte Werk.

 ABBILDUNG: Sphärentheorie (1) bis (3); ABBILDUNG: Gefahrtragung beim Werkvertrag

Gefahr?

Sphärentheorie

Gefahrtragung für das fertiggestellte Werk

IV. Bestellerpflichten

1. Entgelt-Vorschuss

Den (Werk)Besteller trifft neben unabdingbaren **Fürsorgepflichten** – § 1169 iVm § 1157 ABGB – die Pflicht, das bedungene oder, wenn nichts vereinbart wurde, ein angemessenes **Entgelt** zu leisten. Es ist im Zweifel im nachhinein fällig (§ 1170 Satz 1 ABGB), doch besteht eine gesetzliche **Vorschusspflicht** insofern, als der jeweilige Teil des Werklohns nach dessen korrekter Erfüllung zu entrichten ist, wenn das Werk in Abteilungen verrichtet wird oder Auslagen damit verbunden sind. Eine darüber hinaus gehende Vorschusspflicht müsste vereinbart werden.

Vgl die typische Entgeltvereinbarung / Verkehrssitte bei der Errichtung von Gebäuden: zB 1/3 bei Baubeginn / Ausheben der Baugrube, 1/3 nach Fertigstellen des Rohbaus, 1/3 bei Abnahme; § 1170 Satz 2 ABGB. – Zu anderen Formen der Vorschusspflicht und überhaupt des Vorschusses → B.IV.13.

Entgelt – Werklohn

Der Besteller hat das **Entgelt** (Werklohn) zu entrichten; nach § 1152 ABGB bedungenes oder angemessenes Entgelt. Unentgeltlichkeit ist nur bei ausdrücklicher Vereinbarung anzunehmen. Nach der Rspr wird der **Werklohn** mit Übermittlung der Rechnung **fällig**, wenn eine detaillierte Berechnung erst nach Vollendung des Werks möglich ist. – Zu beachten ist nunmehr auch der neue § 1333 ABGB → Kapitel 7.B.I.3., S. 450.



EvBl 2000/103: **Teilzahlungen** auf den **Werklohn vor Fertigstellung des Werks**, die nicht bestimmte Teilleistungen abgelten, sind als Vorschüsse zu qualifizieren. **Vorschüsse** sind Vorauszahlungen eines noch nicht fälligen Entgelts; sie können bereits erbrachte Leistungen vor Fälligkeit der entsprechenden Forderungen vorweg entgelten oder auf noch nicht Geleistetes entfallen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Vorschuss ein Geldbetrag, der jemandem vorausgezahlt wird, obwohl er sonst erst später Anspruch auf die Leistung des Geldbetrags hätte.

Zurückbehalten des
Werklohns

Ein (teilweises) **Zurückbehalten des Werklohns**, Zug um Zug (§ 1052 ABGB) gegen die Beseitigung von Mängeln, wird für zulässig erachtet; Verhältnismäßigkeit ist aber zu beachten. – Dem Unternehmer steht die **Einrede des nicht erfüllten Vertrags** und ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 471 ABGB (→ Kapitel 15.B.II., S. 931) am beigegebenen Material zu; er hat aber kein gesetzliches Pfandrecht.

Mitwirkung des Bestellers

Unterbleibt die zur Ausführung des Werks erforderliche **Mitwirkung des Bestellers** – zB er sitzt dem Maler nicht Modell oder erscheint nicht zum Phototermin, kann der Unternehmer unter angemessener Nachfristsetzung unbeschadet seiner Ansprüche zurücktreten; § 1168 Abs 2 ABGB.

Das gilt etwa auch für Massagetermine und andere als Werkvertrag zu qualifizierende therapeutische Behandlungen.



ABBILDUNG: Bestellerpflichten (1) bis (3)

2. Rücktrittsrecht

Das Rücktrittsrecht des Werkbestellers bei Schuldnerverzug des Werkunternehmers folgt den Regeln des § 918 ABGB → Kapitel 7.B.I.8., S. 452.

Umgekehrt liegt Gläubigerverzug vor, wenn der Besteller einer (Spezial)Massage den Behandlungstermin vergisst. Kann der Masseur den Termin nicht mehr anderweitig vergeben, was in einem derartigen Fall anzunehmen ist, bleibt der Werklohnanspruch (voll) aufrecht und eine Vorteilsanrechnung findet nicht statt. – Vgl auch § 50 Abs 3 ÄrzteG 1998.

3. Verjährung

Der werkvertragliche Entgeltanspruch verjährt nach § 1486 Z 1 ABGB in 3 Jahren.

4. Werkvertrag: Ziel- oder Dauerschuldverhältnis

Zum Unterschied vom Arbeitsvertrag ist der Werkvertrag idR ein **Vertrag auf Ziel** (Zielschuldverhältnis), der mit Vollendung und Abnahme des Werks endet. Nach allgemeinen Grundsätzen kann er daher jederzeit einvernehmlich aufgehoben werden, eine Kündigung ist aber (wie bei anderen Zielschuldverhältnissen auch) nicht vorgesehen.

Werkverträge kommen aber **auch** als **Dauerschuldverhältnisse** vor. Sie folgen dann deren Regeln und enden durch Zeitablauf oder Kündigung.

BEISPIEL: Hierher gehören **Serviceverträge** für Lifte oder **Reinigungsverträge** – bspw zwischen Universität und Reinigungsfirma – oder **Verträge mit Wachdiensten** sowie **Grabbetreuungsverträge** zwischen Gärtnereien und den Angehörigen Verstorbener.

Zu erinnern ist daran, dass die lange Dauer einer Werkherstellung allein, dem Vertrag noch nicht den Charakter des Zielschuldverhältnisses nimmt; zB Großbauprojekt über 3 Jahre.

5. Beendigung des Werkvertrags

Welche Rolle spielt der **Tod** für die Beendigung des Werkvertrags?

Durch den **Tod des (Werk)Bestellers** endet der Werkvertrag nicht. Bezieht sich das Werk direkt auf seine Person, greift aber § 1168 ABGB. – Allein auch hier ist zu differenzieren; so kann das angefangene Porträt vielleicht noch vollendet werden.

Tod des Bestellers

Durch den **Tod des (Werk)Unternehmers** endet der Werkvertrag nur, wenn es sich um höchstpersönliche Arbeiten handelt; zB künstlerische Leistungen. Nicht, wenn der Kraftfahrzeugwerkstätteninhaber, bei dem sie das Auto in Reparatur haben, stirbt.

Tod des Unternehmers

 ABBILDUNG: Beendigung des Werkvertrags

V. Der Kostenvoranschlag

 Hutter, Der Kostenvoranschlag (1996).

Kostenvoranschläge spielen in der Praxis eine wichtige Rolle; einerseits bei den vielfältigen Reparaturverträgen (sei es von beweglichen oder unbeweglichen Sachen; etwa um die Kosten einer Keller trockenlegung zu schätzen), aber auch zB bei Neuanfertigungen, sei es der Anbau eines Hauses, das Anfertigen einer Zahnprothese oder der Austausch von Zahnamalgamfüllungen gegen körperverträgliches Material.

Reparaturverträge

Häufig sind im Zusammenhang mit Fragen des Kostenvoranschlags die **Regeln für Offertstellungen** zu beachten, zumal Kostenvoranschlag und Offerte oft identisch sind! – Dem „reinen“ Kostenvoranschlag fehlt aber das zweite Kriterium einer gültigen Offerte: der endgültige Bindungswille → Kapitel 5.B.II.1., S. 290. Durch Auslegung ist festzustellen, was gewollt war.

Regeln für Offertstellungen

1. Arten

§ 1170a ABGB regelt den praktisch wichtigen Kostenvoranschlag. Die Bestimmung besitzt über den Werkvertrag hinaus Bedeutung. – Das Gesetz unterscheidet zwischen:

- Kostenvoranschlägen **mit Gewähr** und
- Kostenvoranschlägen **ohne Gewähr**.

Beim Kostenvoranschlag mit Gewähr kann auch bei unvorhergesehener Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts verlangt werden!

Kostenvoranschlag mit Gewähr

Im Zweifel gilt nach ABGB ein erstellter **Kostenvoranschlag** als solcher **ohne Gewähr**; **Entgeltlichkeitsvermutung**. – Nach § 5 Abs 2 KSchG gilt im Zweifel das Umgekehrte: Es ist ohne abweichende Vereinbarung ein Kostenvoranschlag **mit** Gewähr anzunehmen.

Unterschiede: ABGB und KSchG

**Kostenvoranschlag
ohne Gewähr**

Auch beim **Kostenvoranschlag ohne Gewähr** besteht aber (nach dem Gesetz) bei beträchtlicher Kostenüberschreitung eine **Anzeigepflicht des Unternehmers**; andernfalls hat er keinen Anspruch auf die Mehrkosten! Der Besteller hat in diesem Fall ein Wahlrecht; § 1170a ABGB. Entweder übernimmt er die Mehrkosten oder er kann vom Vertrag zurücktreten, muss dann aber die bisher geleistete Arbeit des Unternehmers vergüten. – Wurde ein „**Pauschale**“ vereinbart trägt der Unternehmer die Gefahr des Mehraufwands. Zur Pauschalpreisvereinbarung → C.III.4.

Sog Schätzungsanschlag

Der OGH kennt neben den beiden (Haupt)Formen des Kostenvoranschlags noch einen sog **Schätzungsanschlag**, der weder auf den Werkvertrag (sondern etwa auch bei Aufträgen herangezogen wird), noch auf die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 1170a ABGB beschränkt ist: offene (Gesetzes)Analogie; vgl das folgende Urteil.

 OGH 21. 5. 2001, 10 Ob 82/00g, JBl 2002, 108: Rechtsanwalt wird mit Durchführung einer **Auslandsreise** (Südafrika) zur Klärung von Erbschaftsangelegenheiten (Auftrag) betraut. Als voraussichtliche Kosten nannte der Anwalt auf Anfrage ca 200.000 S, womit die Mandantin einverstanden war. Tatsächlich verlangte der Rechtsanwalt dann aber über 450.000 S und klagte diesen Betrag auch ein. – OGH kennt für den Bereich des Werkvertrags neben den beiden Varianten des Kostenvoranschlags in § 1170 a ABGB auch einen **Schätzungsanschlag**, der eine bloß überschlagsmäßige, beiläufige und nicht ohne weiteres verbindliche Kosteneinschätzung darstellt; vgl SZ 55/83. Diesen Schätzungsanschlag wendet der OGH analog auf die vorliegende Auftragsbeziehung an. Die Rechtsfolgen des Schätzungsanschlags stimmen in concreto mit § 1170 a ABGB überein, müssen dies aber nicht in jedem Fall.

2. KSchG-Modifikation

Für Verbrauchergeschäfte zu beachten ist – daran sei nochmals erinnert – § 5 KSchG, der die bürgerlichrechtliche Regelung aus Gründen des Verbraucherschutzes umkehrt: Kostenvoranschläge für Verbraucher sind danach im Zweifel sowohl **unentgeltlich**, als auch **verbindlich**. – Entgeltlichkeit und Unverbindlichkeit müssten daher vereinbart werden.

 ABBILDUNG: Kostenvoranschlag

VI. Verwandte Vertragstypen

Die Vertragsfreiheit macht den Werkvertrag zu einem sehr lebendigen – immer neue Formen entwickelnden – Typus. Neue wirtschaftliche „Dienstleistungen“ werden häufig in der Rechtsform Werkvertrag erbracht. Als Werkverträge iwS – dh dem Werkvertrag als Typus mehr oder weniger nahestehend (vgl auch die Marginalrubrik vor den §§ 631 ff dtBGB: „Werkvertrag und ähnliche Verträge“) sind bspw zu nennen:

Wichtige neue Verträge
unterstehen dem
Werkvertragsrecht

- **Beförderungsverträge**: zB Taxi oder Paketbeförderung;
- **Reiseverträge**: Werkvertrag + Geschäftsbesorgung → C.VII.
- **Speditionsverträge**: §§ 407 ff HGB
- **Frachtverträge**: §§ 425 ff HGB
- **Verlagsverträge**: §§ 1172 f ABGB
- der **Architektenvertrag** (ZiviltechnikerG 1994): Die bloße Herstellung von Bauplänen ist schlichter Werkvertrag; kommt dazu aber – wie häufig – noch die Leitung und Überwachung der Bauausführung, also insbesondere Geschäftsbesorgung hinzu (Vertragsschlüsse mit Professionisten oder Materialeinkauf etc) liegt ein Architektenvertrag (als Mischvertrag) vor; vgl § 1151 Abs 2 ABGB: das ist zusätzlich Auftrag mit oder ohne Bevollmächtigung. Zu den Mischverträgen allgemein → Kapitel 5.C.III., S. 311.
- der **Kinder(garten)aufnahmevertrag** und überhaupt **Heimverträge** aller Art (insbesondere auch Alten- und Pflegeheimverträge) als gesetzlich nicht geregelte (Misch)Typen.

 Zum Alten- und Pflegeheimvertrag: – *Barta / Ganner*, Überlegungen zum Heimvertrag, JRP 1998, 28 und *dieselben*, Zur Auflösung des Altenheimvertrags durch den Heimträger, wobl 1998, 93 sowie *dieselben*, Alter, Recht und Gesellschaft (1999); vgl auch: *Barta*, in FS Kohlegger 27 ff (2001) und *derselbe*, Entwurf eines Bundes-Heimvertragsgesetzes/B-HVG: <http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/mitarbeiter/barta/etwurf-b-heimvg.html>

- **Heirats- oder Partnervermittlungsverträge:** vgl SZ 54/173 (1981);
- **Beratungsverträge** verschiedenster Art; Beispiel: Anlageberatungen von Bankkunden (sind Werkverträge für Bankdienstleistungen); vgl für Deutschland: BGH NJW 1987, 1816 oder BGH NJW 1993, 3073 (3075). – Der **Consulting- oder Unternehmensberatungsvertrag** ist je nach Ausgestaltung im Einzelfall entweder als (freier) Dienstvertrag (insbesondere bei begleitender Dauerberatung), Werkvertrag (insbesondere bei Projektberatung) oder Mischvertrag mit beiden Typelementen anzusehen. Der OGH stellt in JBl 2000, 441 darauf ab, dass nach Bestimmung des Leistungsinhalts im Einzelfall zu prüfen sei, ob dadurch Sorgfalts- oder Erfolgsverbindlichkeiten begründet werden. Auftrags Elemente enthält der echte Beratungsvertrag nur ausnahmsweise und nur bei besonderer Vereinbarung: Management Consulting, zB Vertrag mit Steuerberater, Architektenvertrag, JBl 1967, 376.
- **Veranstaltungsverträge im Kunstsektor** (Musik, Schauspiel; zB Vertrag zwischen dem Brindisi String Quartett und dem Musikveranstalter Galerie St. Barbara / Hall in Tirol);
- der **Fernlehkursvertrag**; dazu JBl 1987, 521 → Kapitel 5.E.1., S. 330 (Willensmängel);
- der (private) **Arbeitsvermittlungsvertrag**; möglich seit 1.7.1994;
- der **Bestattungsvertrag**; Feuer- oder Erdbestattung;
- der **Softwarevertrag**;
- Inwieweit auf **Massage- und therapeutische Behandlungsverträge** die Werkvertragsregeln oder die freien Dienstverträge zur Anwendung gelangen, muss (wie bei Ärzten) im Einzelfall entschieden werden. In nicht wenigen Fällen wird aber eine werkvertragliche Beziehung anzunehmen sein. – Das gilt sowohl für die sog klassische Körpermassage wie Spezialmassagen, etwa die Akupunktmassage.

VII. Der (Pauschal)Reiseveranstaltungsvertrag

Allgemein zur AGB-Problematik → Kapitel 6.A., S. 364. Die allgemeinen Reisebedingungen (ARB) sind ein Beispiel für sog Branchen-AGB.

 *Graziani-Weiss*, Reiserecht in Österreich (1995).

Mit BGBl 1993/247 wurden in das KSchG fünf neue Paragraphen unter der Marginalrubrik „Reiseveranstaltungsvertrag“ eingefügt. Dazu kommt, dass seit 1.1.1995 in Österreich die **EU-RL** über **Pauschalreisen** gilt. – Mit dem Reiseveranstaltungsvertrag hat eine besondere werkvertragliche Dienstleistung ihre gesetzliche Regelung erfahren. – Für Deutschland vgl die §§ 651a–651m dtBGB.

1. Überblick

- § 31b KSchG gibt Begriffsbestimmungen: Was ist eine **Reiseveranstaltung**? Wer ist **Veranstalter**, wer **Reisender**?
- § 31c KSchG regelt den wichtigen **Preisänderungsvorbehalt**; kurz: keine Preisänderung ab dem 20. Tag vor dem vereinbarten Abreisetermin.
- § 31c Abs 3 KSchG kennt ein **Vertragsüberbürdungsrecht** des Reisenden, der am Reiseantritt verhindert ist, auf eine „andere Person“! Zur Vertragsübernahme → Kapitel 14.C., S. 890.
- § 31d KSchG: **Rücktritt vom Vertrag** durch Reisende oder **Storno** der Reiseveranstaltung durch den Veranstalter. – Zur Deutung der Stornovereinbarung als Reugeld → Kapitel 15.A.III.2., S. 909.
- § 31e KSchG: Behandlung von **Leistungsstörungen nach der Abreise**.
- § 31f KSchG: Anordnung, dass die §§ 31a–e **zwingendes Recht** enthalten.

2. Reisevermittler und Reiseveranstalter

Festzuhalten ist, dass ein **Reisebüro** dann strenger haftet, wenn es nicht nur als **Reisevermittler**, sondern selbst als **Reiseveranstalter** auftritt. – Der Reiseveranstalter unterliegt aber der normalen Verschuldenshaftung und nicht der Gastwirtheftung; vgl das folgende Urteil.

 OGH 17. 10. 2001, 7 Ob 237/01f, EvBl 2002/50: Geschäftsführer einer GmbH bucht berufsbedingt eine **Pauschalflugreise** für 3 Tage nach **London**. Aus dem Hotelzimmer werden von einem **Einsteigdieb** (Fenster) der GmbH gehörende wertvolle technische Geräte gestohlen, nämlich Videokamera und Notebook. GmbH klagt Reiseveranstalter auf Schadenersatz. – OGH: Die **Gastwirtheftung** für die Gefahr des offenen Hauses ist auf Reiseveranstalter weder unmittelbar noch analog anzuwenden, weil

dieser keine Fremden beherbergt oder die Beherbergung im Reisevertrag doch in den Hintergrund tritt. Der Reiseveranstalter unterliegt der normalen vertraglichen Verschuldenshaftung. Ein Reiseveranstalter haftet aus dem **Reiseveranstaltungsvertrag** aber auch insoweit (Nebenpflicht), als dieser Obhutspflichten für Sachen des Vertragspartners umfasst; hat dabei gemäß § 1313a ABGB für ein allfälliges Verschulden des Hotelbetreibers als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen, was hier angenommen wird. OGH verneint zurecht ein Mitverschulden des Hotelgastes, der die ständig gebrauchten Geräte nicht in den Hotelsafe gab.

3. Einzelprobleme

- **Vertragsänderung vor Abreise** (durch das Reisebüro): Akzeptiert der Reisende diese (zB Preis- oder sonstige Änderungen) nicht, steht ihm ein Rücktrittsrecht (ohne Entrichtung einer Stornogebühr) zu;
- **Rücktritt und Storno**: Tritt ein Reisender berechtigt vom Vertrag zurück oder storniert ein Reiseveranstalter die Reise selbst ohne Verschulden des Reisenden, so kann dieser unter bestimmten Voraussetzungen anstelle der Rückerstattung all seiner geleisteten Zahlungen auch Vertragserfüllung durch Teilnahme an einer gleichwertigen anderen Reiseveranstaltung verlangen.
- Daneben kann ein Reisender auch **Schadenersatz wegen Nichterfüllung** des Vertrags geltend machen;
- Ansprüche von Reisenden bei **mangelhafter Leistung** des Reiseveranstalters: Hier bestehen grundsätzlich Gewährleistungsansprüche. – Zum Ersatz immateriellen Schadens bei entgangener Urlaubsfreude → Kapitel 9.A.II.1., S. 584 (Schadensbegriff) Reisende treffen dabei aber gewisse **Obliegenheiten**: So sind aufgetretene Mängel unverzüglich anzuzeigen.

BEACHTEN: Der Begriff der **Obliegenheit** spielt vor allem im Recht der Vertragsversicherung (VersVG) eine wichtige Rolle. Man versteht darunter – ganz allgemein – ein Rechtsgebot im eigenen Interesse; insbesondere Anzeige- oder Meldepflichten: zB Änderungen des Risikos oder gefahrerhöhende Veränderungen betreffend. – Obliegenheit ist nicht gleichbedeutend mit Verpflichtung: so sind Obliegenheiten vom Vertragspartner nicht erzwingbar. Ihre Einhaltung liegt vielmehr im Ermessen (aber auch im Interesse) dessen, dem sie obliegt. Nichtbefolgung führt jedoch idR zu einem rechtlichen Nachteil oder Rechtsverlust beim Verletzten; zB Leistungsfreiheit des Versicherers.

- Reisebuchungen werden immer häufiger über das **Internet** vorgenommen; sog **Online-Buchung**. Die Kundschaft gibt die Kreditkartennummer an, die vom Unternehmer auf Gültigkeit und Kontodeckung überprüft wird. Zu zahlen ist das Ticket bei Abholung am Schalter. – Zum Online-Vertragsschluss → Kapitel 2.D., S. 123. Mit Internetbuchungen umgehen Fluglinien die Reisebüros, die für den Verkauf von Flugtickets Provision erhalten.

VIII. Entscheidungen zum Werkvertrag



GIUNF 5437 (1911): Werkvertrag – Anbringung von **Goldbrücken** durch einen Zahnarzt im Gebiss eines Patienten: Berechtigung des letzteren zum Abgehen vom Vertrag wegen behebbarer, die Gebrauchsfähigkeit der Brücken aber beeinträchtigender Mängel.

- SZ 49/60 (1976): Der Besteller kann gemäß § 1167 ABGB bei wesentlichen, wenn nur nicht leicht behebbaren Mängeln stets Wandlung begehren; hier ging es um die **Erstellung von (Um)Bauplänen** eines Gebäudes, das zuletzt ein Kaffeehaus war, in eine Apotheke und Drogerie. Die Pläne waren unbrauchbar und zur Einreichung bei der Baubehörde ungeeignet. Kläger = Werkunternehmer. Beklagter = Werkbesteller

- WBI 1989, 307: Gewährleistung trotz Einhaltung der **allgemein anerkannten Regeln der Technik bei der Werkherstellung** – Vorgabe der Ausführungsart durch den Besteller. Kläger = Werkbesteller; Beklagter = Werkunternehmer.

- OGH 22.2.1983, 5 Ob 510/83 (OLG Linz 29.10.1982, 3 R 154/82; KG Wels 17.5.1982, 2 Cg 128/78): §§ 1167 und 1168a ABGB: Der Unternehmer ist auch gewährleistungspflichtig, wenn er das Werk nach dem **Stand der Technik** hergestellt hat und doch ein Mangel vorliegt. Hat der Besteller das Werk in einer genau bestimmten Ausführung in Auftrag gegeben und führte gerade diese Ausführung zu einem Mangel der Gebrauchstauglichkeit, so ist der Unternehmer nur gewährleistungspflichtig, wenn er den Besteller hätte warnen müssen.

- OGH 22.3.2001, 4 Ob 47/01t, JBI 2002/796 = EvBl 2001/156: Betreiber eines Sportartikelgeschäfts führt **Lokalumbau** durch. Werkunternehmer erstellt **mangelhafte Dachkonstruktion**; niedrigere Brandwiderstandsklasse als behördlich vorgeschrieben. Werkbesteller wählt idF teuerste Variante (Einzug einer Betonzwischendecke) und klagt auf Kostenersatz. – OGH: Besteller kann von einem mangelhaft erfüllenden

Werkunternehmer die **Mangelhehebungskosten** nur ersetzt verlangen, wenn er den Schaden beheben lassen will; andernfalls besteht sein Schaden in der objektiven Wertminderung. Besteller kann den Verbesserungsaufwand aber auch dann ersetzt verlangen, wenn er den Mangel nicht dadurch behebt, dass er den vertragsgemäßen Zustand herstellt, sondern eine überlegene Lösung wählt. Sein (Ersatz)Anspruch ist aber mit den für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendigen Verbesserungskosten begrenzt.

D. Der Auftrag

I. Begriff und Abgrenzung

1. Zum Begriff

Um den Begriff des Auftrags (Mandat – römisches Recht: *mandatum*) ranken sich terminologische Unklarheiten. Das ABGB verwendet den Begriff in § 709 ABGB für die „Auflage“ → Kapitel 13.B.IV., S. 866. Das Rechts- und Wirtschaftsleben gebraucht ihn häufig „untechnisch“: Geschäftsleute bedanken sich für erteilte „Aufträge“ und meinen damit den (durch Annahme) „**abgeschlossenen Vertrag**“ oder den von der Kundschaft gestellten „Antrag“ (**Offerte**). Kunden erteilen Handwerkern „Aufträge“, wollen aber zB einen „**Werkvertrag**“ schließen. Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen ist mit „Auftrag“ und „beauftragen“ häufig das Erteilen einer „**Weisung**“ (seitens des Arbeitgebers) gemeint. Schließlich bezeichnet das ABGB das, was heute als Auftrag verstanden wird als „**Bevollmächtigungsvertrag**“ (§ 1002) und fasst damit Auftrag und Vollmacht als praktisch häufigsten Fall zusammen → Kapitel 13.A.II.1., S. 845.

Terminologische
Unklarheiten

Zur **Abgrenzung** von Auftrag, Vollmacht und Ermächtigung → Kapitel 13.A.II.1., S. 844.

2. Abgrenzungen

Anders als bei den bisher besprochenen „Dienstleistungsverträgen“ – dem Arbeitsvertrag und dem Werkvertrag, bei denen es um die Leistung tatsächlicher / faktischer Dienste oder Arbeiten geht, ist inhaltlicher Gegenstand des Auftrags die Besorgung / Durchführung von (erlaubten) **Rechtsgeschäften** oder **Rechtshandlungen**; zu dieser Unterscheidung → Kapitel 5.A.III.8., S. 285.

Gegenstand des Auftrags

Tatsächliche Dienste sind demnach nicht Gegenstand des Auftrags. Werden tatsächliche und rechtliche oder rechtsgeschäftliche Dienste miteinander verbunden, sind nach § 1151 Abs 2 ABGB neben den dienst- und werkvertraglichen Regeln auch die Auftragsregeln der §§ 1002 ff ABGB zu beachten.

Eine innere Verwandtschaft mit dem Auftrag weisen auf:

- das **Kommissionsgeschäft**: §§ 383 ff HGB, das aus
- dem **Verkaufsauftrag** oder **Trödelvertrag** (§§ 1086 ff ABGB) entstanden ist;
- der **Zivil- und Handelsmäklervertrag** → D.IV.1.;
- der **Handelsvertretervertrag** → D.IV.2.

Innere Verwandtschaft
mit ...

Der Maklervertrag (→ D.IV.1.) ist nach der Rspr aber weder Auftrag, noch Dienst- oder Werkvertrag, sondern ein Vertrag eigener Art / *sui generis*; vgl SZ 25/168 (1952). – Unter Inkassomandat ist entweder eine Vollmacht zur Einziehung im Namen des Gläubigers oder eine Abtretung zum Inkasso zahlungshalber oder eine Inkassozession zu verstehen; SZ 2471 (1951). – Das Rechtsinstitut der Zession hat im Laufe seiner Anwendung, entsprechend den verschiedenen Zwecken, die mit ihm verfolgt werden, unterschiedliche „Arten“ oder „Formen“ der Zession entwickelt, auf die idF kurz eingegangen wird.

Maklervertrag –
Inkassomandat



Der sog **Wahrnehmungsvertrag** mit einer urheberrechtlichen **Verwertungsgesellschaft** ist ebenfalls ein Vertrag *sui generis*, der Elemente des Auftrags, des Treuhandvertrags und der sog Geschäftsbesorgungskommission iSd § 406 HGB enthält; SZ 51/134 (1978).

3. Definition – Vertragstypus

Geschäftsbesorgung

Auftrag ist vertraglich begründete entgeltliche oder unentgeltliche **Geschäftsbesorgung** (= Vornahme von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen) für einen andern (= Geschäftsherrn oder Auftraggeber) auf dessen (= fremde) Rechnung, aber nicht in dessen (= in fremdem) Namen; dazu wäre zusätzlich eine Vollmacht nötig! Vollmacht wird aber häufig zusätzlich erteilt, um Beauftragten die Vorteile der direkten Stellvertretung zu sichern → Kapitel 13.A.I.3., S. 839.

Parteibezeichnungen

Die **Parteibezeichnungen** lauten: AuftraggeberIn und Beauftragte/r.

Vertrag

Der Auftrag ist (Konsensual)**Vertrag** und verpflichtet als solcher zur Durchführung des übernommenen Geschäfts. Der Auftrag statuiert eine **Geschäftsbesorgungspflicht**. Als Vertrag braucht er für sein Entstehen die Zustimmung des Beauftragten; zur Abgrenzung von der Vollmacht → D.I.1.

BEISPIEL: Der Vertrag einer **Klientin** mit einem (**Rechts**)**Anwalt** zwecks Prozessführung ist (entgeltlicher) Auftrag, auf den aber neben den Regeln des ABGB insbesondere auch jene der RAO anzuwenden sind.

- Mietet ein **Freund** für seine **Freundin** eine Wohnung, ist das (dh ihre Rechtsbeziehung) ebenfalls Auftrag (genauer: Bevollmächtigungsvertrag iSd § 1002 ABGB), freilich unentgeltlicher; vgl § 1004 ABGB.
- Der Vertrag zwischen **Schuldner** und **Bürgen** ist idR Auftrag; der Bürgschaftsvertrag dagegen wird zwischen Gläubiger und Bürgen geschlossen → Kapitel 15.A.IV., S. 912.
- Hier zu nennen sind ferner der **Hausverwaltervertrag** (Auftrag + Vollmacht; dazu → Kapitel 13.A.II.8., S. 849) und
- der **Kreditauftrag**, das ist der jemandem erteilte und von diesem angenommene Auftrag im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch auf Gefahr des Auftraggebers einem Dritten Kredit zu gewähren.

4. § 1003 ABGB: Ablehnungspflicht

Zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt

Nach § 1003 ABGB müssen Personen, „welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden sind“ – das sind bspw **Rechtsanwälte** oder **Ziviltechniker** – zwar einen Auftrag nicht übernehmen, aber sie müssen einen an sie gerichteten Antrag unverzüglich ablehnen.

Vgl damit § 362 HGB → Kapitel 5.B.III.7., S. 298. – **Notare** trifft nach den §§ 33-35 NO eine Übernahmespflicht; Ausnahme: Befangenheit. Für sie besteht demnach Kontrahierungszwang → Kapitel 5.C.II.1., S. 308. – Allgemein zum Notariat → Kapitel 19.C., S. 1078 (Link): Priglinger und zur Rechtsanwendung ebendort (Link).

5. Zum Vertragsschluss

Formfreiheit

Der Auftrag wird als Vertrag iSd § 863 ABGB sowohl ausdrücklich, wie konkludent / schlüssig oder allenfalls auch stillschweigend geschlossen.

Nach § 1005 ABGB besteht für den Abschluss des Bevollmächtigungsvertrags **Formfreiheit**; dh er kann mündlich und schriftlich geschlossen werden.

ZSchV und DSchV

Der Auftrag kommt als **Ziel- und Dauerschuldverhältnis** vor, je nachdem sein Inhalt auf einmalige (zB einen bestimmten Vertragsschluss) oder zeitlich bestimmte / orientierte – etwa auf unbestimmte Dauer (zB Hausverwaltung) – Verrichtung zielt.

BEISPIEL: Erteilung eines sog **Dauerauftrags** an eine Bank, um monatlich vom eigenen Konto die Rundfunk- und Fernsehgebühr abbuchen zu lassen. – Einen neuen Anwendungsbereich hat das **BTVG 1997** geschaffen; danach hat ein Bauträger bei der Wahl bestimmter Sicherungsmodelle im Bauträgervertrag einen Treuhänder zu bestellen: zB pfandrechtliche Sicherung (§ 11 BTVG). Der Vertrag zwischen Bauträger und Treuhänder ist Auftrag. – Zum BTVG → Kapitel 15.B.III., S. 932: Priglinger.

Der Auftrag als eigener Vertragstypus hat typische Vertragspflichten der an ihm beteiligten Vertragspartner ausgeformt; dazu → D.II.

II. Gegenseitige Rechte und Pflichten

1. Pflichten des Beauftragten: § 1009 ABGB

§ 1009 ABGB: „Der Gewalthaber [= Beauftragte/r] ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß, **emsig und redlich** zu besorgen, und allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen. Er ist, ob er gleich eine beschränkte Vollmacht hat, berechtigt, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes notwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäß sind.“
Man beachte in dieser Norm das terminologische Vermengen von Auftrag und Vollmacht / Stellvertretung. Vgl auch → Kapitel 13.A., S. 836: Stellvertretung.

Bei Zweifeln über den **Umfang des Auftrags** besteht für Beauftragte eine **Rückfragepflicht** beim Auftraggeber; vgl RdW 1983, 106 und WBl 1987, 212. – Gefragt ist überhaupt eine „denkende“ Auftragsausführung, was mitunter ein Abgehen von erteilten Weisungen bedeuten kann; § 1010 ABGB.

Rückfragepflicht

Grundsätzlich ist ein Auftrag vom Beauftragten persönlich auszuführen; § 1010 ABGB: Sonst „haftet er ganz allein für den Erfolg.“

Persönlich auszuführen

Eine vollständige Weitergabe des Auftrags (sog **Substitution**) ist nach § 1010 ABGB nur erlaubt, wenn:

Substitution

- dies entweder „**ausdrücklich gestattet** „, oder
- „durch die **Umstände unvermeidlich** „, wurde.

In diesen Fällen haftet der Beauftragte nur für „bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden“; sog Auswahlverschulden / culpa in eligendo.

§ 1010 ABGB wird **analog** auf andere Vertragsbeziehungen (als den Bevollmächtigungsvertrag) angewandt; zB den ärztlichen oder (psycho)therapeutischen Behandlungsvertrag, wenn der behandelnde Arzt / Therapeut auf Urlaub geht und einen Vertreter bestellt. – Zur Analogie → Kapitel 11.C.II.4., S. 723.

§ 1012 ABGB statuiert die mögliche **Schadenersatzpflicht des Beauftragten**; zB wenn er von erteilten Weisungen ohne Grund abgeht oder wenn er bei seinem Handeln nicht jene Sorgfalt an den Tag legt, zu der ihn das Gesetz verpflichtet; § 1009 ABGB verlangt nämlich „emsig und redliche“ Auftragsausführung! – Das gilt natürlich auch für Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Steuer- oder Unternehmensberater → Kapitel 19.C., S. 1078 (Link).

§ 1012 ABGB

Dazu tritt die umfassende – ebenfalls in dieser Bestimmung (§ 1012 ABGB) geregelte – **Rechnungslegungspflicht** des Beauftragten

Rechnungslegungspflicht

Diese allgemeine Rechnungslegungspflicht des ABGB wird in Sondergesetzen modifiziert:

- Vgl die Rechnungslegungspflicht des (Haus)Verwalters nach § 17 Abs 1 Z 1 **WEG** 1975 (= § 34 WEG 2002) oder ebendort für die sog Rücklage nach § 16 Abs 3 WEG 1975 (= § 31 WEG 2002.);
- vgl auch § 19 **WGG**.
- Besondere Bedeutung kommt der Rechnungslegung im **Handels-** und **Gesellschaftsrecht** zu; vgl §§ 125 ff AktG 1990 (BGBl 475).
- Das **RechnungslegungsG 1990**, BGBl 475 ändert zahlreiche handelsrechtliche Rechnungslegungsvorschriften zum Teil grundlegend.

§ 1013 Satz 2 ABGB normiert ein **Geschenkannahmeverbot des/r Beauftragten** von Dritten.

Geschenkannahmeverbot

Das spielt auch bei anderen Verträgen, insbesondere bei Mischverträgen wie **Alten-** oder **Pflegeheimverträgen** (→ Kapitel 5.C.III.9., S. 320), aber auch beim **Behandlungsvertrag** (→ Kapitel 10.B.I., S. 680) eine Rolle, wenn eine Vertrauensbeziehung begründet wird, was im Regelfall anzunehmen ist. – Dabei wird bspw in der Heimpraxis auch über das Ziel geschossen: Statt die Geschenkannahme auf Liegenschaften, Geld und Wertsachen zu beschränken, wird verboten, Angestellten auch nur einen Blumenstock oder eine Stehlampe zu schenken.

2. Pflichten des Auftraggebers

Den Auftraggeber trifft nach § 1004 iVm § 1014 ABGB die Pflicht zur Zahlung des vereinbarten oder gesetzlichen **Entgelts** an Beauftragte.

Rechtsgeschichte

Zur Rechtsgeschichte: Den Auftrag kannten schon die alten **Griechen**; vgl L. Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne (1897). Das mandatum (von manus dare) der **Römer** war lange unentgeltlich.; D. 17, 1, 1, 4: mandatum nisi gratuitum nullum est. **Heute** dagegen kann es entgeltlich oder unentgeltlich sein. Inhalt des Auftrags waren im Laufe der Rechtsgeschichte faktische wie rechtliche Tätigkeiten. Auch darin liegt ein signifikanter Unterschied zu heute, denn heute umfasst es nur rechtliches und rechtsgeschäftliches Handeln. Die Parteien hießen in Rom mandator/Mandant/Auftraggeber und Mandatar/Beauftragter. Die auf Abrechnung/Herausgabe zielende Klage des Mandanten war die actio mandati directa, die des Mandatars – mit der notwendigen Aufwendungen und der Ersatz von Schäden verlangt werden konnte, die der Auftrag mit sich brachte (§ 1014 ABGB!; dazu gleich mehr) – die actio mandati contraria. Mehr bei Kaser, Das Römische Privatrecht I 577 ff (1971).

Aufwandersatz

Beauftragte haben Anspruch auf **Aufwandersatz**, „selbst bei fehlgeschlagenem Aufwande“, und allenfalls auch auf **Vorschuss**; § 1014 ABGB.

Schadenersatzpflicht des Auftraggebers

Zur **Schadenersatzpflicht des Auftraggebers** nach § 1014 letzter Halbs ABGB: Das Gesetz ordnet hier nicht nur den Ersatz des Schadens an, der Beauftragten durch ein Verschulden des Auftraggebers selbst entstanden ist, sondern – praktisch bedeutsamer (!) – auch die Vergütung des „mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen [sonstigen!] Schadens“.

Nach hA steigert dies die Haftung des Auftraggebers ganz wesentlich bis hin zu einer **verschuldensunabhängigen Risikohaftung**. Aber nur, soweit es sich um typische und nicht nur zufällig mit dem Auftrag verbundene Gefahren / Schäden handelt.

Risikohaftung

Diese Regelung des § 1014 letzter Halbs ABGB wird nunmehr **analog** (auch außerhalb des Auftrags) auf Ersatzansprüche für arbeitsadäquate Sachschäden von Arbeitnehmern gegen ihre Arbeitgeber angewandt, wenn der Schaden im Rahmen der Erfüllung der Arbeitspflicht eingetreten ist; man spricht von **Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse**.



Arbeitnehmer benötigt für seine Dienstausbübung den eigenen Pkw (zB **Außendienst**) und dieser wird dabei beschädigt; SZ 56/86 (1983): Für den Vermögensschaden, den ein Arbeitnehmer an seinem Pkw auf einer **Dienstfahrt** erlitten hat, haftet der Arbeitgeber gemäß § 1014 ABGB, wenn das Fahrzeug mit seiner Billigung, wenn auch ohne besondere Vergütung in seinem „Betätigungsbereich“ verwendet worden ist. Ein allfälliges Eigenverschulden des Arbeitnehmers ist nach den Grundsätzen des D(N)HG zu berücksichtigen → F.I.

- SZ 69/167 (1996): **Prozesskostenersatzpflicht** des Arbeitgebers nach § 1014 ABGB iVm dem D(N)HG.

- OGH 26. 1. 2000, 9 Ob A 326/99b, SZ 73/20 = JBl 2000, 530 (Kerschner): Die notwendigen Vertretungskosten eines GmbH-Geschäftsführers sind bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung „typische“ Schäden iSd § 1014 ABGB. Dies gilt für mit Freispruch endenden Strafverfahren oder bei erfolglosen zivilrechtlichen Inanspruchnahmen.

- EvBl 1999/65: §§ 1014, 837 ABGB, § 13c WEG 1975 – Passivlegitimation für **Aufwandersatzansprüche des Verwalters**: Der Verwalter steht seit Anerkennung der (Teil)Rechtspersönlichkeit der WE-Gemeinschaft (seit 1994) zu dieser und nicht mehr zu den einzelnen Mit- und Wohnungseigentümern in einem Auftragsverhältnis; dazu → Kapitel 8.A.VII.9., S. 510. Die WE-Gemeinschaft entscheidet in Verwaltungsangelegenheiten und ist damit zum Gewaltgeber des Verwalters geworden. Der Verwalter hat daher die aus diesem Rechtsverhältnis entstehenden Ansprüche, insbesondere den Aufwandersatzanspruch nach § 1014 ABGB, gegen die WE-Gemeinschaft geltend zu machen. Er muss zunächst die WE-Gemeinschaft klagen und kann sich nur subsidiär – nach Maßgabe des § 13 Abs 2 WEG 1975 – an die einzelnen Mit- und Wohnungseigentümer halten.

III. Beendigung des Auftrags

Der Auftrag setzt zwischen Auftraggeber und Beauftragtem/r ein Vertrauensverhältnis voraus. Daher kommt der Beendigung dieser Beziehung bei Wegfall der Vertrauensbeziehung besondere Bedeutung zu. – Rspr und Schrifttum haben aber in Bezug auf diesen leicht einsehbaren Zusammenhang immer wieder versagt.

Nach § 1020 ABGB kann der Auftraggeber den Auftrag **”nach Belieben”** widerrufen. Das gilt selbst für den Fall, dass der Auftrag unwiderruflich erteilt wurde; vgl damit die Funktion der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen → Kapitel 6.D.III.1., S. 392.

Widerruf

Ein Teil der Lehre und Praxis schränkte das Widerrufsrecht auf wichtige Gründe ein, was abzulehnen ist, weil dadurch nicht hinreichend das besondere Vertrauensverhältnis (und vor allem auch die Beweisfrage) berücksichtigt wird, das zwischen Auftraggeber und Beauftragten besteht; vorzuziehen Gschnitzer, SchRBesT² 272 mit näherer Begründung, uH auf Zeiller, Comm § 1021 Anm 1. Zudem wird diese einschränkende Interpretation des § 1020 ABGB dem Gesetzeswortlaut nicht gerecht, wo es heißt: „nach Belieben”. Das läuft drauf hinaus § 1020 Satz 1 als zwingendes Recht zu verstehen und zudem als (Not)Ventil.

Nach § 1021 ABGB kann der **Beauftragte** das Auftragsverhältnis „aufkünden”, also kündigen. Zur Kündigung F. Gschnitzer, in: Franz Gschnitzer Lesebuch 129 ff, insbesondere 153. Näheres im Gesetz.

„Aufkünden”

Der **Tod des Auftraggebers** oder **Beauftragten** beendet im Regelfall den Auftrag; § 1022 ABGB. Vgl → Kapitel 13.A.II.7., S. 848: Widerruf der Vollmacht – Tod.

 SZ 16/158 (1934): §§ 956, 1022 ABGB – Gültigkeit des **vom Darlehensnehmer übernommenen Auftrags** des Darlehensgebers, die Darlehenssumme nach dem Tode des Darlehensgebers einem bestimmten Dritten zu übergeben. Klägerin = Erbin der Darlehens- und Auftraggeberin; Beklagte = Darlehensnehmerin und Beauftragte.

 ABBILDUNG: Auftrag (1) bis (5)

IV. Sonderformen des Auftrags

1. Makler

Zum Begriff des Maklers, der Rechtsgeschäfte und Verträge nicht selber abschließt, sondern nur **vermittelt**, also Vorarbeiten dazu leistet → Kapitel 13.A.I.6., S. 842: Abgrenzung zur Stellvertretung.

 Zum Maklerrecht: – S. Bydlinki, Maklergesetz (1996); – Ostermayer / Schuster, Maklerrecht (1996).

Mit dem MaklerG 1996, BGBl 262 wurde erstmals in Österreich das Handelsvermittlerrecht umfassend kodifiziert. Der allgemeine Teil des MaklerG behandelt die Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag, der besondere Teil enthält Sonderbestimmungen für die wichtigsten Maklertypen. Das sind:

MaklerG 1996

- **Immobilienmakler** – § 16 Abs 1 MaklerG: „...[vermittelt] Geschäfte über unbewegliche Sachen”; dazu erging: VO über Standes- und Ausübungsregeln für —Immobilienmakler, BGBl 1996/297, sog ImmobilienmaklerVO.
- **Handelsmakler** – § 19 Abs 1 MaklerG: „..., wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt.”
- **Krämermakler** – § 25 MaklerG: „...Handelsmakler, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen ...”
- **Versicherungsmakler** – § 26 MaklerG: „..., wer als Handelsmakler Versicherungsverträge vermittelt.”
- **Personalkreditvermittler** – § 33 MaklerG: „..., wer als Makler gewerbsmäßig für Kreditwerber Kreditgeschäfte (Geldkreditverträge und Gelddarlehen [iSd § 1 Abs 1 Z 3 BWG]) vermittelt”.

Arten von Maklern

Makler und Maklervertrag

§ 1 MaklerG definiert den Makler: „**Makler** ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (**Maklervertrag**) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein.“

Der Maklervertrag ist ein **Vertrag eigener Art / sui generis**. Der „Auftrag“, ein Geschäft zu vermitteln, dem keine Verpflichtung des Vermittlers, die Vermittlung zu bewirken, zu entnehmen ist, ist nicht Auftrag, auch nicht eine Unterart des Auftrags, sondern Maklervertrag und somit ein im ABGB nicht geregelter Vertrag sui generis; HS 24.530 = JBI 1994, 404.

Befugnisse des Maklers

§ 2 Abs 1 MaklerG regelt die **Befugnisse des Maklers**: „Ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Makler nicht befugt, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schließen oder Zahlungen von Dritten entgegenzunehmen.“

Alleinvertmittlungsauftrag

Eine Besonderheit regelt § 14 MaklerG: den sog **Alleinvertmittlungsauftrag**. Hier verpflichtet sich der Auftraggeber für ein zu vermittelndes Geschäft keinen anderen Makler in Anspruch zu nehmen. Dabei muss sich der Makler nach Kräften um die Vermittlung bemühen. Der Alleinvertmittlungsauftrag kann nur befristet auf angemessene Dauer abgeschlossen werden. – Er ist nicht unangeführt und immer wieder Gegenstand von Streit.

Rechte und Pflichten des Maklers

§ 3 MaklerG:

Abs 1: „Der Makler hat die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren“

Abs 2: „Der Auftraggeber hat den Makler bei der Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit redlich zu unterstützen ...“

Abs 3: „Makler und Auftraggeber sind verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben.“

§ 4 MaklerG:

Abs 1: „Mangels anderer Vereinbarung ist der Makler nicht verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen.“

Abs 2: Keine Pflicht des Auftraggebers, das angebahnte Geschäft zu schließen.

Seit Anfang umstritten ist die Höhe der **Maklerprovision**. Sie beträgt bei Neuvermietung drei Brutto-Monatsmieten. Das bedeutet eine europäische Spitzenstellung. Die Arbeiterkammer fordert seit langem eine Senkung auf zwei Netto-Monatsmieten. Österreichs Neumieten zahlen pro Jahr etwa 2,5 Mrd S (= 182 Mio ?) an Makler.

 **ABBILDUNG:** Neues Maklerrecht (1) bis (4); **ABBILDUNG:** Arten von Maklern; **ABBILDUNG:** Höhe der Maklerprovision nach der MaklerVO

2. Handelsvertreter

Zum Handelsvertreter → Kapitel 13.A.I.3., S. 839.

 GIU 11.030 (1886): „**Ausarbeitung eines** einem Advocaten persönlich abgeforderten **Gutachtens** durch einen ‚Concipienten‘ desselben: Anspruch des Advocaten auf Honorar?“ Kläger = (beauftragter) Rechtsanwalt (der das bei ihm bestellte Gutachten von seinem Konzipienten verfassen lässt, behält seinen Anspruch auf Werklohn). Beklagter = Auftraggeberin des Gutachtens an Rechtsanwalt. Sachverhalt: Die Beklagte wollte in einem anderen Rechtsstreit, in dem sie einen Fürsten auf Zahlung von 63.700 fl (Gulden) belangt hatte, vor Annahme des von dessen Anwalt angebotenen Vergleichs den Rechtsfall von einer hervorragenden Kapazität des Advokatenstandes begutachten lassen und beauftragte daher den Kläger mit der Erstellung eines Gutachtens. Dieser musste aufgrund anderer dringlicher Geschäfte die Ausarbeitung des Gutachtens seinem Konzipienten übertragen, überprüfte und genehmigte aber das Gutachten seines Konzipienten. Üblicherweise handelt es sich beim Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klient um einen sog Bevollmächtigungsvertrag / Auftrag + Vollmacht. Die Erstattung eines Rechtsgutachtens gegen Lohn ist aber ein Werkvertrag. – Der OGH wies die Revision mit der Begründung ab, „dass der Kläger das Gutachten erst dann der Beklagten erstattete, als er den von seinem Konzipienten verfassten Entwurf desselben geprüft hatte, wodurch und durch seine Genehmigung es eben zu dem bei ihm bestellten Werke“ geworden sei.

- wobl 1995, 90: Haftung für die Kosten der Errichtung eines Kaufvertrags – Der Vertrag zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Klienten ist **Bevollmächtigungsvertrag**, dh Auftrag gekoppelt mit Vollmacht. Er ist entgeltlich, es sei denn, Unentgeltlichkeit wurde vereinbart.

E. Geschäftsführung ohne Auftrag

I. Einordnung und gesetzliche Grundlagen

Der für das Privatrecht zentrale Gedanke der Privatautonomie verlangt, dass für Eingriffe in fremdes Vermögen und überhaupt das Handeln für andere grundsätzlich die Zustimmung Betroffener vorliegen muss; vgl § 1035 ABGB. Die GoA stellt eine mögliche Ausnahme davon dar.

Der gleiche Gedanke spielt bei der Stellvertretung (→ Kapitel 13.A., S. 836) eine wichtige Rolle. Vgl auch § 1311, 3. HalbS ABGB: „... oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt“; Haftung für gemischten Zufall → Kapitel 9.A.I.4., S. 579 und → Kapitel 3.C.II.1., S. 173. – Vorsicht des Gesetzgebers ist nötig, weil es sich bei der GoA um eine „heikle“ Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie handelt.

 Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993).

Die GoA umfasst als Geschäftsbesorgung iWS einerseits wie der Arbeitsvertrag den **tatsächlich-faktischen (Leistungs)Bereich**, was auch für den Werkvertrag gilt; andererseits erfasst die GoA aber auch – wie der Auftrag – den **rechtsgeschäftlichen** und sonstigen **Rechtsbereich**. Dazu kommt, dass die Dienste beim Arbeitsvertrag in wirtschaftlich abhängiger Stellung erbracht werden, wobei der freie Dienstvertrag bereits einen Übergang zur Selbständigkeit darstellt. Beim Werkvertrag dagegen erbringt den vereinbarten Erfolg ein selbständiger Unternehmer. Der Auftrag wiederum umfasst beide Bereiche und wird daher sowohl von Beauftragten in unselbständiger (zB Arbeitnehmer) wie selbständiger (zB Rechtsanwalt) Stellung ausgeführt. Die GoA kann sowohl in unselbständiger wie in selbständiger Stellung geleistet werden. Sie umfasst demnach als „rechtliche Klammer“ einen sehr großen Teil wirtschaftlicher Dienstleistungen. – Freilich handelt es sich bei der GoA nur um ein aushilfweise zur Anwendung gelangendes Rechtsinstitut.

Anwendungsbereich

1. Eingangsbeispiele

BEISPIELE:

- Ein **Notarzt** behandelt im Hubschrauber einen schwerverletzten, bewusstlosen Bergsteiger.
- **Nachbar X bezahlt** – ohne diesbezügliche Abrede – die Telefonrechnung der abwesenden Nachbarin und gießt ihre Blumen, die am (Haus)Gang stehen.
- Frau A lässt in ihrer **Werkstätte** den **Frühlings-Check** für ihren Pkw machen (Sommerreifen montieren, Entsalzen, Außenwäsche, Kontrolle des Bremssystems und der Waschanlage). Ein aufmerksamer Mechaniker ersetzt auch das ausgefallene rechte Blinklicht.
- Der **Hälfte-Miteigentümer** eines Hauses **erteilt** für das ganze vom Hausschwamm befallene Haus (um das sich die übrigen Miteigentümer nicht kümmern) einen **Sanierungsauftrag** → E.II.1. und → E.II.2.

2. Die GoA als gesetzliches Schuldverhältnis

§ 859 ABGB zählt als Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen, „vermöge welcher eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist“, allgemeine folgende Möglichkeiten auf:

- Gesetz,
- Rechtsgeschäft und
- erlittene Beschädigung, also Delikt.

Die erlittene Beschädigung ist ein Unterfall der Entstehung aufgrund des Gesetzes, sodass nach ABGB eigentlich nur zwei Gruppen übrigbleiben: Die auf **Rechtsgeschäft** beruhenden Schuldverhältnisse, die erneut in einseitige und zwei- und mehrseitige (= Verträge) Rechtsgeschäfte eingeteilt werden (→ Kapitel 5.A.III., S. 278) und die **gesetzlichen Schuldverhältnisse**.

Die **GoA** gehört zusammen mit dem Schadenersatzrecht aus Delikt (→ Kapitel 9.A.I.3., S. 578), der ungerechtfertigten Bereicherung / Konditionen (→ Kapitel 5.F., S. 351), der Gläubigeranfechtung (→ Kapitel 3.E.III., S. 190) und der cic (→ Kapitel 6.B., S. 370) zu den **gesetzlichen Schuldverhältnissen**.

Gesetzliches
Schuldverhältnis

Das heisst nichts anderes, als dass das jeweilige Schuldverhältnis (und seine Rechtsfolgen!) ohne weiteres Zutun der Parteien unmittelbar aufgrund des Gesetzes entsteht. Zwischen den Parteien besteht also kein Vertrag (oder eine sonstige rechtsgeschäftliche Beziehung), und daher auch kein Auftragsverhältnis. § 1035 ABGB erweitert dies noch:

„Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden **Vertrag**, noch vom **Gerichte**, noch aus dem **Gesetze** die Befugnis erhalten hat, [darf der Regel nach sich in das Geschäft eines anderen nicht mengen] ...“.

Beispiel: – SZ 70/113 = JBl 1998, 114: Die Rspr legt den Wortlaut des § 1035 ABGB weit aus und subsumiert auch noch Fälle, bei denen eine **gesetzliche Hilfeleistungspflicht** besteht (?). – Korrekter wäre es, bei fehlenden speziellen Vorschriften, von einer analogen Anwendung zu sprechen.

Angewandte Geschäftsführung

In bestimmten Fällen ordnet das Gesetz selbst die Anwendung der GoA-Regeln an; Fälle sog **angewandter Geschäftsführung**:

- § 336 ABGB (unredlicher Besitzer);

§ 336 ABGB: „Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist.“

- § 418 ABGB (Bauführer);
- § 517 ABGB (Fruchtnießer) und
- § 1097 ABGB (Bestandnehmer).

3. GoA ist nur ausnahmsweise zulässig

Gleich am Beginn der gesetzlichen Regelung der GoA betont § 1035 ABGB, dass man sich ohne Geschäftsführungsbefugnis „der Regel nach [dh: grundsätzlich] ... in das Geschäft eines andern nicht mengen“ darf. „Hätte er sich dessen angemäßt; so ist er für alle Folgen verantwortlich.“

Ausnahmsweise gestattet es das Gesetz in gewissen Fällen aber doch, für andere tätig zu werden, wobei dieses Tätigwerden (wie erwähnt):

- sowohl **faktische** / tatsächliche **Handlungen** (→ A.I.1. Dienstvertrag und Werkvertrag), wie
- **rechtliches** und insbesondere **rechtsgeschäftliches Tätigwerden** (→ D.I.) umfassen kann; vgl das eingangs Gesagte.

Ausdrücklich gesetzlich geschieht das bspw in § 1097 ABGB, wo der Bestandnehmer als Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet wird, wenn er – bei Ausbesserungsarbeiten – „auf das Bestandstück einen dem Bestandgeber obliegenden Aufwand (§ 1036 ABGB) oder einen nützlichen Aufwand (§ 1037 ABGB) gemacht hat“ → E.II.2.: Fälle der sog angewandten GoA.

II. Voraussetzungen und Arten der GoA

GoA liegt demnach vor, wenn jemand ein Geschäft für jemand anderen führt, ohne dass er dazu einen „Auftrag“ – genauer: eine Ermächtigung – hat oder sonst dazu berechtigt ist. – Berechtigt ist zB ein bevollmächtigter oder ein gesetzlicher (Stell)Vertreter.

GoA setzt voraus

Ein GoA führt also:

- ein **fremdes** Geschäft
- **mit dem Bewusstsein** / Willen,
- es **im Interesse des Geschäftsherrn** zu tun.

Das römische Recht sprach von **negotiorum gestio** und anschaulich von **animus rem alteri gerendi**, also dem Geschäftsführungswillen für einen andern.

Geschäftsbegriff

Der „**Geschäftsbegriff**“ im Rahmen der GoA ist kein rechtsgeschäftstechnischer. Er umfasst vielmehr Rechtsgeschäfte wie Nicht-Rechtsgeschäfte iSv Tathandlungen. „Geschäft“ ist hier in einem weiten Sinne von Tätigwerden, Handeln (für einen andern) zu verstehen und nicht iSv Rechtsgeschäft oder gar von Vertrag(sschluss).

Intentionen des
Geschäftsherrn

Ein GoA hat das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Dabei ist (wahrscheinlichen) **Intentionen**

des Geschäftsherrn Rechnung zu tragen, insbesondere wenn die Geschäftsführung mit Kosten verbunden ist, deren Tragung nicht ohne weiteres als im Willen des Geschäftsherrn gelegen erachtet werden kann; JBl 1984, 256: Abschleppen eines beschädigten Kraftfahrzeugs → E.II.2.

Das zentrale Problem der GoA liegt darin, ob ein GoA, die **Aufwendungen**, die er gemacht hat, vom Geschäftsherrn – also dem von seiner Geschäftsführung Betroffenen – ersetzt erhält und ob er – auf der anderen Seite – seinerseits zur **Haftung** herangezogen, also ersatzpflichtig werden kann, wenn (dem Geschäftsherrn) durch die GoA Schaden entstanden ist.

Das Gesetz unterscheidet zwischen:

- **erlaubter** und
- **unerlaubter** GoA.

Aufwendungen und Haftung

Arten der GoA

1. Unerlaubte oder unechte GoA: § 1040 ABGB

Unerlaubt oder unecht ist nach § 1040 ABGB eine Geschäftsführung dann, wenn sie „gegen den gültig erklärten Willen des Eigentümers sich [ein fremdes] Geschäft anmaßt oder den rechtmäßig Bevollmächtigten durch eine solche Einmischung an der Besorgung des Geschäftes verhindert“.

Ein solcher Geschäftsführer „verantwortet ... nicht nur den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten **Aufwand**, insofern er nicht in Natur zurückgenommen werden kann“; sog **Wegnahmerecht**: sog ius tollendi. – Man spricht in diesem Fall auch von unnützer oder verbotener Geschäftsführung.

Haftung für Schaden + kein Aufwandsersatz

Der unerlaubte oder unechte GoA **haftet** (wie ein Verwahrer, Entlehner und unredlicher Besitzer) für **gemischten Zufall** / casus mixtus; vgl § 1311, Satz 2 ABGB:

Haftung für gemischten Zufall

„ ... Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlasst; ... oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“

BEISPIEL: Beispiel: – Als unechter / unerlaubter Geschäftsführer wird bspw der Doppelverkäufer (§§ 430, 440 ABGB) behandelt, der nach hA nicht nur einen hieraus wirklich erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn zu ersetzen, sondern auch das sog stellvertretende Commodum, also den erlangten Vorteil herauszugeben hat → Kapitel 8.C.II.1., S. 531.



EvBl 1964/292: Keine unerlaubte GoA iSd § 1040 ABGB nimmt der OGH an, wenn der Miteigentümer eines Hauses auch gegen den ausdrücklich erklärten Willen des anderen Hälfteigentümers eine Sanierung des Hauses gegen den **Hausschwamm** durchführen lässt (= unbedingt notwendige Erhaltungsarbeit). In der Untersagung der notwendigen Maßnahme durch den anderen Hälfteigentümer erblickt der OGH einen sittenwidrigen Akt. Vgl auch → E.II.2.

2. Arten „erlaubter“ GoA

Liegt erlaubte oder echte GoA vor, hat der Geschäftsführer das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen verlangt; vgl § 677 dtBGB.

Die erlaubte oder echte GoA wird wieder unterteilt in:

- GoA **im Notfall** (§ 1036 ABGB) und
- **nützliche** GoA; § 1037 ABGB.

GoA im Notfall wird auch **notwendige GoA** genannt und dient „zur **Abwendung eines bevorstehenden Schadens**“ (§ 1036 ABGB). – Hier ordnet das Gesetz an, dass der Geschäftsherr „den notwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig“ sei. Und zwar selbst dann, „wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist“; vgl § 403 ABGB: Rettung. – Die Ermächtigung des Geschäftsherrn war vielleicht aus Zeitgründen vorher nicht mehr einzuholen.

GoA im Notfall

Eine GoA bleibt aber nur solange notwendig, als ein unmittelbar bevorstehender Schaden bis zum Zeitpunkt einer möglichen Einholung der Zustimmung des Geschäftsherrn abgewendet wird; SZ 54/176 (1981).

BEISPIELE:

- Suche, Transport und medizinische Versorgung von Verunglückten, zB **Lawinenopfern**.
- **Lebensretter** versorgt Selbstmörder; vgl § 95 StGB und § 176 Abs 1 Z 2 ASVG.
- Abschleppen eines bei einem **Verkehrsunfall** schwer beschädigten, nicht fahrbereiten Fahrzeugs von der Fahrbahn der Bundesstraße; JBl 1984, 256.
- MietSlg 37.096 (1985): **Feuerwehr** verschleißt auf Ersuchen der Polizei die eingeschlagene Auslage eines Antiquitätengeschäfts.

GoA zum Nutzen eines andern

Zur sog nützlichen GoA (§ 1037 ABGB): Dieser Tatbestand kennt zwei Voraussetzungen, nämlich eine objektive und eine subjektive; und zwar

- dass das Geschäft – **objektiv** – „zu des andern **klarem, überwiegendem Vorteil** [s. auch § 1038 ABGB] geführt“ wurde und dass der GoA
- auch **subjektiv**, den Vorteil des Geschäftsherrn befördern wollte; vgl § 1038 ABGB.

Rspr und Schrifttum sprechen von einer vernünftigen Bewertung der jeweiligen Situation, wobei die Verkehrsauffassung (§ 914 ABGB) zu berücksichtigen ist. Soweit Vermögensrechte in Betracht kommen, muss der Geschäftsherr bereichert sein. – Der Beweis des „klaren und überwiegenden Vorteils“ obliegt aber dem Geschäftsführer, wobei im Zweifel der Standpunkt des Geschäftsherrn maßgebend ist; EvBl 1980/168: Schulschikurs.

Zur Heranziehung der GoA zum Nutzen eines andern beim **Gläubigerverzug** → B.II.: Befreiungshandlungen des Schuldners.

Kostenersatz

Die Rechtsfolge einer nützlichen GoA besteht im **Kostenersatz**, genauer: Die aufgewendeten Kosten sind zu ersetzen. Aber nur bei Erfolg! Vgl den Unterschied zum Auftrag → D.I.



EvBl 1964/292: Hälfteigentümer lässt das ganze Haus, das vom **Hausschwamm** befallen war, sanieren, obwohl der andere Hälfteigentümer ausdrücklich dagegen war. Der OGH wendet die Regeln der GoA auch zwischen Miteigentümern an, weil ein die Verwaltungsgeschäfte führender Miteigentümer „teils eigene, teils fremde (!) Geschäfte besorgt“. Der OGH verweist allerdings pauschal auf die Regeln der §§ 1035 ff ABGB und sagt nicht welche Art der GoA er hier annimmt. Das ist auch nicht unbedingt nötig, wenn feststeht, dass die GoA erlaubt ist. Hier kann sowohl notwendige, wie nützliche GoA angenommen werden. (Der OGH zieht hier – offenbar unbewusst – einen Größenschluss zu § 1097 ABGB!)

- Oder: EvBl 1980/168: Mädchen zieht sich auf **Schulschikurs** einen komplizierten Beinbruch zu. Arzt legt Operation in seiner Privatklinik nahe, deren Kosten von der Krankenkasse aber nicht bezahlt werden. Da die Eltern des Mädchens auf einem Griechenlandurlaub nicht erreichbar waren, entschieden der Lehrer und das Mädchen. – Der OGH lehnte eine nützliche GoA nach § 1037 ABGB und damit den Honorarantrag des Klägers (= Arzt) ab. Beklagt war der Vater des Mädchens. – Zur Beweissituation vgl oben.

- § 1037 ABGB gelangt immer wieder **zwischen Miteigentümern** zur Anwendung; vgl EvBl 1968/39 und SZ 57/167.

3. Weitere Pflichten des GoA: § 1039 ABGB

Das Gesetz ordnet ferner an, dass:

Fortsetzungspflicht

derjenige, der „ein fremdes Geschäft ohne Auftrag auf sich genommen hat, [es] bis zur Vollendung fortsetzen“ muss; sog **Fortsetzungspflicht**.



MietSlg 29.128 (1977): Hat ein **Vierteigentümer** ohne Zustimmung des Mehrheitseigentümers mit **Instandsetzungsarbeiten** am Gebäude begonnen, die unter die ordentliche Verwaltung fallen (Abschlagen des Verputzes), muss er die begonnene Arbeit auch vollenden.

Rechnungslegungspflicht

Den GoA trifft „gleich einem Bevollmächtigten“ (vgl § 1012 ABGB) auch die Pflicht, „genau Rechnung“ zu legen; **Rechnungslegungspflicht**.

4. Aufwandersatz

Das Gesetz sieht für den GoA nur Aufwandersatz (Barauslagen, inklusive Zinsen) vor, grundsätzlich aber **kein** /en **Entgelt** oder Lohnanspruch für die Mühewaltung.

Kein Entgelt

Von diesem Grundsatz werden aber von der Rspr **Ausnahmen** gemacht:

Ausnahmen

- Einmal der gesetzlich besonders geregelte Fall des **Finder-** oder **Bergelohns** (Fund: §§ 388-394 ABGB; Finderlohn: § 391 ABGB + Bergung: § 403 ABGB).
- Wird ein GoA im Rahmen seines **Berufs** oder **Gewerbes** tätig, gebührt ihm nach der Rspr auch Entlohnung für Mühewaltung, also ein **Entgelt**; vgl etwa die Hinweise in EvBl 1968/39 oder SZ 57/167 (1984). – Dieser Rspr-Grundsatz wird auch auf medizinische Hilfeleistungen angewandt.

BEACHTET: Vom **Entgelt-** oder **Lohn** anspruch für getätigte Mühewaltung zu unterscheiden ist also der bloße **Aufwandersatz** des GoA.

§ 1097 Satz 2, 2. Halbs bestimmt, dass ein als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig gewordener Bestandnehmer seinen **Ersatz** längstens **binnen sechs Monaten** nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich fordern muss, sonst ist die Klage erloschen (Präklusionsfrist).

Geltendmachung

5. Nachträgliche Genehmigung

Wird die GoA nachträglich vom Geschäftsherrn genehmigt – was ausdrücklich, schlüssig oder stillschweigend iSd § 863 ABGB geschehen kann – wird die GoA rückwirkend in einen Auftrag, also eine vertragliche Beziehung, umgewandelt.

Zur Genehmigung / Ratihabition bei der Stellvertretung → Kapitel 13.A.1.9., S. 843.

6. Zurückbehaltungsrecht

Einem GoA steht zur Sicherung seiner Ansprüche gegen den Geschäftsherrn ein Zurückbehaltungsrecht (§ 471 ABGB → Kapitel 15.B.II., S. 931) zu. – Die Autowerkstätte muss demnach das abgeschleppte beschädigte Auto nicht herausgeben, bevor die Abschleppkosten entrichtet wurden.

7. Gefälligkeiten oder GoA?

Das Rechtsinstitut der GoA darf nicht „überzogen“ werden: Bloße (kleine) Gefälligkeiten sind noch keine GoA. – Für die Abgrenzung ist § 914 ABGB heranzuziehen: Übung des redlichen Verkehrs / Verkehrssitte.

Das Blumengießen im Eingangbeispiel (→ E.I.1.) stellt eine bloße Gefälligkeit dar, nicht dagegen das Bezahlen der Telefon- oder Stromrechnung durch den Nachbarn.

 ABBILDUNG: Gesetzliche Schuldverhältnisse; ABBILDUNG: GoA (1) bis (6)

F. Arbeitnehmerhaftung iwS

„Nach den im [ABGB] verankerten Grundsätzen ist jedermann verpflichtet, für Schäden, die er schuldhaft und rechtswidrig einem anderen zugefügt hat, Ersatz zu leisten. Hierbei ist der Grad des Verschuldens nur für die Art der Ersatzleistung [iSd §§ 1323 und 1324 ABGB] von Bedeutung, nicht aber für die Ersatzpflicht als solche. Es ist daher auch dann Ersatz zu leisten, wenn der Schaden nur aus einem leichten Versehen entstanden ist. – Die strenge Anwendung dieser Grundsätze auf Schäden, die ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistungen verursacht, wurde und wird in zunehmenden Maße als unbillig empfunden. Diese Entwicklung geht vor allem darauf zurück, dass sich mit der zunehmenden Technisierung aller Arbeitsprozesse – man denke insbesondere an die Motorisierung des Verkehrs – nicht nur die Möglichkeiten einer durch leichtes Versehen herbeigeführten Schadenszufügung vervielfacht, sondern auch die zu gewärtigenden Schadensbeträge derart erhöht haben, dass sie vielfach in krassem Mißverhältnis zu den Einkommen der Dienstnehmer stehen. – Der vorliegende Gsetzesentwurf versucht, diesem Übel abzuhelpfen und Grundlagen für eine sozial befriedigende Lösung der Interessenkonflikte zu schaffen, die entstehen, wenn ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistung ohne grobe Fahrlässigkeit und ohne Vorsatz einen Schaden angerichtet hat. [Die Mäßigungsmöglichkeit bei grob fahrlässiger Schadenszufügung wurde erst mit Novelle, BGBl 1983/169 eingefügt.] Ihm liegt ein nach jahrelangen Verhandlungen zwischen den beiden Sozialpartnern erzielter Kompromiß zugrunde.“

Aus den EB zum D(N)HG 1965, 631 BlgNR 10. GP, S. 3

Da im privat- oder öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis wurzelnd, werden die schadenersatzrechtlichen Sonderbeziehungen der **Dienstnehmerhaftung** / D[N]HG → F.I., **Amtshaftung** / AHG → F.II., und **Organhaftung** / OrgHG → F.III. als Exkurs im Anschluss an den Arbeits- oder Dienstvertrag dargestellt. Für Arbeitnehmer, die als Organe eines hoheitlich-öffentlichrechtlichen Rechtsträgers diesem Schaden zufügen gilt nämlich nicht das D(N)HG, sondern das AHG und OrgHG, je nachdem, ob ein Dritter (AHG) geschädigt wird oder nur der Rechtsträger selbst (OrgHG).

§§ 332 ff ASVG

Zusätzlich werden hier auch die das allgemeine Schadenersatzrecht innerbetrieblich modifizierenden Regeln der **§§ 332 ff ASVG** mit den Haftungs(beziehungs)ebenen: Arbeitnehmer – Arbeitgeber sowie von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Sozialversicherungsträger (eingeschlossen die sog Arbeitskollegenhaftung: Arbeitnehmer <-> Arbeitnehmer) behandelt, weil die haftungsrechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von größter praktischer Bedeutung, aber wenig bekannt ist und zudem exemplarisch von der ABGB-Lösung abweicht; **Arbeitsunfälle**. Dabei wird auch kurz auf die nicht nur historisch interessante gesetzliche Unfallversicherung eingegangen.

Die quantitative Bedeutung dieses Problemkreises ist, wie die folgenden Zahlen verdeutlichen, groß. So ereigneten sich bspw in Österreich im Jahre 1998 128.244 Arbeitsunfälle ieS, 1458 Berufskrankheiten, 12.828 Wegunfälle und 53.011 Schüler- und Studierendenunfälle.

Sonderhaftungsrecht

In all diesen Fällen handelt es sich um **Sonderhaftungsrecht**, also um Abweichungen vom allgemeinen Schadenersatzrecht des ABGB; vgl das Pkt F vorangestellte Motto, aus den ErlBem zum D(N)HG 1965. – Zur Entwicklung dieses betrieblichen Sonderhaftungsrechts von der Industriellen Revolution bis in die Gegenwart: Barta, Kausalität im Sozialrecht (1983).

I. Die Dienstnehmerhaftung

 *Dirschmied*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz – DNHG (1992); – *Kerschner*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (1992).

Österreich besitzt mit dem D(N)HG 1965 – wie die **Schweiz** mit Art 321e OR – für die vom allgemeinen Schadenersatzrecht abweichende Arbeitnehmerhaftung eine gesetzliche Grundlage. In **Deutschland** hat die Rspr durch Richterrecht haftungsrechtliche Sonderregeln geschaffen. Nötig waren diese Sonderregeln, weil die Anwendung des allgemeinen Schadenersatzrechts zu ungerechten Lösungen und Härten führte, die der Schadensgeneigtheit vieler Arbeitnehmertätigkeiten nicht mehr gerecht wurde. Vgl das diesem Pkt vorangestellte Motto.

D(N)HG 1965

Der tiefere Grund für die geschaffenen Schadensverlagerungsmöglichkeiten zugunsten von Arbeitnehmern liegt darin, dass der jeweilige Arbeitgeber dadurch nicht mehr beliebig betriebliche Schadensrisiken auf seine Arbeitnehmer abwälzen kann, wo er sich doch in vielen Fällen durch den Abschluss einer Versicherung absichern kann; bspw Kasko-, Betriebsunterbrechungs-, Transport- und diverse Haftpflichtversicherungen. Wer die Vorteile aus einem Betrieb / Unternehmen zieht (Gewinn), hat auch damit zusammenhängende Verluste zu tragen und sollte diese nicht vollständig auf seine Arbeitnehmer übertragen können: Guter Tropfen – böser Tropfen.

Schadensverlagerung

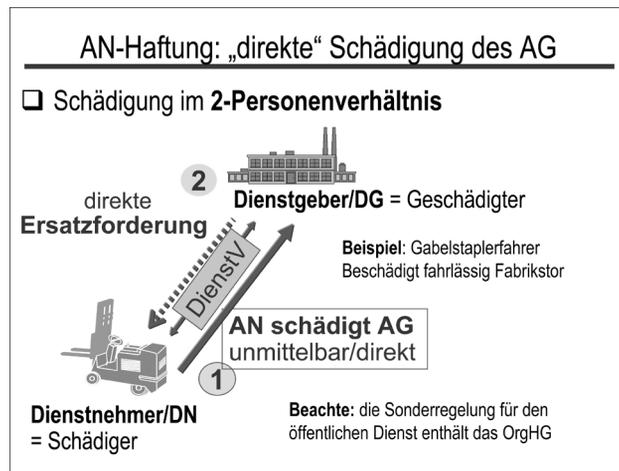


Abbildung 12.9: Arbeitnehmerhaftung: „direkte“ Schädigung des Arbeitgebers

1. Arbeitnehmer schädigt Arbeitgeber

Auf Schadenersatzansprüche privater Dienstgeber gegen ihre Dienstnehmer findet das D(N)HG Anwendung:

Ein Arbeitnehmer kann seinen Arbeitgeber auf verschiedene Weise schädigen; etwa dadurch, dass er Maschinen, Apparate oder Werkzeug unsorgfältig behandelt, wodurch der **Arbeitgeber** unmittelbar / **direkt geschädigt** wird. Aber auch dadurch, dass er einer Kundschaft (seines Arbeitgebers) Schaden zufügt, was eine **mittelbare / indirekte Schädigung** des Arbeitgebers darstellt; zB Kundschaft erleidet durch schlampiges Autoservice Unfall und verlangt den Schaden vom Arbeitgeber als (Werk)Vertragspartner ersetzt.

Unmittelbare oder mittelbare Schädigung des AG

Der Arbeitgeber kann in beiden Fällen vom Arbeitnehmer seinen Schaden unter den Voraussetzungen des D(N)HG ersetzt verlangen; im zweiten Fall idR durch **Regress** / Rückgriff beim Arbeitnehmer, wobei auch dieser Regressanspruch zB gemäßigt werden kann → F.I.2.

Regress

Die Beschränkung der Schadenshaftung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirkt sich nicht auf vom Dienstnehmer geschädigte **Dritte** aus, die außerhalb des Dienstverhältnisses stehen. Dritte behalten vielmehr ihren vollen Schadenersatzanspruch auch dann, wenn das D(N)HG zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer haftungsmindernd oder haftungsausschließend wirkt.

2. Schadensmäßigung

Um Arbeitnehmer finanziell nicht zu überfordern, kann das Gericht aus Gründen der Sachgerechtigkeit der Schadenstragung und der Billigkeit, die Ersatzansprüche des Arbeitgebers gegen seinen Arbeitnehmer mäßigen.

§ 2 D(N)HG

Nach § 2 D(N)HG können Schäden, die von Dienstnehmern:

- **leicht fahrlässig** zugefügt wurden, **teilweise** oder **ganz erlassen** werden;
- **grob fahrlässig** zugefügte Schäden können vom Richter **nur gemäßigt** werden;
- für **vorsätzlich** herbeigeführte Schäden (zB Sabotage) haften Arbeitnehmer **voll**.

Kein vollständiges
Überbürden des
Unternehmerrisikos

Auch der vorsichtigste Arbeitnehmer (zB ein Fernfahrer) begeht einmal einen kleinen Fehler, der größere finanzielle Auswirkungen haben kann. Müsste er den ganzen Schaden selber tragen, wäre das für ihn ruinös; daher **kein vollständiges Überbürden des Unternehmerrisikos** auf Arbeitnehmer. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verlangt in solchen Fällen überdies, angemessene Versicherungen abzuschließen! – Was ist **grobe Fahrlässigkeit**? Sie wird von der Rspr dann angenommen, wenn ein Arbeitnehmer die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlicher und auffällender Weise vernachlässigt hat und der Eintritt des Schadens als wahrscheinlich vorhersehbar war. – Als grob fahrlässig anzusehen wäre es, wenn der **Kassier eines Supermarktes** den Kassaschlüssel an der Kassa stecken lässt und sich (länger) entfernt. Ein allfälliger Fehlbetrag in der Kassa (Kassenmanko) könnte in diesem Fall allenfalls gemäßigt, nicht völlig erlassen werden.

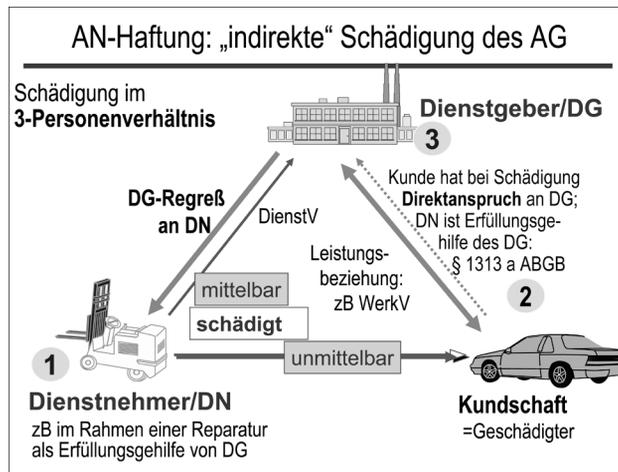


Abbildung 12.10: Arbeitnehmerhaftung: „indirekte“ Schädigung des AG

 ZVR 1998/4 (§ 6 DHG): Das am Ende eines Arbeitstages erfolgende **unaufmerksame Überfahren einer unregelmäßig Kreuzung** im Ortsgebiet mit einer Geschwindigkeit von 40 km/h kann nicht als grobe Fahrlässigkeit eines Dienstnehmers gewertet werden, sondern stellt nur einen minderen Grad des Versehens dar. Ein Schadenersatzanspruch erlischt daher, wenn er nicht innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend gemacht wird.

3. Entschuldbare Fehlleistungen

Nach dem D(N)HG wird für entschuldbare Fehlleistungen (§ 2 Abs 3) überhaupt nicht mehr gehaftet; zB: Kellner/in lässt einmal einen Teller fallen, Lehrbub Werkzeug. – Die Rspr nimmt eine „entschuldbare Fehlleistung“ an, wenn der Eintritt eines Schadens entweder überhaupt nicht oder nur bei außerordentlicher Aufmerksamkeit und Fleiß voraussehbar und daher vermeidbar gewesen wäre.

BEACHT: Was für den Arbeitnehmer keine Ersatzpflicht auslöst, bedeutet für seinen Arbeitgeber dennoch einen Schaden, mag er diesen auch nicht überwälzen können. Es handelt sich für ihn um Zufall iSd § 1311 ABGB → Kapitel 9.A.I.4., S. 579. Zufall im rechtlichen Sinne meint, dass ein Schaden einem andern nicht

mehr als Verschulden zugerechnet werden kann, weshalb der Schaden vom Eigentümer, in dessen Vermögen er eintritt, getragen werden muss.

BEISPIELE:

- Dienstnehmer verschuldet leicht fahrlässig Verkehrsunfall
- Gefahrgeneigte Tätigkeit war nicht im Entgelt berücksichtigt; OGH: **Mäßigung**; SZ 49/8
- Akkordarbeiterin begeht Bedienungsfehler, wodurch Schaden an Spritzgußmaschine entsteht; ArbSlg 9261 – OGH: niedriger Ausbildungsstand, Monotonie, Arbeitsdruck; § 2 Abs 3 DNHG: **entschuldbare Fehlleistung**
- Mechaniker und Kundendienstberater verursacht Autounfall bei Probefahrt; zu hohe Geschwindigkeit – **Keine entschuldbare Fehlleistung**; ZVR 1974/24
- Landesbeamter verwendet (ohne Verpflichtung) Privat-Pkw für Dienstfahrt und schädigt Dritten (SZ 41/126): Keine Haftung des Landes nach EKHG (Halter!), daher auch **kein Regressanspruch des Dienstnehmers** gegen den Dienstgeber; aber Ersatz nach § 1014 ABGB iA IV 7.

4. Regress zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer

§ 3 D(N)HG: Schadenersatzrechtliches **Heranziehen von Dienstnehmer durch Dritte**; Regress. – Ersetzt der Dienstnehmer einem Dritten dessen Schaden im Einverständnis mit dem Dienstgeber oder auf Grund eines gefällten Urteils, steht ihm gegen den Dienstgeber ein **Rückforderungsanspruch** zu, wenn der Dienstgeber dem Dritten ersatzpflichtig gewesen wäre; zB nach § 1313a ABGB. Das Verlangen des Dienstnehmers muss zudem der Billigkeit entsprechen.

Heranziehen von Dienstnehmern durch Dritte

BEACHTET: Oft haftet ein Dienstgeber einem Dritten vertraglich (zB Werkvertrag – Autoreparatur); der als Erfüllungsgehilfe tätige Dienstnehmer dagegen haftet dem Dritten ebenfalls unmittelbar, aber nur deliktisch.

Nach § 3 D(N)HG hat der Dienstnehmer dem Dienstgeber den **Streit zu verkündigen**, wenn er vom Dritten gerichtlich in Anspruch genommen wird. Wird dies unterlassen, bleiben dem Dienstgeber die nicht ausgeführten Einwendungen gegen den Dienstnehmer erhalten.

Streitverkündung

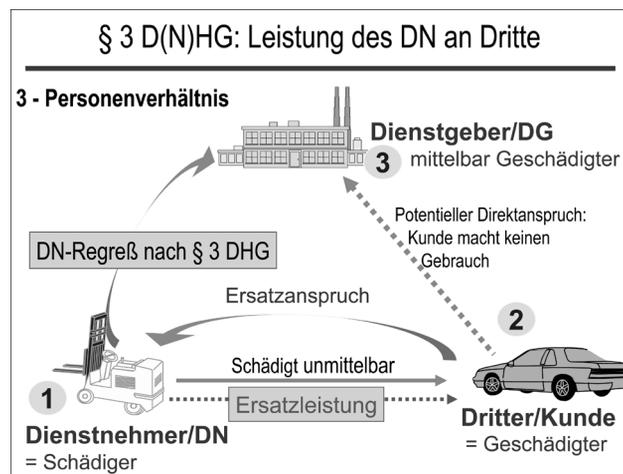


Abbildung 12.11: § 3 DHG: Leistung des Dienstnehmers an Dritte

5. Aufrechnung?

Darf ein Dienstgeber seinen (vermeintlichen) Schadenersatzanspruch gegen seinen Dienstnehmer von dessen Gehalt abziehen, also aufrechnen? – § 7 Abs 1 D(N)HG bestimmt, dass eine Aufrechnung (→ Kapitel 15.C.VI., S. 950) bei aufrechtem Dienstverhältnis nur zulässig ist, wenn der Dienstnehmer nicht innerhalb von 14 Tagen (ab Zugehen der Aufrechnungserklärung) widerspricht; anders bei Aufrechnung auf Grund eines rechtskräftigen Urteils; § 7 Abs 2 D(N)HG. –

Aufrechnung nicht ohne weiteres zulässig

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterliegt die Aufrechnung von Schadenersatzansprüchen keinen besonderen Beschränkungen mehr; Umkehrschluss aus § 7 Abs 1 DHG.

Mankogeld

Die Aufrechnungsmöglichkeit des Arbeitgebers spielt in der Praxis etwa bei Kassenmankos eine Rolle. Immer weniger Arbeitgeber gewähren ein gewisses **Mankogeld**, was nicht sachgerecht erscheint, zumal der Einfluss von Arbeitnehmern teilweise gering ist oder gar nicht gegeben erscheint; zB Scannerkasse.

II. Die Amtshaftung – AHG 1948

 *Schrägel / Loebenstein E. / Kaniak*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1990²); *Vrba / Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983).

Vgl auch die Ausführungen zum AHG in → Kapitel I.A.VII., S. 36.

1. Haftung des Staates für seine Organe

Haftung gegen den
wildgewordenen
Amtsschimmel:
F. Gschnitzer

Fügt ein staatliches Organ jemandem (einem Dritten) Schaden zu, so haftet der Staat (in seiner jeweiligen Erscheinungsform als Bund, Land oder Gemeinde etc) als Rechtsträger nach den Regeln des AHG, wenn die Schädigung „in Vollziehung der Gesetze“, dh in Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen, also ausgestattet mit Hoheitsgewalt / Imperium, geschehen ist.

Hoheitsträger haften ...

Amtshaftung besteht für Verwaltungsbehörden (zB Polizei), Gerichte, sonstige Ämter und Behörden, aber etwa auch sog beliehene Unternehmer, die als Private hoheitliche Aufgaben erfüllen; vgl SZ 71/7 (1998): Formungültiges gerichtliches Testament. Amtshaftung ist also die **Haftung staatlicher Rechtsträger** / Hoheitsträger, sei es von Bund, Ländern, Bezirken, Gemeinden oder sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für jenen Schaden, den die jeweils als **Organe** handelnden Personen:

- in **Vollziehung der Gesetze**,
- durch ein **rechtswidriges Verhalten**,
- wem immer **schuldhaft** zufügen; Art 23 B-VG.

Keine Haftung des
Organs

Das schädigende Organ selbst **haftet** dem Geschädigten **nicht**; beachte den Unterschied zum D(N)HG. Der Geschädigte hat sich vielmehr ausschliesslich an den Rechtsträger zu halten.

Trägerregress

Hat der **Rechtsträger** aber dem Geschädigten den Schaden ersetzt, kann er selbst nach § 3 Abs 1 AHG von den Personen, die als seine Organe gehandelt und die Rechtsverletzung **vorsätzlich** oder **grob fahrlässig** verübt und verursacht haben, Rückersatz / Regress begehren.

Der Bereich leichter Fahrlässigkeit ist danach vom Regress ausgenommen.

Hoheitsverwaltung

Eine Amtshaftung der genannten Rechtsträger kommt nur für den Bereich der **Hoheitsverwaltung**, also den des öffentlichen Rechts in Frage, nicht für den Bereich des Privatrechts; daher nach hA keine Anwendung des AHG im Bereich der sog **Privatwirtschaftsverwaltung** des Staates → Kapitel I.A.VII.3., S. 40.

„in Vollziehung der
Gesetze“

Mit „**in Vollziehung der Gesetze**“ ist gemeint, dass der Rechtsträger eine hoheitliche Tätigkeit, also eine solche mit Befehls- und Zwangsgewalt ausübt. Das trifft zu auf Gerichte und Verwaltungsbehörden, aber auch öffentlich **beliehene private Unternehmer** /Organe wie ein Abbruchunternehmen bei Ersatzvornahme aufgrund eines baubehördlichen Bescheids, Fischereiaufsichtsansorgane, Jagdaufseher etc. – Auch beliehene Organe treten „hoheitlich“ auf.



Rspr-Beispiele für sog beliehene Unternehmer:

- JBl 1991, 180: **Automobilclub** führt Kfz-Überprüfungen nach § 57a KFG durch.
- SZ 68/220 (1995): **Schwertransportbegleitung**.
- OGH 27. 3. 2001, 1 Ob 25/01k, EvBl 2001/159: Versicherung deckt Explosionsschaden eines Dampfspeichers in einer **Styroporfabrik** ab und klagt Bund (nach AHG) und den für die Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen beliehenen Unternehmer (§ 1299 ABGB) auf Schadenersatz wegen Verletzung von Prüfpflichten nach dem KesselG. – OGH: Unterhält ein Geschädigter mit einem als juristischen

Person des Privatrechts organisierten **beliehenen Unternehmen** vertragliche Beziehungen, die von diesem vorzunehmende hoheitliche Tätigkeiten zum Gegenstand haben (hier: Werkvertrag über regelmäßige Überprüfung der Dampfessel), kann er sowohl den Rechtsträger im Wege der **Amtshaftung**, als auch den Vertragspartner wegen **Vertragsverletzung** in Anspruch nehmen.

§ 1 AHG

(1) Der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung – im folgenden Rechtsträger genannt – haften nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen **in Vollziehung der Gesetze** durch ein **rechtswidriges** Verhalten wem immer **schuldhaft** zugefügt haben; **dem Geschädigten haftet das Organ nicht**. Der Schaden ist nur in **Geld** zu ersetzen.

(2) **Organe** im Sinne dieses Bundesgesetzes sind alle physischen Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze (Gerichtbarkeit oder Verwaltung) handeln, gleichviel, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt sind, ob sie gewählte, ernannte oder sonstwie bestellte Organe sind und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.”

Danach können keine Amtshaftungsansprüche aus Akten der **Gesetzgebung** abgeleitet werden!

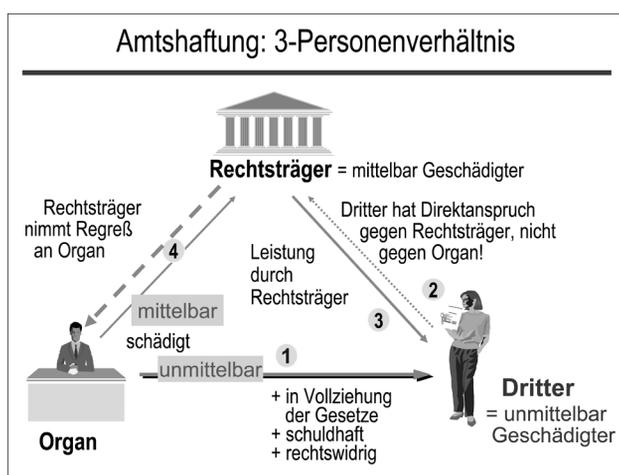


Abbildung 12.12: Amtshaftung: 3-Personen-Verhältnis

2. Gesetzliche Voraussetzungen

Die Anwendung des AHG setzt also voraus, dass das Organ eines Rechtsträgers **„hoheitlich“** (= „in Vollziehung der Gesetze“) aufgetreten ist und dabei **„rechtswidrig“** und **„schuldhaft“** gehandelt hat, wodurch einer (dritten) Person – die sich zB an diese Behörde gewandt hatte, um ihre Angelegenheit / Ansprüche geltend zu machen – **Schaden** entstanden ist. – Zugespißt ließe sich formulieren: Ein Rechtsträger des öffentlichen Rechts haftet nach den Vorschriften des **Privatrechts**, wenn er hoheitlich auftritt und dabei einem Privatrechtssubjekt Schaden zufügt.

Der Ersatzanspruch besteht aber nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch ein **Rechtsmittel** oder durch eine Beschwerde an den VwGH hätte abwenden können, was vom Gericht auch ohne Einwendung des Beklagten (also amtswegig) zu prüfen ist. – Ein offenkundig aussichtsloses Rechtsmittel muss aber zur Wahrung des Amtshaftungsanspruchs nicht erhoben werden; SZ 71/7 (1998): Formungültiges Testament einer unter Sachwalterschaft stehenden Altenheimbewohnerin → F.II.4.: Beispiele.

Es wurde schon ausgeführt, dass das schädigende Organ dem Geschädigten nicht persönlich haftet. Darin liegt ein wichtiger **Schutz des handelnden Organs**, aber auch für Geschädigte bedeutet dies einen Vorteil. – Ein Geschädigter hat sich nämlich an den Rechtsträger zu halten. Dafür bestimmt § 8 Abs 1 AHG folgendes (sog **Aufforderungsverfahren**):

Rechtsmittel

Aufforderungsverfahren

„Der Geschädigte soll den Rechtsträger, gegen den er den Ersatzanspruch geltend machen will, zunächst schriftlich auffordern [Finanzprokuratur], ihm binnen einer Frist von **drei Monaten** eine Erklärung zukommen zu lassen, ob er den Ersatzanspruch anerkennt oder den Ersatz ganz oder zum Teil ablehnt.“

Zuständig für eine allenfalls in der Folge erhobene Klage ist das Landesgericht in dessen Sprengel der Schaden zugefügt wurde.

Zu den allgemeinen Schadenersatzanspruchsvoraussetzungen → Kapitel 9.A.II., S. 583. – Zur Amtshaftung vgl auch → F.II.

3. Sonderregelungen

StEG 1969 Einen Spezialfall der Amts- oder Staatshaftung regelt das **Strafrechtliche EntschädigungsG/ StEG 1969**, BGBl 270. Danach hat der Bund eine Entschädigung zu leisten, wenn jemandem durch eine gesetzwidrige, strafgerichtliche Anhaltung oder Verurteilung vermögensrechtliche Nachteile (Schaden) entstanden sind; sog Haftentschädigungen.

PolBEG 1988 Eine weitere Sonderregelung enthält das **Polizeibefugnis-EntschädigungsG / PolBEG 1988**, BGBl 735. Danach haftet der Bund für Schäden, die von einem Organ der öffentlichen Sicherheitsdienste bei der Ausübung von Zwangsbefugnissen unmittelbar verursacht worden sind.

BEISPIEL: Polizist verletzt bei Verfolgung eines Verbrechers durch Fehlschuss einen Passanten.

4. Rspr-Beispiele

 **Discolärm:** Die Republik in Anspruch zu nehmen, beabsichtigt ein Hotel im Zentrum von Wien, weil durch den Betriebslärm einer nahegelegenen Diskothek die Gäste ausbleiben. Obwohl sich die Hotelbesitzer weder gegen die Konzessionserteilung noch gegen den Betriebsanlagengenehmigungsbescheid gewehrt hatten, stehen ihre Aussichten gar nicht schlecht. Seit 1992 muss die Behörde auch bei bereits genehmigten Betriebsanlagen zusätzliche oder andere Auflagen erteilen, wenn sich herausstellt, dass durch die ursprünglich vorgeschriebenen Auflagen die Nachbarn nicht ausreichend geschützt sind. Unterlässt dies die Behörde, besteht grundsätzlich ein Amtshaftungsanspruch gegen die Republik Österreich. Mit dem Urteil 1 Ob 107/97 k vom 28.4.1998 hat der OGH deshalb die Rechtssache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen. (Aus: Der Standard, 21.7.1998, Seite 22)

- ZVR 1998/10: Amtshaftung – **Schutzpflicht gegenüber Häftlingen:** Ergreift das Wachpersonal trotz des randalierenden Verhaltens und weiterer Drohungen keine Sicherheitsmaßnahmen, so wird die gehörige Sorgfalt zum Schutz von Mithäftlingen außer Acht gelassen und diesen steht im Fall ihrer Verletzung oder bei Sachschäden ein Amtshaftungsanspruch zu.

- JBl 1999, 325: Amtshaftung wegen **Entweichenlassens eines gefährlichen Geisteskranken** aus einer psychiatrischen Klinik. Zum UbG → Kapitel 4.A.V., S. 219.

- JBl 2000, 179: Kein Unterlassungsanspruch gegen eine staatliche **Sektenwarnung (Sri Chinmoy-Bewegung)** – Eine staatliche Tätigkeit wie die Information der Öffentlichkeit vor bestimmten „Sekten“ ist ein Realakt, der in einem engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der Pflicht des Staates zum Schutz der persönlichen Freiheit seiner Bürger steht. Eine solche Tätigkeit liegt im öffentlichen Interesse und ist als hoheitlich zu qualifizieren. – Es kommen die Bestimmungen des AHG zur Anwendung, die aber Unterlassungs- und Widerrufsansprüche sowohl gegen das Organ als auch den Rechtsträger [selbst bei Rechtswidrigkeit der Maßnahme angeblich!] ausschließen. Die damit verbundene Rechtsschutzlücke (?) entzieht sich [angeblich?!] einer Schließung durch die Rspr-Organe (Anm Kalb).

 *H. Mayer*, Staatliche Warnungen vor ‚Sekten‘ und Rechtsschutz – aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *H. Mayer* (Hg), Staat und Sekten (2001).

 SZ 71/7 (1998): Ein die Amtshaftung auslösendes **Organverschulden** liegt vor, wenn der **Richter** bei mündlicher, gerichtlicher Testamentserrichtung einer unter Sachwalterschaft stehenden Person höchststrichterliche veröffentlichte Rspr nicht beachtet, sodass das Testament wegen eines Formfehlers ungültig ist.

- OGH 22. 2. 2000, 1 Ob 14/00s, SZ 73/34: Die Kläger erwarben eine Liegenschaft in Kärnten, zu deren Gutsbestand eine Baufläche mit **Haus** gehörte; dieses befand sich **innerhalb der „roten Zone“ des Gefährdungsplans**, die für Siedlungszwecke ungeeignet ist. Dies war jedoch im **Flächenwidmungsplan** der beklagten Gemeinde nicht ersichtlich gemacht. Auch der Gemeindesekretär erklärte dem

Käufer auf dessen Rückfrage, es liege „alles in der ‚gelben Zone‘“ und es seien keine „Auflagen zu befürchten“. Als sich der tatsächliche Sachverhalt herausstellt, klagt der Käufer die Gemeinde auf Schadenersatz. – OGH: Behördliche Auskünfte bezwecken den Schutz wirtschaftlicher Dispositionen des Auskunftswerbers; dieser hat daher ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer der Sache nach richtigen Auskunft. Bezieht sich die Auskunft auf eine hoheitlich zu vollziehende Verwaltungsmaterie, ist auch der **Realakt** der **Auskunft** selbst eine **Maßnahme hoheitlicher Verwaltung**; daher Anwendbarkeit des AHG.

- OGH 6. 10. 2000, 1 Ob 12/00x, SZ 73/150 = JBI 2001, 322 = EvBl 2001/51: Deutscher will in Österreich Handelsagentur betreiben und kauft dazu ein **Haus am Achensee**. Die BH Schwaz erteilt die grundverkehrsgesetzlich notwendige Zustimmung nicht und verstieß damit gegen EU-Recht. Erst die Landes-Grundverkehrsbehörde gab dem Deutschen Recht. Er klagt das Land Tirol auf Ersatz der Vertretungskosten im Verfahren vor der Grundverkehrsbehörde. – OGH: Ein Amtshaftungsanspruch kann auch dann entstehen, wenn ein Organ eines Rechtsträgers in Österreich unmittelbar anzuwendendes Gemeinschaftsrecht vorwerfbar nicht oder nicht richtig anwendet. Die zum Schadenersatz führende Vorwerfbarkeit kann dabei auch in der Nichtbeachtung der ständigen Rspr des EuGH liegen.

 ABBILDUNG: Amtshaftungsgesetz – Beispiele

III. Die Organhaftung – OrgHG 1967

Am Beginn dieses Exkurses wurde darauf hingewiesen, dass das D(N)HG 1965 dann nicht gilt, wenn Arbeitnehmer als Organe eines hoheitlichen / öffentlichrechtlichen Rechtsträgers Schaden zufügen. – Das OrgHG gelangt gerade in jenen Fällen zur Anwendung, wenn ein Organ seinen Rechtsträger „unmittelbar“ schädigt, ohne dass davon eine dritte Person betroffen ist; sonst greift ja das AHG! Während D(N)HG und AHG beide Schadensdimensionen (wenngleich mit unterschiedlichen Rechtsfolgen) umfassen, nämlich die Ebenen: Arbeitgeber – Arbeitnehmer + Arbeitnehmer – Dritter, behandelt das OrgHG nur den ersten Bereich. Inhaltlich sind alle drei Gesetze mittlerweile „harmonisiert“; vgl § 3 Abs 1 OrgHG mit § 2 D(N)HG.

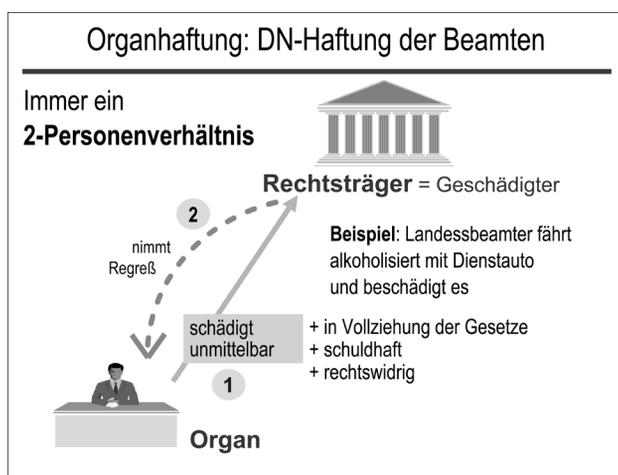


Abbildung 12.13: Organhaftung: DN-Haftung der Beamten

§ 1 OrgHG

(1) Personen, die als Organe des Bundes ...handeln, haften ... für den Schaden am Vermögen, den sie dem Rechtsträger, als dessen Organ sie gehandelt haben, in Vollziehung der Gesetze durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten **unmittelbar** zugefügt haben. Der Schaden ist nur in **Geld** zu ersetzen.“

(2) Organe sind alle physischen Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze (**Gerichtbarkeit** oder **Verwaltung**) handeln, gleichviel, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt sind, ob sie gewählte, ernannte oder sonstwie bestellte Organe und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.“ – Wie im AHG!

§ 2 OrgHG

(1) Ein Ersatzanspruch ... besteht nicht, wenn der Rechtsträger den Schaden durch **Rechtsmittel** oder durch eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof oder an den Verwaltungsgerichtshof oder durch sonst eine gesetzlich begründete Maßnahme hätte abwenden können."

(2) Von einem Organ kann kein Ersatz wegen einer Handlung begehrt werden, die auf einer entschuldbaren Fehlleistung beruht oder auf Weisung (Auftrag, Befehl) eines Vorgesetzten erfolgt ist, es sei denn, das Organ hätte die **Weisung** eines offenbar unzuständigen Vorgesetzten befolgt oder in Befolgung dieser Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen."

§ 3 Abs 1 OrgHG

Beruht die Schädigung, ... auf einem Versehen, so kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz **mäßigen** oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, auch **ganz erlassen**."

IV. Schadenersatz und Sozialversicherung: Der Arbeitsunfall

Vgl das eingangs zur „Arbeitnehmerhaftung iwS“ Gesagte. – Der enge Zusammenhang der in der Folge geschilderten – vom „Normalfall“ abweichenden – Haftungsnormen mit dem Arbeitsverhältnis, macht es vertretbar, diese Rechtsbeziehungen nicht wie üblich im Schadenersatzrecht, sondern im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag darzustellen. – Die Haftungsbeziehung: Arbeitgeber–Arbeitnehmer ist zudem eminent wichtig für die Praxis.

BEISPIEL: Zeitungsmeldungen wie die folgende geben in typischer Weise Sachverhalte wieder, die als **Arbeitsunfall** zu qualifizieren sind. Zu den gesetzlichen Voraussetzungen → F.IV.1. – „Baugertüst brach – Arbeiter getötet. Vater von zwei Kindern stürzte vom Dach der Innsbrucker TIWAG–Zentrale in den Tod; TT, 12.4.2001, S. 11.

 ABBILDUNG: Die österreichische Sozialversicherung

1. Kein direkter Ersatzanspruch von Arbeitnehmern gegen ihre Arbeitgeber bei Arbeitsunfällen

Legalzession Die angesprochene Sonder(haftungs)regelung des ASV bewirkt vor allem den Ausschluss (direkter) Schadenersatzansprüche von Arbeitnehmern gegen ihre Arbeitgeber, wodurch dem Betriebsfrieden gedient werden soll. Nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung durch den Arbeitgeber verbleibt es bei der direkten Haftung des Arbeitgebers → F.IV.4. – Der Übergang des Ersatzanspruchs des Arbeitnehmers (gegen seinen Arbeitgeber) auf den Sozialversicherungsträger mittels **Legalzession** bedeutet für Arbeitnehmer in Bezug auf die Anspruchsdurchsetzungsmöglichkeit eine erhöhte Sicherheit, denn vom Sozialversicherungsträger erlangt er mit Gewissheit Entschädigung, während zB der Arbeitgeber insolvent werden kann. Die Regelung stellt historische Erfahrungen in Rechnung! – Vgl aber auf der anderen Seite den weitgehenden Verlust von Schmerzensgeldansprüchen → F.IV.3.

Begriff des Arbeitsunfalls Von großer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist der **Begriff des Arbeitsunfalls**, der deshalb kurz behandelt wird.

Legaldefinition Legaldefinition des Arbeitsunfalls: **Arbeitsunfälle** sind nach § 175 Abs 1 ASVG „Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und [!] ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen“.

Die Kausalitätsprüfung ist hier alleiniges (Schadens)Zurechnungskorrektiv. Es gelangt die sog Theorie der wesentlichen Bedingung (ThdwB) zur Anwendung → Kapitel 9.A.II.2., S. 592.

 Barta, Kausalität im Sozialrecht (1983).

Unfallbegriff Ein **Unfall** ist ein „zeitlich begrenztes (von außen einwirkendes) Ereignis, das zu einer Körperschädigung führt“; Rspr. Diese Definition dient der Abgrenzung zur Krankheit, andererseits werden aber die Berufskrankheiten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung miteinbezogen.

Um die Vielfalt des Arbeitslebens legistisch einzufangen, kam es zu dieser kasuistischen Ausweitung des gesetzlichen UV-Schutzes über die Generalklausel des Abs 1 des § 175 ASVG hinaus. Das war auch deshalb nötig und ist nicht zu tadeln, weil damit die Rspr unterstützt und größere Rechtssicherheit geschaffen wird.

Normdefinition § 175 ASVG

> zivilrecht.online

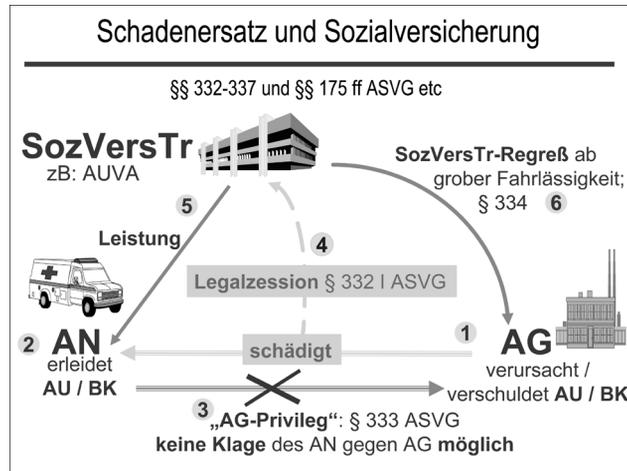


Abbildung 12.14: Schadenersatz und Sozialversicherung

ABBILDUNG: (1) bis (13)

Erleidet jemand einen **Arbeitsunfall /AU** (Tötung oder Körperverletzung) und steht dem Verletzten (gegen den Schädiger) ein **Ersatzanspruch** für den zugefügten Körperschaden „auf Grund anderer Vorschriften“ (zB ABGB, EKHG, DNHG) zu, so geht dieser **Ersatzanspruch auf den Sozialversicherungsträger über**, „insoweit ..., dieser Leistungen zu erbringen hat“; das ist die sog Legalzession = gesetzlicher Forderungsübergang → Kapitel 14.A.I.7., S. 880. Konkret geht zB der Schadenersatzanspruch eines Arbeitnehmers (AN) gegen seinen Arbeitgeber (AG) auf den Sozialversicherungsträger (SozVersTr) über.

Legalzession des § 332 ASVG

BEISPIELE:

- Arbeitnehmer erleidet Arbeitsunfall (Körperverletzung) dadurch, weil sein Arbeitgeber gesetzliche Arbeitnehmer-Schutzvorschriften missachtet hat; zB Beseitigung der Schutzvorrichtungen an der Kreissäge
- Arbeitnehmer verletzt sich aus Unachtsamkeit selbst; sog Eigenverschulden
- Arbeitnehmer wird von einem Arbeitskollegen verletzt

§ 332 ASVG

„(1) Können Personen, denen nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Leistungen zustehen oder für die als Angehörige gemäß § 123 Leistungen zu gewähren sind, den Ersatz des Schadens, der ihnen durch den Versicherungsfall erwachsen ist, auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften beanspruchen, geht der Anspruch auf den Versicherungsträger insoweit über, als dieser Leistungen zu erbringen hat. ...“

2. Eigenverschulden von Arbeitnehmern

Erwähnt werden soll noch, dass der jeweilige Sozialversicherungsträger einen Arbeitsunfall auch dann entschädigt – und zwar voll!, wenn der Schaden auf Eigenverschulden des Arbeitnehmers zurückzuführen ist; und zwar sowohl bei leichter wie grober Fahrlässigkeit. Nur vorsätzliche (Selbst)Schädigung schließt einen Ersatz aus.

3. Kein Schmerzensgeld

Nur Integritätsabgeltung

Ein Wermutstropfen für Arbeitnehmer besteht allerdings darin, dass das Sozialversicherungsrecht kein volles Schmerzensgeld iSd Zivilrechts (§ 1325 ABGB) kennt; ein unzureichender Ersatz ist die sog **Integritätsabgeltung** nach § 213a ASVG.

Der Weg auf dem dies erreicht wird, ist etwas vertrackt. Ansprüche auf Schmerzensgeld gehen nämlich nicht auf den Sozialversicherungsträger über; § 332 Abs 1 Satz 1 ASVG. Sie können nach § 333 Abs 1 Satz 1 ASVG aber auch nicht gegen den Arbeitgeber geltend gemacht werden; sog Arbeitgeberprivileg → F.IV.4.

Als Teilersatz für den lange völlig fehlenden immateriellen Ersatz des Schmerzensgeldes wurde 1990 die sog Integritätsabgeltung geschaffen. Sie ist eine einmalige Geldleistung als Entschädigung für ideelle Beeinträchtigungen bei grob fahrlässiger Missachtung von Arbeitnehmer-Schutzvorschriften bei erheblicher und dauernder Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Unversehrtheit / Integrität. – Diese zu sehr eingeschränkte Lösung, die in der Praxis kaum eine Rolle spielt, ist nur ein Schritt in die richtige Richtung!

4. Das Arbeitgeberhaftungsprivileg

Arbeitgeber zahlt Beiträge,
daher ...

Da der Arbeitgeber in der gesetzlichen Unfallversicherung allein die Versicherungsbeiträge bezahlt, wurde ihm die Haftung auf der Ebene **leichter Fahrlässigkeit** völlig erlassen; vgl schon → F.IV.1. Man spricht von Arbeitgeber-(Haftungs)Privileg. – Ab grob fahrlässiger Schadensverursachung des Arbeitsunfalls durch den Arbeitgeber besteht aber ein **Regressanspruch** seitens des Sozialversicherungsträgers.

Normdefinition § 333 ASVG

> [zivilrecht.online](#)

§ 333 ASVG: Aufseher im
Betrieb etc

Das Arbeitgeberprivileg § 333 ASVG: Der Arbeitgeber haftet dem geschädigten Arbeitnehmer (seinen Hinterbliebenen) unmittelbar/direkt nur bei Vorsatz; Abs1. Das Privileg gilt auch für gesetzliche und bevollmächtigte **Vertreter des Unternehmers** und sog **Aufseher im Betrieb**: Abs 4; zB Prokurist, Abteilungsleiter, sogar Fahrer eines Lastzuges. Es gilt auch für Leistungen über die gesetzliche Unfallversicherung hinaus; der Arbeitgeber haftet auch nicht für Schmerzensgeldansprüche; § 332 Abs 1 letzter Satz iVm § 333 Abs 1 Satz 1 ASVG. Es besteht aber uneingeschränkte Haftung des Arbeitgebers bei gesetzlicher Haftpflichtversicherung bei Kfz-Unfällen bis zur Höhe der Versicherungssumme; Abs 3. Ein Rückgriff des Sozialversicherungsträgers gegen Arbeitgeber ist erst ab grober Fahrlässigkeit möglich; § 334 ASVG. Worin liegt die Rechtfertigung? Es zählt das Argument des Betriebsfriedens! Die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung soll, gerade auch nach Unfällen, nicht durch Prozesse gestört werden! Der Arbeitgeber zahlt die Unfallversicherungsbeiträge allein. Dies schützt ihn – und den Aufseher im Betrieb etc – vor einem Sozialversicherungsträger-Regress bei bloß leicht fahrlässiger Arbeitnehmer-Schädigung.

Ein kleiner Systemfehler liegt darin, dass **Sachschäden von Arbeitnehmern** gegen ihren Arbeitgeber nach wie vor direkt geltend gemacht werden können; das unterläuft das Betriebsfriedensargument! Umstritten ist (nach wie vor) der Verlust des Schmerzensgeldanspruchs von Arbeitnehmern; vgl aber nunmehr die Integritätsabgeltung.

Normdefinition § 334 ASVG

> [zivilrecht.online](#)

Regress des Sozialversi-
cherungsträgers

Der **Regress des Sozialversicherungsträgers** richtet sich gegen den **Arbeitgeber** (§ 334 Abs 1 ASVG) oder **Arbeitskollegen** des Geschädigten (§ 332 Abs 5 lit a ASVG), die zur Zeit des Unfalls „in demselben Betrieb“ beschäftigt sind oder wenn der Versicherungsfall durch ein Verkehrsmittel mit erhöhter gesetzlicher Haftpflichtversicherung herbeigeführt wird; § 332 Abs 5 lit b ASVG. – Der Sozialversicherungsträger kann die kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Ansprüche im Regressweg geltend machen, soweit er Leistungen erbracht hat. Voraussetzung ist grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Der Anspruch richtet sich.

5. Die sog Arbeitskollegenhaftung

Was passiert, wenn ein Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit nicht vom Arbeitgeber, sondern von einem/r Arbeitskollegen/in herbeigeführt wurde? Auch dieser Anspruch des Verletzten gegen den Arbeitskollegen geht auf den Sozialversicherungsträger nach § 332 Abs 1 iVm § 332 Abs 5 ASVG über, wenn der Sozialversicherungsträger Leistungen erbringen muss. Das bedeutet, dass der verletzte Arbeitnehmer gewisse Ansprüche grundsätzlich nicht mehr direkt gegen seine/n Arbeitskollegen/in durchsetzen kann; Argument: Betriebsfrieden.

Beim Geschädigten (Arbeitnehmer) verbleiben hier jedoch (!):

- die **Schmerzensgeld-** und
- **Sachschädenansprüche,**

weil die Sozialversicherung keine derartigen Leistungen erbringt und – anders als gegen den Arbeitgeber (!) – auch die Geltendmachung nicht ausgeschlossen ist; zB Kleidung, Uhr.

Umstritten war, ob der geschädigte Arbeitnehmer „seine“ Ansprüche gegen seine/n Arbeitskollegen/in überhaupt durchsetzen kann oder ob die haftungsreduzierenden Gedanken des D(N)HG auch hier Anwendung finden sollen. Der OGH (Arb 9703 und 9704; dazu kritisch Grillberger DRdA 1979, 219) entschied, dass die Ansprüche voll durchsetzbar sind und hier nach dem D(N)HG keine Haftungsbeschränkung unter Arbeitskollegen besteht.

6. Vorbild: Bismarcks Arbeiter(unfall)versicherung

Historisch beruht unsere Regelung auf der Bismarckschen Arbeiterunfallversicherung 1884, die Österreich 1887, wengleich etwas modifiziert, übernommen hat.

 Dazu und zur Entwicklung des Haftpflichtrechts im 19. Jahrhundert *Barta*, Kausalität im Sozialrecht (1983).

Die gesetzliche Unfallversicherung schützt bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten und ist nicht mit der privaten Unfallversicherung zu verwechseln! Rechtsgrundlage bilden die §§ 172 ff ASVG. Der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung „greift“ automatisch mit Aufnahme einer versicherungsgeschützten Tätigkeit; es ist kein Abschluss eines Versicherungsvertrags – wie bei privaten Versicherungen – nötig! Es erfolgt eine Haftungsverlagerung vom Arbeitgeber auf den Sozialversicherungsträger; Arbeitgeber-Privileg. Gleichzeitig wird der Arbeitnehmer besser gestellt: das Eigenverschulden spielt erst ab Vorsatz eine Rolle.

Das Unfallversicherungs-Konzept umfasst insgesamt:

- **Schadensausgleich** / Kompensation und
- **Schadensprävention** iSv Unfallverhütung.

Allgemein zum Schadensausgleichs- und zum Präventionsgedanken → Kapitel 9.A.1.2., S. 577. Das Schadenspräventionskonzept der gesetzlichen Unfallversicherung ist vorbildlich und hat die Zahl der Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten drastisch gesenkt.

Die gesetzliche Unfallversicherung statuiert eine **verschuldensunabhängige Gefährdungs**(Haftung) neuen Typs. Dieses Modell ist als (betriebliche) Innenhaftung konzipiert und betrifft grundsätzlich die Beziehung Arbeitgeber <-> Arbeitnehmer sowie des jeweiligen Sozialversicherungsträgers zu diesen Personen. Die Arbeitnehmer erhalten ihre Versicherungsleistung (durch den Sozialversicherungsträger) auch dann, wenn sie den Unfall durch eigenes (leicht oder grob fahrlässiges) Verhalten herbeigeführt haben (Eigenverschulden); nur vorsätzliches Herbeiführen des Versicherungsfalles führt zur Leistungsfreiheit des Versicherers.

Zur Gefährdungshaftung → Kapitel 9.B., S. 634.

UV-Konzept umfasst ...

Art der Haftung?

G. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Erwerbsgesellschaft

Die §§ 1175-1216 ABGB handeln von der „Erwerbsgesellschaft“, die wir heute Gesellschaft bürgerlichen Rechts/GesbR nennen. Gschnitzer bezeichnet sie zu recht als „Mutterboden für ein hochentwickeltes Gesellschaftsrecht, das jetzt im Handelsrecht beheimatet“ ist. – Allein der Anwendungsbereich der GesbR ist nach wie vor ein vielfältiger, mag auch die beträchtlich an Bedeutung verloren haben.

Sie reicht immer noch von der Strassenbaulos-ARGE, über Bürgerinitiativen und verschiedene Interessengemeinschaften (zB von Mietern oder Wohnungseigentümern), bis zu den Bauwerbern eines Selbstbauprojektes. Und (mehrere) Banken bedienen sich der GesbR, wenn sie gemeinsam Wertpapiere begeben oder ein Kreditkonsortium gründen, um Geldmittel zur Verfügung zu stellen. Land- und Forstwirte greifen auf diese Rechtsform zurück, wenn sie Maschinen- oder Transportringe udgl bilden. Dasselbe gilt für Musikgruppen, die sich lose zusammenschließen wollen oder Geschäftsleute die einen rechtlichen Rahmen suchen, um gemeinsame (Werbe)Aktionen durchzuführen; zB eine gemeinsame Weihnachtsbeleuchtung; vgl auch SZ 44/123 (1971): Schischule G in VlbG und SZ 53/9 (1980): Jagdgesellschaft. Oder den Sachverhalt von JBl 2002, 458: Liegenschaftseigentümer schliessen einen Gesellschaftsvertrag, um einen Abverkauf von Liegenschaften an dritte Personen zu verhindern

§ 1216 ABGB wollte die Vorschriften der GesbR noch (subsidiär) auf die Handelsgesellschaften angewandt wissen. Die Einführung des dTHGB im Jahre 1938 hat dem aber für die Personengesellschaften einen Riegel vorgeschoben (vgl Art 7 EVHGB) und die Kapitalgesellschaften brauchen wegen ihrer detaillierten Regelungen diese Regeln nicht mehr.

I. Geschichte, Wesen, Abgrenzungen

1. Geschichte

Gemeinschaft oder Gesellschaft

Das ABGB unterscheidet, dem römischen Recht folgend, zwischen **Gemeinschaft**/communio incidens und **Gesellschaft** / societas und regelt die beiden Rechtsinstitute in den §§ 825 ff und 1175 ff. – Die Gesellschaft entsteht, als gewollter Zusammenschluß mehrerer Personen, durch **Vertrag**; die Gemeinschaft dagegen unabhängig vom Willen der Beteiligten durch Gesetz. Typisch und häufig für letztere ist die Erben-, als (Mit)Eigentumsgemeinschaft; zB Geschwister erben nach dem Tod eines Elternteils ein Haus. – Man kann auch sagen: die Gesellschaft entsteht (privat)**autonom** durch Vertrag der Gesellschafter, die Gemeinschaft dagegen **heteronom** durch Regeln des Gesetzes.

Aber nicht alles, was auf Vertrag beruht, folgt deshalb schon den Regeln der GesbR; denn für die **eheliche Gütergemeinschaft** gelten die Vorschriften der §§ 1233-1236 ABGB und die Rspr nimmt bei blosser **Beteiligung eines Arbeitnehmers am Gewinn eines Unternehmens** kein Gesellschaftsverhältnis an; vgl EvBl 1974/51 und § 14 AngG. Auch wenn ein (Ehe)Paar gemeinsam zB ein Haus kaufte, wurde häufig nur eine Gemeinschaft und keine Gesellschaft angenommen, obwohl dem Erwerbsakt ein gemeinsamer Vertragsschluss zugrunde liegt. Die Rspr hat hier aber wenigstens zum Teil umgedacht; vgl JBl 1988, 516: **Lebensgemeinschaft** als GesbR. Für **Ehepaare** kommt eine GesbR aber überhaupt erst dann in Betracht, wenn die von ihnen erbrachten Leistungen über die **eheliche Beistandspflicht** des § 90 ABGB hinausgehen. – Zu restriktiv MietSlg 9579 (1962): Mehrere **Mitbenützer einer Wohnung**, von denen nur einer Hauptmieter ist, vereinbaren, dass ihnen im Innenverhältnis gleiche Rechte (wie Hauptmietern) zustehen sollen. OGH betrachtet das Rechtsverhältnis zwischen den Mitbenützern als Gemeinschaft. Richtiger wäre hier eine Innengesellschaft anzunehmen gewesen.

2. Wesen

JurP?

Die GesbR ist nach hA **keine juristische Person** und daher auch nicht auf Mitgliederwechsel angelegt, wenngleich sie einen solchen auch nicht ausschliesst. Sie begründet demnach kein von den Mitgliedern gesondertes rechtliches Eigenleben, sondern bloß ein Schuldverhältnis auf Dauer (DSchV) zwischen den Gesellschaftern.

Daher kommt es nach Aufnahme der Gesellschaftstätigkeit im Falle der Auflösung oder Anfechtung des Gesellschaftsvertrags zu einer ex nunc-Lösung und nicht zu einer solchen ex tunc; vgl § 218 Abs 2 AktG.

Die Gesellschafter gründen die Gesellschaft nicht dazu, um gegenseitig Leistungen auszutauschen, sondern um ihre unterschiedlichen Beiträge (Geld, Sacheinlagen, Gebrauchs- und Benützungrechte, Arbeitsleistungen, Zurverfügungstellen von Know-How etc) einem gemeinsamen Zweck zu widmen → G.III.3.

Gemeinsamer Zweck

Dieser Zweck kann sowohl ein

- **wirtschaftlicher**, aber auch ein
- sog **idealer**, also ein nicht wirtschaftlicher sein.

 SZ 24/87 (1951): Auch eine Gesellschaft, die vorwiegend **ideelle Zwecke** verfolgt, ist unter § 1175 ABGB zu subsumieren.

Der angestrebte gemeinsame Zweck verlangt daher von der Gesellschaft, die gemeinsamen Angelegenheiten getrennt von denen der einzelnen Mitglieder zu behandeln. Schon bei der GesBR ist daher zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftsschulden und dem (Privat)Vermögen und den Schulden der Mitglieder zu unterscheiden. Das für die Haftung juristischer Personen wichtige **Trennungsprinzip** ist bei der GesBR aber noch nicht durchgeführt → Kapitel 4.B.I.5., S. 226.

Trennungsprinzip

Auch die **Gemeinschaftsorganisation** ist noch unentwickelt, was aber im (kaufmännischen) Gesellschaftsvertrag verbessert werden kann.

Gemeinschaftsorganisation?

3. Abgrenzungen

Die GesBR ist von verschiedenen ähnlichen rechtlichen Gebilden abzugrenzen. – Nämlich:

- der **stillen Gesellschaft** → Kapitel 3.B.I.13., S. 168 (Darlehen „partiarisch“)...
- dem partiarischen Darlehen vgl ebendort (Darlehen „partiarisch“)...
- der **Teilpacht** (§ 1103 ABGB) sowie
- den bloß **gewinnbeteiligten Angestellten** nach § 14 AngG.

Diese können aber Gesellschafter sein, wenn ihnen Einfluss auf die Betriebsführung, Kontrollrechte sowie eine Beteiligung an Gewinn und Verlust eingeräumt werden, selbst wenn sie als Einlage in die Gesellschaft nur Arbeitsleistungen und kein Kapital einbringen.

Zu den **Erwerbsgesellschaften** der freien Berufe nach dem ErwerbsgesellschaftenG/EGG 1990, BGBl 257 idGF; vgl auch → Kapitel 4.B.I.7., S. 230.

II. Der Gesellschaftsvertrag

Wie erwähnt, entsteht die GesBR durch Vertrag und unterscheidet sich dadurch von der Gemeinschaft. Die bloß grobmaschige gesetzliche Ausformung der GesBR lässt es ratsam erscheinen, im Gesellschaftsvertrag sorgfältig kaufmännisch nachzubessern.

1. Form

Das Gesetz schreibt für die Errichtung einer GesBR keine Form vor. Nur wenn sie sich auf das gesamte gegenwärtige oder auch auf das künftige Vermögen bezieht, verlangt § 1178 ABGB die Errichtung eines Inventars. – Gesellschaftsverträge können danach auch **mündlich** geschlossen werden, ja es kommt der gesamte Anwendungsbereich des § 863 ABGB in Betracht; daher auch konkludentes Vereinbaren einer GesBR. Das spielt zwischen Freunden/innen, Lebensgefährten und Ehegatten eine praktische Rolle. – Die Rspr beurteilt aber – wie angedeutet – manche Vereinbarung, die besser als eine GesBR verstanden würde, als bloße Gemeinschaft oder wendet doch die Regeln der §§ 825 ff ABGB auf diese Vereinbarungen analog an.

Formfreiheit

 So wenn MietSlg 9579 (1962) auf mehrere **Mitbenützer einer Wohnung**, von denen nur einer Hauptmieter ist, die aber vereinbart haben, dass ihnen (im Innenverhältnis) gleiche Rechte zustehen sollen „als ob alle Mitbenützer Hauptmieter wären“, die §§ 825 ff ABGB analog anwendet, statt eine Innengesell-

schaft anzunehmen.

- Vgl auch SZ 50/123 (1977): Zu den Voraussetzungen eines konkludenten oder stillschweigenden Zustandekommens einer GesbR – Eine Österreicherin betreibt mit ihrem ausländischen Lebensgefährten einen **Gärtnereibetrieb**. Der OGH nimmt keine konkludent errichtete Innengesellschaft an, sondern verweist den Lebensgefährten (nach Beendigung der Lebensgemeinschaft) auf Bereicherungsansprüche.
- Abgelehnt wird vom OGH auch die Annahme einer (Innen)Gesellschaft in SZ 40/123 (1967) nach deren Sachverhalt Ehegatten gemeinsam die Mittel für einen **Hausbau** aufbringen und dabei über die eheliche Beistandspflicht hinaus Leistungen erbracht werden, idF aber nur der Mann verbüchert wird.
- Anders schon JBl 1963, 264: **Hausbau von Ehegatten** wird als Gesellschaftsverhältnis beurteilt.

Satzungsänderungen

Für **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** wird idR **Einstimmigkeit** verlangt; vgl aber SZ 40/73 (1973), S. 215, wo der OGH uH auf § 1188 ABGB von einem Mehrheitsbeschluss ausgeht.

2. Sorgfaltspflichten – Haftung

Während das Handelsrecht (Art 7 Nr 3 EVOHGB) einen Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten „nur für diejenige Sorgfalt (einstehen lässt), die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt“ – sog **culpa in concreto**, was aber keine Haftungsbefreiung für grobe Fahrlässigkeit bedeutet, haben Gesellschafter einer GesbR für jedes Verschulden (**omnis culpa**) einzustehen; vgl § 1191 ABGB.

3. Außen- und Innengesellschaft

Der Gesellschaftsvertrag stellt auch Weichen im Hinblick auf diese wichtige Unterscheidung:

- Die **Innengesellschaft** weist intern zwar ein Gesellschaftsverhältnis auf, läßt dieses aber nach außen hin nicht in Erscheinung treten. – Nach außen hin, also Dritten gegenüber, ist nur eine (Bezugs)Person berechtigt und verpflichtet, mögen auch die von ihr getätigten Geschäfte auf gemeinsame Rechnung gehen. Bei der Innengesellschaft tritt der die Geschäfte führende Gesellschafter nach außen im eigenen Namen, wenn auch auf fremde Rechnung (nämlich auf Rechnung aller Gesellschafter) auf. Er wird als indirekter Stellvertreter tätig → Kapitel 13.A.I.2., S. 837



GesRZ 1986, 93: Karl Schranz, als Leiter der **Schischule** St. Anton am Arlberg ist passiv für Schadenersatzansprüche einer Schischülerin legitimiert. Vgl auch → G.III.4.: Klagslegitimation.

- SZ 50/96 (1977): Gemeinsamer Betrieb einer **Apotheke**.

Die **Stille Gesellschaft** (§§ 178 ff HGB) ist weder eine Innengesellschaft, noch überhaupt eine Gesellschaft. – Die **Unterbeteiligung**, d. i. die Beteiligung an einer Beteiligung, zB an der eines OHG-Gesellschafters oder Kommanditisten, ist bloss Innengesellschaft/GesbR.

- Die **Außengesellschaft** tritt – wie ihr Name sagt – nach außen hin als Gesellschaft auf. Ein Gesellschafter, der dabei für die GesbR tätig wird, ist direkter Stellvertreter und berechtigt dadurch die anderen Gesellschafter, nicht dagegen die Gesellschaft! (Der GesbR fehlt die Rechtspersönlichkeit!) Nach hA bedarf es auch dazu nach § 1201 ABGB einer internen Beschlussfassung (Mehrheitsbeschluss) zur Vollmachtserteilung.

Merkregel: Wer im Innenverhältnis geschäftsführungsbefugt ist, kann seine Mitgesellschafter auch im Außenverhältnis gültig vertreten, also berechtigen und verpflichten.



JBl 1982, 93: **Bau-ARGE** – Zwei Bauunternehmer vereinbaren, dass nur einem von ihnen die Geschäftsführung und Vertretung zukommen soll; dies bei Ausschluß der Haftung des anderen;

- GesRZ 1985, 137: **Bau-ARGE** übernimmt Baulos. Im Innenverhältnis wird völlige Trennung der Arbeiten beschlossen.

III. Wirkungen der Gesellschaft

Zweck der Gesellschaft ist es, die unterschiedlichen gemeinsamen Leistungen der Gesellschafter einem gemeinsamen Zweck zu widmen. Die Leistungen, die die einzelnen Gesellschafter erbringen, stellen demnach kein Entgelt dar. – Als Entgelt anzusehen ist es aber, wenn Gewinn- und Verlustanteile nach der Höhe der Beiträge bemessen werden. – Steht einem Gesellschafter, trotz Erbringens von Leistungen kein Gewinn zu, ist das als Unentgeltlichkeit zu qualifizieren.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an Gschnitzers Kategorie der entgeltfremden Leistungen → Kapitel 5.A.III.7., S. 284.

1. Beitrags- und Mitwirkungspflicht

Die §§ 1184 ff ABGB bestimmen die Rechte und Pflichten der (Gesellschafts)Mitglieder. Danach sind idR alle Mitglieder verbunden, einen gleichen Anteil zum gemeinschaftlichen Hauptstamm beizutragen und ohne Rücksicht auf die Grösse ihres Anteils „zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken“; sog Beitrags- und Mitwirkungspflicht.

Die **Bewertung der Einlagen** obliegt den Gesellschaftern. – § 1189 ABGB schliesst eine **Nachschusspflicht** aus. Satz 2 dieser Norm ist aber zu beachten. – Als „Beitrag“ können ganz unterschiedliche Leistungen erbracht werden; Sachen können ebenso eingebracht werden (zu Eigentum oder zum Gebrauch), wie Geld, Arbeitsleistungen oder Know How.

Nachschusspflicht

2. Treuepflicht

§ 1186 ABGB regelt die Treuepflicht der Gesellschafter, zumal die Gesellschaft ein (**höchst**) **persönliches Vertrauensverhältnis** begründet. Daher ist kein Mitglied befugt, „die Mitwirkung einem Dritten anzuvertrauen; oder jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen; oder ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft zu unternehmen“. – Daraus hat sich das Konkurrenzverbot des Handelsrechts (§ 112 HGB: für die OHG) entwickelt → Kapitel 11.C.III.6., S. 734.

Vertrauensverhältnis

Man beachte den grundsätzlichen **Unterschied zur (Eigentums)Gemeinschaft** der §§ 825 ff ABGB, bei der jeder Miteigentümer seinen Anteil veräußern oder belasten kann (wenn auch nicht zur Unzeit oder zum Nachteil der übrigen; § 830 ABGB), ohne die anderen Gemeinschaftler auch nur zu verständigen → Kapitel 8.A.VI.3., S. 503.

Aus der Treuepflicht folgt auch die **Unübertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte**. – Abgetreten werden kann aber der **Anspruch auf Gewinnbeteiligung**, nicht aber der auf Rechnungslegung.

Unübertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte

3. Gesellschaftsvermögen

Alle in die Gesellschaft eingebrachten Sachen (iSd § 285 ABGB) stellen das Gesellschaftsvermögen dar. Aber eine GesbR muß über kein Vermögen im herkömmlichen Sinn verfügen. Gschnitzer nennt als Beispiel die Lese- oder Spielgemeinschaft.

Vgl § 1182 ABGB: „Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmt worden ist, macht das Kapital, oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus. Das Übrige, was jedes Mitglied besitzt, wird als ein abgesondertes Gut betrachtet.“

Das lässt fragen: Was kann in eine GesbR eingebracht werden?

- **Sachen zu Eigentum** / quoad dominium: Diese gehen ins Miteigentum der Gesellschaft über;
- **Sachen** können der GesbR aber auch bloß **zum Gebrauch** / quoad usum überlassen werden;
- Schließlich können Sachen nur ihrem **Wert** nach / quoad sortem der GesbR überlassen werden; vgl JBI 2000, 238 (Anm Jabornegg): In diesem Fall bleibt der Einbringende formell Eigentümer, aber die GesbR trägt die (wirtschaftliche) Gefahr.

Was kann eingebracht werden?

Auf das Einbringen von Einlagen in die GesbR ist die Lehre von **Titel** und **Modus** anzuwenden → Kapitel 2.B., S. 87. § 1181 ABGB bezeichnet den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich als Titel „Eigentum zu erwerben“.

Titel und Modus

Gesellschaftsvermögen	<p>Das Gesellschaftsvermögen steht im Sondervermögen der GesbR und ist als solches nach § 1182 iVm § 1202 ABGB vom Vermögen der Mitglieder zu trennen.</p> <p>Darüber wie das einzelne Mitglied zum Hauptstamm/Gesellschaftsvermögen rechtlich steht, gingen die Meinungen immer wieder auseinander. Gschnitzer, SchRAT 114 f führt dazu aus:</p>
Miteigentum	<p>„Nach h. L. steht das Gesellschaftsvermögen im Miteigentum der Gesellschafter. Dafür sprechen die §§ 1183/1 und 1192/2. Da das ABGB nur das schlichte Miteigentum kennt [?], besagt das, dass das einzelne Mitglied über seinen ideellen Anteil verfügen kann, wenn auch nicht verfügen darf, da der Anteil dem gemeinsamen Zweck gewidmet ist (obligatorische Innenwirkung, keine Außenwirkung).“</p>
Gesamthand	<p>„Dieser unangenehmen Folge sucht die deutsch-rechtlich beeinflusste Lehre von der Gesamthand abzuweichen. Sie beruft sich auf § 1202. Danach kann ein Mitglied über sein nicht in die Gesellschaft eingebrachtes Vermögen ‚nach Belieben‘ verfügen. E contrario könne es über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen. Somit könne über das Ganze wie über die einzelnen Anteile nur gesamthänderisch von allen Mitgliedern verfügt werden.“</p> <p>In diesem Sinne SZ 24/87 (1951): Sieben Berufskameraden kaufen eine Almhütte. – Danach ist die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einen Dritten ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nach § 1186 ABGB unwirksam, auch wenn dem Dritten die Rechtsnatur der GesbR nicht bekannt war.</p>
Juristische Person	<p>„Lehre von der juristischen Person (Wahle [und iF Ostheim]). Sie lehnt beide Ansichten ab. Die Gesellschaft dürfe mit ihren Mitgliedern nicht identifiziert werden (Mitgliederwechsel!). Sie sei juristische Person, das Gesellschaftsvermögen daher in ihrer alleinigen Verfügung. Der einzelne Gesellschafter habe keinen Miteigentumsanteil. ...“</p>
Forderungen und Schulden: § 1203 ABGB	<p>Forderungen und Schulden von Gesellschaftern: § 1203 Satz 1 ABGB</p> <p>„Was also jemand an ein einzelnes Mitglied, und nicht an die Gesellschaft zu fordern oder zu zahlen hat, kann er auch nur an das einzelne Mitglied, und nicht an die Gesellschaft fordern oder bezahlen.“ – Vgl SZ 55/117 (1982).</p> <p>Forderungen und Schulden der Gesellschaft: § 1203 Satz 2 ABGB</p> <p>„Ebenso hat aber bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Anteil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, welcher bei Handelsleuten vermutet wird, dass alle für einen und einer für alle etwas zugesagt oder angenommen haben.“</p> <p>Gschnitzer fügt dem hinzu: „Die h. L. nimmt daher an, dass der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden neben der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen, aber nur anteilig – nicht wie bei der OHG solidarisch – hafte. Der Gläubiger könne danach wählen, ob er sich an das Gesellschaftsvermögen halte oder auf die einzelnen Gesellschafter pro parte greife. Anders bei den Gesellschaftsforderungen: Hier könne nicht jeder Gesellschafter seinen Anteil, sondern nach § 848/2 und 3 nur Zahlung zur gesamten Hand verlangen.“</p>
Inanspruchnahme aller Gesellschafter	<p>Zu beachten ist hierbei, dass eine Haftung der GesbR mit deren Gesellschaftsvermögen nur durchgesetzt werden kann, wenn alle (!) Gesellschafter in Anspruch genommen werden; denn die GesbR kann nicht wie die OHG und die KG nach § 124 HGB unter ihrem Namen verklagt werden.</p>

4. Geschäftsführung, Vertretung, Klagslegitimation

Die Geschäftsführung betrifft das Innen-, die Vertretung das Außenverhältnis. – § 1188 ABGB verweist für die Geschäftsführung auf die §§ 833-842 ABGB:

„Bei der Beratschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten sind, wenn keine andere Verabredung besteht, die in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigentumes gegebenen Vorschriften anzuwenden (§§ 833-842).“

Was ist damit gemeint?

o. und ao. Verwaltung

Nach § 833 Satz 1 ABGB kommt der „**Besitz** und die **Verwaltung** der gemeinschaftlichen Sache ... **allen Teilhabern** insgesamt zu“. Bei der GesbR treten an die Stelle der „Teilhaber“ alle Gesellschafter. § 1201 ABGB bestimmt dasselbe für die Vertretung. Geschäftsführung und Vertretung fallen daher, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, zusammen. – Nach § 833 Satz 2 ABGB entscheidet bei Maßnahmen der **ordentlichen Verwaltung** die Anteilsmehrheit, bei solchen der **außerordentlichen Verwaltung** gilt grundsätzlich Einstimmigkeit, wobei der Schutz der Minderheit zu beachten ist (§§ 834 f ABGB).

Bevollmächtigte

Der Gesellschaftsvertrag kann Geschäftsführung/Verwaltung und Vertretung auch „**einem oder einigen Mitgliedern**“ anvertrauen; § 1190 ABGB. – Diese Personen sind dann „als **Bevollmächtigte** zu betrachten“. § 1190 ABGB verweist bezüglich ihrer „Beratschlagungen und Entschei-

dungen” wiederum auf die §§ 833-842 ABGB. – Die §§ 1198-1200 ABGB verpflichten die Bevollmächtigten, denen die Verwaltung anvertraut wurde, zur **Rechnungslegung**.

Nach hA wurde die GesbR lange nicht als **parteifähig** angesehen, besaß demnach prozessual weder **Aktiv-**, noch **Passivlegitimation** für Klagen. – Die Rspr hat hier aber – im Kielwasser der Rspr durch den dtBGH – für Erleichterungen gesorgt, was zu begrüßen ist.

Aktiv- und
Passivlegitimation

 Vgl noch SZ 53/9 (1980): Klagebegehren gegen eine **Jagdgesellschaft** muss sich gegen sämtliche Mitglieder der Jagdgesellschaft und nicht nur gegen die Mitglieder des Jagdausschusses richten;

- GesRZ 1986, 93: **Schischule St. Anton** am Arlberg / K. Schranz → G.II.3.

- OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 58/00y, EvBl 2000/180: Ein GesbR-Gesellschafter erfüllt seine Individualverpflichtungen nicht und wird daraufhin von einem anderen Gesellschafter geklagt; **actio pro socio**. – OGH: Da die GesbR in Österreich keine juristische Person ist, ist sie im Zivilprozess nicht parteifähig, sodass Parteien des Rechtsstreits die Gesellschafter als Einzelpersonen sind. Das hätte beim Einklagen von Sozialansprüchen der GesbR zur Folge, dass der beklagte Mitgesellschafter sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite auftreten müsste; bei einer derartigen Konstellation liegt daher die **Notwendigkeit der actio pro socio** auf der Hand. Bei Individualansprüchen kann ein Gesellschafter der GesbR Ansprüche der Gesellschaft gegen einen einzelnen Gesellschafter mit actio pro socio im eigenen Namen geltend machen und Leistung an alle Gesellschafter verlangen.

5. Gewinn, Verlust, Rechnungslegung und Kontrolle

Für die Gewinn- und Verlustverteilung macht das Gesetz in den §§ 1193 ff ABGB einen **dispositivrechtlichen**, also modifizierbaren **Vorschlag**. Eine andere Gewinn- und Verlustverteilung ist daher möglich, nicht aber eine Beteiligung nur am Verlust; sog **societas leonina**. In diesem Fall ist aber das Vorliegen eines allfälligen Schenkungs- oder Garantieverprechens zu prüfen.

Gewinn ist nach § 1192 Satz 1 ABGB, was „nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachteile über den Hauptstamm zurückbleibt“; was ihn mindert, **Verlust**.

Jeder Gesellschafter kann jährlich **Rechnungslegung** verlangen; §§ 1198 f ABGB. Dazu kommt ein Recht auf **Bucheinsicht**; § 1199 Schlußsatz ABGB. – Auf diese Rechte kann aber nach § 1200 ABGB verzichtet werden.

IV. Ausscheiden von Gesellschaftern – Auflösung der Gesellschaft

Das Ausscheiden von Gesellschaftern beendet die GesbR nicht, mag sie auch mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht auf einen Mitgliederwechsel angelegt sein. Das **Ende der Mitgliedschaft** (von Gesellschaftern) ist daher von der **Beendigung der GesbR** zu unterscheiden.

1. Ende der Mitgliedschaft – Eintritt neuer Mitglieder

Gesellschafter können aus folgenden Gründen ausscheiden:

- Beim **Tod** von Gesellschaftern unterscheidet § 1207 ABGB zwischen der **Zwei-Personen-GesbR** (Satz 1), bei der durch den Tod eines Gesellschafters die GesbR „erlischt“; und der **Mehr-Personen-GesbR** für die Satz 2 die (Rechts)Vermutung aufstellt, dass die übrigen Mitglieder die Gesellschaft „noch unter sich fortsetzen wollen“.

Die GesbR kann aber nach § 1206 Satz 3 ABGB mit den „Erben eines Mitgliedes“ fortgesetzt werden, obwohl die „gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten ... in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über[gehen]“.

- **Austritt/Kündigung – Ausschluss** eines Gesellschafters: Gesellschafter einer GesbR können aus dieser austreten; nach dem Gesetz (§ 1189 ABGB) aber nur dann, wenn sie die für das Erreichen des Gesellschaftszweckes nötige Erhöhung der Einlage (sog Nachschuss/Kapitalerhöhung) nicht leisten wollen. In diesem Fall kann ein Mitglied auch „zum Austritt verhalten werden“. – Es sind demnach **einseitiger Austritt** und (erzwungener) **Ausschluss** zu unterscheiden. § 1210 ABGB kennt aber noch weitere Ausschlussgründe; so wenn „ein Mitglied die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllt“ oder „wenn es in Konkurs verfällt“ oder bestimmte strafbare Hand-

Ausscheiden

lungen setzt. – Unter Heranziehung des § 834 ABGB wird von der hM ein einseitiger Gesellschafteraustritt auch dann gebilligt, wenn ein Gesellschafter bei wichtigen Angelegenheiten überstimmt wird und er diese Entscheidung nicht mittragen will. Und § 1211 ABGB gewährt ein (Auf)Kündigungsrecht, „wenn dasjenige Mitglied, von welchem der Betrieb des Geschäfts vorzüglich abhing, gestorben oder ausgetreten ist“. – § 1212 ABGB gewährt ein noch weitergehendes Kündigungsrecht, wenn der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde und auch aus der Natur des Geschäfts nicht bestimmt werden kann. In diesem Fall „mag jedes Mitglied den Vertrag nach Willkür aufkündigen; nur darf es nicht mit Arglist oder zur Unzeit geschehen (§ 830)“.

Rechnungslegung +
Auszahlung

Ein ausscheidendes Mitglied kann **Rechnungslegung** verlangen, muss dies aber, wenn nötig, auch selber tun. – Dem Ausscheidenden ist sein **Anteil**, der durch Schätzung festzustellen ist, in Geld **auszuzahlen**.

Die mangelnde Systematik der Austritts-, Kündigungs- und Ausschlussregeln offenbart legistische Schwächen dieser ABGB-Paragrafen.



SZ 44/123 (1971): Die Ausschließung eines Gesellschafters aus einer GesbR (**Schischule in Vlb**) ist ein Gestaltungsrecht, das, wenn der Vertrag nichts anderes vorsieht, nur von der Gesamtheit der übrigen Mitglieder ausgeübt werden kann; ebenso SZ 53/9 (1980): **Jagdgesellschaft**.

Eintritt neuer Mitglieder

Möglich ist nicht nur der Austritt aus einer bestehenden GesbR, sondern auch der **Eintritt neuer Mitglieder**, doch bedarf es dazu eines einstimmigen Aufnahmevertrags. – Auf diese Weise kann auch die Mitgliedschaft von einem ausscheidendem auf ein neues Mitglied übertragen werden.

2. Auflösung der Gesellschaft

Auflösungsgründe

§ 1205 ABGB nennt **Zweckerreichung**, **Zweckvereitelung** / Verlust des Hauptstammes und **Zeitablauf**; ausdrückliche oder stillschweigende Fortsetzung sind aber möglich. – Daneben besteht im Rahmen der Vertragsfreiheit auch die Möglichkeit einer **einvernehmlichen Auflösung**.

Zu den einseitigen Kündigungsmöglichkeiten der §§ 1211 und 1212 iVm § 830 ABGB → G.IV.1.

Abwicklung

Durch die Auflösung wandelt sich die GesbR in eine Gemeinschaft (§§ 825 ff ABGB) um, die dann ihrerseits durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet wird → Kapitel 8.A.VI.3., S. 503. – Die GesbR kennt aber, anders als die (Personen)Handelsgesellschaften, **keine Liquidation**; vgl SZ 63/44 (1990). – Zuständig für die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens auf alle Gesellschafter (nach dem Verhältnis ihrer Anteile) sind alle Gesellschafter nach den Gemeinschaftsregeln der §§ 841 ff ABGB. Danach entscheiden mangels Einigung „das Los, oder ein Schiedsman, oder, ... [letztlich] der Richter“.



SZ 63/44 (1990): Der **ausschließende Gesellschafter** einer aus nur 2 Personen bestehenden GesbR übernimmt unter Ausschluss der Liquidation das gesamte Gesellschaftsvermögen und kann dem ausgeschlossenen Gesellschafter das Betreten der Geschäftsräumlichkeiten untersagen.

- OGH 9. 11. 1999, 4 Ob 291/99v, EvBl 2000/84: Eheleute gründen eine GesbR (**Kosmetiksalon**); der Gatte vermietet das Geschäftslokal im Parterre seines Hauses an die GesbR. Nach Scheidung und Auflösung der GesbR klagt er die Frau auf Räumung des Geschäftslokals, da sie dieses nunmehr titellos nutze. – OGH: Bestandrechte einer GesbR (!)/societas bleiben bis zur endgültigen Auseinandersetzung aufrecht. Die Gesellschaft wandelt sich erst mit ihrer Auflösung in eine Rechtsgemeinschaft/communio iSd §§ 825 ff ABGB, die ihrerseits erst durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet wird. Es kommt also durch die Auflösung der GesbR nicht zu einer Vereinigung iSd § 1445 ABGB. Ein (ehemaliger) Gesellschafter nutzt die Beständräume daher bis zur endgültigen Aufteilung des Gesellschaftsvermögens nicht titellos.

H. Glücksverträge – Gewagte Geschäfte

Das ABGB fasst im 29. Hauptstück, das sind die §§ 1267-1292 die gewagten Geschäfte (§ 1065 ABGB) zur Gruppe der „Glücksverträge“ zusammen. Der Begriff „gewagte Geschäfte“ ist weiter, als der der Glücksverträge.

§ 1267 ABGB gibt eine Legaldefinition des Glücksvertrags:

Legaldefinition

„Ein Vertrag, wodurch die Haftung eines noch ungewissen Vorteiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag“.

Satz 2 fügt hinzu, dass Glücksverträge entweder zu den **entgeltlichen** oder **unentgeltlichen Geschäften** zählen, „je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht“; vgl GIUNF 6287: Unentgeltliche Glücksverträge sind die unentgeltliche Ausspielung und die einseitige Wette.

§ 1268 ABGB schließt die Anwendung des Rechtsmittels der **Verkürzung über die Hälfte** (→ Kapitel 7.B.VII., S. 477) für alle Glücksverträge aus; vgl Gschnitzers Kritik: SchRBesT 123 (1965). – Aber auch Glücksverträge können als **wucherisch** (→ Kapitel 11.E.II.2., S. 747) oder **sittenwidrig** (→ Kapitel 11.E.V., S. 750) angefochten werden; SZ 24/306: Übergabs- und Leibrentenvertrag.

Keine Verkürzung über die Hälfte

 SZ 24/306 (1951): **Leibrenten-, Ausgedings- und Unterhaltsverträge** sind Glücksverträge. – Die Kläger hatten den Beklagten auf Lebensdauer ein Wohnungsrecht (→ Kapitel 8.E.I.8., S. 565) eingeräumt und erhielt dafür vierteljährlich die Leistung von 300 kg Weizen und 300 kg Korn sowie jährlich 100 l Wein. In der Folge ging es wesentlich um die Frage, ob in dem als nichtig angefochtenen Vertrag eine Leibrente, ein Ausgedinge oder eine Unterhaltsleistung versprochen wurde. Da aber alle diese Verträge als Glücksverträge anzusehen seien, bei denen eine Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte nicht stattfindet und weder Wucher, noch Sittenwidrigkeit anzunehmen war, wies der OGH die Klage ab.

- Eine **Modifikation dieser Rspr-Position** findet sich in NZ 1994, 206 (1993): Darin wird zwar am Grundsatz der Nichtanfechtbarkeit von Glücksverträgen mittels *laesio enormis* festgehalten, zugleich aber eine Ausnahme statuiert: Steht schon bei Vertragsschluss fest, dass der Leibrentenbezieher zu jenem Zeitpunkt, der als mögliche Lebenserwartung der österreichischen Bevölkerung anzusehen ist, bei Berücksichtigung aller ihm in diesem Zeitraum zukommenden Leistungen weniger als die Hälfte des Werts seiner eigenen Leistung erhalten haben wird, dann kann, da das aleatorische – dh vom Zufall abhängige – Element in solchen Fällen gänzlich in den Hintergrund tritt, *laesio enormis* geltend gemacht werden. (Das ist typischerweise dann der Fall, wenn Leibrentenberechtigte bei Vertragsschluss schon sehr alt sind. – In SZ 67/99(1994) war die Klägerin etwa 88 Jahre alt.)

- Diese Rspr-Linie ist zu befürworten; ablehnend aber Pfersmann, ÖJZ 1997, 57: ME greift das Argument, hier hätten nur die §§ 870, 871 ABGB oder § 879 ABGB zur Anwendung gelangen dürfen insofern nicht, weil eben Glücksverträge ebenfalls nur unter bestimmten Voraussetzungen (→ H.I.2.) angenommen werden dürfen, was hier wohl zu Recht verneint wurde.

- Als **aleatorische Verträge** werden jene Verträge bezeichnet, deren Wirksamkeit oder Erfüllung typischerweise vom Zufall oder einem ungewissen Ereignis abhängen. Hierher gehören insbesondere **Spiel** oder **Wette**, aber auch der **Leibrentenvertrag**. – Im Zusammenhang mit Leibrentenverträgen wird auch von aleatorisch-synallagmatischen Verträgen gesprochen; vgl SZ 27/222 (1954).

I. Überblick

1. Arten der Glücksverträge

§ 1269 ABGB zählt die „Arten der Glücksverträge“ (Überschrift) auf. Es sind dies:

- **Wette** (§§ 1270, 1271),
- **Spiel** (§ 1272) und **Los** (§§ 1273, 1274),
- „alle über gehoffte Rechte, oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf- und andere Verträge“ (§§ 1275-1283): Hier werden **Hoffnungskauf** (→ Kapitel 2.A.V.1., S. 80) und **Erbschaftskauf** (→ Kapitel 17.G., S. 1034) behandelt.
- die **Leibrenten** (→ Kapitel 8.E.II.2., S. 569. und → Kapitel 2.A.V.1., S. 76);

- die **gesellschaftlichen Versorgungsanstalten** (§ 1287),
- schließlich die **Versicherungsverträge** (§§ 1288-1291) und die **Bodmerei- und Seeassekuranzen** (§ 1292).

Dabei fasst das ABGB unter dem Oberbegriff der Glücksverträge verschiedenartiges zusammen (Gschnitzer, SchRBesT 122): Nämlich solche, die das Risiko seiner erregenden Wirkung oder des leichten Gewinns wegen geradezu aufsuchen wie Wette und Spiel (= **Glücksverträge ieS**) und auf der andern Seite solche, die einem unvermeidlichen Risiko angemessen begegnen wollen, wie die Leibrente, die der Versorgung dient und die Versicherung, die durch Risikostreuung drohendes Unheil wirtschaftlich tragbar machen soll; **Glücksverträge iwS**.

2. Charakteristik – Glücksverträge ieS und iwS

Gschnitzer (aaO 122) weist darauf hin, dass für die Zuordnung eines Vertrags als Glücksvertrag ausschlaggebend sei, dass die **Übernahme des Risikos** der Hauptzweck ist, denn ein gewisses Risiko sei mit den meisten Geschäften verbunden.

II. Glücksverträge im engeren Sinn

1. Wette

Wette meint nach § 1270 ABGB, dass eine Leistung („ein bestimmter Preis“) für den Fall zugesagt wird, dass sich eine Behauptung „über ein beiden [Vertrags]Teilen noch unbekanntes Ereignis“ als zutreffend erweist.

Ereignis „beiden Teilen“
unbekannt

Das Gesetz verlangt, dass das **Ereignis**, auf das sich die Wette bezieht, **„beiden Teilen“ unbekannt** sein muss, was von Gschnitzer (SchRBesT 123 [1965]) zu Recht als zu eng abgelehnt wird; ebenso nunmehr Apathy / Riedler, Bürgerliches Recht III: SchRBesT 95. Es genüge vielmehr die Unkenntnis eines Teils, nur muss der, dem der Ausgang des Wettereignisses bekannt war, dies dem andern mitteilen. Ansonsten gilt, was § 1270 Satz 2 ABGB, ausführt: „... so macht er sich einer Arglist schuldig, und die Wette ist ungültig.“ Satz 3 bezeichnet im umgekehrten Fall den Verlierer, „dem der Ausgang vorher bekannt war“, als einen „Geschenkgeber“.

Ereignis: vergangenes,
gegenwärtiges oder
zukünftiges

Das **Ereignis**, auf das sich die Wettbehauptung bezieht, kann ein **vergangenes, gegenwärtiges** oder **zukünftiges** sein; es kann sich um ein Naturereignis oder eine menschliche Tätigkeit („auch auf die einer Wettpartei selbst“ – Gschnitzer) beziehen. – Unerlaubte Beeinflussung des Wettereignisses lässt nach Gschnitzer die für Bedingungen getroffene Regelung des § 162 dtBGB eintreten.

2. Spiel

Nach § 1272 ABGB ist „jedes Spiel ... eine Art von Wette“, weshalb „die für Wetten festgesetzten Rechte auch für Spiele“ gelten. Gschnitzer (aaO 123) bezweifelt diese Aussage mit gutem Grund, stellt aber relativierend fest:

„Übrigens überhebt uns das Gesetz der nicht immer leichten Entscheidung dadurch, daß für Spiel und Wette dieselben Regeln gelten“; §§ 1272 Satz 2 ABGB.

Gemeinsame
Rechtsfolgen:

Redliche und erlaubte Wetten und Spiele sind nach § 1271 ABGB „insoweit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet, oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden.“ – Gemeint ist damit, dass ein bloß versprochener Spiel- oder Wetteinsatz nur eine Naturalobligation begründet → Kapitel 7.A.II.3., S. 417.

Unredliche und unerlaubte
Spiele und Wetten

Sie sind aus einem Umkehrschluss aus § 1271 iVm § 879 ABGB heraus unverbindlich, also ungültig. § 1272 Satz 3 spricht von **verbotenen Spielen**. – Erweisen sich Wette oder Spiel als schlicht ungültig (ohne gesetzwidrig zu sein), kann der **Wett-** oder **Spieleinsatz** zurückgefordert werden; es sei denn, das Spiel war ein verbotenes oder der Wetteinsatz sollte einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung dienen; § 1174 ABGB → Kapitel 5.F., S. 351.

III. Neuer Anwendungsbereich – Abgrenzungen

1. Neuer Anwendungsbereich

Über die in § 1269 ABGB aufgezählten Verträge hinaus, werden heute weitere Verträge zu den Glücksverträgen gezählt:

- **Unterhaltsverträge:** Vgl SZ 24/306 (1951) oder EvBl 1961/20.
- Unredliche und unerlaubte Spiele und Wetten **Partnervermittlungsverträge werden** als glücksvertragsähnlich angesehen und grundsätzlich nicht als sittenwidrig (→ Kapitel 11.E.II.2., S. 747) angesehen; EF 63.152 und 66.284 (LGZ Wien). Auch hier muss aber das zu NZ 1994, 206 Ausgeführte gelten ; am Beginn von Pkt H.
- **Devisentermin- oder Differenzgeschäfte:** Vgl ÖBA 1992, 944 – Danach liegt in solchen Fällen nur für die Kundenschaft, nicht für die Bank ein Spekulationsgeschäft vor. Ebenso SZ 69/261 (1996): Das **Differenzgeschäft** ist ein in Form eines Lieferungsvertrags über Waren oder Wertpapiere gekleidetes Geschäft, das aber nach der Absicht der Parteien nicht durch Lieferung und Bezahlung der Waren oder Wertpapiere erfüllt, sondern nur durch die Zahlung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Kurs am Erfüllungstag abgewickelt wird.
- Auch **herkömmliche Verträge** sind als Glücksverträge anzusehen, wenn das aleatorische Element den Ausschlag gibt; vgl MietSlg 17.235 (1965): **Wohnungsmiete** auf Lebenszeit gegen eine einmalige Geldleistung. Ebenso JBl 1973, 259.
- **Ausspielungen** iSd §§ 6 ff GlücksspielG (BGBl 1989/690 idF BGBl I 1998/90) unterliegen als erlaubte Wetten dem ABGB; § 1271. Hierunter fallen Lotto, Toto, Klassenlotterie, Zahlenlotto udgl.

2. Abgrenzung gegenüber Börsegeschäften

Börsegeschäfte unterliegen nicht den Glücksverträgen; vgl § 28 Abs 1 BörseG 1989, BGBl 555 idF BGBl I 1998/127:

„Bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsegeschäften ist der Einwand, dass dem Anspruch ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes **Differenzgeschäft** zugrunde liegt, unstatthaft.“

Und § 28 Abs 2 BörseG 1989 bestimmt:

„Werden an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörse **Optionen** und **Finanzterminkontrakte** gehandelt und dafür Kurse veröffentlicht, so ist der Einwand von Spiel und Wette bei Rechtsstreitigkeiten aus diesen Geschäften von wem auch immer unzulässig.“

