

OGB VERLAG

KLAUS MAYR

Kautions- schutzgesetz

GESETZE UND
KOMMENTARE
172

2. AUFLAGE

GESETZE UND KOMMENTARE
Nr 172

Kautionsschutzgesetz

Kautionen im Arbeitsrecht

von

Mag. Dr. Klaus Mayr LL.M.

OGBVERLAG

Die Inhalte in diesem Buch sind von den Autoren und vom Verlag sorgfältig erwogen und geprüft, dennoch kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw des Verlages und seiner Beauftragten für Personen-, Sach- und Vermögensschäden ist ausgeschlossen.

Bitte beachten Sie unser Aktualisierungsservice:
www.oegbverlag.at

2. neu bearbeitete Auflage 2009
ISBN 978-3-7035-1367-1

Medieninhaber: Verlag des Österreichischen
Gewerkschaftsbundes GmbH, Wien
© 1999 by Verlag des Österreichischen
Gewerkschaftsbundes GmbH, Wien
Hersteller: Verlag des ÖGB GmbH, Wien
Verlags- und Herstellungsort: Wien
Printed in Austria

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Abkürzungsverzeichnis	10
Kautionschutzgesetz	17
Text sonstiger einschlägiger Bestimmungen	20
I. Kommentar zum Kautionschutzgesetz	21
§ 1 A Judikatur	21
B Kommentar	29
§ 2 A Judikatur	49
B Kommentar	51
§ 3 A Judikatur	62
B Kommentar	68
§ 4 A Judikatur	78
B Kommentar	86
§ 5 Anmerkungen	91
§ 6 Anmerkungen	94
§ 7 Anmerkungen	95
§ 8 A Judikatur	99
B Kommentar	115
§ 9 Anmerkungen	131
§ 10 Anmerkungen	135
§ 11 Anmerkungen	136
II. Kommentar zu § 37 Abs 2 Gutsangestelltengesetz	137
§ 37 Kaution	137
Anmerkungen	137
III. Kommentar zu § 26 Hausbesorgergesetz	141
§ 26 Sicherstellung	141
A Judikatur	142
B Kommentar	142
IV. Kaution, Darlehen, Geschäftsbeteiligung etc und Insolvenz des Arbeitgebers	151

Inhaltsverzeichnis

Anhang

I.	Erläuternde Bemerkungen zur Gesetzesvorlage der Bundesregierung betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz)	168
II.	Bericht und Antrag des Wirtschaftspolitischen Ausschusses über die Gesetzesvorlage der Bundesregierung (168/Ge d B) bei der 42. Sitzung des Bundestages	176
III.	Ein Gesetzesvorschlag zum Schutze der Cautionen von Bediensteten	182
IV.	Entwurf der Kammer für Arbeiter und Angestellte in Graz eines Gesetzes zum Schutz von Arbeitnehmern bei Erlag von Kautionen, Darlehen und Beteiligungen (Kautionsschutzgesetz) vom 26. 11. 1932	183
V.	Entwurf der Sektion der Privatangestellten eines Gesetzes, betreffend die Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsgesetz) vom 20. 3. 1933	185
VI.	Text des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes	189
	Literaturverzeichnis	193
	Sachregister.....	201

Vorwort für die 2. Auflage

Mehr als 10 Jahre sind nun seit der ersten Auflage dieses Kommentars vergangen. Das Kautionschutzgesetz ist zwar ein Bereich, in dem der Gesetzgeber wenig Veränderungen vornimmt, doch hat es auch hier insbesondere durch die Euroanpassung kleinere Adaptierungen (vgl BGBl I 98/2001) gegeben. Auch die Judikatur war natürlich in dieser Zeit nicht untätig, sodass auch der Judikaturteil zu aktualisieren war. Wie bereits im Vorwort zur ersten Auflage angemerkt, gab und gibt es im Rahmen von freien Dienstverhältnissen uä in einigen Branchen, etwa Finanzdienstleistern, eine gewisse Tendenz, Kautionen oder kautionsähnliche Leistungen zu verlangen.

Daher und in Anbetracht der drohenden Wirtschaftskrise, meist in Verbindung mit steigender Arbeitslosigkeit, soll wieder auf dieses Thema hingewiesen und vor den Gefahren solcher Kautionsbestellungen gewarnt werden.

Der Aufbau des Buches aus der ersten Auflage bleibt im wesentlichen unverändert. Durch die Einfügung von Erläuterungszahlen soll aber eine bessere Übersichtlichkeit erreicht werden.

An dieser Stelle möchte ich mich bei Herrn *Gregor Erler* sehr herzlich für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die Erstellung des Layouts bedanken.

Linz, im Jänner 2009

Mayr Klaus

Vorwort

„Immer mehr häufen sich die Fälle, in denen Dienstgeber von Stellensuchenden die Leistung von Kauttionen, Gewährung von Darlehen oder Einbringung von Geschäftseinlagen begehren; die Stellenlosen lassen sich in der Hoffnung, wieder zu Arbeit und Verdienst zu gelangen, nur zu leicht dazu verleiten, solche Geldleistungen zu erbringen, ohne daß sie die Möglichkeit besitzen, über die Geschäftsführung des Dienstgebers und die Verwendung der ihm übergebenen Gelder eine Kontrolle auszuüben. Durch unreelle Wirtschaftsführung oder betrügerische Manipulationen der Dienstgeber gehen dann sehr häufig diese Beträge für die Dienstnehmer verloren.“

Dieser Text ist zwar den Erläuternden Bemerkungen der Gesetzesvorlage der Bundesregierung¹ aus dem Jahre 1937 entnommen, doch treten die darin beschriebenen Probleme in Anbetracht der steigenden Arbeitslosigkeit auch heute wieder verstärkt auf. Aus meiner Praxis sind mir insbesondere Fälle bekannt, bei welchen Kauttionen oder Darlehen etc von Nicht-EU-Ausländern, meist jedoch von deren eigenen Landsleuten verlangt werden. Gerade diesen Arbeitnehmern fehlt häufig ein effektiver Rechtsschutz, solange sie aufgrund einer Beschäftigungsbewilligung an den Betrieb des Arbeitgebers gebunden sind. Hinzu kommen nun jene Fälle, bei welchen dienstnehmerähnliche Personen im Rahmen von freien Dienstverträgen und Werkverträgen Leistungen erbringen. Da hier die Bindung zwischen den Vertragsparteien wesentlich „lockerer“ als bei einem Arbeitsverhältnis ist, verlangen die „neuen Arbeitgeber“ – zu recht oder zu unrecht – meist Vorleistungen des arbeitssuchenden Vertragspartners. Hingewiesen sei noch darauf, daß eine freiwillige Mitarbeiterbeteiligung durchaus positiv sein kann, nicht jedoch dann, wenn sie zur Begründung oder Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes quasi erzwungen wird.

Um sich der daraus ergebenden Probleme und der Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung für die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei bewußt zu sein, werden im Rahmen des ersten Kommentars zu diesem Gesetz sowohl die bisherige Judikatur und

¹ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

Vorwort

Lehrmeinungen behandelt als auch Lösungsmöglichkeiten für die
oa Problemfälle dargestellt.

Um dieses Thema abzurunden, werden abschließend auch ähnliche Bestimmungen aus Spezialgesetzen (Gutsangestelltengesetz und Hausbesorgergesetz) und die Insolvenzproblematik besprochen.

Linz, im März 1999

Klaus Mayr

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
abl	ablehnend
ABl L	Amtsblatt der EG, L
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein
aM	anderer Meinung
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
AnwZ	Österreichische Anwaltszeitung
AO	Ausgleichsordnung
Arb	„Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen“
ArbAbfG	Arbeiter-Abfertigungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbIG	Arbeitsinspektionsgesetz
ARD	„ARD-Betriebsdienst“
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	„Arbeits- und Sozialrechts-Kartei“
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Berufsausbildungsgesetz
Bd	Band
Bespr	Besprechung
BFH	(deutscher) Bundesfinanzhof
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt

Abkürzungsverzeichnis

Bgld	Burgenland
BKA	Bundeskanzleramt
Blg	Beilagen
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF von 1929
B-VGN	Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DRdA	„Das Recht der Arbeit“ (Zeitschrift)
dt	deutsch
dzt	derzeit
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	„Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht“
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGR-ArbNErfG	Entscheidungssammlung zum dt Arbeitnehmererfindungsgesetz, hrsg von <i>Gaul/Bartenbach</i>
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EKUG	Eltern-Karenzurlaubsgesetz
EO	Exekutionsordnung
Erk	Erkenntnis
Est-HB	Einkommenssteuer-Handbuch
etc	et cetera
EvBl	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“ in „Österreichische Juristen-Zeitung“
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EVÜ	Europäische Schuldvertragsübereinkommen vom 19. 6. 1980
EWG	Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

EWR	Vertrag über die Gründung des Europäischen Wirtschaftsraumes
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FJ	„Finanzjournal“
FLD	Finanzlandesdirektion
FrNArbG	Frauennachtarbeitsgesetz
FS	Festschrift
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz
GedS	Gedenkschrift
gem	gemäß
GleichbG	Gleichbehandlungsgesetz
GIU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
glz	gleichzeitig
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GutsAngG	Gutsangestelltengesetz
GZ	Geschäftszahl
HBG	Hausbesorgergesetz
HBO	Hausbesorgerordnung 1922
HeimArbG	Heimarbeitsgesetz 1960
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg	herausgegeben
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen, Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
ImmZ	Österreichische Immobilienzeitung
Ind	„Sozialpolitik und Arbeitsrecht“ Sonderbeilage der Zeitschrift „Die Industrie“
infas	„Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht“
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Deutschland)

Abkürzungsverzeichnis

IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JAB	Justizausschussbericht
JBl	„Juristische Blätter“ (Zeitschrift)
KautSchG	Kautionsschutzgesetz
KO	Konkursordnung
KREIS	Konsumentenrecht-Entscheidungssammlung des Vereins für Konsumenteninformation
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KV	Kollektivvertrag
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
Mio	Millionen
MRG	Mietrechtsgesetz
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
MSchG	Mutterschutzgesetz 1979
mwN	mit weiteren Nachweisen
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
NRspr	„Neue Rechtsprechung des OGH“ in Österreichische Juristen-Zeitung ab 1988
NZ	„Österreichische Notariats-Zeitung“
oa	oben angeführt
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
ÖBl	„Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	„Österreichische Juristen-Zeitung“

Abkürzungsverzeichnis

OLG	Oberlandesgericht
ÖStZB	„Die finanzrechtlichen Erkenntnisse des VwGH und des VfGH“, Blg zur „Österreichischen Steuer-Zeitung“
PatG	Patentgesetz 1970
Pkw	Personenkraftwagen
QuHGZ	„Quartalshefte der Girozentrale“
RdW	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“ (Zeitschrift)
Redok	Rechtsdokumente
RGBI	Reichsgesetzblatt
RN	Randnummer
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl
S	Seite, Satz
SozM	„Sozialrechtliche Mitteilungen der Arbeiterkammer Wien“
SozSi	„Soziale Sicherheit“, Zeitschrift für die österreichische Sozialversicherung
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
SWK	„Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei“
SZ	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltungs-)sachen“
tw	teilweise
Tz	Textzahl
ua	und andere, unter anderem
UrlG	Urlaubsgesetz
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	„Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes“
vgl	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkungen

Abkürzungsverzeichnis

VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg NF	„Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes“, Neue Folge (ab 1946)
WBl, wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer, Zahl
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAS	„Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht“
ZASB	„Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht“, Judikaturbeilage
zB	zum Beispiel
ZBl	„Zentralblatt für die juristische Praxis“
ZfVB	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge
ZIK	„Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz“
Zl	Zahl
zust	zustimmend

Text des Kautionschutzgesetzes

**Bundesgesetz vom 14. 7. 1937,
betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen
von Dienstnehmern, BGBl 229/1937
idF BGBl I 98/2001 (Kautionschutzgesetz)**

§ 1

(1) Ein Dienstgeber darf sich von seinem Dienstnehmer oder für diesen von einem Dritten eine Kaution nur zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen bestellen lassen, die ihm gegen den Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis erwachsen können. Als Kaution können nur bestellt werden:

- a) Einlagebücher, bei denen Rückzahlungen nur gegen Abgabe der Unterschrift und Erbringung des Nämlichkeitsnachweises des Kautionsbestellers erfolgen dürfen;**
- b) Bargeld, Pretiosen, Effekten oder andere Vermögenswerte, die derart bei einem Kreditinstitut hinterlegt werden, daß über allfällige Zinsen oder Gewinnanteile der Kautionsbesteller, im übrigen aber über das Depot der Kautionsbesteller nur im Einvernehmen mit dem Kautionsberechtigten verfügen kann;**
- c) Bürgschaften;**
- d) Kautionshypotheken;**
- e) Kautions(Veruntreuungs)versicherungspolizzen.**

(2) Die Bestellung einer Kaution bedarf der Schriftform.

§ 2

(1) Der Kautionsberechtigte ist – vorbehaltlich für den Kautionsbesteller günstigerer vertragsmäßiger Bestimmungen – verpflichtet, die Kaution binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses, wenn der Dienstnehmer aber zur Rechnungslegung verpflichtet ist, binnen vier Wochen nach gelegter Rechnung freizugeben.

(2) Die Bestimmung des Absatzes 1 gilt nicht, soweit die Kaution mit Einverständnis des Kautionsbestellers zur Deckung eines

Gesetzestext

entstandenen Schadens verwendet wird oder der Dienstgeber innerhalb der im Absatz 1 bezeichneten oder der vereinbarten kürzeren Frist Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht.

§ 3

Der Abschluß oder die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages darf vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden, daß dem Dienstgeber vom Dienstnehmer oder einem Dritten ein Darlehen gewährt wird oder daß der Dienstnehmer oder ein Dritter sich mit einer Geldeinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt.

§ 4

Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des § 1, sowie Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die den Bestimmungen des § 3 widersprechen, sind nichtig. Das auf Grund solcher Rechtsgeschäfte und Verträge Geleistete kann jederzeit zurückgefordert werden.

§ 5

(1) Es ist verboten, in Druckwerken oder auf andere Art eine Ankündigung über eine offene Stelle zu veröffentlichen, worin der Abschluß eines Dienstvertrages von der Leistung einer Kautions in einer nach diesem Gesetze nicht zulässigen Art oder von der Gewährung eines Darlehens oder von einer Beteiligung an dem Unternehmen des Dienstgebers mit einer Geldeinlage als stiller Gesellschafter abhängig gemacht wird.

(2) Es ist ferner verboten, eine Ankündigung über eine offene Stelle, worin der Abschluß eines Dienstvertrages von dem Besitz von Vermögen oder von der Leistung einer nach diesem Gesetze zulässigen Kautions abhängig gemacht wird, ohne Angabe des Vor- und Zunamens (der Firma) und der Anschrift des Dienstgebers, insbesondere bloß unter Chiffreanschrift oder unter Anschrift von Vermittlungsstellen (Anzeigenbureaus, Stellenvermittlungen und dergleichen), in Druckwerken oder auf andere Art zu veröffentlichen.

§ 6

Aufgehoben; BGBl I 98/2001.

§ 7

(1) Wer sich entgegen den Bestimmungen des § 1 eine Kautionsbestellung lässt oder den Bestimmungen der §§ 2, 3 und 5 zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist unbeschadet einer allfälligen strafgerichtlichen Verfolgung von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 290 Euro zu bestrafen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 8

(1) Unter Dienstverträgen versteht dieses Gesetz auch Lehr-, Praktikanten- und Volontärverträge.

(2) Dieses Gesetz findet auf die Arbeitsverhältnisse der Heimarbeiter und der Zwischen(Stück)meister (§ 1, lit a und b, des Gesetzes über die Regelung der Arbeits- und Lohnverhältnisse in der Heimarbeit, StGBI Nr 140/1918) sinngemäße Anwendung.

§ 9

Die Vorschriften des § 35 des Angestelltengesetzes, BGBl Nr 292/1921, des § 36 und des § 37, Absatz 1, des Gutsangestelltengesetzes, BGBl Nr 538/1923, werden aufgehoben; die Vorschriften des § 19 der Hausbesorgerordnung, BGBl Nr 878/1922, bleiben unberührt.

§ 10

Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind je nach dem Gegenstande der Bundesminister für soziale Verwaltung und der Bundesminister für Justiz, ersterer im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler (dem gemäß Artikel 91 Absatz 4 der Verfassung 1934 zuständigen Bundesminister), betraut.

§ 11

§ 7 Abs 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 98/2001 tritt mit 1. Jänner 2002 in Kraft und ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31. Dezember 2001 ereignen.

Text sonstiger einschlägiger Bestimmungen

**Bundesgesetz vom 26. 9. 1923
über den Dienstvertrag der Angestellten
in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben,
BGBl 538/1923 idF BGBl I 143/2004
(Gutsangestelltengesetz)**

§ 37

Kaution

(2) Eine Kaution, die für die sachgemäße Ausführung einer bestimmten Arbeit bestellt wurde, kann mangels anderer Vereinbarung erst nach Vollendung und Genehmigung der Arbeit zurückgefordert werden; die Genehmigung oder Bemängelung hat ohne unnötigen Aufschub zu erfolgen.

**Bundesgesetz vom 11. 12. 1969
über den Dienstvertrag der Hausbesorger,
BGBl 16/1970 idF BGBl I 44/2000
(Hausbesorgergesetz)**

§ 26

Sicherstellung

(1) Dem Hauseigentümer ist es verboten, Sicherstellungen vom Hausbesorger zu verlangen oder entgegenzunehmen, es sei denn, daß der Hausbesorger vom Hauseigentümer auf Grund einer Vereinbarung mit der Einhebung des Mietzinses betraut ist. In diesem Falle kann der Hauseigentümer zur Sicherstellung des Mietzinses eine dem anvertrauten Betrage entsprechende Sicherstellung in Form vinkulierter Wertpapiere oder solcher Einlagebücher verlangen.

(2) Sicherstellungen, die entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes geleistet wurden, können vom Hausbesorger jederzeit zurückgefordert werden.

I. Kapitel

Kommentar zum Kautionschutzgesetz

(Bundesgesetz vom 14. 7. 1937, betreffend Kautionen,
Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern,
BGBl 229/1937 idF BGBl I 98/2001)

§ 1

(1) Ein Dienstgeber²⁾ darf sich von seinem Dienstnehmer oder für diesen von einem Dritten eine Kaution⁶⁾ nur zur Sicherung⁴⁾ von Schadenersatzansprüchen⁵⁾ bestellen lassen³⁾, die ihm gegen den Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis¹⁾ erwachsen können. Als Kaution⁷⁾¹³⁾ können nur bestellt werden:

- a) Einlagebücher⁸⁾, bei denen Rückzahlungen nur gegen Abgabe der Unterschrift und Erbringung des Nämlichkeitsnachweises des Kautionsbestellers erfolgen dürfen;
 - b) Bargeld, Pretiosen, Effekten oder andere Vermögenswerte⁹⁾, die derart bei einem Kreditinstitut hinterlegt werden, daß über allfällige Zinsen oder Gewinnanteile der Kautionsbesteller, im übrigen aber über das Depot der Kautionsbesteller nur im Einvernehmen mit dem Kautionsberechtigten verfügen kann;
 - c) Bürgschaften¹⁰⁾;
 - d) Kautionshypotheken¹¹⁾;
 - e) Kautions(Veruntreuungs)versicherungspolizzen¹²⁾.
- (2) Die Bestellung einer Kaution bedarf der Schriftform¹⁴⁾.

Übersicht zu § 1

A	Judikatur	E 1. bis E 29.
B	Kommentar	
	Dienstverhältnis	Erläuterung 1
	Dienstgeber	Erläuterung 2
	bestellen lassen	Erläuterung 3
	Sicherung	Erläuterung 4
	Schadenersatzansprüche aus dem Dienst- verhältnis	Erläuterung 5

§ 1 Erl

Kaution	Erläuterung 6
Kautionsmittel	Erläuterung 7
Einlagebücher	Erläuterung 8
Bargeld, Pretiosen, Effekten oder andere Vermögenswerte	Erläuterung 9
Bürgschaften	Erläuterung 10
Kautionshypotheken	Erläuterung 11
Kautions(Veruntreuungs)versicherungs- polizzen	Erläuterung 12
Sonderproblem Mankogeld, Kassierfehlgeld	Erläuterung 13
Schriftform	Erläuterung 14

A Judikatur

E 1. Geldentwertung (hier: Krone) berechtigt nicht zur Forderung einer angemessenen Erhöhung einer Kautionshypothek (OGH 16. 10. 1923, 1 Ob 625/23, SZ 5/234).

E 2. Die Leistung einer Barkaution an der Dienstgeber unter der Bedingung, dass dieser das Geld zur Bank bringt, verstößt gegen § 1 Abs 1 und Abs 2 KautSchG und kann daher jederzeit, auch während des aufrechten Dienstverhältnisses, zurückverlangt werden (OGH 21. 6. 1950, 3 Ob 317/50, JBl 1950, 530 = Arb 5197).

E 3. Das Einbehalten von Gehaltsteilen des Dienstnehmers zur Sicherung eventueller künftiger Schadenersatzansprüche gegen ihn ist unzulässig (ArbG Wien 14. 4. 1953, Soz M III E, 32¹).

E 4. Der Erlag einer in einem Geldbetrag bestehenden Kaution ist, wenn dem Empfänger die Berechtigung eingeräumt wird, den Geldbetrag in seinem Betrieb arbeiten zu lassen, deswegen mit einem Dienstverhältnis unvereinbar, weil das KautSchG hinsichtlich der Art der Kautionsleistung bei Dienstverträgen Beschränkungen vorsieht, indem es nur solche Vermögenswerte als Kaution zulässt, die nicht mit dem Vermögen des Dienstgebers vermengt werden können (§ 1), während die vorerwähnte Vertragsbestimmung gerade auf eine ununterscheidbare Vermengung des

¹ Vgl nach dt Recht zulässig: OLG Hamburg 30. 11. 1951, 6 W 457/51; zum österreichischen Recht jedoch *Mazal*, Zurückbehaltung von Arbeitslohn?, DRdA 1993, 62 ff.

zu erlegenden Geldbetrages (§ 371 ABGB) mit dem Vermögen des Empfängers abzielt (OGH 26. 11. 1958, 6 Ob 311/58, Arb 6960).

E 5. Der § 1 KautSchG zählt die zulässigen Kautionsmittel taxativ auf; die Übernahme einer Wechselbürgschaft (durch die Frau für den Mann) gehört nicht zu ihnen. Einer Wechselverbindlichkeit kann Sicherstellungsfunktion zukommen. Die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über die Bürgschaft sind auf die Wechselbürgschaft grundsätzlich nicht anzuwenden (OGH 17. 10. 1961, 4 Ob 507/61, JBl 1962, 447 = Arb 7474).

E 6. Wird dem Dienstgeber von einem Dienstnehmer zur Sicherung von Ansprüchen aus seiner Tätigkeit ein Blankowechsel gegeben, der entgegen § 1 Abs 1 lit b KautSchG nicht derart bei einem Kreditinstitut hinterlegt wurde, dass über allfällige Zinsen der Dienstnehmer als Kautionsbesteller, im Übrigen aber über das Depot der Dienstnehmer nur im Einvernehmen mit dem Dienstgeber verfügen kann, ist der zwischen den Streitteilen im Geben und Nehmen des Wechsels vollzogene Vertrag nach § 4 KautSchG nichtig. Das Fehlen eines gültigen Begebungsvertrages zwischen den Streitteilen als Aussteller und Annehmer hindert die Begründung einer Wechselverpflichtung des Dienstnehmers (HG Wien 30. 10. 1962, Soz M I A/e, 485 f).

E 7. Die für den Fall des vorzeitigen Austrittes ohne wichtigen Grund vereinbarte Einbehaltung eines Garantiebetrages ist als Kaution iSd KautSchG zu werten. Das KautSchG verlangt jedoch vom Kautionsnehmer (Dienstgeber), dass er innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses die Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht oder dass die Kaution mit Einverständnis des Kautionsbestellers (Dienstnehmer) zur Deckung des Schadens verwendet wird; andernfalls ist die Kaution herauszugeben. Trotz dieser Rückzahlungsverpflichtung steht es dem Dienstgeber frei, allfällige Schadenersatzansprüche gesondert gerichtlich geltend zu machen (ArbG Innsbruck 17. 1. 1963, SozM I A/e, 575 f).

E 8. Die Vereinbarung, dass dem Dienstgeber eine Kamera als Pfand für die Schulden aus dem Dienstverhältnis überlassen wird, verstößt gegen das KautSchG und ist daher nichtig. Die Forderung des Dienstnehmers auf Herausgabe eines Gegenstandes kann nicht mit einer Gegenforderung des Dienstgebers kompensiert werden,

§ 1 Erl

da es sich nach § 1438 ABGB um gleichartige Forderungen handeln muss (ArbG Innsbruck 25. 4. 1967, SozM I A/e, 731 f).

E 9. Der Dienstnehmer kann sich für Sozialversicherungsschulden seines Dienstgebers – mögen sie auch zunächst noch nicht ziffernmäßig feststehen – rechtswirksam verbürgen; eine solche Bürgschaft fällt nicht unter das KautSchG. Dem Sozialversicherungsträger steht gegen den Bürgen der Rechtsweg offen (OGH 5. 3. 1969, 5 Ob 42/69, ÖJZ 1969/257, 393 = DRdA 1971, 19 [ablehnend *Dirschmied*]; siehe jedoch E 24.).

E 10. Dienen die einem Dienstnehmer vom verdienten Lohn einbehaltenen Beträge der Sicherstellung der Vertragserfüllung, dann tragen die sich ansammelnden Geldbeträge Kautionscharakter. Gemäß § 1 KautSchG kann der Kautionsbesteller nur im Einvernehmen mit dem Kautionsberechtigten über das Depot verfügen. Widerspricht die Vereinbarung dieser Bestimmung, so ist sie nach § 4 KautSchG nichtig, und der Dienstnehmer kann die einbehaltenen Beträge jederzeit zurückverlangen. Es widerspricht den guten Sitten, mit dem Dienstnehmer einen durch eine Kautions abgesicherten Dienstvertrag bis Saisonende abzuschließen, der vom Dienstgeber nur bei guter Auftragslage aufrechterhalten werden muss. In diesem Fall trägt der Dienstnehmer das Risiko ohne adäquate Gegenleistung des Dienstgebers (ArbG Wien 10. 4. 1969, SozM I A/e, 889 f).

E 11. Das Kautionschutzgesetz zählt die Kautionsmittel taxativ auf. Da Wechsel nicht erwähnt sind, ist die Annahme eines Wechsels als Kautionsmittel unzulässig (ArbG Wien 31. 3. 1971, SozM I A/e, 911 f).

E 12. Eine Leistung, die bei Abschluss des Dienstvertrages vom Dienstnehmer dem Dienstgeber als Kautions für eventuelle künftige Schadenersatzforderungen gegeben wird, ist als Darlehen zu qualifizieren, wenn der wirtschaftliche Zweck der Leistung nicht die Sicherstellung des Unternehmers, sondern die Erhöhung des Anlagekapitals des Betriebes ist. Die Vereinbarung der ratenweisen Rückzahlung der Kautions während des Dienstverhältnisses widerspricht dem Wesen der Sicherstellung (ArbG Wien 28. 5. 1971, SozM I A/e, 925 f).

E 13. Eine Lohnbefriedigungserklärung umfasst keinen Verzicht auf eine Kautionsforderung. Dies gilt auch dann nicht,

wenn die Kautionszahlung gesetzwidrig vom laufenden Lohn einbehalten wurde, weil auch in diesem Fall die Kautionszahlung kein Lohnbestandteil ist (LGZ Wien 28. 10. 1971, Soz MI A/e, 949).

E 14. Ein Wechselakzept stellt kein taugliches Kautionsmittel iSd § 1 Abs 1 KautSchG dar (LGZ Wien 7. 7. 1977, Arb 9646 = ARD 2974/5/77; vgl auch E 5).

E 15. Der von einer Bank dem Dienstgeber gewährte Kredit, für den (ua) der Dienstnehmer bürgt, ist keine dem Dienstgeber bestellte Kautionszahlung iSd § 1 Abs 1 KautSchG. Selbst wenn man in ausdehnender Auslegung des § 3 KautSchG auch Umgehungsgeschäfte durch Einschaltung eines Dritten in den Schutzzweck der Norm einbeziehen wollte, müsste jedenfalls verlangt werden, dass der betreffende Dritte zumindest davon Kenntnis hat, dass das von ihm mit dem Dienstnehmer abgeschlossene Rechtsgeschäft die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes sicherstellen soll (OGH 18. 12. 1985, 3 Ob 588/85, EvBl 1986/92; siehe dazu die E 7., 9., 14. zu § 3 und E 14., 15., 20. zu § 4).

E 16. Die Bestellung einer Kautionszahlung bedarf der Schriftform. Die Aufzählung der Kautionsmittel in § 1 KautSchG ist eine erschöpfende. Die Ausstellung oder Annahme von Wechseln zur Kautionszahlung durch den Dienstnehmer ist unzulässig. Ist der Anspruch aus dem Wechsellieferantenpapier unbegründet, etwa weil der Wechsel nichtig ist, so ist der Antrag auf Erlassung eines Wechselzahlungsauftrags oder – nach Erhebung von Einwendungen – die Wechselklage abzuweisen (OLG Graz 2. 7. 1987, Arb 10640 = ZASB 1988, 2).

E 17. Eine Barkautionszahlung räumt dem Kautionsnehmer das Recht ein, künftige Ersatzansprüche gegen den Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers aufzurechnen. Wurde dieses Recht ausdrücklich befristet, kann davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien eine spätere Kompensationsmöglichkeit ausschließen wollten.

Ein Vertrag, mit dem entgegen § 1 Abs 1 lit b KautSchG eine Kautionszahlung bestellt wird, ist nichtig, das aufgrund des Vertrages Geleistete kann jederzeit zurückgefordert werden. Die ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit steht einer Aufrechnungsmöglichkeit entgegen.

Aus § 2 KautSchG ist abzuleiten, dass vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw nach gelegter Rechnung ein gesetzliches Aufrechnungsverbot besteht, es sei denn, der Ar-

§ 1 Erl

beitgeber hat innerhalb dieser Frist seine Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend gemacht (OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990/17 [Jabornegg]).

E 18. Die Vereinbarung eines Pauschalabzuges vom Brutto-lohn für vom Arbeitnehmer bei einer Auslandsentsendung zu zahlende Steuern stellt keine Kautio iSd KautSchG dar, weil der Abzug nicht zur Deckung von allfälligen Vermögensnachteilen auf Seiten des Dienstgebers, sondern im Rahmen einer modifizierten Nettolohnvereinbarung erfolgt ist (OGH 4. 11. 1987, 14 Ob A 81/87, Arb 10674).

E 19. Die Übergabe eines Wechsels zur Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis widerspricht dem § 1 Abs 1 KautSchG. Der Herausgabeanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 4 KautSchG ist daher zu bejahen (OLG Wien 12. 2. 1988, ARD 3982/14/88 in Bestätigung des ASG Wien 2. 7. 1987, ARD 3950/13/88).

E 20. Die Aufzählung der Kautionsmittel im § 1 KautSchG ist taxativ.

Für die Einbehaltung eines Provisionsanteils zur Sicherung allenfalls entstehender Provisionsrückforderungsansprüche darf sich der Arbeitgeber keine Kautio stellen lassen.

Eine nichtige Kautio wird zufolge der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit zu einer eigenmächtig entzogenen und in Verwahrung genommenen Sache iSd § 1440 ABGB.

Eine erst im Prozess erklärte Gegenaufrechnungseinrede des Klägers im Prozess ist unzulässig (OLG Linz 13. 4. 1989, Arb 10774).

E 21. Wenn der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses von der Übernahme einer Bürgschaft abhängig macht und diese Umstände der Bank bei der Annahme der Bürgschaftserklärung bekannt sind, liegt eine zwar nicht den Buchstaben des Gesetzes verletzende, aber dessen Zweck vereitelnde Umgehung vor, die gleichfalls unter Nichtigkeitssanktion steht.

Liegt entweder die genannte Drucksituation oder die Kenntnis der Bank nicht vor, so können auch andere als in § 1 Abs 1 KautSchG genannte Kautionsmittel verwendet werden (OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 57/89).

E 22. Nach der taxativen Aufzählung des § 1 Abs 1 KautSchG dürfen als KautSchG nur die in lit a bis e genannten Sicherungsmittel bestimmt werden.

Die Bestellung einer KautSchG als sogenanntes unregelmäßiges Pfand, bei dem die Geldsumme ins Eigentum des Berechtigten übergeht und nur ein Rückzahlungsanspruch begründet wird, ist unzulässig.

Der sonst bei KautSchG nach ihrem Zweck gegebenen Aufrechnungsmöglichkeit steht im Fall einer nach § 4 KautSchG nichtigen KautSchG entgegen, dass die KautSchG infolge der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit zu einer eigenmächtig entzogenen und in Verwahrung genommenen Sache iSd § 1440 ABGB wird.

Dem KautSchGBerechtigten (Dienstgeber) ist die Berufung auf jegliche Gegenforderung, unabhängig davon, ob zu ihrer Sicherung eine dem KautSchG entsprechende KautSchGbestellung zulässig wäre, zu versagen.

Der Dienstgeber, der KautSchG entgegennimmt, die dem § 1 KautSchG widersprechen, kann sich somit nicht darauf berufen, dass das KautSchG unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung erlaubter KautSchG mit Schadenersatzansprüchen gestattet (OGH 29. 5. 1991, 9 Ob A 104/91, Arb 10941 = WBI 1991, 362).

E 23. Gemäß § 1 KautSchG darf sich ein Arbeitgeber von seinem Arbeitnehmer eine KautSchG nur zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen geben lassen, die ihm gegen den Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis erwachsen könnten. Auch vom Lohn zur Sicherstellung einbehaltene Beträge tragen KautSchGcharakter. Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber, die KautSchG binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses freizugeben. Die Rückgabepflichtung gilt nicht, wenn die KautSchG mit Einverständnis des Arbeitnehmers zur Deckung eines entstandenen Schadens verwendet wird oder der Arbeitgeber innerhalb von vier Wochen oder einer vereinbarten kürzeren Frist die Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht (§ 2 Abs 1 und 2 KautSchG). Nach Ablauf dieser Frist können Schadenersatzansprüche auch nicht compensando eingewendet werden.

Die Unzulässigkeit der Einbehaltung einer KautSchG länger als vier Wochen kann sich ergeben, wenn nicht feststeht, ob der Arbeitgeber einen Schaden erleiden wird. Das Gesetz lässt eine unbefristete Zurückbehaltung nur zur Sicherung eines entstan-

§ 1 Erl

denen Schadens zu. Wenn die ernstliche Möglichkeit besteht, dass ein Schaden gar nicht eingetreten ist, sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kautionsbestellung nicht gegeben.

Das Zurückbehalten einer Kaution bis zur Klärung, ob Schadenersatzansprüche erhoben werden, kann nicht einfach mit Zurückbehalten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gleichgesetzt werden, weil Schadenersatzforderungen nach der Erfahrung in der Regel unverzüglich geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber darf daher eine Zustimmung des Arbeitnehmers auch für den (eingetretenen) Fall, dass sich ein Geschädigter ein Jahr lang nicht meldet, nicht annehmen (OLG Wien 30. 9. 1991, ARD 4331/5/92; siehe jedoch E 26.).

E 24. Ein Dienstnehmer kann sich unter folgenden Voraussetzungen zulässig für Sozialversicherungsbeiträge verbürgen:

Die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses darf nicht von der Bürgschaftserklärung abhängig gemacht werden. Weiters darf der Dienstnehmer nicht auf den Arbeitsplatz angewiesen sein, denn auch dadurch würde ein gewisser Druck auf ihm lasten, die Bürgschaft zu übernehmen. Schließlich dürfen der Krankenkasse bei Annahme der Bürgschaftserklärung derartige Umstände nicht bekannt sein. Andernfalls liegt nach Auffassung des OGH zwar kein Verstoß gegen den Wortlaut des § 3 KautSchG (Verbot der Verknüpfung von Abschluss bzw Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages mit einer Darlehensgewährung des Dienstnehmers an den Dienstgeber), wohl aber eine Umgehung dieser Norm vor (OGH 11. 12. 1991, 2 Ob 42/91, ZASB 1992, 15).

E 25. Wird einem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zur Sicherung des Arbeitsplatzes eine Kaution oder ein unverzinsliches Darlehen gegeben, kann der Verlust der Forderung zu Werbungskosten aus nichtselbständiger Arbeit führen (BFH 13. 1. 1989, RdW 1989, 351); nicht jedoch, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer Haftungen übernimmt, um den Fortbestand der GmbH zu sichern (VwGH 7. 9. 1993, ZI 90/14/0028).

E 26. Hat ein Arbeitnehmer, nachdem der Arbeitgeber seine Schadenersatzforderungen erhoben hat, einen Wechsel unterfertigt – und zwar zur Abdeckung des behaupteten, bereits entstandenen Schadens und nicht als Sicherstellung für zukünftige Schäden –, liegt kein Fall einer durch das KautSchG verbotenen Kautionsbestellung zur Sicherung allfälliger künftiger Schadener-

satzansprüche vor (OLG Wien 31. 5. 1995, ARD 4703/6/95; siehe jedoch E 23.).

E 27. Der von einer Bank (Dritter) dem Dienstgeber gewährte Überziehungskredit, für den ua der Dienstnehmer bürgt, ist aber keine dem Dienstgeber bestellte Kautionsleistung iSd § 1 KautSchG (OGH 17. 5. 2000, 6 Ob 1/00s, KRES 1a/40).

E 28. Eine von einem arbeitnehmerähnlichen Finanzdienstleister zugunsten seines Lizenzgebers eingeräumte Bankgarantie, welche zur Besicherung eines Kredites des Lizenzgebers verwendet wurde, stellt eine Kautionsleistung iSd § 1 Abs 1 KautSchG dar. Da diese Kautionsleistung nicht zur Sicherung einer Schadenersatzforderung, sondern zur Sicherung eines dem Lizenzgeber zugeflossenen Kredites gedient hat, ist dieses Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen §§ 1, 3 KautSchG nichtig (OLG Graz 28. 9. 2005, 8 Ra 34/05i-27; OLG Graz 13. 10. 2005, 7 Ra 63/05x-18).

E 29. Die Kautionsbestellung eines arbeitnehmerähnlichen Tankstellenpächters für die sich aus der gegenseitigen Abrechnung ergebenden Erfüllungsansprüche des Franchisegebers aus dem Vertragsverhältnis in Form einer Bankgarantie ist zulässig. Das KautSchG verfolgt erkennbar nicht die Absicht, eine Kreditgewährung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zu verhindern (OGH 13. 7. 2006, 8 Ob A 57/06z; DRdA 2008/1 (*Jabornegg*) = wbl 2007/12 = ARD 5722/3/2006; ASG Wien 11. 1. 2007, 7 Cga 67/01z, ARD 5765/1/2007).

B Kommentar

Dienstverhältnis

¹⁾ Zu den Definitionselementen eines Dienstverhältnisses sowie zum Dienstnehmerbegriff des KautSchG siehe die Erläuterungen zu § 8 dieses Gesetzes.

Anzuführen ist an dieser Stelle lediglich, dass ein Dritter, also ein Außenstehender des Dienstverhältnisses, dem Dienstnehmer in diesem Gesetz gleichgestellt wird, wenn er die Kautionsleistung für diesen leistet. Der Grund hierfür ist jener, dass durch die naheliegende Möglichkeit, nämlich der Leistung einer Kautionsleistung durch einen Dritten statt durch den Dienstnehmer, der Gesetzeszweck, nämlich

§ 1 Erl

die Sicherung der Kautions- bzw. die Vermeidung der Verwendung der Kautions- als Betriebsmittel des Dienstgebers, leicht umgangen werden könnte.²

Obwohl nach den ursprünglichen Entwürfen zu diesem Gesetz nicht nur die Kautionsbestellung an den Dienstgeber, sondern auch an einen Dritten vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst sein sollte, unterblieb dies, da die Kautionsbestellung nur zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis erfolgen kann. Da derartige Ansprüche nur dem Dienstgeber zustehen können, wurde hier der Dritte neben dem Dienstgeber nicht angeführt.³

Dienstgeber

2) Das KautSchG spricht allgemein von Dienstgebern, ohne diese näher zu konkretisieren. Es kommen daher grundsätzlich alle Formen von Dienstgebern des privaten Rechts, dh natürliche und juristische Personen, und des öffentlichen Rechts, zB Bund, Länder oder Gemeinden, in Betracht. Auch wenn die Hauptintention des Gesetzgebers die Verringerung des Kautionssschwindels war und daher – auch damals – beim Bund etc als Dienstgeber kein Regelungsbedarf bestand, sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich vom Geltungsbereich des KautSchG erfasst, da sie auf Dienstgeberseite Vertragspartner bei Dienstverträgen iSd § 8 Abs 1 KautSchG mit Dienstnehmern, insbesondere bei Vertragsbediensteten, sein können.

bestellen lassen

3) Obwohl bei der Bestellung einer Kautions- primär an eine Vereinbarung im Rahmen eines Dienstvertrages zu denken ist und daher eine solche meist auf diese Art bestellt wird, erfasst der Gesetzestext nicht nur solcherart bestellte Kautions-, sondern auch einseitig vom Dienstnehmer oder Dritten im Rahmen einer Aus-

² Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautions-, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 355.

³ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautions-, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 355.

lobung⁴ oder eines einseitigen Schuldversprechens⁵ offerierte Kauttionen. Für diese Auslegung spricht auch § 4 KautSchG, welcher bei § 1 allgemein von Rechtsgeschäften, bei § 3 hingegen von Verträgen spricht, obwohl dies auch bei § 1 möglich – wenn gewollt – wäre. Auch § 7 Abs 1 spricht von „sich ... bestellen läßt“ und nicht von vereinbaren oder verlangen. Der Dienstgeber darf sich daher nur eine Kauttion im gesetzlichen Rahmen des § 1 bestellen lassen, auch wenn er zu einer Kauttion „verführt“ werden sollte. Wenn ein Kollektivvertrag, wie etwa jener für die Angestellten der Internationalen Schlafwagen- und Touristikgesellschaft⁶, die Festlegung der Höhe der Kauttion einseitig dem Dienstgeber überlässt, so erscheint dies sowohl aus Gründen des Gleichheitssatzes als auch im Hinblick auf die Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien⁷ bedenklich. Diese Bestimmung kann daher nur derart verstanden werden, dass der Dienstgeber einen Vorschlag über die Höhe der Kauttion erstellen kann, wobei dann die konkrete Kauttion noch von der Vereinbarung im Dienstvertrag abhängig ist.

Sicherung

4) In Anlehnung an § 1373 ABGB können Dienstnehmer und Dienstgeber oder der Dienstgeber mit einem Dritten (für den Dienstnehmer) zur Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis eine Kauttion bestellen. Das KautSchG regelt daher – mit Ausnahme der Zustimmung des Kautionsbestellers in § 2 Abs 2 KautSchG zur Deckung des Schadens – ausschließlich die zulässigen Rahmenbedingungen über die Möglichkeit der Bestellung von Sicherungsmitteln. Ob und in welchem Ausmaß dem Dienstgeber ein Schadenersatzanspruch zusteht, richtet sich nach den §§ 1295 ff ABGB und nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz.⁸

⁴ Vgl §§ 860 ff ABGB.

⁵ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 860 Rz 5.

⁶ Vgl 13. Kauttionen: Kautionspflichtig sind: Oberkontrollore, Kontrollore, Kassiere und Magazineure. Die Kauttion, deren Höhe von der Gesellschaft festgelegt wird, muss gemäß den Bestimmungen des Kautionsgesetzes BGBl 1937 Nr 299 sichergestellt werden.

⁷ Vgl *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht 2³ (2004) Erl 7 zu § 2 mwN.

⁸ Vgl BG vom 31. 3. 1965, BGBl 80, über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer.

§ 1 Erl

Schadenersatzansprüche aus dem Dienstverhältnis⁹

5) Da der Dienstnehmer im Rahmen seiner dienstvertraglichen Verpflichtungen gem §§ 1295, 1296 ABGB lediglich zur sorgfältigen Erbringung seiner Dienstleistung verpflichtet ist, haftet er nicht für einen möglicherweise nicht eingetretenen Erfolg. Das Risiko des Erfolgseintritts fällt nämlich in das Unternehmerrisiko. Ist nun ein derartiger Schaden im Rahmen eines Dienstverhältnisses eingetreten, so sind anhand der allgemeinen Schadenersatzbestimmungen der §§ 1295 ff ABGB und des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes das Ob und das Ausmaß eines allfälligen Schadenersatzanspruches des Dienstgebers zu beurteilen. Nur wenn aufgrund dieser Prüfung ein Anspruch des Dienstgebers bejaht werden kann, kann dieser auf die Kautions greifen. Hinsichtlich der genauen Vorgangsweise dabei siehe die Ausführungen zu § 2 Abs 2 dieses Gesetzes.

Als Beispiele für Schadenersatzansprüche aus dem Dienstverhältnis seien folgende exemplarisch aufgezählt:

ZB: Ein Dienstnehmer erleidet in alkoholisiertem Zustand mit dem Auto des Dienstgebers einen Unfall und beschädigt dieses; eine Verkäuferin verrechnet sich und gibt dem Kunden zu viel Retoungeld; ein Bankangestellter gewährt einem Kunden einen Kredit über dem üblicherweise zulässigen Rahmen; Handwerker beschädigen in der Wohnung eines Kunden eine wertvolle Vase etc.

Obwohl auch bei verschuldeter Entlassung und unberechtigtem Austritt dem Dienstgeber ein Schadenersatzanspruch zusteht (§ 28 Abs 1 AngG, § 1162a ABGB), ist ein solcher dennoch mE nicht von § 1 Abs 1 KautSchG erfasst¹⁰, da Zweck des Kautionschutzgesetzes die Sicherung des Schadenersatzanspruches des Dienstgebers für aus dem aktiven Dienstverhältnis resultierende Schäden des Dienstnehmers ist. Die § 28 Abs 1 AngG, § 1162a ABGB normieren jedoch einen Schadenersatzanspruch aus der Beendigung des Dienstverhältnisses für Schäden, welche nicht während des Dienstverhältnisses, sondern frühestens mit der Beendigung, im Normalfall erst nach der Beendigung des Dienstverhältnisses entstehen. Damit entsteht der Schadenersatzanspruch (§ 1489 ABGB) also im Normalfall erst nach Ende des Dienstverhältnisses, da § 28 AngG keine Vorverlegung der Fälligkeit des Schaden-

⁹ Vgl *Weiser*, Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 504.

¹⁰ Vgl OLG Wien, 34 Ra 76/91, ARD 4331/5/92.

ersatzanspruches wie § 29 Abs 2 AngG kennt. § 2 Abs 1 KautSchG normiert außerdem eine vierwöchige Rückzahlungsfrist, innerhalb derer der Dienstgeber überprüfen soll, ob ihm der Dienstnehmer während des aufrechten Dienstverhältnisses einen Schaden zugefügt hat oder nicht. Schäden, wie sie von § 28 Abs 1 AngG, § 1162a ABGB erfasst sind, können jedoch auch erst außerhalb dieser Frist entstehen, sodass auch dies für die Annahme, dass derartige Schadenersatzansprüche nicht von § 1 Abs 1 KautSchG erfasst sind, spricht.

Kaution

6) Eine Kaution ist eine Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen. Obwohl Kauttionen in anderen Bereichen, etwa in Kaufverträgen oder dem Mietrecht, eine wesentlich größere Rolle spielen als im Arbeitsrecht, so bedarf es hier aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers besonderer Eingrenzungen der Zulässigkeit.

Die Höhe der Kaution wird im Gesetz nicht geregelt und obliegt daher der Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien bzw der Vereinbarung des Dienstgebers mit dem Dritten. Im ursprünglichen Entwurf zu diesem Gesetz war die Höhe der Kaution derart beschränkt, dass sie den Wert des dem Dienstnehmer regelmäßig anvertrauten Gutes nicht übersteigen dürfe. Die Regierungsvorlage¹¹ begründet die Nichtaufnahme einer solchen Bestimmung in das Gesetz damit, dass durch den Ausschluss der Verwendung der Kaution im Betrieb des Dienstgebers für diesen künftig der Anreiz zur Forderung übermäßiger Kauttionen entfalle, und dass überdies eine solche Vorschrift wegen der Schwierigkeit der Prüfung der Angemessenheit bedenklich wäre. Dem wird man grundsätzlich zustimmen können¹², doch sind zumindest theoretisch Fälle denkbar, zB sehr hohe Kaution bei sehr geringer Schadensneigung¹³ einer Tätigkeit, bei welchen zumindest die Höhe der Kaution an § 879 ABGB zu messen ist. Auch wenn die Höhe der Kaution im Gesetz nicht *expressis verbis* limitiert ist, so ist doch aus dem Zweck der Kaution, nämlich der Sicherstellung von Schadenersatzansprü-

¹¹ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937, 2 f.

¹² Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kauttionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz), JBl 1937, 355; *Grünberg*, RZ 1937, 39.

¹³ Vgl OLG Wien, 34 Ra 76/91, ARD 4331/5/92.

§ 1 Erl

chen aus dem Dienstverhältnis, eine Schranke erkennbar. Weitere Richtlinien bzw Beschränkungen können aus Art 5 StGG und § 2 Abs 2 DHG, welche über die „Eintrittsschleuse“ des § 879 ABGB Beachtung finden, abgeleitet werden. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des VfGH¹⁴ gilt der erste Satz des Art 5 StGG nicht nur für Enteignungen, sondern auch für Eigentumsbeschränkungen. Auf diese erstreckt sich allerdings auch der im zweiten Satz dieses Artikels festgelegte Gesetzesvorbehalt: Der Gesetzgeber kann verfassungsrechtlich unbedenklich Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes auf Unversehrtheit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Grundsatz verstößt und soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt. Der Gesetzgeber hat bei Normierung von im öffentlichen Interesse gelegenen Eigentumsbeschränkungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch eine im öffentlichen Interesse gelegene Eigentumsbeschränkung muss somit in einem angemessenen Verhältnis zu dem durch sie bewirkten Eingriff in das Eigentum stehen: Es muss zum einen bei einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und dem Interesse des Betroffenen an der Vermeidung des Eigentumseingriffes das öffentliche Interesse überwiegen und es darf ferner der zur Verwirklichung einer im überwiegenden öffentlichen Interesse getroffenen Regelung vorgenommene Eigentumseingriff nicht weiter gehen als dies zur Erreichung des Regelungszieles notwendig ist. Auch wenn es sich bei der Kautionsbestellung um eine vereinbarte Eigentumsbeschränkung handelt, so ist dennoch aufgrund der Schutzwürdigkeit des Dienstnehmers bei Abschluss einer Kautionsvereinbarung eine Interessenabwägung zwischen dem objektiv begründbaren Interesse des Dienstgebers an einer Kautionsbestellung und dem Interesse des Dienstnehmers, diese möglichst gering zu halten, vorzunehmen. Hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bietet auch § 2 Abs 2 DHG einige verwertbare Ansätze. Da ein allfälliges Verschulden nur im Einzelfall beurteilt werden kann, kann ein solches bei der Bemessung der Sicherstellung pro futuro nicht berücksichtigt werden. Die

¹⁴ Vgl VfSlg 9911/1983; 11689/1989; 12100/1989; 12227/1989; 13659/1993; VfGH vom 17. 12. 1993, G 48/93, V 13/93; VfGH vom 14. 10. 1993, B 1633/92; VfGH vom 9. 3. 1995, G 28/93, JBl 1995, 576 ff.

in § 2 Abs 2 Z 1–5 DHG demonstrativ aufgezählten objektiven Umstände (1. Das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung, 2. die Berücksichtigung des mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Wagnisses bei der Bemessung des Entgelts, 3. der Grad der Ausbildung, 4. die Arbeitsbedingungen, 5. Schadensgeneigtheit der Tätigkeit) sind zwar primär erst bei der Entscheidung über die Ersatzpflicht zu berücksichtigen, doch sind diese aufgrund des engen materiellen Konnexes zwischen Höhe der Sicherstellung und Ausmaß des Schadenersatzanspruchs im Rahmen des § 879 ABGB für die Beurteilung der Angemessenheit einer Kautionszahlung zu berücksichtigen. Je geringer zB das Einkommen bzw die Ausbildung etc ist, desto niedriger wird die Kautionszahlung bemessen sein. Die Vereinbarung beliebig hoher Kautionszahlungen ohne Berücksichtigung derartiger Umstände (zB Gefahrengeneigtheit einer Tätigkeit, die Höhe eines allfälligen Schadens etc) kann daher gegen § 879 Abs 1 ABGB verstoßen, sodass der überhöhte Teil der Kautionszahlung rückforderbar ist.¹⁵

Wird die Kautionszahlung ganz oder teilweise mit dem Einverständnis des Dienstnehmers iSd § 2 Abs 2 KautSchG zur Befriedigung eines Schadenersatzanspruches des Dienstgebers verwendet, so besteht keinerlei „Nachschusspflicht“ des Dienstnehmers auf die bisherige Kautionshöhe. Zulässig erscheint jedoch die neuerliche Vereinbarung einer Kautionszahlung zur Deckung künftiger Schadenersatzansprüche. Die vertragliche Vereinbarung einer Nachschusspflicht schon bei Beginn des Dienstverhältnisses dürfte jedoch mE gegen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung, nämlich durch die Bestellung der Kautionszahlung „ernstere“ Überlegungen des Dienstnehmers zu fördern¹⁶, verstoßen. Muss nämlich der Dienstnehmer die Kautionszahlung nicht sofort bestellen, so wird er wahrscheinlich hoffen, dass er keine (mehr) bestellen muss und mangelt es daher an der vom Gesetz geforderten Ernstlichkeit.

Kautionsmittel

7) Sowohl aus der Formulierung „Als Kautionszahlung können **nur** bestellt werden“ als auch der Nichtigkeitsanordnung für § 1 wider-

¹⁵ Vgl hiezu ähnlich zu § 27 Abs 1 Z 1 MRG: OGH 29. 10. 1996, 5 Ob 2217/96g, SZ 69/243.

¹⁶ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionszahlungen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionszahlungsschutzgesetz), JBl 1937, 356.

§ 1 Erl

sprechende Rechtsgeschäfte in § 4 ergibt sich, dass es sich bei der Aufzählung der Kautionsmittel um eine *taxative*¹⁷ handelt.

Im Folgenden folgt eine Darstellung der einzelnen Kautionsmittel sowie der damit zusammenhängenden grundsätzlichen Besonderheiten.

Einlagebücher

8) Unter Einlagebüchern, bei denen Rückzahlungen nur gegen Abgabe der Unterschrift und Erbringung des Nämlichkeitsnachweises des Kautionsbestellers erfolgen dürfen, versteht man vinkulierte Sparbücher. Durch die Zulassung ausschließlich vinkulierter Sparbücher als Kautionsmittel wird jedenfalls die Verwendung der als Sicherheit gegebenen Vermögensschaften des Dienstnehmers hintangehalten, was zu verhindern ja die Hauptaufgabe des Gesetzes ist.¹⁸ Um umgekehrt auch dem Dienstnehmer die alleinige Verfügungsmacht zu entziehen, werden solche vinkulierte Sparbücher im Normalfall dem Dienstgeber zur Verwahrung übergeben werden müssen. Es entsteht durch die Übergabe an den Dienstgeber ein regelmäßiges Pfandrecht.¹⁹ Gleichzeitig wird damit das unregelmäßige Pfandrecht (*pignus irregulare*) ausgeschlossen. Ob die Hinterlegung des vinkulierten Sparbuchs bei einem Dritten, etwa einer Bank, in Form eines *depositum irregulare* erfolgen kann, lässt der Gesetzgeber offen. Da einerseits der Dienstnehmer nur gegen den Missbrauch des Dienstgebers geschützt werden soll und andererseits der Pfandrechtserwerb auch durch Besitzanweisung (§ 451 ABGB) möglich ist²⁰, wird man die Frage bejahen können.²¹

Bei der Wahl eines Postsparbuches musste man bisher das Sparbuch und die Berechtigungskarte derart trennen, dass ein Teil beim

¹⁷ Vgl *Weiser*, Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 503; Nr 168/Ge der Blg, 1937, 2 f.

¹⁸ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 355.

¹⁹ Vgl *Weiser*, Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 505; *Böhler*, Die Verpfändung von Sparbüchern (1992); SZ 61/146.

²⁰ Vgl OGH 9. 4. 1952, 1 Ob 305/52, SZ 25/89; OGH 18. 2. 1987, 3 Ob 23/87, JBl 1987, 383; OGH 7. 11. 1991, 6 Ob 590/91, ÖBA 1992/338, *Jabornegg*.

²¹ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 355.

Dienstnehmer und der andere beim Dienstgeber verbleibt. Diese Berechtigungskarten haben aber mit 1. 11. 2000 ihre Gültigkeit verloren, sodass hinsichtlich von Sparbüchern der PSK Bank keine Besonderheiten mehr gelten.

Gemäß § 448 ABGB kann als Pfand jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Voraussetzung der Verpfändbarkeit ist die Verkehrsfähigkeit der Sache (§ 285 ABGB), wobei nach allgemeiner Ansicht auf ihre Verwertbarkeit abzustellen ist.²² Dies muss nicht unbedingt Veräußerbarkeit bedeuten, da eine Verwertung auch durch Zwangsverwaltung erfolgen kann.²³ Auch eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit schadet nicht.²⁴

Der zur Erwerbung des Pfandrechts erforderliche Titel (§ 449 ABGB) wird in der Regel ein Pfandbestellungsvertrag (§ 1368 S 2 ABGB) zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer sein. Dabei handelt es sich um einen rein schuldrechtlich, regelmäßig einseitig verpflichtenden Vertrag, aus dem der Gläubiger (hier: Dienstgeber) einen obligatorischen Anspruch auf Abschluss eines Pfandvertrages erwirbt.²⁵ Der Pfandvertrag ist nach § 1368 S 1 ABGB derjenige Vertrag, durch welchen der Pfandbesteller (hier: Dienstnehmer) dem Gläubiger (hier: Dienstgeber) das Pfandrecht wirklich einräumt. Der Pfandvertrag ist dinglicher Vertrag (Verfügungsgeschäft) und als solcher Erwerbungsart (Modus) des Pfandrechts. Es ist jedenfalls sowohl aufgrund von § 1 Abs 1 lit a KautSchG als auch aus pfandrechtlichen Überlegungen zulässig, ein Pfand für künftige Forderungen, deren Entstehen ungewiss ist (zB Schadenersatzanspruch aus dem Dienstverhältnis), zu bestellen.²⁶

Der Handpfandnehmer (hier: Dienstgeber) ist verpflichtet, dem Pfandgeber (hier: Dienstnehmer) einen Pfandschein auszustellen, und darin die unterscheidenden Kennzeichen des Pfandes zu beschreiben (§ 1370 ABGB). Bei einem vinkulierten Sparbuch sind

²² Vgl *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 448 Rz 1.

²³ Vgl GIUNF 2552; SZ 55/112; *Klang*² II 397.

²⁴ Vgl GIUNF 4678 – vinkuliertes Sparbuch; WBI 1988, 405 – Gewerbeberechtigung und exekutive Verwertung eines Unternehmens.

²⁵ Vgl SZ 46/57.

²⁶ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, §§ 1368–1369 Rz 17; *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 449 Rz 8; EvBl 1956/151; GIUNF 3260; SZ 52/147.

§ 1 Erl

daher die Sparbuchnummer und der eingetragene Geldbetrag anzugeben.

Auch wenn das vinkulierte Sparbuch ordnungsgemäß verpfändet ist, ist noch die Frage zu klären, ob allfällige Zinsen mitverpfändet sind oder nicht. Anders als § 1 Abs 1 lit b KautSchG sieht lit a kein Verfügungsrecht des Dienstnehmers über Zinsen aus der Kautions vor. Die Erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers geben auch keinen Anhaltspunkt für eine bewusste Differenzierung. Auch die Aufzählung der sonstigen Kautionsmittel in den lit b–e zeigt, dass jeweils ein bestimmter Betrag zugunsten des Dienstgebers zur Abdeckung allfälliger Schadenersatzansprüche gesichert werden soll. Bei den Kautionsmitteln der lit c–e gibt es von der Natur des Kautionsmittels her sowieso keine Zuwächse bzw Früchte. Da zudem Zinsen als Zivilfrüchte von der Verpfändung grundsätzlich nicht erfasst werden, weil bei ihnen der enge Zusammenhang mit der Muttersache fehlt²⁷, und Nebenabreden über die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zugunsten des Gläubigers nach § 1372 S 1 ABGB rechtsunwirksam sind, ist eine Lückenschließung nur derart möglich, dass – wie im Falle der lit b – dem Dienstnehmer das Verfügungsrecht über die Zinsen verbleiben muss.²⁸

Das Pfandrecht erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Dem entspricht auch § 468 ABGB²⁹, wobei jedoch hinsichtlich der Frist § 2 KautSchG als *lex specialis* anzusehen ist. Der Dienstgeber ist sodann zur Herausgabe des Sparbuches an den Dienstnehmer verpflichtet, wobei eine Holschuld des Dienstnehmers vorliegt.³⁰ Für den Fall eines depositum irregulare bei einem Dritten ist der Dienstgeber zur Abgabe einer Freigabeerklärung verpflichtet.

Abschließend ist noch zu ergänzen, dass das beim EuGH gegen Österreich wegen Verstoßes gegen die „Geldwäscherichtlinie“ an-

²⁷ Vgl Frotz, Kreditsicherungsrecht (1970) 87.

²⁸ Vgl Klang, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz), JBl 1937, 356; tw aA Weiser, Das Kautionsschutzgesetz, RZ 1937, 505; Maier, Das Kautionsschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 346.

²⁹ Vgl Hinteregger in Schwimann, ABGB³ II, § 468 Rz 1.

³⁰ Vgl GIUNF 1189.

hängig gewesene Verfahren³¹ dazu geführt hat, dass bei Eröffnung eines Sparbuches seit 1. 11. 2000 ein amtlicher Lichtbildausweis vorzuzeigen ist (vgl § 31 Bankwesengesetz). Seit 1. 7. 2002 werden bestehende Sparbücher, zu denen noch keine Identitätsfeststellung erfolgt ist, als besonders gekennzeichnete Konten weitergeführt. Die vereinbarte Verzinsung bleibt davon unberührt; neue Laufzeitbindungen dürfen jedoch nur mehr nach erfolgter Identitätsfeststellung vereinbart werden. Von bestehenden, noch nicht identifizierten (alten anonymen) Sparbüchern mit einem Kontosaldo unter EUR 15.000,- kann – nach Vorlage eines amtlich gültigen Lichtbildausweises – umgehend sowohl behoben, als auch eingezahlt werden. Für bestehende noch nicht identifizierte Sparbücher mit einem Kontosaldo über EUR 15.000,- sieht der Gesetzgeber folgende Regelung vor: Identifiziert der Kunde das Sparbuch und nimmt gleichzeitig eine Einzahlung vor, so gilt das Sparbuch als nicht mehr anonym. Erfolgt lediglich eine Identifizierung durch den Sparer ohne gleichzeitige Einzahlung, so gilt das Sparbuch frühestens am nächsten Tag als identifiziert. Möchte der Kunde aber sein Sparbuch identifizieren und zugleich eine Behebung vornehmen, so schreibt das Gesetz den Banken eine Meldepflicht vor und die Auszahlung darf – so es von den Behörden keine Auszahlungssperre gibt – erst nach sieben Kalendertagen erfolgen.

Bargeld, Pretiosen, Effekten oder andere Vermögenswerte

9) § 1 Abs 1 lit b KautSchG normiert für diese Kautionsmittel die Hinterlegung in einem Depot eines Kreditinstitutes. Welche Art von Verwahrungsvertrag (gewöhnlicher oder unregelmäßiger) bzw Depot (Summendepot, Sammelverwahrung etc) gewählt wird, ist für die Zwecke des Kautionschutzgesetzes bedeutungslos, da die Kautionsmittel in jedem Falle dem Dienstgeber nicht allein zugänglich sind. Welches Kreditinstitut gewählt wird, ist aus denselben Gründen ebenfalls bedeutungslos, solange ein Kreditinstitut iSd § 1 Abs 1 Bankwesengesetz³² vorliegt.

Was die Verfügung über die Früchte aus der Kaution betrifft, stellt das Gesetz klar, dass dem Kautionsbesteller (hier: Dienstneh-

³¹ Vgl Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. 6. 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl L 166 vom 28. 6. 1991, 77 ff; vgl EuGH 29. 9. 2000, Rs C-290/98, Slg 2000, I-7835.

³² Vgl BGBl 532/1993 idF BGBl I 108/2007.

§ 1 Erl

mer oder Dritter) die alleinige Verfügungsbefugnis über Zinsen und Gewinnanteile verbleibt. Bei hinterlegten (fest)verzinslichen Anleihen etc kann der Dienstnehmer daher die Zinsen selbständig beheben bzw bei Aktien die Dividende beziehen. Sobald es jedoch die Verfügung über das hinterlegte Kautionsmittel, etwa den Verkauf von Aktien, betrifft, bedarf es des Einvernehmens zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber.

Die Verfügungsbeschränkung über das Depot erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Der Dienstgeber ist verpflichtet, gegenüber dem Depotverwahrer eine Erklärung abzugeben, dass der Dienstnehmer wieder alleine über das Depot Verfügungsberechtigt ist.

Bürgschaften

¹⁰⁾ Die hierfür maßgebliche Bestimmung ist § 1346 ABGB. Diese lautet wie folgt:

(1) Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge, und das zwischen ihm und dem Gläubiger getroffene Übereinkommen ein Bürgschaftsvertrag genannt. Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner, und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu.

(2) Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist erforderlich, dass die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben wird.

Die Bürgschaft entsteht demnach durch den Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger. Die Einwilligung des Dienstnehmers als Hauptschuldner ist nicht erforderlich.³³ Das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages richtet sich prinzipiell nach den §§ 862 ff ABGB mit der Besonderheit, dass Schriftlichkeit auf Seite des Bürgen als besonderes Formerfordernis normiert wird.³⁴ Der Bürgschaftswille muss ernstlich und klar sein, und die

³³ Vgl EvBl 1957/84.

³⁴ Vgl § 1346 Abs 2 ABGB. Dies gilt auch für einen Vollkaufmann, für den die Bürgschaft Handelsgeschäft ist, da § 350 HGB nicht auf Privatbürgschaften eines Kaufmanns anzuwenden ist (vgl *Kerschner* in Jabornegg, HGB, § 350 Rz 7, 10 mwN).

Erklärung darf nicht der notwendigen Bestimmtheit entbehren.³⁵ Die Bürgschaftserklärung muss allerdings nicht den vollen Inhalt der Bürgenhaftung angeben³⁶; es genügt, wenn die wesentlichen Merkmale der Bürgschaftsverpflichtung aus ihr hervorgehen³⁷, so neben der Bezeichnung von Gläubiger, Schuldner und Umfang der gesicherten Schuld, dass die Übernahme einer Bürgschaft iSd §§ 1346 ff ABGB gewollt ist.³⁸ Für die Zwecke des KautSchG wird daher genügen, dass sich der Bürge gegenüber dem Dienstgeber verpflichtet, für aus dem Dienstverhältnis erwachsende Schadenersatzansprüche³⁹ desselben gegenüber dem Dienstnehmer einzustehen.

Bei einer bereits eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung ist zudem das Akzessorietätsprinzip (§ 1351 ABGB) zu beachten, wonach der Bestand der Bürgschaftsverpflichtung vom Bestand der Hauptschuld (hier: Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer) abhängig ist. Der Bürge hat daher immer nur das zu leisten, was der Hauptschuldner (hier: der Dienstnehmer) zu leisten hätte. Es sind daher immer das Bestehen der Hauptschuld sowie allfällige Einwendungen dagegen zu prüfen. Besteht bspw keine dem Zweck des § 1 Abs 1 KautSchG entsprechende Bürgschaft, so ist sowohl die Vereinbarung über die Kautionsbestellung als auch die Bürgschaftsverpflichtung gem § 4 KautSchG nichtig. Aus der Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptschuld ergibt sich auch, dass dem Bürgen (neben seinen eigenen Einwendungen gegen den Gläubiger, zB aus den §§ 1356, 1360, 1362, 1364 ABGB oder Einwendungen aus eigenem besonderen Verhältnis zum Gläubiger, wie etwa Aufrechnung mit einer eigenen Forderung, Anfechtung des Bürgschaftsvertrages oder Einwendungen aus besonderen Gläubigerzusagen⁴⁰) auch die Einwendungen des Hauptschuldners (hier: Dienstnehmer) gegen den Gläubiger (hier: Dienstgeber) zustehen müssen.⁴¹ Dies bedeutet, dass dem Bürgen auch die Einwendungen aus den §§ 2 ff DHG

³⁵ Vgl EvBl 1957/84; JBl 1991, 193.

³⁶ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, § 1346 Rz 4.

³⁷ Vgl RZ 1963, 156; JBl 1985, 682; ÖBA 1995, 390.

³⁸ Vgl JBl 1991, 193; ÖBA 1992, 83.

³⁹ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, § 1350 Rz 1.

⁴⁰ Vgl ÖBA 1992, 489.

⁴¹ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, § 1351 Rz 10 mwN.

§ 1 Erl

zustehen, da er nur für den tatsächlich bestehenden Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer bürgt. Da der Dienstnehmer sich auf die Mäßigungsbestimmungen des DHG gegenüber dem Dienstgeber berufen kann, steht dies dem Bürge aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft ebenfalls zu. Ist zudem ein allfälliger Schadenersatzanspruch nach § 6 DHG oder einer Kollektivvertragsbestimmung verfallen oder verjährt, so kann sich der Bürge unter Berufung darauf seiner Verpflichtung entledigen. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Dienstnehmer selbst auf diese Einwendungen beruft.⁴²

Der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner (hier: Dienstnehmer) auf des Gläubigers (hier: Dienstgeber) gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat (§ 1355 ABGB).

Der Bürge kann aber, selbst wenn er sich ausdrücklich nur für den Fall verbürgt hat, dass der Hauptschuldner (hier: Dienstnehmer) zu zahlen unvermögend sei, zuerst belangt werden, wenn der Hauptschuldner in Konkurs verfallen, oder wenn er zur Zeit, als die Zahlung geleistet werden sollte, unbekanntem Aufenthaltes, und der Gläubiger (hier: Dienstgeber) keiner Nachlässigkeit zu beschuldigen ist (§ 1356 ABGB).

Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet hat, haftet als ungeteilter Mitschuldner für die ganze Schuld; es hängt von der Willkür des Gläubigers (hier: Dienstgeber) ab, ob er zuerst den Hauptschuldner (hier: Dienstnehmer), oder den Bürgen, oder beide zugleich belangen wolle (§§ 891, 1357 ABGB).

Da § 1 Abs 1 lit c KautSchG nur allgemein von Bürgschaften als zulässige Kautionsmittel spricht, kann sowohl eine Ausfallbürgschaft (§ 1356 ABGB) als auch eine Haftung als Bürge und Zahler (§ 1357 ABGB) rechtswirksam vereinbart werden. Bestehen bei einer Bürgschaftserklärung Unklarheiten hinsichtlich der Art der Bürgschaft, so sind die §§ 914, 915 HS 1, 1353 S 1 ABGB heranzuziehen. Nach § 1353 S 1 kann die Bürgschaft nicht weiter ausgelegt werden, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat. „Ausdrücklich“ bedeutet deutlich erkennbar⁴³ und besagt, dass die Verpflichtungserklärung streng auszulegen ist. Zur Ermittlung des Erklärungsinhalts der Bürgenerklärung können andere, außerhalb der

⁴² Vgl SZ 15/61.

⁴³ Vgl RZ 1977/76; SZ 51/9; ÖBA 1994, 804.

Urkunde liegende Beweismittel herangezogen werden⁴⁴; Falschbezeichnung schadet nicht. Ergibt sich der Bürgschaftsumfang nicht deutlich erkennbar aus der Erklärung und ist übereinstimmender Parteiwille nicht nachweisbar, so ist nach der Rechtsprechung die Bürgschaftserklärung streng auszulegen und § 915 HS 1 heranzuziehen, nach welcher Regel im Zweifel die Übernahme eher der geringeren Last anzunehmen ist.⁴⁵ Im Zweifel liegt daher nur eine Ausfallbürgschaft vor.

Hat der Bürge einen Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer beglichen, so tritt er aufgrund der Legalzession des § 1358 ABGB in die Rechte des Gläubigers ein und kann vom Dienstnehmer Regress verlangen. Vor Zahlung sollte der Bürge das Einverständnis des Dienstnehmers einholen bzw bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung dem Dienstnehmer gem § 21 ZPO den Streit verkünden, ansonsten er das Risiko eingeht, dass ihm der Dienstnehmer Einwendungen, die dieser gegen den Dienstgeber hatte, zB gem §§ 2 ff DHG etc, entgegenhält (§ 1361 ABGB).

Die Bürgschaft erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Dem entspricht auch § 1366 ABGB, wobei jedoch hinsichtlich der Frist § 2 KautSchG als *lex specialis* anzusehen ist.

Greift der Dienstgeber auf den Bürgen, so kann dieser, falls er mit Einwilligung des Dienstnehmers die Bürgschaft geleistet hat – was meist der Fall sein dürfte – eine Sicherstellung seines Regressanspruches (§ 1358 ABGB) verlangen (§ 1364 ABGB).

Kautionshypotheken

11) § 1 Abs 1 lit d KautSchG sieht als Kautionsmittel ua auch Kautionshypotheken vor.

Dabei handelt es sich gemäß § 448 ABGB um ein Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache. Für Hypotheken gilt das Intabulationsprinzip (§ 431 ABGB). Gem § 13 Abs 1 GBG können nur ganze Grundbuchkörper oder der Anteil eines Miteigentümers Gegenstand einer Hypothek sein. Gem § 13 Abs 1 GBG kann

⁴⁴ Vgl RZ 1963, 156; EvBl 1980/99; JBl 1985, 682.

⁴⁵ Vgl *Mader/W. Faber* in *Schwimann, ABGB*³ VI, § 1353 Rz 4; GIU 13693; RZ 1977/76; SZ 51/9; JBl 1981/90.

§ 1 Erl

auf einzelnen Bestandteilen eines Grundbuchskörpers⁴⁶ oder auf einem Teil eines Miteigentumsanteils ein Pfandrecht nicht eingetragen werden.⁴⁷

Der zur Erwerbung des Pfandrechts erforderliche Titel (§ 449 ABGB) wird in der Regel ein Pfandbestellungsvertrag (§ 1368 S 2 ABGB) zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer sein. Dabei handelt es sich um einen rein schuldrechtlich, regelmäßig einseitig verpflichtenden Vertrag, aus dem der Gläubiger (hier: Dienstgeber) einen obligatorischen Anspruch auf Abschluss eines Pfandvertrages erwirbt.⁴⁸ Der Pfandvertrag ist nach § 1368 S 1 ABGB derjenige Vertrag, durch welchen der Pfandbesteller (hier: Dienstnehmer) dem Gläubiger (hier: Dienstgeber) das Pfandrecht wirklich einräumt. Der Pfandvertrag ist dinglicher Vertrag (Verfügungsgeschäft) und als solcher Erwerbungsart (Modus) des Pfandrechts. Die tatsächliche Einräumung erfolgt bei unbeweglichen Sachen durch Einverleibung bzw Urkundenhinterlegung (§ 451 ABGB).

Es ist jedenfalls sowohl aufgrund von § 1 Abs 1 lit a KautSchG als auch aus pfandrechtlichen Überlegungen zulässig, ein Pfand für künftige Forderungen, deren Entstehen ungewiss ist (zB Schadenersatzanspruch aus dem Dienstverhältnis), zu bestellen.⁴⁹

Auch § 14 Abs 2 GBG sieht für Forderungen, welche aus dem Titel des Schadenersatzes entstehen können, die Einverleibung einer Höchstbetragshypothek vor. Bei der Höchstbetragshypothek ist das Spezialitätsprinzip bezüglich der gesicherten Forderung dahin abgeschwächt, dass nicht der tatsächliche Forderungsbetrag, sondern nur ein Höchstbetrag der Forderung feststehen muss.⁵⁰ Die Höchstbetragshypothek dient nicht bloß der Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern eines ganzen Schuldverhältnisses (hier: Dienstverhältnis) für die gesamte Dauer seines Bestandes. Der Höchstbetrag bildet dabei den Rahmen, innerhalb dessen aus dem Grundverhältnis entstehende Forderungen pfandrechtlich

⁴⁶ Vgl SZ 55/191.

⁴⁷ Vgl *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 448 Rz 7.

⁴⁸ Vgl SZ 46/57.

⁴⁹ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, § 1369 Rz 17; *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 449 Rz 8; EvBl 1956/151; GIUNF 3260; SZ 52/147; SZ 16/30; QuHGZ 1980/180; JBl 1985, 418; zust *Hoyer* = NZ 1985, 30/31; abl Hofmeister, 35.

⁵⁰ Vgl JBl 1986, 588 = NZ 1986, 87/65, *Hofmeister*, 95

gesichert sind.⁵¹ Voraussetzung dafür ist, dass die zu sichernde Forderung aus dem angegebenen Grundverhältnis überhaupt entstehen kann.⁵² Es werden nur Geldforderungen erfasst.⁵³ Welche Forderung durch das Pfandrecht gedeckt werden soll, muss eindeutig bestimmt sein.⁵⁴ Ausreichende Bestimmtheit liegt vor, wenn in der Pfandbestellungsurkunde der Rechtsgrund der Forderung sowie die Person des Schuldners und des Gläubigers genannt werden.⁵⁵ Es genügt daher die Angabe des Namens des Dienstgebers sowie des Namens des Dienstnehmers oder eines Dritten, in dessen unbewegliche Sache die Kautionshypothek einverleibt wird, und als Rechtsgrund mögliche Schadenersatzansprüche aus dem Dienstverhältnis.

Die Höchstbetragshypothek ist zudem streng akzessorisch.⁵⁶ Die Sicherung reicht nur soweit, wie tatsächlich Forderungen bestehen. Will der Gläubiger Exekution führen, so hat er den Nachweis zu erbringen, dass die vollstreckbare Forderung jenem Rechtsverhältnis entspringt, das Grundlage für die Einverleibung der Höchstbetragshypothek war.⁵⁷

Erlöschungsgrund ist nur die Abwicklung des Grundverhältnisses.⁵⁸ Die Höchstbetragshypothek erlischt nicht schon durch Tilgung oder teilweise Tilgung der Forderung. Der Höchstbetrag bildet vielmehr den Rahmen, innerhalb dessen aufgrund des bestehenden Grundverhältnisses immer wieder zB eine Ausnützung eines Kredites unter Aufrechterhaltung der Pfanddeckung möglich ist.⁵⁹

Die Form der Pfandbestellungsurkunde muss den §§ 432, 433 ABGB entsprechen.

⁵¹ Vgl SZ 60/68; JBl 1992, 111.

⁵² Vgl SZ 44/121.

⁵³ Vgl SZ 44/121.

⁵⁴ Vgl QuHGZ 1980/180.

⁵⁵ Vgl NZ 1994, 187.

⁵⁶ Vgl *Wegan*, Schuldnerwechsel bei einer Höchstbetragshypothek, FS Wilburg (1965) 219; *Eccher*, Die Akzessorietät bei Höchstbetragshypotheken (Vortragsbericht), JBl 1987, 775.

⁵⁷ Vgl SZ 58/35.

⁵⁸ Vgl SZ 44/121; JBl 1986, 588 = NZ 1986, 87/65, *Hofmeister*, 95; JBl 1988, 379.

⁵⁹ Vgl EvBl 1962/327; JBl 1986, 512 = NZ 1986, 287/76, krit *Hofmeister*, 296; JBl 1992, 111.

§ 1 Erl

Das Pfandrecht erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Dem entspricht auch § 468 ABGB⁶⁰, wobei jedoch hinsichtlich der Frist § 2 KautSchG als *lex specialis* anzusehen ist. Hypotheken werden jedoch erst endgültig durch die Einverleibung der Löschung aufgehoben. Das forderungslose Pfandrecht bleibt formell so lange bestehen, bis seine Löschung einverleibt ist (Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip). Der Hypothekargläubiger (hier: Dienstgeber) ist gem § 1369 ABGB zur Ausstellung einer Lösungsquittung verpflichtet, die den Anforderungen an eine einverleibungsfähige Urkunde genügen muss (§§ 31 f GBG). Verweigert der Dienstgeber die Ausstellung der hierfür erforderlichen Urkunde, so kann der Pfandeigentümer (hier: Dienstnehmer oder Dritter) auf Ausstellung einer Lösungsquittung zwecks Antragstellung beim Grundbuchgericht oder unmittelbar auf Löschung klagen.⁶¹

Kautions(Veruntreuungs)versicherungspolizzen

¹²⁾ Der Dienstnehmer kann zur Sicherung von möglichen Schadenersatzansprüchen auch eine sogenannte Kautionsversicherung abschließen. Die Versicherung hinterlegt die Kautionsversicherungspolizze beim Gläubiger (hier: Dienstgeber). Die so bewirkte Bürgschaft der Versicherung kann eine Ausfallbürgschaft (§ 1355 ABGB) oder eine solche als Bürge und Zahler (§ 1357 ABGB) sein. Wird die Versicherung aus dem Kautionsversicherungsvertrag in Anspruch genommen, so hat sie ein Rückgriffsrecht gegen den Dienstnehmer. Bei der Kautionsversicherung besteht die Versicherungsleistung der Versicherung in der Bereitstellung ihrer Garantiekraft und in der Sicherheitsleistung und der Zahlung im Schadensfalle.

Bei der in der Praxis kaum üblichen Kautionsversicherung handelt es sich grundsätzlich um eine normale Bürgschaft⁶² mit der Besonderheit, dass Bürge eine Versicherung ist. Ansonsten darf auf die Ausführungen zur Bürgschaft verwiesen werden.

⁶⁰ Vgl *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 468 Rz 1.

⁶¹ Vgl SZ 40/141; *Klang*² II 521.

⁶² Es liegt zwar eine gewisse Ähnlichkeit mit der Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74 ff VVG vor, doch ähnelt diese materiell nicht der Bürgschaft, sondern dem Vertrag zugunsten Dritter (§ 881 ABGB).

Sonderproblem Mankogeld, Kassierfehlgeld

¹³⁾ Es gibt in Österreich ca 45 Kollektivverträge⁶³, welche für bestimmte Dienstnehmergruppen, meist Kassiere, Mankogelder in unterschiedlicher Höhe vorsehen. Das Thema Mankogelder⁶⁴ hat bisher in der Judikatur⁶⁵ nur hinsichtlich des Zusammenwirkens mit dem DHG eine Behandlung erfahren, nicht jedoch mit dem KautSchG. Das KautSchG bleibt so lange außer Betracht, als dieses Mankogeld an den Dienstnehmer ausbezahlt wird. Gerade Kollektivverträge im Bankenbereich sehen jedoch vor, dass zB „das Kassierfehlgeld auf ein verzinsliches Spareinlagenkonto des Kassiers, das zugunsten des Dienstgebers zur Deckung allfälliger Kassenabgänge gesperrt ist, solange erlegt wird, bis ein Betrag in der Höhe des 240-fachen des täglichen Kassierfehlgeldes angespart ist. Sobald dieser Betrag erreicht ist, wird das weitere Kassierfehlgeld an den Kassier ausgefolgt“ (§ 15 Abs 2 KV Raiffeisenkassen). Wie das OLG Innsbruck⁶⁶ richtigerweise festgestellt hat, handelt es sich bei einer Kassierfehlgeldentschädigung um ein Einkommen des als Kassier tätigen Angestellten und nicht etwa um einen im Eigentum des Dienstgebers verbleibenden Betrag, der im kurzen Weg mit einem Schadensbetrag verrechnet werden könnte. Es ist ausschließlich mit dem durch seine Tätigkeit verbundenen Gewinn begründet. Würde man die letztgenannte Überlegung nicht anstellen, so könnte man vereinfacht sagen, dass in diesem Falle der Dienstgeber die Kautions selbst bezahlt und dies aufgrund des allgemeinen Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zum KautSchG zulässig sein müsste. Das Mankogeld ist jedoch eine Art Gefahrenzulage für eine gefährliche Arbeit. Wie alle derartigen Zulagen können diese die auftretende Gefahr nicht gänzlich beseitigen, sondern weisen diese Zulagen auch gewisse Treueelemente auf, indem der Dienstnehmer für seine gefährliche Arbeitsleistung zusätzlich belohnt wird. Da es sich jedoch um Entgelt des Dienst-

⁶³ Vgl zB § 9 lit d KV für kaufmännische Angestellte von Tageszeitungen: 2–3 % des Ist-Gehaltes/Monat; § 22 KV für Angestellte der Raiffeisenverband Lagerhausgenossenschaft OÖ: € 21,80/Monat.

⁶⁴ Vgl allg *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 97 ff.

⁶⁵ Vgl OLG Innsbruck 9. 7. 1987, 5 Ra 1105/87, ZASB 1988, 2 = Arb 10648; OGH 17. 3. 1981, 4 Ob 20/81, Arb 10021 = JBl 1982, 217 = ÖJZ 1982, 103/31.

⁶⁶ Vgl OLG Innsbruck 9. 7. 1987, 5 Ra 1105/87, ZASB 1988, 2 = Arb 10648.

§ 1 Erl

nehmers handelt, ist das KautSchG anzuwenden. Die oa Kollektivvertragsbestimmung muss daher gesetzeskonform so verstanden werden, dass es sich um eine KautSchG iSd § 1 Abs 1 lit b KautSchG handelt, über welche Dienstgeber und Dienstnehmer nur gemeinsam verfügen können. Zinsen, welche über den 240-fachen Betrag des täglichen Kassierfehlgeldes hinausgehen, sind an den Dienstnehmer auf dessen Verlangen auszubehalten. Bedenklich erscheint jedoch mE, dass das als KautSchG dienende Spareinlagenkonto zwar bei einem Kreditinstitut iSd § 1 Abs 1 lit b KautSchG hinterlegt wird, dieses Kreditinstitut jedoch gleichzeitig Dienstgeber des KautSchG-Bestellers ist. Vom Schutzzweck des KautSchG, nämlich den Dienstnehmer vor einem unberechtigten KautSchG-Verlust zu bewahren, her gesehen, muss die KautSchG bei einem fremden Kreditinstitut hinterlegt werden, ansonsten die KautSchG gem § 4 KautSchG jederzeit zurückgefordert werden kann.

Schriftform

14) Erst der Staatsrat hat beantragt, dem § 1 des Gesetzesentwurfes einen zweiten Absatz anzufügen, demzufolge zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten im Streitfalle für den Vertrag, womit eine KautSchG bestellt wird, die Schriftform vorgeschrieben wird. Obwohl auch bei einzelnen der im § 1 für zulässig erklärten KautSchG-Arten (Bürgschaft⁶⁷, KautSchG-Hypothek⁶⁸) bereits damals zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes die Schriftform erforderlich war, wurde dem Antrag dennoch Folge gegeben, um auch in den übrigen Fällen eine klare Rechtslage zu schaffen. Somit besteht generell für die Bestellung einer KautSchG in einem Dienstverhältnis die gesetzliche Formvorschrift der Schriftlichkeit. Hiefür genügt die schriftliche Abfassung der wesentlichen (Vertrags)Punkte und der Unterschrift. Der Text kann dabei in eigener oder fremder Handschrift, in Maschinschrift oder Druck abgefasst sein. Die Unterschrift muss hingegen grundsätzlich eigenhändig sein.⁶⁹

⁶⁷ Vgl § 1346 Abs 2 ABGB.

⁶⁸ Vgl § 26 Abs 1 GBG.

⁶⁹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 186 mwN.

§ 2

(1) Der Kautionsberechtigte ist – vorbehaltlich für den Kautionsbesteller günstigerer vertragsmäßiger Bestimmungen¹⁾ – verpflichtet, die Kautionsleistung binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses³⁾, wenn der Dienstnehmer aber zur Rechnungslegung verpflichtet ist⁴⁾, binnen vier Wochen nach gelegter Rechnung freizugeben²⁾.

(2) Die Bestimmung des Absatzes 1 gilt nicht, soweit die Kautionsleistung mit Einverständnis des Kautionsbestellers zur Deckung eines entstandenen Schadens⁵⁾ verwendet wird oder der Dienstgeber innerhalb der im Absatz 1 bezeichneten oder der vereinbarten kürzeren Frist⁷⁾ Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht⁶⁾.

Übersicht zu § 2

A	Judikatur	E 1. bis E 4.
B	Kommentar	
	vorbehaltlich für den Kautionsbesteller	
	günstigerer vertragsmäßiger	
	Bestimmungen	Erläuterung 1
	Rückzahlungsverpflichtung	Erläuterung 2
	Auflösung des Dienstverhältnisses	Erläuterung 3
	Rechnungslegungspflicht des	
	Dienstnehmers	Erläuterung 4
	Einverständnis des Kautionsbestellers zur	
	Deckung eines entstandenen Schadens	Erläuterung 5
	Klagebegehren	Erläuterung 6
	Klagefrist	Erläuterung 7

A Judikatur

E 1. Die für den Fall des vorzeitigen Austrittes ohne wichtigen Grund vereinbarte Einbehaltung eines Garantiebetrages ist als Kautionsleistung iSd KautSchG zu werten. Das KautSchG verlangt jedoch vom Kautionsnehmer (Dienstgeber), dass er innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses die Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht oder dass die Kautionsleistung mit Einverständnis des Kautionsbestellers (Dienstnehmer) zur Deckung des Schadens verwendet wird; andernfalls ist die Kautionsleistung

§ 2 Erl

herauszugeben. Trotz dieser Rückzahlungsverpflichtung steht es dem Dienstgeber frei, allfällige Schadenersatzansprüche gesondert gerichtlich geltend zu machen (ArbG Innsbruck 17. 1. 1963, SozM I A/e, 575 f).

E 2. Eine Barkaution räumt dem Kautionsnehmer das Recht ein, künftige Ersatzansprüche gegen den Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers aufzurechnen. Wurde dieses Recht ausdrücklich befristet, kann davon ausgegangen werden, dass die Vertrags-teile eine spätere Kompensationsmöglichkeit ausschließen wollten.

Ein Vertrag, mit dem entgegen § 1 Abs 1 lit b KautSchG eine Kautionsbestellung wird, ist nichtig, das aufgrund des Vertrages Geleistete kann jederzeit zurückgefordert werden. Die *ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit steht einer Aufrechnungsmöglichkeit entgegen.

Aus § 2 KautSchG ist abzuleiten, dass vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw nach gelegter Rechnung ein gesetzliches Aufrechnungsverbot besteht, es sei denn, der Arbeitgeber hat innerhalb dieser Frist seine Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend gemacht (OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990/17 [*Jabornegg*]).

E 3. Einseitige Kündigungsbeschränkungen für den Arbeitnehmer, zB Verfall von Kautionsen, Vereinbarung von Vertragsstrafen im Falle seiner ordentlichen Kündigung, Wegfall von Erfolgsbeteiligungen etc, sind unzulässig (OGH 7. 11. 1990, 9 Ob A 275/90, ARD 4226/15/90 = Arb 10902; OGH 8. 7. 1992, 9 Ob A 142/92, ARD 4386/14/92 = DRdA 1993/12 [*Grillberger*] = Arb 11043; OGH 2. 9. 1992, 9 Ob A 154/92, ARD 4442/8/93 = DRdA 1993/19 [*Runggaldier*] = Arb 11045; OGH 11. 8. 1993, 9 Ob A 151/93, ARD 4499/24/93 = DRdA 1994, 69 = Arb 11101).

E 4. Gemäß § 1 KautSchG darf sich ein Arbeitgeber von seinem Arbeitnehmer eine Kautions nur zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen geben lassen, die ihm gegen den Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis erwachsen könnten. Auch vom Lohn zur Sicherstellung einbehaltene Beträge tragen Kautionscharakter. Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber, die Kautions binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses freizugeben. Die Rückgabepflichtung gilt nicht, wenn die Kautions mit Einverständnis des Arbeitnehmers zur Deckung eines entstandenen Schadens verwendet wird oder der Arbeitgeber innerhalb von vier

Wochen oder einer vereinbarten kürzeren Frist die Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht (§ 2 Abs 1 und 2 KautSchG). Nach Ablauf dieser Frist können Schadenersatzansprüche auch nicht kompensando eingewendet werden.

Die Unzulässigkeit der Einbehaltung einer Kautions länger als vier Wochen kann sich ergeben, wenn nicht feststeht, ob der Arbeitgeber einen Schaden erleiden wird. Das Gesetz lässt eine unbefristete Zurückbehaltung nur zur Sicherung eines entstandenen Schadens zu. Wenn die ernstliche Möglichkeit besteht, dass ein Schaden gar nicht eingetreten ist, sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kautionsbestellung nicht gegeben.

Das Zurückbehalten einer Kautions bis zur Klärung, ob Schadenersatzansprüche erhoben werden, kann nicht einfach mit Zurückbehalten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gleichgesetzt werden, weil Schadenersatzforderungen nach der Erfahrung in der Regel unverzüglich geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber darf daher eine Zustimmung des Arbeitnehmers auch für den (eingetretenen) Fall, dass sich ein Geschädigter ein Jahr lang nicht meldet, nicht annehmen (OLG Wien 30. 9. 1991, ARD 4331/5/92).

B Kommentar

vorbehaltlich für den Kautionsbesteller günstigerer vertragsmäßiger Bestimmungen

¹⁾ Daraus ist abzuleiten, dass die gesetzliche Regelung über die Frist zur Rückstellung der Kautions relativ zwingend zugunsten des Dienstnehmers ist. Es können daher kürzere Fristen oder etwa die Fälligkeit der Kautions mit Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbart werden. Zulässig wäre demzufolge auch eine Vereinbarung derart, dass die Stellung einer Kautions nur befristet zB für das erste Jahr des Dienstverhältnisses vereinbart wird. In dieser Zeit könnte der Dienstgeber feststellen, ob er dem Dienstnehmer das entsprechende Vertrauen entgegenbringen und gleichzeitig auf die Kautions verzichten kann.

Die Frage der Günstigkeit ist aufgrund der Anordnung des Gesetzgebers in § 2 Abs 1 KautSchG lediglich in einem Vergleich zwischen einer anderen vertraglichen Regelung über die Zeitspanne der Rückstellung der Kautions mit der gesetzlichen Regelung des § 2 Abs 1 KautSchG zu ermitteln.

§ 2 Erl

Was die Bedeutung „vertragsmäßige Bestimmungen“ betrifft, so kann dies sowohl eine Einzelvereinbarung als auch ein Kollektivvertrag, welcher zur Regelung dieser Materie gem § 2 Abs 2 Z 2, 3 ArbVG kompetent wäre, sein. Lediglich zwei Kollektivverträge, nämlich jener für die Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe⁷⁰ und jener für die Angestellten der Internationalen Schlafwagen- und Toristikgesellschaft⁷¹, enthalten eine Regelung über Kauttionen, welche jedoch keine Verkürzung der Frist des § 2 Abs 1 KautSchG vornehmen.

Zur Frage der Form einer derartigen Einzelvereinbarung ist noch anzuführen, dass hiefür die Formvorschrift des § 1 Abs 2, nämlich Schriftlichkeit, nicht gilt, da es sich dabei nicht um eine Regelung über die Bestellung der Kauttion, sondern um deren Rückstellung handelt. Obwohl daher auch mündliche Vereinbarungen etc zulässig sind, empfiehlt sich natürlich auch hier aus Beweissicherungsgründen die Schriftlichkeit der Vereinbarung.

Betriebsvereinbarungen kommen – sofern keine Delegation nach § 29 ArbVG erfolgt – dafür nicht in Betracht, da weder § 97 Abs 1 Z 6 (Maßnahmen zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebseinrichtungen und Betriebsmitteln) noch § 97 Abs 1 Z 17 (Maßnahmen zur Sicherung der von den Arbeitnehmern eingebrachten Gegenstände) auf Kauttionen iSd KautSchG anwendbar sind.

Rückzahlungsverpflichtung

2) Es gibt folgende vier Fälle, in welchen der Dienstgeber binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei Rechnungslegungspflicht des Dienstnehmers binnen vier Wochen nach dieser zur Rückzahlung bzw Rückstellung der Kauttion verpflichtet ist:

1. Es besteht kein Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer.

⁷⁰ Vgl 22. Kauttionen: Begründete Kautionsleistungen dürfen nur im Sinne des Kautionenschutzgesetzes verlangt und gegeben werden (BGBl Nr 229/1937).

⁷¹ Vgl 13. Kauttionen: Kautionspflichtig sind: Oberkontrollore, Kontrollore, Kassiere und Magazineure. Die Kauttion, deren Höhe von der Gesellschaft festgelegt wird, muss gemäß den Bestimmungen des Kautionsgesetzes BGBl 1937 Nr. 299 sichergestellt werden. Zu den Bedenken gegen diese Regelung siehe Erl 3 zu § 1.

2. Es besteht ein Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer, der Dienstnehmer widerspricht jedoch einer außergerichtlichen Einigung, und der Dienstgeber macht seinen Anspruch nicht rechtzeitig gerichtlich geltend.
3. Es besteht ein Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer, und es kommt zu einer außergerichtlichen Einigung, sodass noch die restliche Kautions rückzustellen ist.
4. Es besteht ein Schadenersatzanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer, der Dienstnehmer widerspricht jedoch einer außergerichtlichen Einigung, und der Dienstgeber macht seinen Anspruch zwar rechtzeitig gerichtlich geltend, der gesamte Schadenersatzanspruch ist jedoch geringer als die Kautions.

Da sich die Fälle 1–3 unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben, bedarf es lediglich zum vierten Fall einiger Anmerkungen. Wie bereits zu § 1 Abs 1 bei den Erläuterungen zu „Kautions“ ausgeführt wurde, ist die Höhe der Kautions von ihrem Zweck, nämlich der Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis, her begrenzt. Die Vereinbarung beliebig hoher Kautions ohne Berücksichtigung der Gefahreneignigkeit einer Tätigkeit oder der Höhe eines allfälligen Schadens kann daher gegen § 879 Abs 1 ABGB verstoßen, sodass der überhöhte Teil der Kautions rückforderbar ist. Diese Überlegungen sind auch hier fruchtbar zu machen. Die Rückzahlungsverpflichtung des Dienstgebers soll nach dem Willen des Gesetzgebers dann nicht bestehen, wenn er zur Sicherung seines Schadenersatzanspruches ein Sicherungsinteresse hat.⁷² Ein derartiges Interesse des Dienstgebers ist jedoch maximal bis zur Höhe des gerichtlich geltend gemachten Schadenersatzanspruches sowie sich daraus ergebender Zinsen (und Prozesskosten) gegeben, sodass ein darüber hinausgehender Kautionsanteil an den Dienstnehmer zurückzustellen ist.

Die Berechnung der vierwöchigen Frist erfolgt nach § 902 Abs 2 ABGB⁷³, wonach das Ende einer nach Wochen bestimmten Frist auf denjenigen Tag der letzten Woche fällt, welcher nach seiner

⁷² Vgl *Maier*, Das Kautionschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 347.

⁷³ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³, § 902 Rz 1.

§ 2 Erl

Benennung dem Tage des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt. Endet daher ein Dienstverhältnis an einem Freitag, so muss die Kautions spätestens in vier Wochen am Freitag um 24 Uhr zurückgestellt werden.

Auflösung des Dienstverhältnisses

3) Die Beendigungsart ist für die Frage der Rückstellungsverpflichtung der Kautions unbeachtlich. Entscheidend ist ausschließlich der Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses. Dieser Zeitpunkt ist bei fristloser Beendigung (Entlassung, Austritt) mit Zugang der Beendigungserklärung und bei Kündigungen oder befristeten Dienstverhältnissen mit Ablauf der (Kündigungs)Frist und bei einvernehmlicher Lösung mit dem vereinbarten Zeitpunkt erreicht. Von diesem Zeitpunkt an beginnt die Frist von 4 Wochen zu laufen.

Rechnungslegungspflicht des Dienstnehmers

4) Allgemein zur Rechnungslegung ist verpflichtet, wer fremdes oder gemeinschaftliches Vermögen verwaltet. Rechnungslegungspflichtig sind besonders der gesetzliche Vertreter (§§ 150, 238 ABGB), der verwaltende Gesellschafter (§ 1198 ABGB), der Gewalthaber (§ 1012 ABGB), der Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1039 ABGB) und auch derjenige, der ohne Geschäftsführungsabsicht fremde Vermögenswerte nutzt (§ 1039 ABGB per analogiam)⁷⁴, ferner der Gläubiger gegenüber dem Bürgen (§ 1366 ABGB) und dem Drittpfandbesteller⁷⁵ und schließlich der austretende Gutsangestellte (§ 35 GutsAngG). Die Rechnungslegungspflicht kann sich aber auch – und dies ist bei Dienstverhältnissen der Regelfall – aus einer Vereinbarung oder aus dem Sinn und Zweck des Schuldverhältnisses (hier: Dienstverhältnisses) ergeben.⁷⁶ Der erste Fall der Rechnungslegungspflicht des Dienstneh-

⁷⁴ Vgl OGH 11. 5. 1976, 4 Ob 369, 370/75, SZ 49/63; OGH 26. 2. 1980, 2 Ob 505/80, SZ 53/29; *Winkler von Mohrenfels*, Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilrecht (1986) 33 ff.

⁷⁵ Vgl *Avancini*, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193; OGH 29. 4. 1986, 5 Ob 510/85, ÖBA 1986, 411 mit Anm *Jabornegg*.

⁷⁶ Vgl OGH 30. 10. 1973, 4 Ob 91/73, SZ 46/112; OGH 29. 10. 1975, 1 Ob 222/75, JBl 1976, 372; OGH 9. 11. 1982, 4 Ob 85/82, ZAS 1984/28; *Mayrhofer*, Schuldrecht I 20 f; *Mayr*, Vergütung für Erfindungen von Dienstnehmern (1997) 173 ff mwN.

mers gegenüber seinem Dienstgeber ist die vertraglich vereinbarte Rechnungslegungspflicht; der zweite ist dann gegeben, wenn es das Wesen des Dienstverhältnisses mit sich bringt, dass der Dienstgeber in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang des Vermögens im Ungewissen, der Dienstnehmer aber in der Lage ist, eine solche Auskunft dem Dienstgeber unschwer zu erteilen, und diese Auskunft dem Dienstnehmer überdies nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch zugemutet werden kann.⁷⁷ Der zweite Anwendungsfall der Rechnungslegungspflicht wird in der Praxis meist bei Außendienstmitarbeitern mit Verkaufsvollmacht, Kassierern, bei Dienstnehmern, welche für eine Dienstreise einen Spesenvorschuss erhalten haben etc, vorliegen.

Einverständnis des Kautionsbestellers zur Deckung eines entstandenen Schadens

5) Die Pflicht zur gesamten oder teilweisen Kautionsrückstellung gilt nach § 2 Abs 2 KautSchG dann nicht, wenn die Kautions mit Einverständnis des Kautionsbestellers (hier: Dienstnehmer) zur Deckung eines entstandenen Schadens verwendet wird. In Anbetracht der Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes⁷⁸, insbesondere der §§ 5, 6, 7 DHG, welche ua inhaltliche Beschränkungen für den Fall des Einverständnisses des Dienstnehmers vorsehen, ist von einer teilweisen materiellen Derogation⁷⁹ des § 2 Abs 2 KautSchG auszugehen. Der Gesetzgeber des DHG sieht nämlich vor, dass die Rechte des Dienstnehmers, die sich aus den §§ 2 bis 4 ergeben, nur durch Kollektivvertrag, welcher nach dem Inkrafttreten des DHG abgeschlossen worden ist, aufgehoben oder beschränkt werden können (§ 5 iVm Art II Abs 2 DHG). Daraus ist zumindest unzweifelhaft abzuleiten, dass Verschlechterungen durch Einzelvereinbarung, Betriebsvereinbarung und auch durch ein älteres, schon bestehendes Gesetz (KautSchG) unzulässig sind. Günstigere Regelungen zugunsten des Dienstnehmers sind hingegen nach dem allgemeinen Günstigkeitsprinzip zulässig.⁸⁰ Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine Verbesserung für den Dienstnehmer darstellt, darf jedoch nicht die Vereinbarung in ihrer Gesamtheit der abbedungenen Norm gegenübergestellt

⁷⁷ Vgl OGH 9. 11. 1982, 4 Ob 85/82, ZAS 1984, 227 mwN.

⁷⁸ Vgl BGBl 80/1965 idF BGBl 169/1983.

⁷⁹ Lex posterior derogat legi priori.

⁸⁰ Vgl *Kerschner*, DHG² (2004) § 5 Rz 8.

§ 2 Erl

werden – eine Kompensation der verschiedenen Rechtsansprüche miteinander ist unzulässig –, sondern es muss der Vergleich mit jeder einzelnen zwingenden Bestimmung erfolgen.⁸¹ Eine Vereinbarung, wonach bereits beim Eintritt in das Dienstverhältnis für den Fall der Schadenszufügung die richterliche Mäßigung ausgeschlossen wird, ist deshalb unzulässig und nichtig.⁸² Was die Frage der zwingenden Wirkung der §§ 6, 7 DHG betrifft, herrscht zumindest zu § 6 DHG Uneinigkeit in der Lehre⁸³, während die Judikatur⁸⁴ auch die einzelvertragliche Verlängerbarkeit der Frist des § 6 DHG bejaht.⁸⁵ Auch wenn es dem JAB⁸⁶ offensichtlich um die nachträgliche Verlängerbarkeit der Frist gegangen ist, so hat dennoch die Interpretation gem §§ 6 ff ABGB zu erfolgen. Regelungszweck des DHG ist generell die Verminderung der Haftung des Dienstnehmers. Würde nun zB § 7 Abs 1 DHG dispositiv sein, so könnten ua die Dienstvertragsparteien durch den Ausschluss des Widerspruchsrechtes des Dienstnehmers quasi das gesamte DHG außer Kraft setzen bzw abbedingen. Ein solches Ergebnis widerspricht jedoch § 5 DHG und ist somit unzulässig. Ähnliches muss auch für § 6 DHG gelten, welcher zur raschen Klärung der Rechtslage beitragen soll⁸⁷ und dem Betriebsfrieden dient. Da § 5 DHG auf die Rechte aus den §§ 2 bis 4 verweist, wird nämlich mittelbar auch § 6 erfasst.⁸⁸ Somit sind Fristverlängerungen gem

⁸¹ Vgl allg *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum ArbVG (1975) 37 ff; *Dirschmied*, Kommentar zum Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (1992) 174; OGH 29. 1. 1998, 8 Ob A 361/97, ARD 4958/98 = ASoK 1998, 236 (*Steiner*).

⁸² Vgl dazu, dass bei Mankohaftung das DHG anwendbar ist: OGH 17. 3. 1981, 4 Ob 20/81, Arb 10021 = JBl 1982, 217 = ÖJZ 1982, 103/31.

⁸³ Vgl für die zwingende Wirkung: *Kerschner*, DHG² (2004) § 6 Rz 10; *Dirschmied*, Kommentar zum Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (1992) 174; *Reischauer*, DRdA 1978, 202; *P. Bydliński*, DRdA 1984, 242 und JBl 1987, 127; gegen die zwingende Wirkung: *Koziol*, ZAS 1976, 53/6; *Berger*, DRdA 1978, 101.

⁸⁴ Vgl OGH 8. 4. 1975, 4 Ob 2/75, Arb 9381 = ZAS 1976, 53/6 mit Anm *Koziol* = EvBl 1975, 659/295; OGH 6. 6. 1978, 4 Ob 14/78, Arb 9702 = DRdA 1978, 362 = SozM I A/e 1141.

⁸⁵ Vgl aber OGH 6. 6. 1978, 4 Ob 14/78, Arb 9702, wonach es den Parteien freistehe, die Ausschlussfrist des § 6 DHG während ihres Laufes durch Vereinbarung zu verlängern oder auf die Einhaltung dieser Frist ganz zu verzichten; nach Ablauf der Frist sei dies jedoch nicht mehr möglich.

⁸⁶ Vgl 653 BlgNR 10. GP, 3.

⁸⁷ Vgl EB zur RV 631 BlgNR 10. GP, 5.

⁸⁸ Vgl *Kerschner*, DHG² (2004) § 6 Rz 10.

§ 5 unwirksam. Die gegenteilige Meinung der oa Judikatur stützt ihre Ansicht lediglich auf die Nichterwähnung des § 6 in § 5. Zu rechtfertigen ist diese Judikatur in Einzelfällen mE aus folgender Überlegung: Da auch nach der oben vertretenen Ansicht die §§ 6, 7 DHG nicht absolut, sondern relativ zwingend zugunsten des Dienstnehmers sind, könnte man im Hinblick auf § 6 die Meinung vertreten, dass eine Verlängerbarkeit der Frist der Beibehaltung des Betriebsfriedens dient und möglicherweise die Chancen einer außergerichtlichen Bereinigung erhöht, da sonst der Dienstgeber bei aufrechtem Dienstverhältnis eine Klage gegen den Dienstnehmer einbringen muss. Ob diese Aspekte vorliegen, müsste im Einzelfall geprüft werden.

Im Hinblick auf die Auswirkungen des DHG auf das KautSchG ist daher grundsätzlich von dessen zwingender Wirkung auszugehen, sodass der Dienstgeber bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches sämtliche Bestimmungen des DHG zu berücksichtigen hat. Auch wenn der Gesamtschaden durch die KautSchG gedeckt wäre, darf der Dienstgeber diese nicht zur Gänze zur Schadensgutmachung verwenden, sondern nur in dem Ausmaß, welches sich aufgrund der Mäßigungsbestimmungen der §§ 2 ff DHG ergibt. Pfändungsbeschränkungen gem §§ 290, 290a EO sind nicht zu beachten, da die KautSchG ihrem Zweck entsprechend unbeschränkt pfändbar ist. Liegt ein Fall des § 6, Schadenersatz wegen leichter Fahrlässigkeit, vor, so hat der Dienstgeber die Klagsfrist von sechs Monaten zu beachten. Er kann in einem solchen Falle nicht (ohne Vereinbarung einer Verlängerung laut oa Judikatur) die Frist des § 2 Abs 1 KautSchG (vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses) abwarten, da sonst aufgrund der Präklusivfrist⁸⁹ des § 6 ein allfälliger Schadenersatzanspruch bereits erloschen ist. Auch eine Aufrechnung mit einer präkludierten Forderung des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer ist nicht mehr möglich, auch wenn der Fristablauf erst nach Entstehen der Aufrechnungslage erfolgte, die Forderungen also einmal aufrechenbar gegenübergestanden sind.⁹⁰ Um die Fälle der „Vernichtung“ von Schadenersatzansprüchen zu komplettieren, ist noch auf kollektivvertragliche Verfallsfristen hinzuweisen. Derartige

⁸⁹ Vgl *Kerschner*, DHG² (2004) § 6 Rz 3 mwN.

⁹⁰ Vgl OGH 15. 7. 1986, 14 Ob 126/86, Arb 10544 = DRdA 1989, 293 mit Anm *Eypeltauer* = JBl 1987, 127 mit Anm *P. Bydlinski*; JAB 653 BlgNR 10. GP, 3.

§ 2 Erl

Fristen, welche meist sämtliche Ansprüche und damit auch Schadenersatzansprüche erfassen, befinden sich meist in Arbeiterkollektivverträgen.

Damit ist klargestellt, dass Gegenstand des Einverständnisses des Dienstnehmers iSd § 2 Abs 2 KautSchG nur ein aufrechter, nicht präkludierter Schadenersatzanspruch sein kann. Sollte ein Dienstnehmer dennoch sein Einverständnis zur Einbehaltung der Kaution gegeben haben, obwohl der Schadenersatzanspruch bereits präkludiert war, so hat er gem § 1431 ABGB 30 Jahre lang ein Rückforderungsrecht. Im Falle des Einverständnisses des Dienstnehmers zur Abdeckung eines verjährten Schadenersatzanspruches wegen grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz bleibt dieses jedoch wirksam, da der Dienstnehmer eine Naturalobligation gem § 1432 ABGB erfüllt hat.

Im aufrechten Dienstverhältnis reicht zur Aufrechnung der Kaution mit Schadenersatzansprüchen nicht die Erfüllung des Tatbestandes des § 7 Abs 1 DHG, also das Fehlen eines Widerspruchs durch den Dienstnehmer innerhalb von 14 Tagen ab Zugehen der Aufrechnungserklärung. Vielmehr bedarf es des Einverständnisses des Dienstnehmers. Die Kaution ist hier offensichtlich besser geschützt als sonstige Entgeltansprüche des Dienstnehmers.

Nach Ende des Dienstverhältnisses gilt das Widerspruchsrecht des § 7 Abs 1 DHG nicht mehr, wenn der Dienstgeber die Aufrechnungserklärung nach Ende des Dienstverhältnisses abgibt.⁹¹ Das gilt auch dann, wenn der Schadenersatzanspruch bzw die Aufrechnungslage bereits während des Dienstverhältnisses entstanden ist. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses mutet offensichtlich der Gesetzgeber des DHG dem Dienstnehmer die Klagsführung auf einen allenfalls vorenthaltenen Lohn zu. Auch in diesem Fall ist der Schutz der Kaution wesentlich günstiger, da der Dienstgeber auch hier das Einverständnis des Dienstnehmers benötigt; ansonsten muss er innerhalb der Vierwochenfrist eine Klage einbringen.

Kommt es zu einem Einverständnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer, so bleibt die Vereinbarung nach nun gefestigter Rechtsprechung⁹² auch dann wirksam, wenn das Mäßigungsrecht

⁹¹ Vgl *Kerschmer*, DHG² (2004) § 7 Rz 23 mwN.

⁹² Vgl OGH Arb 9862 = DRdA 1980, 403 = SozM I A/d 1213 = SWK B I 63 = Ind 1982, 315; OGH 23. 4. 1985, 4 Ob 45/85, Arb 10448 = Ind 1986, 1/15; *Kerschmer*, DHG² (2004) § 5 Rz 5 mwN, welcher diese Judikatur ablehnt.

gem §§ 2 ff DHG nicht entsprechend berücksichtigt wurde. Das Einverständnis ist nur dann unwirksam, wenn der Dienstnehmer einen konkreten wirtschaftlichen Druck zum Zeitpunkt des Einverständnisses nachweisen kann.

Klagebegehren

6) Das Klagebegehren des Dienstgebers wird im Normalfall auf Ersatz des Schadens durch Befriedigung aus der Kautio n gerichtet sein.⁹³ Dabei sind jedoch folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:⁹⁴

Der Dienstgeber kann seinen Schadenersatzanspruch grundsätzlich gegen den Dienstnehmer durch die Schuldklage (hier: Schadenersatzklage) und gegen den Pfandeigentümer, wenn ein Dritter die Kautio n erlegt hat, mit der Pfandrechtsklage bzw bei unbeweglichen Sachen mit der Hypothekarklage geltend machen. Bei der Pfandrechtsklage ist das Klagebegehren auf Zahlung der Forderung bei Exekution in den Pfandgegenstand zu richten.⁹⁵ Bei der erfolgreichen Schuldklage erhält der Dienstgeber einen Exekutionstitel, der ihn befähigt, in das ganze Vermögen des Schuldners Zwangsvollstreckung zu führen. Ist der Dienstnehmer gleichzeitig Pfandbesteller, wird damit auch die Pfandsache erfasst. Das der Pfandrechtsklage stattgebende Urteil bildet dagegen nur einen Exekutionstitel für die Zwangsvollstreckung in die Pfandsache.

Pfandrechtsklage bzw Hypothekarklage und Schuldklage können wegen der Unterschiedlichkeit des Rechtsgrundes unabhängig voneinander erhoben werden.⁹⁶ Sie begründen wechselseitig keine Streitanhängigkeit oder Rechtskraft.⁹⁷ Die Pfandrechtsklage ist gegenüber der Schuldklage kein minus, sondern ein aliud.⁹⁸ Die Klage braucht nicht ausdrücklich als Pfandrechts- bzw Hypothekarklage bezeichnet sein. Ist der Dienstnehmer auch Pfandschuldner, so ist in dem Begehren der Schuldklage auf Zahlung bei unbeschränkter

⁹³ Vgl *Weiser*; Das Kautio nsschutzgesetz, RZ 1937, 506.

⁹⁴ Vgl *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ II, § 466 Rz 2 ff.

⁹⁵ Vgl *Klang*² II 513 f; *Hofmann* in *Rummel*³ Rz 6 zu § 466; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 392 f.

⁹⁶ Vgl OGH 5. 12. 1951, 1 Ob 827/51, SZ 24/330; OGH 17. 4. 1985, 1 Ob 513/85, NZ 1986, 107.

⁹⁷ Vgl OGH 4. 6. 1952, 3 Ob 331/52, EvBl 1952/394; OGH 2. 9. 1953, 3 Ob 457/53, SZ 26/217; OLG Wien, Redok 11118.

⁹⁸ Vgl OGH 5. 12. 1951, 1 Ob 827/51, SZ 24/330; ; OGH 17. 4. 1985, 1 Ob 513/85, NZ 1986, 107.

§ 2 Erl

Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Dienstnehmers auch der Anspruch auf Befriedigung aus der Pfandsache Prozessgegenstand, wenn der Dienstgeber auch die für die behauptete Pfandhaftung erforderlichen anspruchsbegründenden Tatsachen (hier: schriftliche Vereinbarung einer Kautions- und Bestellung der Kautions iSd § 1 KautSchG) vorbringt.⁹⁹

Das Klagebegehren bei der Hypothekarklage lautet auf Zahlung bei sonstiger Exekution in die in der Pfandbestellungsurkunde angeführten Liegenschaften.¹⁰⁰ Bei der Pfandrechtsklage hat der Dienstgeber Rechtsgrund, Höhe und Fälligkeit der Forderung sowie den Bestand des Pfandrechts zu behaupten und zu beweisen.¹⁰¹ Bei einer Hypothek ergeben sich der Bestand der Forderung und des Pfandrechts aus dem Grundbuch, sodass nur die Fälligkeit nachgewiesen werden muss, sofern sie nicht aus der Eintragung hervorgeht.¹⁰² Bei einer Höchstbetragshypothek muss auch der Bestand der Forderung, der ja dem Grundbuch nicht zu entnehmen ist, nachgewiesen werden.¹⁰³

Befindet sich das Pfand bei einem Dritten, etwa im Falle des § 1 Abs 1 lit b KautSchG, so kann der Dienstgeber das Kreditinstitut auf Einwilligung in die Pfändung klagen.¹⁰⁴

Klagsfrist

7) Der § 2 statuiert eine materiellrechtliche Präklusivfrist für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Dienstverhältnissen und die Inanspruchnahme der Kautions.¹⁰⁵ Hat der Dienstgeber die Klagsfrist versäumt, so besteht auch ein gesetzliches Aufrechnungsverbot mit allfälligen Schadenersatzansprüchen.¹⁰⁶ Der Dienstgeber muss die Kautions zurückstellen. Sofern nicht

⁹⁹ Vgl OGH 14. 12. 1984, 6 Ob 721/84, EvBl 1985/112 – glz Antrag auf grundbücherliche Anmerkung der Klage bei den näher bezeichneten Pfandrechten.

¹⁰⁰ Vgl NZ 1983, 91; OGH 17. 3. 1987, 5 Ob 520/87, SZ 60/47.

¹⁰¹ Vgl HS 16709/11.

¹⁰² Vgl *Klang*² II 513.

¹⁰³ Vgl OGH 26. 8. 1971, 1 Ob 131/71, SZ 44/121.

¹⁰⁴ Vgl OGH 2. 5. 1960, 3 Ob 134/60, EvBl 1960/206; OGH 5. 7. 1961, 3 Ob 261/61, SZ 34/101.

¹⁰⁵ Vgl Stenographisches Protokoll der 42. Sitzung des Bundestages vom 8. 7. 1937, 539 ff.

¹⁰⁶ Vgl OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, JBl 1988, 128 = DRdA 1988, 150 = DRdA 1990, 213 mit Bespr *Jabornegg* = SZ 60/63; ArbG St Pölten 3. 2. 1960, Arb 7169.

sonstige Fristen des DHG bereits abgelaufen sind, kann er jedoch weiterhin auf Schadenersatz klagen.¹⁰⁷ Durch die Fristversäumnis verliert er jedoch die Sicherstellung.

Die Berechnung der vierwöchigen – oder einer kürzer vereinbarten – Klagsfrist erfolgt nach § 902 Abs 2 ABGB¹⁰⁸, wonach das Ende einer nach Wochen bestimmten Frist auf denjenigen Tag der letzten Woche fällt, welcher nach seiner Benennung dem Tage des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt. Endet daher ein Dienstverhältnis an einem Freitag bzw kommt im Falle einer Rechnungslegungspflicht des Dienstnehmers dieser an diesem Tage seiner Verpflichtung nach, so muss die Klage spätestens in vier Wochen am Freitag um 24 Uhr eingebracht werden. Da es sich bei Kauttionen um eine Arbeitsrechtssache iSd § 50 Abs 1 Z 1 ASGG handelt, ist das örtlich zuständige Arbeits- und Sozialgericht zuständig.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Vgl ArbG Innsbruck 17. 1. 1963, SozM I A/e 576.

¹⁰⁸ Vgl *Reischauer* in Rummel³, § 902.

¹⁰⁹ Vgl OGH 6. 9. 1961, 6 Ob 288/61, welcher bei einer Klage eines Angestellten gegen den Gatten des Arbeitgebers auf Rückzahlung der Kautions als Mitschuldner keine Zuständigkeit nach dem damaligen Arbeitsgerichtsgesetz sah. Für die sachliche Zuständigkeit nach dem ArbGG verlangte der OGH in mehreren Entscheidungen (4 Ob 14/75, 8. 4. 1975, Arb 9343; 1 Ob 201/70, 24. 9. 1970, Arb 8801), dass die Darlehensgewährung mit dem Arbeitsverhältnis nicht bloß in einem äußeren zufälligen, sondern in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen müsse. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Beginn des Dienstverhältnisses mit dem Zeitpunkt der Darlehensgewährung und eine sich deckende Kündigungsfrist für das Darlehen und das Dienstverhältnis vereinbart werden.

§ 3 Erl

§ 3

Der Abschluß oder die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages darf vom Dienstgeber nicht davon abhängig¹⁾ gemacht werden, daß dem Dienstgeber vom Dienstnehmer oder einem Dritten ein Darlehen gewährt wird²⁾ oder daß der Dienstnehmer oder ein Dritter sich mit einer Geldeinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt³⁾⁴⁾.

Übersicht zu § 3

A	Judikatur	E 1. bis E 16.
B	Kommentar	
	Abhängigmachen vom Abschluss oder der Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages	Erläuterung 1
	Gewährung eines Darlehens	Erläuterung 2
	Beteiligung als stiller Gesellschafter	Erläuterung 3
	Sonstige Formen der „Mitarbeiterbeteiligung“	Erläuterung 4

A **Judikatur**

E 1. Der Darlehensnehmer wird Eigentümer des ihm als Darlehen gegebenen Betrages. Gibt er diesen Geldbetrag zum Zwecke der Kautionsbestellung weiter (zB Erlag bei Gericht), erwirbt er, und nicht der Darlehensgeber, den aus dem Kautionsverhältnis entstandenen Anspruch auf Rückforderung des Geldbetrages gegenüber dem Kautionsnehmer (OGH 19. 10. 1955, 7 Ob 443/55; OGH 7. 4. 1976, 1 Ob 522/76).

E 2. Eine Leistung, die bei Abschluss des Dienstvertrages vom Dienstnehmer dem Dienstgeber als Kautio für eventuelle künftige Schadenersatzforderungen gegeben wird, ist als Darlehen zu qualifizieren, wenn der wirtschaftliche Zweck der Leistung nicht die Sicherstellung des Unternehmers, sondern die Erhöhung des Anlagekapitals des Betriebes ist. Die Vereinbarung der ratenweisen Rückzahlung der Kautio während des Dienstverhältnisses widerspricht dem Wesen der Sicherstellung (ArbG Wien 28. 5. 1971, SozM I A/e, 925 f).

E 3. Nur der dem § 3 KautSchG widersprechende Vertrag über das Darlehen an den Dienstgeber wird von der Nichtigkeit erfasst, nicht auch der gleichzeitig abgeschlossene Dienstvertrag (OGH 27. 7. 1978, 4 Ob 56/78, SWK 1981, B I 33).

E 4. Die Gewährung eines Darlehens durch den Dienstnehmer an den Dienstgeber, ohne dazu auf Grund des Arbeitsvertrages verpflichtet zu sein, und ohne einen inneren sachlichen Zusammenhang mit den ihn treffenden Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, widerspricht nicht den Bestimmungen des § 3 KautSchG (VwGH 26. 1. 1982, ÖJZ 1982 A/500, 579).

E 5. Der von einer Bank dem Dienstgeber gewährte Kredit, für den (ua) der Dienstnehmer bürgt, ist keine dem Dienstgeber bestellte Kautions iSd § 1 KautSchG. Selbst wenn man in ausdehnender Auslegung des § 3 KautSchG auch Umgehungsgeschäfte durch Einschaltung eines Dritten in den Schutzzweck der Norm einbeziehen wollte, müsste jedenfalls verlangt werden, dass der betreffende Dritte zumindest davon Kenntnis hat, dass das von ihm mit dem Dienstnehmer abgeschlossene Rechtsgeschäft die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes sicherstellen soll (OGH 18. 12. 1985, 3 Ob 588/85, EvBl 1986/92; siehe dazu die E 7., 9. und 14.).

E 6. Dient die Übernahme von Haftungen und in der Folge von Schulden der GmbH durch den Gesellschafter-Geschäftsführer wirtschaftlich in erster Linie dem Fortbestand der Gesellschaft und nur indirekt der Erhaltung der nichtselbständigen Einkünfte, so stellen die gezahlten Zinsen keine Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit dar (VwGH 5. 7. 1988, ZI 85/14/0111, ÖStZ-RME 1991/37; VwGH 7. 9. 1993, ÖStZB 1994, 305 f; FLD Wien, NÖ, Bgld 4. 10. 1989, GA 6/4-88/4/03, ÖStZ-RME 1991/37)¹¹⁰.

E 7. Der Dienstgeber befand sich in einer äußerst bedrängten finanziellen Situation und war seine Hausbank zu einer weiteren Kreditgewährung an ihn nur gegen deren Besicherung durch eine Bürgschaft bereit. Um den benötigten Kredit zu erlangen, machte der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses des Dienstnehmers davon abhängig, dass dieser die Bürgschaft hierfür

¹¹⁰ Vgl ausführlich zum Thema Kautions iVm Werbungskosten: ABC der Werbungskosten, *Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB, § 16 Tz 102.

§ 3 Erl

übernehme. Der Dienstnehmer, der auf die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses angewiesen war, entschloss sich deshalb zur Bürgschaftsübernahme. Dem Vertreter der Hausbank waren die Umstände bekannt.

In dieser Vorgangsweise ist eine zwar nicht den Buchstaben des KautSchG verletzende, aber dessen Zweck vereitelnde Umgehung zu erblicken, die gleichfalls unter Nichtigkeitssanktion steht (OGH 8. 11. 1988, 5 Ob 615/88, HS 18643 = SZ 61/229 = ÖBA 1989, 631 = EvBl 1989/83 = RdW 1989, 369 = WBl 1989, 30).

E 8. Wird einem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zur Sicherung des Arbeitsplatzes eine Kautions- oder ein unverzinsliches Darlehen gegeben, kann der Verlust der Forderung zu Werbungskosten aus nichtselbständiger Arbeit führen (BFH 13. 1. 1989, RdW 1989, 351).

E 9. Weiß die darlehensgebende Bank darum, dass mit dem Darlehen ein dem Verbot des Kautionschutzgesetzes zuwiderlaufendes, gleichartiges Geschäft (hier: Erwerb von Anteilen an der Dienstgeber-GmbH) finanziert werden soll, ist auch das Darlehen in Anwendung des im § 18 KSchG ausgesprochenen Gedankens nichtig.

Nach § 3 KautSchG darf die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden, dass ihm vom Dienstnehmer ein Darlehen gewährt wird oder dass der Dienstnehmer sich mit einer Geschäftseinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt. Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die diesem Verbot widersprechen, sind nichtig.

Die Überlassung der Darlehensvaluta durch die Dienstnehmerin an ihre Dienstgeberin als Vorauszahlung auf die in einem formunwirksamen Vorvertrag vorgesehene Übertragung eines Minderheitsanteiles an der Dienstgeber-GmbH durch deren Geschäftsführer und Alleingesellschafter ist wegen der Gleichartigkeit der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Dienstnehmerin vom Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Dienstgeber-GmbH mit der gesetzlich vorausgesetzten Dienstnehmereigenschaft und wegen der weiteren Gleichartigkeit des Risikos der Vorleistung auf die in einem formunwirksamen Vorvertrag vorgesehene Geschäftsanteilsübertragung mit der gesetzlich vorausgesetzten Darlehensgewährung oder Beteiligung eines stillen Gesellschafters in Analogie zu § 3 KautSchG der Nichtigkeitssanktion des § 4 KautSchG

unterworfen. Das Wissen der kreditgewährenden Bank um die erwähnten nichtigkeitsbegründenden Umstände und ihre dennoch erfolgte vorbehaltlose, ohne vorausgegangene Aufklärung und Warnung der Dienstnehmerin, in einem offenkundigen eigenen wirtschaftlichen Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihrer Kreditnehmerin bewirkte Darlehensgewährung an die Dienstnehmerin, die ohne diese zur Vorausleistung an die Dienstgeber-GmbH nicht in der Lage gewesen wäre, lässt aus dem im § 18 KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken die Nichtigkeitssanktion auch das Finanzierungsgeschäft zwischen der Dienstnehmerin und der Bank erfassen (OGH 30. 3. 1989, 6 Ob 554/89, RdW 1989, 220 = SZ 62/54).

E 10. Wenn der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses von der Übernahme einer Bürgschaft abhängig macht und diese Umstände der Bank bei der Annahme der Bürgschaftserklärung bekannt sind, liegt eine zwar nicht den Buchstaben des Gesetzes verletzende, aber dessen Zweck vereitelnde Umgehung vor, die gleichfalls unter Nichtigkeitssanktion steht.

Liegt entweder die genannte Drucksituation oder die Kenntnis der Bank nicht vor, so können auch andere als in § 1 Abs 1 KautSchG genannte Kautionsmittel verwendet werden (OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 57/89).

E 11. Hat der faktische Geschäftsführer einer GmbH einen Arbeitnehmer in Kenntnis der Überschuldung der Gesellschaft zu nach dem Kautionschutzgesetz verbotenen Zahlungen an die Gesellschaft veranlasst, haftet der Geschäftsführer persönlich für die Rückzahlung der Kautions (OGH 8. 4. 1992, 9 Ob A 58/92, ARD 4382/17/92).

E 12. Ein GmbH-Geschäftsführer mit Viertelbeteiligung, der für seine Geschäftsführertätigkeit nach einem Angestelltenvertrag entlohnt wird, steht typischerweise nicht unter dem Schutz des § 3 KautSchG, weil mangels besonderer – vom Gesellschafter-Geschäftsführer konkret darzulegender – Umstände davon auszugehen ist, dass er finanzielle Risiken für die Gesellschaft im (unternehmerischen) Interesse seiner Gesellschaftsbeteiligung und nicht unter dem Druck übernimmt, seinen Arbeitsplatz zu verlieren (OGH 27. 5. 1993, 6 Ob 1545/93, ecolex 1994, 819 = ARD 4511/23/93 = RdW 1993, 304 = NRsp 1993/230 = FJ-LS 1994/87).

§ 3 Erl

E 13. Steht nicht einmal fest, dass der Dienstgeber die Aufrechterhaltung bzw den Abschluss des Dienstvertrages mit der Dienstnehmerin davon abhängig gemacht hätte, dass der Dienstnehmer ein Darlehen gewähre bzw eine Bürgschaft übernehme, was zur Vermeidung von Umgehungen einer Darlehensgewährung gleichzuhalten ist, dann kann es darauf, ob die klagende Bank von diesen Umständen Kenntnis hätte haben müssen, nicht ankommen (OGH 21. 5. 1997, 3 Ob 80/97d).

E 14. Nach § 3 KautSchG darf die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden, dass ihm vom Dienstnehmer ein Darlehen gewährt wird oder dass der Dienstnehmer sich mit einer Gesellschaftseinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt. Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die diesem Verbot widersprechen, sind nichtig (§ 4 KautSchG). Zweck dieser Verbotsnorm ist es ua, den Dienstnehmer davor zu schützen, dass er um der Aufrechterhaltung des Dienstvertrages willen dem Dienstgeber ein Darlehen gewährt und damit der Gefahr der Insolvenz des Dienstgebers ausgesetzt wird (SZ 61/229 = EvBl 1989/83 = ÖBA 1989, 631 = RdW 1989, 369). Die besondere Gefahr von Darlehen und stillen Einlagen liegt dabei darin, dass beide formlos abgeschlossen werden können und der Darlehensgeber keine gesetzlichen Kontroll-, Informations- bzw Einwirkungsrechte bezüglich des Geschäftsbetriebes des Darlehensnehmers hat; die stille Beteiligung ist darlehensähnlich, auch der stille Gesellschafter hat keine nennenswerten Kontroll-, Informations- bzw Einwirkungsrechte (*Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 388 ff, 392).

Die Rechtsprechung hat den (bei wörtlicher Interpretation engen) Schutzbereich des KautSchG durch Analogie auf solche Sachverhalte erweitert, in denen eine Umgehung der Nichtigkeitssanktion dadurch versucht wurde, dass eine darlehensgewährende Bank auf der Beibringung eines Bürgen bestand und der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstvertrages von der Bürgschaftsübernahme abhängig machte (SZ 61/229; siehe E 9.), oder ein Dienstnehmer auf Initiative des Alleingeschafters einen Gesellschaftsanteil an der Dienstgeber-GmbH im Wege der Drittfinanzierung erwarb, wobei die Nichtigkeitssanktion auch das Finanzierungsgeschäft erfasste, da der Finanzierer Kenntnis von der wirtschaftlichen Verflochtenheit der Vorgänge besaß

(SZ 62/54; siehe E 8.). Verpöntes Verhalten in allen diesen Fällen war die Ausübung von Druck durch den Dienstgeber auf den Dienstnehmer, wodurch dessen freie Willensbildung beeinträchtigt wurde.

Ganz anders ist dies jedoch bei einer langjährigen alleinigen Geschäftsführerin einer GmbH, die über Jahre keine Gewinne erwirtschaftete und nur durch wiederholte Zuschüsse der Gesellschafter vor der Zahlungsunfähigkeit bewahrt worden ist. Wenn die Gesellschafter in dieser Situation bei einem Schuldenstand von 2 Mio erklärten, dass es so nicht weitergehen könne und der Konkurs angemeldet werden müsse, und den Verdacht äußerten, die Geschäftsführerin habe durch unzulässige Privatentnahmen den schlechten Vermögensstatus der GmbH mitverschuldet, worauf sich diese der Ansicht der Gesellschafter gebeugt und an den Verbindlichkeiten der GmbH derart beteiligt hat, dass sie bei den Gesellschaftern ein Darlehen aufgenommen hat, kann von einer dem § 3 KautSchG analogen Interessenlage nicht gesprochen werden. Weder lag damit nämlich die nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes geforderte Drucksituation seitens des Dienstgebers infolge Junktimierung von Geldzufluss und Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses vor, noch war die Geschäftsführerin in ihren Kontroll-, Informations- und Einwirkungsmöglichkeiten auf die zukünftige Geschäftsgebarung der Gesellschaft mit den von ihr zur Verfügung gestellten Geldmitteln beschränkt. Die Geschäftsführerin hat sich vielmehr in einer krisenhaften Unternehmenssituation ihrer Dienstgeberin auf ihre eigene Initiative hin entschlossen, Gesellschaftsverbindlichkeiten mit eigenen Mitteln und auf ihr eigenes Risiko zu liquidieren. Motiv der Geschäftsführerin für den Geldzufluss an die GmbH war dabei ersichtlich auch der Umstand, dass die Gesellschafter den Vorwurf erhoben, ihnen stünden Ausgleichsansprüche für unzulässige Entnahmen der Geschäftsführerin aus der Gesellschaft zu. Daher ist die Nichtigkeit des Darlehensvertrages nach § 4 KautSchG zu verneinen (OGH 27. 1. 1998, 4 Ob 22/98h).

E 15. Die Rechtsprechung über die Sittenwidrigkeit von Haftungserklärungen naher Familienangehöriger ist wegen der sich aus dem Angehörigenverhältnis ergebenden besonderen gefühlsmäßigen Bindung nicht ohne weiteres auf andere Interzessionsfälle übertragbar. Ein Gesellschafter einer GmbH, der an dieser zu 25% beteiligt und ihr Geschäftsführer ist, steht typischerweise nicht un-

§ 3 Erl

ter dem Schutz des § 3 KautSchG (OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 26/03x, ÖBA 2003/1160).

E 16. Wurde die Gläubigerin einer bereits bestehenden Verbindlichkeit selbst aktiv, um die Einbeziehung des Interzedenten in das Schuldverhältnis zu erreichen, weist das nach st Rsp prima facie darauf hin, dass die Gläubigerin die Einbringung der Forderung beim Hauptschuldner als nicht gesichert ansah (OGH 24. 9. 2004, 8 Ob 57/04x, KREIS 1g/57 = RdW 2005/113).

E 17. Eine von einem arbeitnehmerähnlichen Finanzdienstleister zugunsten seines Lizenzgebers eingeräumte Bankgarantie, welche zur Besicherung eines Kredites des Lizenzgebers verwendet wurde, stellt eine Kautio iSd § 1 Abs 1 KautSchG dar. Da diese Kautio nicht zur Sicherung einer Schadenersatzforderung, sondern zur Sicherung eines dem Lizenzgeber zugeflossenen Kredits gedient hat, ist dieses Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen §§ 1, 3 KautSchG nichtig (OLG Graz 28. 9. 2005, 8 Ra 34/05i-27; OLG Graz 13. 10. 2005, 7 Ra 63/05x-18).

B Kommentar

Abhängigmachen vom Abschluss oder der Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages

1) Nach dem Willen des Gesetzgebers¹¹¹ sollen durch die Vorschrift des § 3 nur solche Fälle getroffen werden, in denen der Abschluss des Dienstvertrages oder dessen Aufrechterhaltung seitens des Dienstgebers von Geldleistungen des Dienstnehmers (oder eines Dritten zu seinen Gunsten) abhängig gemacht wird; die Vorschrift soll sich dagegen nicht auf Fälle beziehen, in denen sich der Dienstnehmer selbst (oder ein Dritter, zum Beispiel ein Anverwandter für ihn) um den Dienstposten unter dem Versprechen der Gewährung eines Darlehens oder der Beteiligung als stiller Gesellschafter bewirbt. § 3 ist demnach enger gefasst als § 1, welcher bei Kautionsbestellungen auch diese Fallgruppen erfasst.

Dieser Wille des Gesetzgebers wird durch den Wortlaut des Gesetzes „darf vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden“ bestätigt. Zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals ist erforderlich, dass der Dienstgeber entweder ausdrücklich oder schlüssig

¹¹¹ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

(iSd § 863 ABGB) den Abschluss oder die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages von einer Darlehensgewährung oder einer stillen Einlage abhängig macht. Zweck dieser Verbotsnorm ist es ua, den Dienstnehmer davor zu schützen, dass er um der Aufrechterhaltung des Dienstvertrages willen dem Dienstgeber ein Darlehen gewährt und damit der Gefahr der Insolvenz des Dienstgebers ausgesetzt wird.¹¹² Die besondere Gefahr von Darlehen und stillen Einlagen liegt dabei darin, dass beide formlos abgeschlossen werden können und der Darlehensgeber keine gesetzlichen Kontroll-, Informations- bzw Einwirkungsrechte bezüglich des Geschäftsbetriebes des Darlehensnehmers hat; die stille Beteiligung ist darlehensähnlich, auch der stille Gesellschafter hat keine nennenswerten Kontroll-, Informations- oder Einwirkungsrechte.¹¹³

Beispiele zur Erfüllung des Tatbestandes sind: Wenn Sie bei mir anfangen (bleiben) wollen, müssen Sie ...; ich muss Sie kündigen, es sei denn ...; die Bank gibt mir keinen Kredit mehr, lassen Sie sich etwas einfallen, wenn Sie Ihren Arbeitsplatz behalten wollen; ich kann keine neuen Dienstnehmer aufnehmen, außer ...; zu einem Dritten: Wenn Sie den Arbeitsplatz von Herrn/Frau sichern wollen, dann ...

Der in § 3 beschriebene Tatbestand entspricht im Wesentlichen auch den Gedanken der sogenannten Drucktheorie.¹¹⁴ Nach dieser Theorie wird angenommen, dass der Arbeitnehmer während des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses unter wirtschaftlichem Druck stehe. Ein Verzicht auf Ansprüche des Arbeitnehmers sei daher wegen der zwingenden Natur der einschlägigen Normen unwirksam.¹¹⁵ Ein Unterfall des wirtschaftlichen Drucks, welcher uU insbesondere bei längerer Arbeitslosigkeit bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses noch stärker als während des Arbeitsverhältnisses sein kann, ist darin zu erkennen, dass der Dienstgeber die wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers zur „unfreiwilligen“ Gewährung eines Darlehens oder Leistung

¹¹² Vgl OGH 8. 11. 1988, 5 Ob 615/88, SZ 61/229 = EvBl 1989/83 = ÖBA 1989, 631 = RdW 1989, 369.

¹¹³ Vgl *Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 392.

¹¹⁴ Vgl *Strasser*, Der Verzicht auf unabdingbare Ansprüche, DRdA 1955, 13 ff; *Spielbüchler/Floretta/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 106 ff mwN; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 402.

¹¹⁵ Vgl Judikat 26 = OGH 8. 6. 1927, Prä 600/26, SZ 9/80 = Arb 3725 Überstunde.

§ 3 Erl

einer stillen Einlage ausnützt. Vom Schutzzweck her besteht kein nennenswerter praktischer Unterschied, wenn der Arbeitnehmer auf bestehende Ansprüche verzichtet oder diese zuerst ausbezahlt bekommt und dann durch eine Darlehensgewährung oder stille Einlage um sein verdientes Geld gebracht wird. In beiden Fällen steht der Dienstnehmer unter wirtschaftlichem Druck und bedarf des Schutzes des Gesetzes. Wie an den oa Beispielen dargestellt wurde, genügt das bloße Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hier nicht¹¹⁶, sondern bedarf es eines zusätzlichen qualifizierten Handelns des Dienstgebers. Ein solches qualifiziertes Handeln liegt dann vor, wenn aufgrund des Verhaltens des Dienstgebers (vgl dazu die oa Beispiele) aus der Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers iSd Vertrauens- und Eindrucks- und Redlichkeitstheorie konkret der Eindruck entsteht, er werde im Fall der Verweigerung der Darlehenshingabe oder Beteiligung aus diesem Grund gekündigt, entlassen, nicht aufgenommen oder nicht verlängert.¹¹⁷

Abschließend zu diesem Thema darf noch darauf hingewiesen werden, dass ein Dienstnehmer, welcher sich in einem aufrechten Dienstverhältnis befindet und der Androhung des Dienstgebers Widerstand leistet, im Falle einer Kündigung durch den Dienstgeber diese gem § 105 Abs 3 lit i ArbVG¹¹⁸ binnen einer Woche beim Arbeits- und Sozialgericht anfechten kann. Da es in der Praxis nicht besonders angenehm ist, ein Dienstverhältnis nach einem gewonnenen Kündigungsanfechtungsprozess fortzusetzen, bedarf es hier auch noch des Schutzes durch § 3 KautSchG.

Gewährung eines Darlehens

2) Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, dass er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll; so entsteht ein Darlehensvertrag (§ 983 ABGB).

Ein Darlehen wird entweder in Geld oder in anderen verbrauchbaren Sachen, und zwar ohne, oder gegen Zinsen gegeben.

¹¹⁶ Vgl VwGH 18. 11. 1980, ZI 2938/79, Arb 9922; VwGH 26. 1. 1982, ZI 11/2917/80, Arb 10090.

¹¹⁷ Vgl *Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 392 f.

¹¹⁸ Vgl OGH 18. 4. 1996, 8 Ob A 314/95, DRdA 1996, 439 (*Mayr*); OGH 22. 12. 1993, 9 Ob A 223/93, SZ 66/186.

Im letzteren Falle nennt man es auch einen Zinsenvertrag (§ 984 ABGB).

Das Darlehen¹¹⁹ ist ein Realvertrag; er kommt durch übereinstimmende Willenserklärung des Gläubigers (hier: Dienstnehmer oder Dritter) und Schuldners (hier: Dienstgeber) und durch Übergabe der als Darlehen gegebenen Sachen zustande. Der Darlehensnehmer (hier: Dienstgeber) wird mit der Übernahme der Darlehensvaluta deren Eigentümer¹²⁰, weshalb bei Konkursverhängung dem Darlehensgeber (hier: Dienstnehmer oder Dritter) kein sachenrechtlicher Aussonderungsanspruch zusteht.¹²¹ § 1461 ABGB nennt das Darlehen ausdrücklich als Eigentumserwerbstitel. Auch das Sachdarlehen führt zum Eigentumserwerb beim Darlehensnehmer (hier: Dienstgeber).

Da der Darlehensnehmer (hier: Dienstgeber) an den Sachen Eigentum erwirbt, kann er über sie nach Belieben verfügen, trägt aber auch das Risiko des Verlustes oder des Unterganges. Die Zuzählung der Valuta erfolgt je nach Vereinbarung entweder bar oder durch Ausstellung einer Anweisung (zB eines Wechsels oder einer Giroüberweisung). Am häufigsten betreffen Darlehensverträge die Überlassung von Geld (zB Kreditvertrag). Ob der Darlehensnehmer ein Entgelt (Zinsen) für die Überlassung der Darlehensgegenstände zu zahlen hat, richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien.

Die Zeit des Gebrauches hängt in erster Linie von der Vereinbarung, hilfswise vom Zweck des Darlehens ab. Soweit sich daraus nichts anderes ergibt, kann der Vertrag jederzeit aufgekündigt werden.

Für Darlehensverträge besteht grundsätzlich Formfreiheit.

Ähnliche Schutzbestimmungen enthält etwa auch § 36 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter, wonach ein Rechtsanwalt den Rechtsanwaltsanwärter angemessen zu entlohnen hat, mit ihm kein wie immer geartetes Beteiligungsverhältnis eingehen darf und alles zu unterlassen hat, was ihn in eine finanzielle Abhängigkeit

¹¹⁹ Vgl *Schubert* in Rummel³, §§ 983, 984 Rz 1 f; *Binder* in Schwimann, ABGB³ IV, § 983 Rz 1 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 205 ff.

¹²⁰ Vgl HS 9.321/3.

¹²¹ Vgl OGH 21. 12. 1965, 8 Ob 283/65, SZ 38/223.

§ 3 Erl

vom Rechtsanwaltsanwärter bringen könnte. Daher ist ein von einem Rechtsanwaltsanwärter entrichtetes Darlehen, welches im Falle des Eintritts in die Sozietät in eine Einlage umgewandelt, bei Nichteintritt jedoch zurückgezahlt werden soll, trotz Kenntnis der Nichtigkeit absolut nichtig.¹²²

Beteiligung als stiller Gesellschafter

3) Zwischen dem Darlehen und einer Beteiligung als stiller Gesellschafter bestehen fließende Grenzen.¹²³ Kriterien für die Qualifikation als stiller Gesellschafter¹²⁴ sind Beteiligung an Gewinn und Verlust, Vorhandensein von Überwachungs- und Geschäftsführungsrechten sowie die Betriebspflicht des Geschäftsinhabers.¹²⁵ Ausschluss von der Verlustbeteiligung¹²⁶ oder fehlende Gewerbeberechtigung des Einlegenden¹²⁷ allein rechtfertigen noch nicht die Annahme eines Darlehens. Wohl aber ist als Darlehen zu qualifizieren, wenn die hingegebene Einlage zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuzahlen und mit einer fixen Gewinnbeteiligung zu vergüten ist.¹²⁸

Bei drittfinanzierter Beteiligung an einer Gesellschaft besteht trotz wirtschaftlicher Einheit zwischen Beteiligung und Kreditgeschäft keine Möglichkeit eines Einwendungsdurchgriffs iSd § 18 KSchG.¹²⁹ Es handelt sich hier um die Finanzierung eines Risikogeschäftes. Die Gefahr des Nichteintritts von geschäftlichen Erwartungen des Kreditnehmers kann nicht auf den Kreditgeber überwältigt werden, solange sich dieser auf seine Rolle als Finanzierer beschränkt und sich nicht in weitergehendem Umfang am finanzierten Geschäft beteiligt. Dem Finanzierer wird man erst

¹²² Vgl OGH 5. 4. 2000, 9 Ob A 80/00f, ARD 5213/12/2001.

¹²³ Vgl *Rebhahn* in Jabornegg, HGB, § 178 Rz 29 ff.

¹²⁴ Vgl *Binder* in Schwimann, ABGB³ IV, § 983 Rz 54 ff.

¹²⁵ Vgl OGH 10. 2. 1960, 1 Ob 33/60, EvBl 1960/117; OGH 28. 4. 1988, 7 Ob 568/88, RdW 1988, 350; OGH 29. 6. 1989, 8 Ob 553/89, WBl 1989, 351.

¹²⁶ Vgl OGH 20. 4. 1955, 3 Ob 75/55, EvBl 1956/3; OGH 10. 2. 1960, 1 Ob 33/60, EvBl 1960/117.

¹²⁷ Vgl OGH 20. 4. 1955, 3 Ob 75/55, EvBl 1956/3.

¹²⁸ Vgl OGH 28. 4. 1988, 7 Ob 568/88, RdW 1988, 350, Traglufthalle.

¹²⁹ Vgl OGH 15. 6. 1988, 1 Ob 569/88, JBl 1988, 723 = ÖBA 1994, 1989, 901, zust *Aicher*; ÖBA 1991, 917, zust *Apathy*; so auch *P. Bydlinski*, JBl 1988, 205; *ecolex* 1993, 664 = ÖBA 1993, 908, zust *P. Bydlinski*; ÖBA 1994, 325; ÖBA 1994, 558, *Apathy*; *ecolex* 1995, 399.

dann Vorwürfe machen können, wenn er aktiv für ein konkretes Beteiligungsprojekt wirbt¹³⁰ oder an der Anlagegesellschaft selbst beteiligt ist.¹³¹ Desgleichen ist dem Finanzierer anzulasten und eine Schadenersatzpflicht aus vorvertraglicher Beziehung anzuerkennen, wenn er schuldhaft seine Aufklärungspflicht verletzt. Der OGH bejaht etwa die Bankenhaftung aus unterlassener Warnung, wenn positive Kenntnisse über atypische Beteiligungsrisiken verschwiegen werden.¹³² In Entsprechung der Kritik der Lehre¹³³ hat der OGH¹³⁴ nun eine Aufklärungspflicht der Bank in Bezug auf die bedenkliche Vermögenssituation der Gesellschaft bejaht, wenn sie aus den deutlichen, ihr bekannten Indizien auf die Konkursreife der Gesellschaft schließen musste. Sollte das Bankgeheimnis entgegenstehen, hat sich die Bank bei bedenklichen Vermögensverhältnissen der Kreditgewährung überhaupt zu enthalten.¹³⁵

Wird von einer GmbH-Angestellten ein Geschäftsanteil dieser GmbH erworben, um die Liquiditätsenge zu beheben, so liegt darin ein Verstoß gegen den Schutzzweck des KautSchG; die daraus resultierende Nichtigkeit schlägt auch auf den finanzierenden Kreditvertrag in analoger Anwendung des § 18 KSchG durch.¹³⁶ Dies ist auch durchaus zutreffend, weil hier die Angestellte zu dem Risikogeschäft genötigt wird, da ihr Arbeitsplatz mittelbar auf dem Spiel steht, und in Wahrheit eine verdeckte Darlehensgewährung vorliegt.

Wurde eine Bank selbst aktiv, um zur Absicherung eines Kontokorrentkredites des Dienstgebers die Einbeziehung eines Dienstnehmers als Wechselbürgen zu erreichen, weist das nach st Rsp prima facie darauf hin, dass die Gläubigerin die Einbringung der

¹³⁰ Vgl OGH 29. 3. 1994, 1 Ob 599/93, ecolex 1994, 460; Bank-Informationsveranstaltung für Anlagenberater.

¹³¹ Vgl P. Bydliński, RdW 1990, 401.

¹³² Vgl OGH 21. 3. 1991, 6 Ob 577/90, ÖBA 1991, 917; OGH 25. 4. 1995, 1 Ob 540/95, WBI 1995, 337.

¹³³ Vgl Aicher, ÖBA 1991, 921; M. Gruber, ecolex 1994, 81; A. Heidinger, WBI 1995, 314 ff.

¹³⁴ Vgl OGH 25. 4. 1995, 1 Ob 540/95, ecolex 1995, 480.

¹³⁵ Vgl OGH 25. 4. 1995, 10 Ob 510/95, ecolex 1995, 482; Krejci in Rummel³, § 25c KSchG Rz 7.

¹³⁶ Vgl OGH 30. 3. 1989, RdW 1989, 220 = SZ 62/54 = ÖBA 1989, 1213, Reidinger; Krejci in Rummel³, §§ 18, 19 KSchG Rz 1.

§ 3 Erl

Forderung beim Hauptschuldner als nicht gesichert ansah. Somit scheidet eine Haftung gem § 25c KSchG aus.¹³⁷

Sonstige Formen der „Mitarbeiterbeteiligung“

4) Freiwillige Mitarbeiterbeteiligungen, welche ohne die vom Gesetz geforderte Drucksituation zustande kommen, sind nicht Gegenstand des KautSchG und werden daher bei den folgenden Ausführungen nicht behandelt.

Vorerst wird jene Fallgruppe behandelt, bei welcher der Dienstgeber sich¹³⁸ oder einem Dritten¹³⁹ meist von einer Bank ein Darlehen bzw einen Kredit gewähren lässt und der Dienstnehmer als Bürge hiefür auftreten soll. In Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung¹⁴⁰ hat der OGH in seiner Entscheidung vom 30. 3. 1989¹⁴¹ festgestellt, dass ein dem Dienstgeber von einer Bank gewährtes Darlehen in Anwendung des in § 18 KSCHG ausgesprochenen Gedankens nichtig ist, wenn die darlehensgebende Bank weiß, dass mit dem Darlehen ein dem Verbotszweck des KautSchG zuwiderlaufendes, gleichartiges Geschäft (hier: Erwerb von Anteilen an der Dienstgeber-GmbH) finanziert werden soll. Bei diesem Fall befand sich der Dienstgeber in einer äußerst bedrängten finanziellen Situation. Die Bank war zu einer weiteren Kreditgewährung an ihn nur gegen Besicherung durch eine Bürgschaft bereit. Um den benötigten Kredit zu erlangen, machte der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses des Dienstnehmers davon abhängig, dass dieser die Bürgschaft übernahm. Der Dienstnehmer, der auf die Aufrechterhaltung seines Dienstverhältnisses angewiesen war, entschloss sich deshalb zur Bürgschaftsübernahme. Dem Vertreter der Bank waren die Umstände bekannt. Dieser

¹³⁷ Vgl OGH 24. 9. 2004, 8 Ob 57/04x, KREIS 1g/57 = RdW 2005/113; *Kallab in ZellKomm* § 3 KautSchG Rz 2.

¹³⁸ Vgl *Dirschmied*, DRdA 1971, 20 in Anm zu OGH 5. 3. 1969, 5 Ob 42/69, SZ 42/36.

¹³⁹ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kauttionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionenschutzgesetz), JBl 1937, 356; *Weiser*, Das Kautionenschutzgesetz, RZ 1937, 507; *Floretta/Spielbühler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 218.

¹⁴⁰ Vgl OGH 18. 12. 1985, 3 Ob 588/85, EvBl 1986/92.

¹⁴¹ Vgl OGH 30. 3. 1989, 6 Ob 554/89, RdW 1989, 220.

Rechtsprechung¹⁴² ist zuzustimmen, da sie den Anwendungsbereich nicht ausdehnt, sondern lediglich eine Umgehung des Schutzzweckes des Gesetzes verhindert. Eine Umgehung liegt daher vor, wenn der Dienstgeber den Abschluss oder die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses von der Übernahme einer Bürgschaft etc abhängig macht und/oder der darlehensgewährende Dritte (meist eine Bank) den Dienstnehmer nicht über die finanzielle Situation des Dienstgebers aufklärt.¹⁴³

Die zweite Fallgruppe betrifft die Beteiligung am Unternehmen des Dienstgebers als Kommanditist, Gesellschafter, Genossenschafter oder Aktionär, wobei jedoch die Beteiligung wiederum vom Abschluss oder der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses abhängig gemacht wird.

Nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁴⁴ sollen unter die Bestimmung des § 3, sofern Geschäftsbeteiligungen in Betracht kommen, nur Beteiligungen in der Form der stillen Gesellschaft fallen. Andere Beteiligungen mit Vermögenseinlagen, zum Beispiel als Aktionär oder als Genossenschafter, dürften von vornherein praktisch kaum in Betracht kommen. Gegen die Einbeziehung von Beteiligungen als Kommanditist oder als Gesellschafter einer Gesellschaft mbH sprechen auch rechtliche Bedenken. Die Einlagen, mit denen sich der Kommanditist oder der Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt, sind Gegenstand der Auszeichnung im Handelsregister und bilden einen Teil der Kreditbasis der Gesellschaft. Es ließe sich den Geschäftsgläubigern gegenüber kaum verantworten, wenn solchen Eintragungen hinterher die Rechtswirksamkeit abgesprochen würde. Eine vorgängige Prüfung der Zulässigkeit einer solchen Beteiligung aber könnte dem Registergericht umso weniger zugemutet werden, als nicht nur der präsumtive oder wirklich angestellte Dienstnehmer, sondern auch dritte Personen in Betracht kommen.

¹⁴² Vgl nun auch OGH 27. 1. 1998, 4 Ob 22/98h; OGH 8. 4. 1992, 9 Ob A 58/92, ARD 4382/17/92; OGH 21. 5. 1997, 3 Ob 80/97d; OGH 27. 3. 1995, 1 Ob 544/95, EvBl 1995/156; OGH 27. 5. 1993, 6 Ob 1545/93, ecolex 1994, 819.

¹⁴³ Vgl zur Frage der Warn- und Aufklärungspflichten von Banken gegenüber Bürgen OGH 21. 5. 1997, 3 Ob 80/97d mwN.

¹⁴⁴ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

§ 3 Erl

*Graf*¹⁴⁵ weist zu Recht gegen diese Ausführungen darauf hin, dass der Vertrauensschutz des Unternehmensgläubigers ein Verbot der fraglichen Beteiligungsarten deshalb nicht verhindere, weil er bereits durch die Rechtsgrundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ausreichend verwirklicht sei. Nach herrschender Lehre kommt der Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – sowieso immer nur ex nunc- und nicht ex tunc-Wirkung zu.¹⁴⁶ Dadurch werden Gläubiger, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages Rechte erworben haben, ausreichend geschützt. Durch Berücksichtigung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft lasse sich der Notwendigkeit des Schutzes der Gläubiger Rechnung tragen, sodass sich aus diesem Gesichtspunkt her kein grundsätzliches Argument gegen die Analogie zu § 3 KautSchG herleiten lasse. Entgegen der Ansicht der Gesetzesverfasser lasse sich bei ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit beides verwirklichen: Schutz des Arbeitnehmers und Vertrauensschutz der Gläubiger. Die sonstigen Voraussetzungen des § 3 müssen jedoch erfüllt werden.

Ähnliches gelte nach *Graf*¹⁴⁷ auch beim Erwerb eines GmbH-Anteils. Erfolge dieser im Rahmen einer Kapitalerhöhung, bestehe kein Hindernis, die (bereicherungsrechtlichen) Folgen der Nichtigkeit den von der Verknüpfung zwischen Aufrechterhaltung oder Eingehung des Arbeitsverhältnisses und Anteilsübernahme informierten Mitgesellschaftern aufzubürden; bei derivativem Anteilserwerb könne der Abtretungsvertrag mit einem Gesellschafter nur nichtig und bereicherungsrechtlich zur Rückzahlung verpflichtet sein, wenn der Gesellschafter durch Weiterleitung des Betrages an die GmbH lediglich als Zwischenstation fungiert habe und die eben dargelegte Verknüpfung kannte.

Für Genossenschaftsanteile und Aktien können die oa Aussagen von *Graf* ebenfalls herangezogen werden.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Vgl *Graf*, Drittfinanzierung und Arbeitsrecht, WBl 1991, 177 ff.

¹⁴⁶ Vgl U. *Torggler/H. Torggler* in *Straube*, HGB I³ (2003) § 105 HGB Rz 37; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB, § 105 Rz 28.

¹⁴⁷ Vgl *Graf*, Drittfinanzierung und Arbeitsrecht, WBl 1991, 180.

¹⁴⁸ Vgl *Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 392 f.

*Geist*¹⁴⁹ meldet Bedenken gegen die Analogie von *Graf* an und verweist dazu insbesondere auf die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse von Kommanditisten und Gesellschaftern. Der Erwerb von GmbH-Anteilen eigne sich zudem wegen der Notariatsaktpflicht und der grundsätzlichen Übertragbarkeit nicht sonderlich zur Umgehung der Kautionsbeschränkungen. Ähnliches gelte für Aktien: auch sie sind grundsätzlich frei übertragbar. Zusammenfassend gesehen fehle daher den nicht in § 3 KautSchG genannten Beteiligungen allgemein eine den Darlehen und stillen Einlagen vergleichbare Umgehungstauglichkeit.¹⁵⁰ Es sei deshalb durchaus sachgerecht, sie auch nicht per Analogie generell in das KautSchG einzubeziehen. Dies schließe natürlich nicht aus, dass dann, wenn die Beteiligung im Einzelfall derart ausgestaltet sei, dass von einer Umgehung der Regelungen über die Kautions auszugehen sei, konkret ein nichtiges Umgehungsgeschäft angenommen werden müsse.

Den Ausführungen von *Graf* und *Geist* ist grundsätzlich zuzustimmen. Es ist jedoch noch darauf hinzuweisen, dass bei Beantwortung der Frage, ob ein Umgehungsgeschäft vorliegt oder nicht, den gesellschaftsrechtlich bestehenden Möglichkeiten des Dienstnehmers keine zu große Bedeutung zugeschrieben werden darf, da der Dienstnehmer diese theoretisch bestehenden Möglichkeiten in der Regel nicht ausüben wird, wenn er sich schon vom Dienstgeber im Rahmen der Drucksituation des § 3 KautSchG zur Beteiligung „überreden“ hat lassen. Um dem Schutzzweck des Gesetzes Gönne zu tun, ist daher besonders auf eine etwaige Drucksituation des Dienstnehmers Bedacht zu nehmen.

¹⁴⁹ Vgl *Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 392 f.

¹⁵⁰ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 356; *Weiser*, Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 507; *Maier*, Das Kautionschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 346.

§ 4 Erl

§ 4

Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des § 1¹⁾, sowie Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die den Bestimmungen des § 3²⁾ widersprechen, sind nichtig³⁾. Das auf Grund solcher Rechtsgeschäfte und Verträge Geleistete kann jederzeit zurückgefordert werden⁴⁾.

Übersicht zu § 4

A	Judikatur	E 1. bis E 21.
B	Kommentar	
	Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des § 1 widersprechen	Erläuterung 1
	Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die den Bestimmungen des § 3 widersprechen	Erläuterung 2
	Nichtigkeit	Erläuterung 3
	Rückforderungsanspruch	Erläuterung 4

A **Judikatur**

E 1. Die Leistung einer Barkaution an der Dienstgeber unter der Bedingung, dass dieser das Geld zur Bank bringt, verstößt gegen § 1 Abs 1 und Abs 2 KautSchG und kann daher jederzeit, auch während des aufrechten Dienstverhältnisses, zurückverlangt werden (OGH 21. 6. 1950, 3 Ob 317/50, JBl 1950, 530 = Arb 5197).

E 2. Der Darlehensnehmer wird Eigentümer des ihm als Darlehen gegebenen Betrages. Gibt er diesen Geldbetrag zum Zwecke der Kautionsbestellung weiter (zB Erlag bei Gericht), erwirbt er, und nicht der Darlehensgeber, den aus dem Kautionsverhältnis entstandenen Anspruch auf Rückforderung des Geldbetrages gegenüber dem Kautionsnehmer (OGH 19. 10. 1955, 7 Ob 443/55; OGH 7. 4. 1976, 1 Ob 522/76).

E 3. Eine Haftung eines Anwaltes, der die zwecks Vertragserrichtung in seiner Kanzlei erschienenen Parteien nicht auf die Bestimmungen des KautSchG (Nichtigkeit gewisser Abmachungen) aufmerksam macht, ist zu bejahen (OGH 3. 6. 1959, EvBl 1959/262, 464). Dies kann nicht auf den Vertrag eines Kreditinstitutes mit

einem Bürgen ausgedehnt werden (OGH 18. 12. 1985, 3 Ob 588/85, RdW 1986, 218 = EvBl 1986/92, 345).

E 4. Wird dem Dienstgeber von einem Dienstnehmer zur Sicherung von Ansprüchen aus seiner Tätigkeit ein Blankowechsel gegeben, der entgegen § 1 Abs 1 lit b KautSchG nicht derart bei einem Kreditinstitut hinterlegt wurde, dass über allfällige Zinsen der Dienstnehmer als Kautionsbesteller, im Übrigen aber über das Depot der Dienstnehmer nur im Einvernehmen mit dem Dienstgeber verfügen kann, ist der zwischen den Streitparteien im Geben und Nehmen des Wechsels vollzogene Vertrag nach § 4 KautSchG nichtig. Das Fehlen eines gültigen Begebungsvertrages zwischen den Streitparteien als Aussteller und Annehmer hindert die Begründung einer Wechselverpflichtung des Dienstnehmers (HG Wien 30. 10. 1962, Soz M I A/e, 485 f).

E 5. Die für den Fall des vorzeitigen Austrittes ohne wichtigen Grund vereinbarte Einbehaltung eines Garantiebetrages ist als Kautionszahlung nach § 4 KautSchG zu werten. Das KautSchG verlangt jedoch vom Kautionsnehmer (Dienstgeber), dass er innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses die Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht oder dass die Kautionszahlung mit Einverständnis des Kautionsbestellers (Dienstnehmer) zur Deckung des Schadens verwendet wird; andernfalls ist die Kautionszahlung herauszugeben. Trotz dieser Rückzahlungsverpflichtung steht es dem Dienstgeber frei, allfällige Schadenersatzansprüche gesondert gerichtlich geltend zu machen (ArbG Innsbruck 17. 1. 1963, Soz M I A/e, 575 f).

E 6. Die Vereinbarung, dass dem Dienstgeber eine Kamera als Pfand für die Schulden aus dem Dienstverhältnis überlassen wird, verstößt gegen das KautSchG und ist daher nichtig. Die Forderung des Dienstnehmers auf Herausgabe eines Gegenstandes kann nicht mit einer Gegenforderung des Dienstgebers kompensiert werden, da es sich nach § 1438 ABGB um gleichartige Forderungen handeln muss (ArbG Innsbruck 25. 4. 1967, Soz M I A/e, 731 f).

E 7. Dienen die einem Dienstnehmer vom verdienten Lohn einbehaltenen Beträge der Sicherstellung der Vertragserfüllung, dann tragen die sich ansammelnden Geldbeträge Kautionscharakter. Gemäß § 1 KautSchG kann der Kautionsbesteller nur im Einvernehmen mit dem Kautionsberechtigten über das Depot verfügen. Widerspricht die Vereinbarung dieser Bestimmung, so

§ 4 Erl

ist sie nach § 4 KautSchG nichtig, und der Dienstnehmer kann die einbehaltenen Beträge jederzeit zurückverlangen. Es widerspricht den guten Sitten, mit dem Dienstnehmer einen durch eine Kautions abgesicherten Dienstvertrag bis Saisonende abzuschließen, der vom Dienstgeber nur bei guter Auftragslage aufrechterhalten werden muss. In diesem Fall trägt der Dienstnehmer das Risiko ohne adäquate Gegenleistung des Dienstgebers (ArbG Wien 10. 4. 1969, SozM I A/e, 889 f).

E 8. Eine Lohnbefriedigungserklärung umfasst keinen Verzicht auf eine Kautionsforderung. Dies gilt auch dann nicht, wenn die Kautionsforderung gesetzwidrig vom laufenden Lohn einbehalten wurde, weil auch in diesem Fall die Kautionsforderung kein Lohnbestandteil ist (LGZ Wien 28. 10. 1971, SozM I A/e, 949).

E 9. Gemäß § 4 KautSchG sind Verträge über Darlehen, die den Bestimmungen des § 3 KautSchG widersprechen, nichtig. Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich eindeutig, dass nur der Vertrag über das Darlehen, nicht aber auch der gleichzeitig abgeschlossene Dienstvertrag von der Nichtigkeit erfasst wird. So betont auch *Weiser*, dass das Rückforderungsrecht auch während der Dauer des Dienstverhältnisses ausgeübt werden kann, geht also gleichfalls davon aus, dass das Dienstverhältnis durch die Nichtigkeit des Darlehensgeschäftes nicht berührt wird. Im Übrigen ist dem Berufungsgericht auch beizupflichten, dass der Schutzzweck der Verbotsnorm nur die Nichtigkeit des Darlehensvertrages, nicht aber auch des Arbeitsvertrages erheischt (OGH 27. 6. 1978, 4 Ob 56/78, SWK 1981, B I 33).

E 10. Widerspricht ein Darlehensvertrag dem § 3 KautSchG, so kann sich nur der durch das Verbot des § 4 KautSchG Geschützte auf die daraus resultierende Ungültigkeit des Vertrages berufen; er kann aber auch das Geschäft gelten lassen (VwGH 11. 12. 1985, RdW 1987, 62 = ÖJZ 1986/325 A = ZfVB 1986/1714).

E 11. Der von einer Bank dem Dienstgeber gewährte Kredit, für den (ua) der Dienstnehmer bürgt, ist keine dem Dienstgeber bestellte Kautionsforderung iSd § 1 KautSchG. Selbst wenn man in ausdehnender Auslegung des § 3 KautSchG auch Umgehungsgeschäfte durch Einschaltung eines Dritten in den Schutzzweck der Norm einbeziehen wollte, müsste jedenfalls verlangt werden, dass der betreffende Dritte zumindest davon Kenntnis hat, dass das von

ihm mit dem Dienstnehmer abgeschlossene Rechtsgeschäft die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes sicherstellen soll (OGH 18. 12. 1985, 3 Ob 588/85, EvBl 1986/92; siehe dazu die E 14., 15. und 20.).

E 12. Eine Barkaution räumt dem Kautionsnehmer das Recht ein, künftige Ersatzansprüche gegen den Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers aufzurechnen. Wurde dieses Recht ausdrücklich befristet, kann davon ausgegangen werden, dass die Vertragsteile eine spätere Kompensationsmöglichkeit ausschließen wollten.

Ein Vertrag, mit dem entgegen § 1 Abs 1 lit b KautSchG eine Kautionsbestellung wird, ist nichtig, das aufgrund des Vertrages Geleistete kann jederzeit zurückgefordert werden. Die ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit steht einer Aufrechnungsmöglichkeit entgegen.

Aus § 2 KautSchG ist abzuleiten, dass vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw nach gelegter Rechnung ein gesetzliches Aufrechnungsverbot besteht, es sei denn, der Arbeitgeber hat innerhalb dieser Frist seine Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend gemacht (OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990/17 [Jabornegg]).

E 13. Die Übergabe eines Wechsels zur Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis widerspricht dem § 1 Abs 1 KautSchG. Der Herausgabeanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 4 KautSchG ist daher zu bejahen (OLG Wien 12. 2. 1988, ARD 3982/14/88 in Bestätigung des ASG Wien 2. 7. 1987, ARD 3950/13/88).

E 14. Der Dienstgeber befand sich in einer äußerst bedrängten finanziellen Situation und war seine Hausbank zu einer weiteren Kreditgewährung an ihn nur gegen deren Besicherung durch eine Bürgschaft bereit. Um den benötigten Kredit zu erlangen, machte der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses des Dienstnehmers davon abhängig, dass dieser die Bürgschaft hierfür übernehme. Der Dienstnehmer, der auf die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses angewiesen war, entschloss sich deshalb zur Bürgschaftsübernahme. Dem Vertreter der Hausbank waren die Umstände bekannt.

In dieser Vorgangsweise ist eine zwar nicht den Buchstaben des KautSchG verletzende, aber dessen Zweck vereitelnde Umgehung zu erblicken, die gleichfalls unter Nichtigkeitsanktion steht

§ 4 Erl

(OGH 8. 11. 1988, 5 Ob 615/88, HS 18643 = SZ 61/229 = ÖBA 1989, 631 = EvBl 1989/83 = RdW 1989, 369 = WBl 1989, 30).

E 15. Weiß die darlehensgebende Bank darum, dass mit dem Darlehen ein dem Verbot des Kautionschutzgesetzes zuwiderlaufendes, gleichartiges Geschäft (hier: Erwerb von Anteilen an der Dienstgeber-GmbH) finanziert werden soll, ist auch das Darlehen in Anwendung des im § 18 KSchG ausgesprochenen Gedankens nichtig.

Nach § 3 KautSchG darf die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden, dass ihm vom Dienstnehmer ein Darlehen gewährt wird oder dass der Dienstnehmer sich mit einer Geschäftseinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt. Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die diesem Verbot widersprechen, sind nichtig.

Die Überlassung der Darlehensvaluta durch die Dienstnehmerin an ihre Dienstgeberin als Vorauszahlung auf die in einem formunwirksamen Vorvertrag vorgesehene Übertragung eines Minderheitsanteiles an der Dienstgeber-GmbH durch deren Geschäftsführer und Alleingesellschafter ist wegen der Gleichartigkeit der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Dienstnehmerin vom Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Dienstgeber-GmbH mit der gesetzlich vorausgesetzten Dienstnehmereigenschaft und wegen der weiteren Gleichartigkeit des Risikos der Vorleistung auf die in einem formunwirksamen Vorvertrag vorgesehene Geschäftsanteilsübertragung mit der gesetzlich vorausgesetzten Darlehensgewährung oder Beteiligung eines stillen Gesellschafters in Analogie zu § 3 KautSchG der Nichtigkeitssanktion des § 4 KautSchG unterworfen. Das Wissen der kreditgewährenden Bank um die erwähnten nichtigkeitsbegründenden Umstände und ihre dennoch erfolgte vorbehaltlose, ohne vorausgegangene Aufklärung und Warnung der Dienstnehmerin, in einem offenkundigen eigenen wirtschaftlichen Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihrer Kreditnehmerin bewirkte Darlehensgewährung an die Dienstnehmerin, die ohne diese zur Vorausleistung an die Dienstgeber-GmbH nicht in der Lage gewesen wäre, lässt aus dem im § 18 KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken die Nichtigkeitssanktion auch das Finanzierungsgeschäft zwischen der Dienstnehmerin und der Bank erfassen (OGH 30. 3. 1989, 6 Ob 554/89, RdW 1989, 220 = SZ 62/54).

E 16. Die Aufzählung der Kautionsmittel im § 1 KautSchG ist taxativ.

Für die Einbehaltung eines Provisionsanteils zur Sicherung allenfalls entstehender Provisionsrückforderungsansprüche darf sich der Arbeitgeber keine Kautions stellen lassen.

Eine nichtige Kautions wird zufolge der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit zu einer eigenmächtig entzogenen und in Verwahrung genommenen Sache iSd § 1440 ABGB.

Eine erst im Prozess erklärte Gegenaufrechnungseinrede des Klägers im Prozess ist unzulässig (OLG Linz 13. 4. 1989, Arb 10774).

E 17. Einseitige Kündigungsbeschränkungen für den Arbeitnehmer, zB Verfall von Kautions, Vereinbarung von Vertragsstrafen im Falle seiner ordentlichen Kündigung, Wegfall von Erfolgsbeteiligungen etc, sind unzulässig (OGH 7. 11. 1990, 9 Ob A 275/90, ARD 4226/15/90 = Arb 10902; OGH 8. 7. 1992, 9 Ob A 142/92, ARD 4386/14/92= DRdA 1993/12 [Grillberger] = Arb 11043; OGH 2. 9. 1992, 9 Ob A 154/92, ARD 4442/8/93 = DRdA 1993/19 [Runggaldier] = Arb 11045; OGH 11. 8. 1993, 9 Ob A 151/93, ARD 4499/24/93 = DRdA 1994, 69 = Arb 11101).

E 18. Es besteht auch für einen De-facto-Geschäftsführer die Kridahaftung für die Rückzahlung einer durch einen Arbeitnehmer der GmbH geleisteten Kautions (ASG Wien 23. 4. 1991, ARD 4310/6/91; OLG Wien 11. 11. 1991, ARD 4324/18/91).

E 19. Nach der taxativen Aufzählung des § 1 Abs 1 KautSchG dürfen als Kautions nur die in lit a bis e genannten Sicherungsmittel bestimmt werden. Die Bestellung einer Kautions als sogenanntes unregelmäßiges Pfand, bei dem die Geldsumme ins Eigentum des Berechtigten übergeht und nur ein Rückzahlungsanspruch begründet wird, ist unzulässig.

Der sonst bei Kautions nach ihrem Zweck gegebenen Aufrechnungsmöglichkeit steht im Fall einer nach § 4 KautSchG nichtigen Kautions entgegen, dass die Kautions infolge der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit zu einer eigenmächtig entzogenen und in Verwahrung genommenen Sache iSd § 1440 ABGB wird.

Dem Kautionsberechtigten (Dienstgeber) ist die Berufung auf jegliche Gegenforderung, unabhängig davon, ob zu ihrer Sicherung eine dem KautSchG entsprechende Kautionsbestellung zulässig wäre, zu versagen.

§ 4 Erl

Der Dienstgeber, der Kauttionen entgegennimmt, die dem § 1 KautSchG widersprechen, kann sich somit nicht darauf berufen, dass das KautSchG unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung erlaubter Kauttionen mit Schadenersatzansprüchen gestattet (OGH 29. 5. 1991, 9 Ob A 104/91, Arb 10941 = WBI 1991, 362).

E 20. Nach § 3 KautSchG darf die Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages vom Dienstgeber nicht davon abhängig gemacht werden, dass ihm vom Dienstnehmer ein Darlehen gewährt wird oder dass der Dienstnehmer sich mit einer Gesellschaftseinlage an dem Unternehmen des Dienstgebers als stiller Gesellschafter beteiligt. Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die diesem Verbot widersprechen, sind nichtig (§ 4 KautSchG). Zweck dieser Verbotsnorm ist es ua, den Dienstnehmer davor zu schützen, dass er um der Aufrechterhaltung des Dienstvertrages willen dem Dienstgeber ein Darlehen gewährt und damit der Gefahr der Insolvenz des Dienstgebers ausgesetzt wird (SZ 61/229 = EvBl 1989/83 = ÖBA 1989, 631 = RdW 1989, 369).

Die besondere Gefahr von Darlehen und stillen Einlagen liegt dabei darin, dass beide formlos abgeschlossen werden können und der Darlehensgeber keine gesetzlichen Kontroll-, Informations- bzw Einwirkungsrechte bezüglich des Geschäftsbetriebes des Darlehensnehmers hat; die stille Beteiligung ist darlehensähnlich, auch der stille Gesellschafter hat keine nennenswerten Kontroll-, Informations- bzw Einwirkungsrechte (*Geist*, Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 388 ff, 392).

Die Rechtsprechung hat den (bei wörtlicher Interpretation engen) Schutzbereich des KautSchG durch Analogie auf solche Sachverhalte erweitert, in denen eine Umgehung der Nichtigkeitsanktion dadurch versucht wurde, dass eine darlehensgewährende Bank auf der Beibringung eines Bürgen bestand und der Dienstgeber die Aufrechterhaltung des Dienstvertrages von der Bürgschaftsübernahme abhängig machte (SZ 61/229; siehe E 14.), oder ein Dienstnehmer auf Initiative des Alleingeschafters einen Gesellschaftsanteil an der Dienstgeber-GmbH im Wege der Drittfinanzierung erwarb, wobei die Nichtigkeitsanktion auch das Finanzierungsgeschäft erfasste, da der Finanzierer Kenntnis von der wirtschaftlichen Verflochtenheit der Vorgänge besaß (SZ 62/54; siehe E 15.). Verpöntes Verhalten in allen diesen Fällen war die

Ausübung von Druck durch den Dienstgeber auf den Dienstnehmer, wodurch dessen freie Willensbildung beeinträchtigt wurde.

Ganz anders ist dies jedoch bei einer langjährigen alleinigen Geschäftsführerin einer GmbH, die über Jahre keine Gewinne erwirtschaftete und nur durch wiederholte Zuschüsse der Gesellschafter vor der Zahlungsunfähigkeit bewahrt worden ist. Wenn die Gesellschafter in dieser Situation bei einem Schuldenstand von 2 Mio erklärten, dass es so nicht weitergehen könne und der Konkurs angemeldet werden müsse, und den Verdacht äußerten, die Geschäftsführerin habe durch unzulässige Privatentnahmen den schlechten Vermögensstatus der GmbH mitverschuldet, worauf sich diese der Ansicht der Gesellschafter gebeugt und an den Verbindlichkeiten der GmbH derart beteiligt hat, dass sie bei den Gesellschaftern ein Darlehen aufgenommen hat, kann von einer dem § 3 KautSchG analogen Interessenlage nicht gesprochen werden. Weder lag damit nämlich die nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes geforderte Drucksituation seitens des Dienstgebers infolge Junktimierung von Geldzufluss und Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses vor, noch war die Geschäftsführerin in ihren Kontroll-, Informations- und Einwirkungsmöglichkeiten auf die zukünftige Geschäftsgebarung der Gesellschaft mit den von ihr zur Verfügung gestellten Geldmitteln beschränkt. Die Geschäftsführerin hat sich vielmehr in einer krisenhaften Unternehmenssituation ihrer Dienstgeberin auf ihre eigene Initiative hin entschlossen, Gesellschaftsverbindlichkeiten mit eigenen Mitteln und auf ihr eigenes Risiko zu liquidieren. Motiv der Geschäftsführerin für den Geldzufluss an die GmbH war dabei ersichtlich auch der Umstand, dass die Gesellschafter den Vorwurf erhoben, ihnen stünden Ausgleichsansprüche für unzulässige Entnahmen der Geschäftsführerin aus der Gesellschaft zu. Daher ist die Nichtigkeit des Darlehensvertrages nach § 4 KautSchG zu verneinen (OGH 27. 1. 1998, 4 Ob 22/98h).

E 21. Die Kautionsbestellung eines arbeitnehmerähnlichen Tankstellenpächters für die sich aus der gegenseitigen Abrechnung ergebenden Erfüllungsansprüche des Franchisegebers aus dem Vertragsverhältnis in Form einer Bankgarantie ist zulässig. Das KautSchG verfolgt erkennbar nicht die Absicht, eine Kreditgewährung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer zu verhindern (OGH 13. 7. 2006, 8 Ob A 57/06z; ARD 5722/3/2006; ASG Wien 11. 1. 2007, 7 Cga 67/01z, ARD 5765/1/2007).

§ 4 Erl

B Kommentar

Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des § 1 widersprechen

1) Jenen Tatbestand, der eine oder mehrere Willenserklärungen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen anerkannt wird, nennt man Rechtsgeschäft.¹⁵¹ Das Rechtsgeschäft ist ein Abstraktum, weil es als solches nicht existiert. Es tritt bloß in konkreten Typen in Erscheinung: zB als Kaufvertrag, als Mietvertrag, als Dienstvertrag, als Auslobung, als letztwillige Verfügung etc. Zu beachten ist jedoch, dass es einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte gibt. Einseitige Rechtsgeschäfte, etwa die Auslobung, kommen durch die Willenserklärung einer Partei zustande, während zum Zustandekommen mehrseitiger Rechtsgeschäfte, vor allem Verträge, die Übereinstimmung des erklärten Willens mehrerer Parteien erforderlich ist. Da § 4 im Zusammenhang mit § 1 vom weiteren Begriff des Rechtsgeschäftes ausgeht, während er nur im Zusammenhang mit § 3 von Verträgen spricht, obwohl dies auch bei § 1 möglich – wenn gewollt – wäre, sind unter Rechtsgeschäften iSd § 4 sowohl einseitige als auch mehrseitige Rechtsgeschäfte zu verstehen. Weder die Erläuternden Bemerkungen zur Gesetzesvorlage der Bundesregierung¹⁵² noch der Bericht und Antrag des Wirtschaftspolitischen Ausschusses über die Gesetzesvorlage der Bundesregierung¹⁵³ können zur Klärung der Unterscheidung etwas beitragen, da dort willkürlich einmal von Rechtsgeschäften und dann wieder von Verträgen gesprochen wird. Bei den einseitigen Rechtsgeschäften kommen insbesondere die Auslobung iSd §§ 860 ff ABGB und ein einseitiges Schuldversprechen in Betracht. Dieser Fall könnte in der Praxis so zustande kommen, dass ein Arbeitsuchender oder Dritter für ihn eine Kautionsbestellung verspricht, wenn ein Dienstgeber ihm einen Dienstvertrag anbietet. Eine Belohnung kann bei der Auslobung Vorteil jeder Art sein¹⁵⁴,

¹⁵¹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 13 ff.

¹⁵² Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

¹⁵³ Vgl Stenographisches Protokoll der 42. Sitzung des Bundestages vom 8. 7. 1937, 539 ff.

¹⁵⁴ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 860 Rz 3.

sodass auch eine Kautions zur Sicherstellung von potenziellen Schadenersatzansprüchen als solcher Vorteil in Betracht kommt. Zudem ist der Auslobende in der Bestimmung der Leistung und der Belohnung völlig frei.¹⁵⁵ Widersprechen also derartige Rechtsgeschäfte, egal ob Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte, § 1, so sind sie nichtig.

**Verträge über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen,
die den Bestimmungen des § 3 widersprechen**

2) Siehe dazu die Ausführungen zu Darlehen, Geschäftsbeteiligungen und sonstigen Formen der „Mitarbeiterbeteiligung“ bei § 3. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Judikatur in manchen Fällen über den Wortlaut des § 3 hinausgegangen ist, und für diese zusätzlichen Fälle nun ebenfalls die Rechtsfolge des § 4, die Nichtigkeit, gilt.

Nichtigkeit

3) Obwohl § 879 Abs 1 ABGB bestimmt, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig¹⁵⁶ ist und daher die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die den Bestimmungen des § 1, und von Verträgen über Darlehen oder Geschäftsbeteiligungen, die den Bestimmungen des § 3 widersprechen, darauf gestützt werden könnte, wollte der Gesetzgeber durch die ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung in § 4 Klarheit schaffen. Eine Berufung auf § 879 Abs 1 ABGB ist daher obsolet. Die Nichtigkeit wirkt *ex tunc*.

Trotz dieser ausdrücklichen Nichtigkeitsanordnung sind noch zwei Fragen zu klären, nämlich einerseits die der Gesamt- oder Teilnichtigkeit und andererseits jene der relativen oder absoluten Nichtigkeit.

Erfolgt eine kautionschutzgesetzwidrige Vereinbarung in einem Dienstvertrag, so stellt sich die Frage, ob der gesamte Dienstvertrag oder nur der gegen das KautSchG verstoßende Teil nichtig ist. Entscheidend ist dabei nicht, ob die Dienstvertragsparteien auch den Restvertrag geschlossen hätten, sondern welchen Schutzzweck

¹⁵⁵ Vgl RZ 1960, 81.

¹⁵⁶ Vgl allg *Krejci* in Rummel³, § 879 ABGB Rz 19–66.

§ 4 Erl

die Verbotsnorm verfolgt.¹⁵⁷ Schutzzweck des KautSchG ist die Vermeidung des Kautionssschwindels durch Dienstgeber, damit der Dienstnehmer nicht grundlos seiner Kaution verlustig wird. Der Dienstnehmer soll also durch die Bestimmungen des KautSchG geschützt werden. Dem Schutzzweck des KautSchG ist daher vollends entsprochen, wenn lediglich die kautionschutzgesetzwidrige Vereinbarung und nicht der gesamte Dienstvertrag nichtig ist. Die Annahme der Gesamtnichtigkeit des Dienstvertrages würde sogar den Gesetzeszweck unterlaufen, da der Dienstnehmer bei Berufung auf die Nichtigkeit seinen Arbeitsplatz verlieren würde. Es ist daher festzuhalten, dass lediglich die kautionschutzgesetzwidrige Vereinbarung nichtig ist.¹⁵⁸

Bereits angesprochen wurde, dass der Dienstnehmer Subjekt des Schutzes des KautSchG ist. Für den Fall, dass ein Dritter eine gegen § 1 verstoßende Kaution leistet oder ein Darlehen oder Geschäftsbeteiligung entgegen § 3 gewährt, ist auch dieser Dritte vom Schutzbereich des KautSchG umfasst. Da somit lediglich der Dienstnehmer oder der Dritte beeinträchtigt und somit geschützt werden müssen, ist nur relative Nichtigkeit zugunsten dieser Personen anzunehmen.¹⁵⁹ Für die Annahme einer absoluten Nichtigkeit besteht kein Erfordernis.

Rückforderungsanspruch

4) Der Rückforderungsanspruch kann jederzeit ausgeübt werden. Das heißt, dass der Anspruch auch während des aufrechten Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden kann.

Hinsichtlich der Verjährung gilt die 30-jährige Verjährungszeit des § 1478 ABGB. Aufgrund des besonderen Schutzzweckes des KautSchG ist mE weder die kollektivvertragliche noch die einzelvertragliche Vereinbarung kürzerer Verfalls- oder Verjährungsfristen zulässig, da dies die Rückforderbarkeit der Kaution durch

¹⁵⁷ Vgl *Gschnitzer in Klang IV/1*, 168 f; *Mayer-Maly*, Über die Teilnichtigkeit, *Gschnitzer-GedS* (1969) 265; *Sandrock*, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, *AcP* 1959, 481; *Steinbauer*, Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, *ZAS* 1984, 8 ff; *SZ* 42/49; *SZ* 44/166; *SZ* 47/8; *SZ* 55/182; *JB1* 1981, 48; *NZ* 1983, 40.

¹⁵⁸ Vgl *OGH* 27. 7. 1978, 4 Ob 56/78, *SWK* 1981, B I 33; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 321.

¹⁵⁹ Vgl *VwGH* 11. 12. 1985, *ZI* 83/11/0249, *RdW* 1987, 62 = *ÖJZ* 1986/325 A = *ZfVB* 1986/1714.

den Dienstnehmer insbesondere bei den gesetzwidrig geleisteten Kautionen, etwa dem *pignus irregulare*, erschweren bzw beseitigen würde. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Großteil der Kollektivverträge, insbesondere im Angestelltenbereich, schon vom Wortlaut her Kautionen nicht erfasst. Überlegt man sich zudem, was denn bei einer gesetzeskonform bestellten Kaution überhaupt verfallen könnte, so ist die Antwort nicht einfach. Bei Depots iSd § 1 Abs 1 lit b KautSchG, Bürgschaften, Kautionshypothenken oder Kautionsversicherungspolizzen ist schon von der Natur der Kautionsmittel aus betrachtet ein Verfall zulasten des Dienstnehmers denkunmöglich. Es verbleibt daher nur ein „vinkuliertes Sparbuch“ für den Fall, dass es an den Dienstgeber übergeben worden ist. Würde man hier die Ansicht vertreten, dass der Rückgabeanspruch des Dienstnehmers verfallbar sein könnte, so würde der paradoxe Fall eintreten, dass der Dienstgeber zwar über das Sparbuch, nicht jedoch über das Losungswort verfügen würde. Wenn der Dienstgeber jedoch keinen Schaden erlitten hat, hat er auch keinen Anspruch auf Bekanntgabe des Losungswortes bzw auf Befriedigung aus der Kaution. Darüber hinaus liegt auch kein Fall des § 1 Abs 1 Kraftloserklärungsgesetzes 1951 vor, da eine Urkunde weder abhanden gekommen noch vernichtet worden ist. Somit könnte auch der Dienstgeber über dieses Sparbuch nicht verfügen. Die Kaution ist daher dem Dienstnehmer zurückzustellen.

Die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruches in § 4 ist nicht ganz eindeutig. Die Judikatur hat den Tatbestand des § 877 ABGB (*condictio sine causa*) auch auf andere Nichtigkeitsfälle, namentlich auf verbotene und sittenwidrige Verträge, ohne Rücksicht auf einen Irrtum des Leistenden erstreckt.¹⁶⁰ Die Lehre¹⁶¹ differenziert in den Fällen der Nichtigkeit nach § 879 ABGB nach dem Zweck der Verbotsnorm und lässt eine Kondiktion ohne weitere Voraussetzungen dort zu, wo ein Interesse der Rechtsordnung an der Rückabwicklung besteht. Dies ist nach dem Schutzzweck des

¹⁶⁰ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 877 Rz 2; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VI, Vorbem zu §§ 1431 Rz 10; OGH 13. 2. 1923, 3 Ob 69/23, SZ 5/33; OGH 17. 5. 1950, 3 Ob 123/50, SZ 23/159; OGH 26. 9. 1951, 2 Ob 563/51, SZ 24/243; OGH 9. 5. 1972, 4 Ob 28/72, SZ 45/58; OGH 17. 4. 1974, 5 Ob 83/74, EvBl 1974/221; JBl 1950, 504; OGH 6. 4. 1976, 5 Ob 534/76, JBl 1977, 36; OGH 12. 11. 1987, 7 Ob 669/87, JBl 1988, 250 (*Karollus*).

¹⁶¹ Vgl *Wilburg* in *Klang* V 462 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 280 mwN; *M. Bydlinski*, ÖJZ 1987, 11.

§ 4 Erl

KautSchG sicherlich der Fall und wird auch ausdrücklich von § 4 KautSchG gesagt. Im Falle der irrtümlichen Leistung einer gesetzeswidrigen Kautions oder eines Darlehens etc liegt daher ein Fall des § 1431 ABGB vor. Auch bei Kenntnis des Verbots muss der Rückforderungsanspruch des Dienstnehmers bejaht werden, da er zum Zeitpunkt der Leistung unter wirtschaftlichem Druck steht, weil er sein Arbeitsverhältnis begründen oder aufrecht erhalten will.

Da die Nichtigkeit ex tunc wirkt, kann der Dienstnehmer zusätzlich Zinsen vom Dienstgeber verlangen. Hiefür werden ihm in den meisten Fällen die erhöhten Zinsen¹⁶² gem § 49a ASGG zustehen, da ein Verstoß gegen das KautSchG wohl nur in Ausnahmefällen auf einer vertretbaren Rechtsansicht beruhen wird.

¹⁶² Das sind 8% pro Jahr über dem am Tag nach der Fälligkeit geltenden Basiszinssatz; dzt $1,88\% + 8\% = 9,88\%$.

§ 5

(1) Es ist verboten, in Druckwerken¹⁾ oder auf andere Art²⁾ eine Ankündigung über eine offene Stelle zu veröffentlichen, worin der Abschluß eines Dienstvertrages von der Leistung einer Kautions in einer nach diesem Gesetze nicht zulässigen Art oder von der Gewährung eines Darlehens oder von einer Beteiligung an dem Unternehmen des Dienstgebers mit einer Geldeinlage als stiller Gesellschafter abhängig gemacht wird³⁾.

(2) Es ist ferner verboten, eine Ankündigung über eine offene Stelle, worin der Abschluß eines Dienstvertrages von dem Besitz von Vermögen oder von der Leistung einer nach diesem Gesetze zulässigen Kautions abhängig gemacht wird, ohne Angabe des Vor- und Zunamens (der Firma) und der Anschrift des Dienstgebers, insbesondere bloß unter Chiffreanschrift oder unter Anschrift von Vermittlungsstellen (Anzeigenbureaus, Stellenvermittlungen und dergleichen), in Druckwerken oder auf andere Art zu veröffentlichen⁴⁾.

Übersicht zu § 5

Anmerkungen

Druckwerk	Erläuterung 1
Auf andere Art	Erläuterung 2
Verbotene Inserate	Erläuterung 3
Annoncen über lukrative (Neben)Jobs	Erläuterung 4

Anmerkungen

Druckwerk

1) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KautSchG war das sogenannte Preßgesetz¹⁶³ in Geltung. Es ist daher primär festzustellen, was der historische Gesetzgeber unter Druckwerken iSd § 5 Abs 1 KautSchG verstanden hat. Gem § 2 Abs 1 Preßgesetz versteht dieses Gesetz unter Druckwerken alle durch mechanische oder chemische Mittel vervielfältigten, zur Verbreitung bestimmten Schriften, Bilder und Tonwerke. Im Vergleich dazu versteht § 1

¹⁶³ Vgl Bundesgesetz vom 7. 4. 1922 über die Presse, BGBl 218/1922.

§ 5 Erl

Abs 1 Z 4 Mediengesetz¹⁶⁴ unter „Druckwerk“¹⁶⁵ ein Medienwerk, durch das Mitteilungen oder Darbietungen ausschließlich in Schrift oder in Standbildern verbreitet werden. Nach Z 3 leg cit ist ein Medienwerk ein zur Verbreitung an einen größeren Personenkreis bestimmter, in einem Massenherstellungsverfahren in Medienstücken vervielfältigter Träger von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt. Da auch das seinerzeitige Preßgesetz in § 3 vergleichbare Bestimmungen über die Verbreitung enthalten hat, ist von einem weitgehend identen Begriffsverständnis auszugehen.

Auf andere Art

2) Es werden nicht nur Druckwerke i.e.S., sondern auch alle anderen Medien erfasst, da § 5 Abs 1 allgemein von „auf andere Art ... veröffentlichen“ spricht. Obwohl dem historischen Gesetzgeber natürlich zahlreiche Medien der heutigen Zeit nicht bekannt waren, wollte er durch diese Generalklausel („oder auf andere Art“) bereits zukünftigen Entwicklungen und/oder erfinderischen Kautionschwindlern vorbeugen, um die Einhaltung des Gesetzes in jedem Falle zu garantieren. Es ist daher auch zulässig, den Medienbegriff des geltenden Mediengesetzes hier heranzuziehen, obwohl auch dieser nur ein Teil der Generalklausel („oder auf andere Art“) sein kann, da der Schutz des KautSchG allumfassend sein soll. Unter einem Medium versteht man gem § 1 Abs 1 Z 1 Mediengesetz¹⁶⁶ jedes Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder der Massenverbreitung. Es ist daher auch die Verbreitung im Internet verboten.

Verbotene Inserate

3) Erstens werden Ankündigungen in „Druckwerken oder auf andere Art“ untersagt, die den Abschluss eines Dienstvertrages entweder von der Leistung einer nach § 1 unzulässigen Kaution oder von der Gewährung eines Darlehensvertrages oder von der Beteiligung als stiller Gesellschafter an dem Unternehmen des Dienstgebers abhängig machen.

¹⁶⁴ Vgl BGBl 314/1981 idF 105/I/1997.

¹⁶⁵ Vgl Wittmann, Einführung in das Medienrecht (1981) 11 ff.

¹⁶⁶ BGBl Nr 314/181 idF BGBl I Nr 49/2005.

Zweitens dürfen Inserate, die diesen Vorschriften nicht widersprechen, also den Abschluss des Dienstvertrages von einer gesetzlich zulässigen Kautions- oder von dem Besitz von Vermögen abhängig machen, nur unter genauer Angabe des Namens, beziehungsweise der Firma und der Anschrift des Dienstgebers gemacht werden; anonyme Inserate, insbesondere solche unter Angabe der Chiffre oder einer Vermittlungsstelle sind verboten.

Während das Verbot kautionschutzgesetzwidriger Veröffentlichungen naheliegend ist, erscheint das Verbot bzw die Einschränkung des Abs 2 auf den ersten Blick nicht ganz einleuchtend. Der Gesetzgeber¹⁶⁷ erläutert dies jedoch sehr plakativ wie folgt: „Das Mittel, dessen sich Kautions- und Darlehensschwindler bedienen, um ihre Opfer anzulocken, besteht in aller Regel in Anzeigen in der Tagespresse, wobei meist mit Deckadressen und Chiffren gearbeitet oder die Adresse eines Vermittlungsbüros angegeben wird. Hiedurch wird es dem Stellensuchenden unmöglich gemacht, bevor er sich mit dem Inserierenden in Verbindung setzt, Erkundigungen über dessen Vertrauenswürdigkeit einzuziehen; wenn aber der Stellenwerber mit dem Inserierenden erst persönlich in Berührung getreten ist, gelingt es diesem durch falsche Vorspiegelungen leicht, sein Opfer in seine Netze zu locken. Namentlich unreelle Vermittlungsbüros haben auf diese Art dem Treiben der Kautionschwindler wiederholt Vorschub geleistet und hiedurch zahlreiche Personen geschädigt. § 5 des Entwurfes verbietet daher solche Ankündigungen anders als mit Nennung des vollen Namens und der Anschrift des Inserierenden zu veröffentlichen; damit dürfte dem Treiben dieser Leute ein Riegel vorgeschoben sein.“

Abs 2 hat also eine vorbeugende Funktion.

Annoncen über lukrative (Neben)Jobs

4) Das Erscheinungsbild derartiger Annoncen hat sich in den letzten 60 Jahren sicherlich verändert, doch ist das Grundproblem dasselbe geblieben, es sollen Arbeitsuchende angelockt und ihnen dann Geld herausgelockt werden. In den letzten Jahren sind immer wieder Stellenangebote über lukrative Jobs auf Bohrinseln in Tageszeitungen erschienen. Dabei musste der Stellenwerber Vorleistungen verschiedenster Art, meist jedoch in Form von Bargeld, erbringen. Dies steht jedoch im Widerspruch zu § 1 Abs 1 KautSchG und ist daher gem § 5 Abs 1 leg cit verboten.

¹⁶⁷ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

§ 6 Erl

§ 6

Aufgehoben; BGBl I 98/2001.

Anmerkungen

Da es sich bei den Anordnungen des § 6 um die Übergangsbestimmungen des KautSchG handelte, welche heute keinen Anwendungsbereich mehr fanden, wurde diese Bestimmung durch BGBl I 98/2001 ersatzlos aufgehoben.¹⁶⁸ Für historisch Interessierte darf auf die Erläuternden Bemerkungen zur Gesetzesvorlage der Bundesregierung im Anhang dieses Buches verwiesen werden.

¹⁶⁸ Vgl RV 621 BlgNR 21. GP, 88.

§ 7

(1) Wer sich entgegen den Bestimmungen des § 1 eine Kautionsbestellung bestellt, begeht eine Verwaltungsübertretung²⁾ und ist unbeschadet einer allfälligen strafgerichtlichen Verfolgung⁵⁾ von der Bezirksverwaltungsbehörde³⁾ mit einer Geldstrafe⁴⁾ bis zu 290 Euro zu bestrafen¹⁾.

(2) Der Versuch⁶⁾ ist strafbar.

idF BGBl I 98/2001

Übersicht zu § 7

Anmerkungen

Straftatbestand	Erläuterung 1
Verwaltungsübertretung	Erläuterung 2
Strafbehörde	Erläuterung 3
(Geld-)Strafraumen	Erläuterung 4
Strafgerichtliche Verfolgung	Erläuterung 5
Versuch	Erläuterung 6

Anmerkungen

Straftatbestand

¹⁾ Hinsichtlich der in § 7 Abs 1 KautSchG angeführten Straftatbestände darf auf die diesbezüglichen Ausführungen zu den §§ 1, 2, 3, 5 KautSchG verwiesen werden.

Hinzuweisen ist jedoch noch darauf, dass § 7 Abs 1 KautSchG Handlungsdelikte und Unterlassungsdelikte enthält. Die Verstöße gegen die §§ 2, 3, 5 sind Handlungsdelikte; Verstöße gegen § 1 können jedoch entweder Handlungs- oder Unterlassungsdelikte sein. Verboten ist nämlich, „sich eine Kautionsbestellung entgegen den Bestimmungen des § 1 bestellen zu lassen“. Wie bereits zu § 1 darauf hingewiesen wurde, darf sich ein Dienstgeber eine gesetzwidrige Kautionsbestellung weder von einem Dienstnehmer noch von einem Dritten bestellen lassen, auch wenn er dazu „verführt“ wird. Kommt der Vorschlag der gesetzwidrigen Kautionsbestellung von einem Dienstnehmer oder Dritten ohne aktives Zutun des Dienstge-

§ 7 Erl

bers, und nimmt der Dienstgeber eine solche Kautions an, so wird ein Unterlassungsdelikt vorliegen, da der Dienstgeber seine ihm von § 1 KautSchG auferlegte Pflicht („darf sich nicht bestellen lassen“) verletzt hat. Verlangt der Dienstgeber hingegen aktiv die Bestellung einer gesetzwidrigen Kautions, so liegt eindeutig ein Handlungsdelikt vor. Da § 1 Abs 1 VStG¹⁶⁹ eine Handlung oder Unterlassung grundsätzlich gleichstellt, hat diese Unterscheidung zwar auf die Strafbarkeit keine, jedoch auf das Strafausmaß (§§ 19 ff VStG) eine Auswirkung.

Verwaltungsübertretung

2) Unter Verwaltungsübertretung versteht man im allgemeinen eine von einem Menschen gesetzte, grundsätzlich verbotene Tat (§ 1 Abs 1 VStG), die im Zustand der Zurechnungsfähigkeit (§ 3 VStG) mit Verschulden (§§ 5 f VStG) begangen wurde, sofern sie nicht (ausnahmsweise) vom Gesetz geboten oder erlaubt ist (§ 6 VStG); weiters ergibt sich, dass die verbotene schuldhaft Tat mit Strafe bedroht (§ 1 Abs 1 VStG), dh zu ahnden (Art VI Art 3 EGVG) sein muss, um eine Verwaltungsübertretung zu bilden.¹⁷⁰

Hinsichtlich des Verwaltungsstrafverfahrens ist das Verwaltungsstrafgesetz – VStG 1950¹⁷¹ anzuwenden.

Strafbehörde

3) Strafbehörde ist gem § 7 Abs 1 KautSchG iVm § 26 Abs 1 VStG in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörde. Gegen ein Straferkenntnis kann der Beschuldigte innerhalb von 2 Wochen Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat erheben (§ 51 VStG).

Nach § 27 Abs 1 VStG ist die Bezirksverwaltungsbehörde örtlich zuständig, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist; dies gilt auch dann, wenn der zum Tatbestand gehörige Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist.¹⁷²

¹⁶⁹ Vgl BGBl 1991/52 idF BGBl 5/2008.

¹⁷⁰ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸ (2003) Rz 723 ff.

¹⁷¹ Vgl BGBl 172/1950.

¹⁷² Vgl VwSlg NF 9443 A.

(Geld-)Strafrahmen

4) Die ursprüngliche maximale Höhe der Strafe betrug 2000 S und wurde durch das Bundes-Verwaltungsstraferrhöhungsgesetz, BGBl 50/1948, auf 4000 S verdoppelt. Mit dem 1. Euro-Umstellungsgesetz¹⁷³ wurde der Strafrahmen auf bis zu 290 Euro geändert.

Gem § 13 VStG beträgt die geringste Geldstrafe 7 Euro. Bei der Strafbemessung sind die §§ 19 ff VStG anzuwenden. Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat (§ 19 Abs 1 VStG). Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Schutzzweck des KautSchG ist der Schutz vor Kautionschwindlern, welche Dienstnehmer oder Dritte, welche den Dienstnehmer unterstützen, um ihr Geld bringen. Verstößt ein Dienstgeber zwar gegen eine Bestimmung des KautSchG, kann er aber dem Dienstnehmer oder Dritten die Kautions, das Darlehen oder die Geschäftsbeteiligung zurückzahlen, so ist die Tat zwar iSd VStG zu bestrafen, die Strafhöhe wird jedoch geringer ausfallen, da kein materieller Schaden eingetreten ist.

Strafgerichtliche Verfolgung

5) Durch die Novelle BGBl I Nr 98/2001 wurde die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens gestrichen. Gegen derartige Freiheitsstrafen wurden in der ersten Auflage dieses Buches auch verfassungsrechtliche Bedenken we-

¹⁷³ BGBl I Nr 98/2001.

§ 7 Erl

gen Verstoßes gegen die Art 5, 6 MRK¹⁷⁴ angemerkt. Unabhängig davon ist es jedoch möglich, dass im Rahmen der Bestellung einer Kautions Tatbestände des Strafgesetzbuches, insbesondere Veruntreuung (§ 133 StGB), Unterschlagung (§ 134 StGB), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), verwirklicht werden können. Diese sind dann beim Strafgericht mit der Verhängung von Geld- und/oder Freiheitsstrafen abzuhandeln.

Versuch

6) § 7 Abs 2 KautSchG bestimmt, dass auch der Versuch strafbar ist. Der demzufolge anwendbare § 8 Abs 1 VStG bestimmt, dass der Strafe unterliegt, wer vorsätzlich eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternimmt. Nach Abs 2 *leg cit* wird wegen Versuches nicht bestraft, wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder verhindert oder den Erfolg abwendet.

Der in Abs 2 angeführte Rücktritt vom Versuch kommt nur solange in Betracht, als der Tatbestand der Verwaltungsübertretung noch nicht erfüllt ist. Unter einem Aufgeben der Ausführung aus „freien Stücken“ ist eine ohne den Einfluss äußerer Umstände eintretende (autonome) Sinnesänderung – nicht notwendig „Reue“ – zu verstehen.¹⁷⁵

Der Versuch im Rahmen der möglichen Verwaltungsübertretungen des KautSchG ist zB „vollendet“, wenn ein Dienstgeber von einem Dienstnehmer eine Kautions entgegen § 1 oder ein Darlehen etc iSd § 3 verlangt und dieser ablehnt. Sobald der Dienstnehmer die gesetzwidrige Kautions bestellt, ist die Verwaltungsübertretung vollendet.

¹⁷⁴ Vgl *Kopetzki*, Zur Anwendbarkeit des Art 6 MRK im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren, *ZaöRV* 1982, 1 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 759; *Dietrich*, Verwaltungsfreiheitsstrafen im Lichte der Menschenrechtskonvention, *ÖJZ* 1962, 347; *Schantl/Welan*, Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention, *ÖJZ* 1970, 623; *EMRK* 15. 12. 1961, Z 1047/61; *EKMR* v 18. 12. 1963, Nr 1452/1962; *VfSlg* 5021, 6552, 7210.

¹⁷⁵ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ (2003) Rz 765.

§ 8

(1) Unter Dienstverträgen¹⁾ 4–14)²⁰⁾ versteht dieses Gesetz auch Lehr-²⁾, Praktikanten- und Volontärverträge³⁾.

(2) Dieses Gesetz findet auf die Arbeitsverhältnisse der Heimarbeiter und der Zwischen(Stück)meister (§ 1, lit a und b, des Gesetzes über die Regelung der Arbeits- und Lohnverhältnisse in der Heimarbeit, StGBI Nr 140/1918) sinngemäße Anwendung^{15–19)}.

Übersicht zu § 8

A	Judikatur	E 1. bis E 53.
B	Kommentar	
	Dienstnehmer	Erläuterung 1
	Lehrlinge	Erläuterung 2
	Volontär, Praktikant	Erläuterung 3
	Bundesbeamte	Erläuterung 4
	Bundesvertragsbedienstete	Erläuterung 5
	Landes- und Gemeindebeamte	Erläuterung 6
	Landes- und Gemeindevertragsbedienstete ..	Erläuterung 7
	Strafgefangene	Erläuterung 8
	Geringfügig Beschäftigte	Erläuterung 9
	Leiharbeitnehmer	Erläuterung 10
	ausländische Arbeitnehmer	Erläuterung 11
	leitende Angestellte	Erläuterung 12
	Arbeitnehmer während des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes, Mutterschutzes, der Karenz	Erläuterung 13
	Probezeit, Befristung	Erläuterung 14
	Werkvertragsnehmer	Erläuterung 15
	freier Dienstvertrag	Erläuterung 16
	arbeitnehmerähnliche Personen	Erläuterung 17
	Organmitglieder (gesetzliche Vertreter)	Erläuterung 18
	Heimarbeiter	Erläuterung 19
	Dienstgeber	Erläuterung 20

§ 8 Erl

A Judikatur

E 1. Das KautSchG findet auch auf arbeitnehmerähnliche Personen (Handelsvertreter) Anwendung (OLG Innsbruck 25. 6. 1991, ARD 4399/11/92 = ZASB 1992, 6; ArbG Wien 31. 3. 1971, SozM I A/e, 911 f = Arb 10930).

E 2–47 zur Arbeitnehmerähnlichkeit:

E 2. Der Umstand, dass Markthelfer eine eigene Lizenz haben und einkommensteuerepflichtig sind, steht im Falle ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit der Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nicht entgegen (LGZ Wien 12. 11. 1952, Arb 5558).

E 3. Eine im Rahmen der Nachbarschaftshilfe geleistete Tätigkeit, wie die freiwillige Mitwirkung an dem Wiederaufbau eines Hauses, begründet weder ein Dienst- noch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis und daher auch nicht die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes für die daraus entstehenden Streitigkeiten (OGH 17. 3. 1954, 1 Ob 95/54, Arb 5951).

E 4. Auch Unternehmer können bei wirtschaftlicher Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sein; dies ist insbesondere – nach Maßgabe des Tankstellenvertrages – bei dem Pächter einer Treibstofftankstelle möglich (OGH 17. 7. 1954, Arb 6056).

E 5. Ob eine Person als „arbeitnehmerähnlich“ im Sinne des § 2 Abs 1 ArbGG anzusehen ist, darf nur nach der wirtschaftlichen Unselbständigkeit beurteilt werden; auf den Inhalt der ausgeübten Tätigkeit kommt es dabei nicht an. Daher kann auch die Tätigkeit als Steuer- und Wirtschaftsberater in einer arbeitnehmerähnlichen Stellung ausgeübt werden.

Kriterien für die „Arbeitnehmerähnlichkeit“ iSd § 2 Abs 1 ArbGG sind insbesondere der Mangel einer eigenen Betriebsstätte, die längere Dauer der Beschäftigung, die in regelmäßigen Zeitabständen vorgenommene Honorierung; eine vorübergehende Nebenbeschäftigung für andere Personen schließt die Arbeitnehmerähnlichkeit nicht aus (OGH 21. 12. 1954, 4 Ob 180/54, Arb 6138).

E 6. Zur Begründung eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses ist weder erforderlich, dass der Beschäftigte in einen Betrieb eingeordnet wird, einer Überwachung oder Anleitung bedarf

oder Betriebsmittel zur Verfügung gestellt bekommt, noch dass derjenige, der ihn beschäftigt, ein selbständiger Unternehmer ist; es genügt, dass durch längere Zeit auftragsgemäß die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird (OGH 6. 9. 1955, 4 Ob 145/55, Arb 6305).

E 7. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit einer Person ist iSd § 2 ArbGG als das Kriterium der Arbeitnehmerähnlichkeit anzusehen. Ein Werkstudent, der für einen Unternehmer fallweise Autofahrten gegen Pauschalhonorar unternimmt, steht zwar zu diesem nicht in einem Dienstverhältnis, ist aber wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen (OGH 12. 12. 1956, Arb 6559).

E 8. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ist bei sozialer Schutzbedürftigkeit nicht eng auszulegen. Soziale Schutzbedürftigkeit ist auch bei gutem Verdienst anzunehmen, wenn der Erwerbstätige ausschließlich von dem einen in Betracht kommenden Einkommen abhängig ist. Für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage nach § 2 ArbGG ist das Fehlen der für einen Dienstvertrag wesentlichen Merkmale unmaßgeblich; entscheidend ist vielmehr das Merkmal der wirtschaftlichen – wenn auch nicht persönlichen – Abhängigkeit von bestimmten, wenn auch mehreren, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Zahl von Unternehmern (OGH 23. 10. 1962, 4 Ob 106/62, Arb 7641).

E 9. Unter wirtschaftlicher Unselbständigkeit iSd § 2 Abs 1 ArbGG ist wirtschaftliche Abhängigkeit zu verstehen. Eine solche ist vor allem dann gegeben, wenn eine Regelmäßigkeit der erbrachten Arbeitsleistung gegeben ist und der Auftragnehmer in einem ständigen Verhältnis zu seinem Auftraggeber steht.

Sie wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Auftragnehmer Student ist und von seinem Vater während der Zeit, in der er keine Arbeitsleistung erbringt, einen ausreichenden Unterhalt erhält (LGZ Wien 22. 11. 1963, Arb 7883).

E 10. Unter wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 2 ArbGG ist nicht zu verstehen, dass der Dienstnehmer ohne den Bestand des Auftragsverhältnisses nicht bestehen könnte; sie ist schon dadurch gegeben, dass die Arbeit nicht in einem selbständigen Betrieb des Arbeitenden geleistet wird, sondern in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke eines anderen. Von einer wirtschaftlichen

§ 8 Erl

Abhängigkeit kann auch bei einem nur geringfügigen Einkommen aus der betreffenden Tätigkeit gesprochen werden.

Unterscheidet sich die Stellung eines Handelsvertreters von der eines angestellten Agenten nur durch das Fehlen eines Fixums, durch eine gewisse Großzügigkeit in der Einteilung seiner Arbeitszeit oder durch das Fehlen der Berichtspflicht, so kann von einem selbständigen Unternehmer nicht mehr die Rede sein; er steht einem Arbeitnehmer jedenfalls näher. Die längere Dauer eines Auftragsverhältnisses (über drei Jahre) spricht für die Arbeitnehmerähnlichkeit und gegen die Stellung als selbständiger Unternehmer (OGH 29. 6. 1965, 4 Ob 77/65, Arb 8102).

E 11. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis vorliegt, kommt es weder auf die rechtliche Natur des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses, noch auf die steuerliche oder sozialrechtliche Behandlung, noch auch auf die sonstige wirtschaftliche Lage des Beschäftigten, sondern lediglich darauf an, ob er in Bezug auf die ausgeübte Beschäftigung in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum eingeschränkt ist, so dass er – wie zB beim Betrieb einer Tankstelle – wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen ist (OGH 16. 11. 1965, 4 Ob 118/65, Arb 8159).

E 12. Ein freier Gelegenheitsvermittler steht nicht in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis iSd § 2 Abs 1 ArbGG (LGZ Graz 18. 3. 1966, Arb 8214).

E 13. Für Streitigkeiten aus sogenannter Nachbarschaftshilfe sind die Arbeitsgerichte nicht zuständig (OGH 12. 12. 1966, 4 Ob 86/66, Arb 8330).

E 14. Wird eine journalistische Tätigkeit Jahre hindurch nahezu ausnahmslos für einen Verlag erbracht, wobei die Entlohnung in Form eines monatlich fälligen Pauschalhonorars und einer pauschalierten Spesenvergütung erfolgt und die Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist vereinbart wird, so liegt zumindest ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis iSd § 2 Abs 1 ArbGG vor (LGZ Wien 4. 1. 1967, Arb 8333).

E 15. Bei der Beurteilung der Frage nach der Arbeitnehmerähnlichkeit kommt es weder auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses noch auf die Möglichkeit einer anderen geschäftlichen Betätigung, sondern vielmehr darauf an, dass der betreffenden

Person in Bezug auf den Betrieb des Beschäftigungsgebers die wirtschaftliche Unabhängigkeit in einem solchen Ausmaß mangelt, dass von einem selbständigen Unternehmer nicht mehr gesprochen werden kann (OGH 19. 1. 1967, 4 Ob 95/66, Arb 8338).

E 16. Bei der Prüfung der Frage nach der wirtschaftlichen Unselbständigkeit dürfen nicht die einzelnen Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, voneinander losgelöst, sondern müssen vielmehr in ihrer Gesamtheit betrachtet werden.

Kriterium der Arbeitnehmerähnlichkeit ist in erster Linie die wirtschaftliche Unselbständigkeit. Dass diese nur dann anzunehmen sei, wenn kein Unternehmerrisiko getragen werde, kann dem Gesetz nicht entnommen werden (OGH 17. 10. 1967, 4 Ob 80/67, Arb 8468).

E 17. Für die Annahme der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, welche der wirtschaftlichen Abhängigkeit gleichzusetzen ist, kommt es weder auf den Inhalt der Tätigkeit noch auf die Einordnung in einen Betrieb, weder auf die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung, noch auf die Zurverfügungstellung der Betriebsmittel an. Hingegen bilden der Mangel einer eigenen Betriebsstätte und vor allem die längere Dauer der Beschäftigung sowie eine in regelmäßigen Zeitabständen erfolgende Entlohnung signifikante Merkmale für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis.

Wirtschaftliche Unselbständigkeit ist gegeben bei einem auf Dauer abgestellten Vertrag, der nur durch Kündigung langfristig auflösbar ist, bei garantierter pauschalierter Umsatzprovision, bei bis zu den Telefonspesen reichendem Ersatz aller Barauslagen (einschließlich Pkw und Repräsentationsspesen) sowie bei einer Konkurrenzklausele. Das Fehlen eines Gewerbescheines ist bedeutungslos (LGZ Wien 5. 4. 1968, Arb 8510).

E 18. Ein Anspruch auf Entlohnung für die Mitarbeit der Lebensgefährtin in der Hauswirtschaft und im Betrieb des Lebensgefährten besteht nur dann, wenn eine Entlohnung ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert war. Es genügt dabei allerdings, dass sich beide Teile darüber im klaren waren, dass die Dienstleistung nur dann unentgeltlich erbracht zu gelten hat, wenn es in der Folge zur Eheschließung kommt und diese Bedingung nicht eintritt oder wenn die Dienste nur unter der Bedingung einer späteren letzt-

§ 8 Erl

willigen Zuwendung vorläufig unentgeltlich geleistet wurden oder wenn sonst ein Entgelt ausdrücklich oder schlüssig vorbehalten war.

Unter diesen Voraussetzungen kann zwischen Lebensgefährten, besonders dann, wenn die Lebensgefährtin in der Landwirtschaft des Mannes mitgeholfen hat, ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis iSd § 2 Abs 1 ArbGG bestehen (OGH 30. 8. 1972, 1 Ob 188/72, Arb 9031; vgl auch OGH 28. 5. 1974, 4 Ob 538/74, Arb 9235).

E 19. Auch ein Subunternehmer kann wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit eine arbeitnehmerähnliche Person iSd § 2 ArbGG sein (OGH 7. 11. 1972, 4 Ob 592/72, Arb 9043).

E 20. Durch die einmalige, über ein Wochenende vorgesehene Mitwirkung eines Fotomodells an der Herstellung von Werbefotografien wird kein Dienstverhältnis begründet.

Ein solches Fotomodell ist auch nicht als arbeitnehmerähnlich iSd § 2 Abs 1 ArbGG anzusehen (OGH 18. 4. 1974, 7 Ob 61/74, Arb 9227).

E 21. Ein Handelsvertreter, der seine berufliche Tätigkeit so organisiert hat, dass diese Organisation als Unternehmen angesehen werden kann, fällt nicht unter § 2 Abs 1 ArbGG; dagegen können diejenigen selbständigen Handelsvertreter, die sich von angestellten Vertretern im wesentlichen nur dadurch unterscheiden, dass sie keinen Anspruch auf ein Fixum haben und dass ihnen keine bestimmte Einteilung der Arbeit nach Zeit und Ort der Ausübung sowie keine Pflicht zur Berichterstattung auferlegt ist, nicht als selbständige Unternehmer gewertet werden.

Wesentlich ist die faktische wirtschaftliche Abhängigkeit von bestimmten, wenn auch mehreren, nicht aber von einer unbegrenzten, ständig wechselnden Anzahl von Unternehmen. Eine solche Abhängigkeit ist vor allem dann anzunehmen, wenn es sich um eine gewisse Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung handelt und der Handelsvertreter auf das für diese Tätigkeit geleistete Entgelt zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist.

Die Tatsache, dass ein Handelsvertreter 28 Monate lang regelmäßig für ein Unternehmen tätig ist, ist ein gewichtiges Indiz für die Arbeitnehmerähnlichkeit seiner Stellung, auch wenn er daneben für ein weiteres Unternehmen arbeitet und dort sogar ein höheres Monatseinkommen erzielt.

Wirtschaftliche Unselbständigkeit iSd § 2 Abs 1 ArbGG – die in dieser Hinsicht verschiedene Grade wirtschaftlicher Unterordnung erreichen kann – kann nicht nur bei völligem Fehlen eines Unternehmerrisikos angenommen werden.

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ist gerade bei sozialer Schutzbedürftigkeit nicht eng auszulegen, welche Voraussetzung aber bei einem für bestimmte Auftraggeber regelmäßig tätigen Handelsvertreter schon dann anzunehmen ist, wenn er von diesen Einkünften seinen Lebensunterhalt bestreiten muss (OGH 14. 1. 1975, 4 Ob 80/74, Arb 9315; vgl auch OGH 29. 4. 1975, 4 Ob 20/75, Arb 9347; OGH 7. 10. 1975, 3 Ob 108/75, Arb 9400; OGH 5. 12. 1978, 8 Ob 569/78, Arb 9747; OGH 18. 2. 1981, 3 Ob 599/80, Arb 9944).

E 22. Unter wirtschaftlicher Abhängigkeit iSd § 2 ArbGG ist nicht etwa zu verstehen, dass der Arbeitende ohne den Bestand des Auftragsverhältnisses nicht bestehen könnte; sie ist vielmehr schon dann gegeben, wenn die Arbeit nicht in einem selbständigen Betrieb des Arbeitenden geleistet wird, sondern in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke eines anderen.

Werden einem Arzt auf Grund eines besonderen Vertrages zur Führung einer eigenen Ambulanz in einer Klinik das gesamte Personal und sämtliche Betriebsmittel beigestellt, während er bloß seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, wobei deren Einsatz auf den in den Gesamtorganismus der Klinik eingebauten Ambulanzbetrieb und dessen Erfordernisse abgestimmt ist, kommt ferner das Arbeitsergebnis des Labors dieser Ambulanz – abgesehen von den Honoraren der Privatpatienten des Arztes – der Klinik zugute, so erscheint seine Stellung unter Berücksichtigung einer gewissen Dauer der Arbeitstätigkeit und der Art der Beendigung derselben (Untersagung durch Klinikvorstand) nach dem Gesamtbild – ungeachtet einer weitgehend freien Entscheidung in fachärztlichen Fragen und einer gewissen Dispositionsbefugnis – der eines Angestellten in gehobener Position oder eines in einem freien Dienstverhältnis tätigen Arztes ähnlicher als der eines Unternehmers, so dass eine diesbezügliche Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich iSd § 2 Abs 1 ArbGG zu werten ist (OGH 30. 1. 1975, 6 Ob 8/75, Arb 9317).

E 23. Das entscheidende Merkmal für die Annahme einer Arbeitnehmerähnlichkeit iSd § 2 Abs 1 zweiter Satz, zweiter Halbsatz, ArbGG ist – neben der wirtschaftlichen Abhängigkeit – die

§ 8 Erl

Fremdbeziehung der Arbeit, dh der wirtschaftliche Erfolg muss dem Unternehmer zukommen, in dessen wirtschaftlicher Abhängigkeit sich die arbeitnehmerähnliche Person befindet. Davon kann aber keine Rede sein, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Arbeit mehrerer Gesellschafter ihnen selbst zukommt (OGH 24. 4. 1975, 7 Ob 72/75, Arb 9346).

E 24. Arbeitnehmerähnlichkeit kann auch dann gegeben sein, wenn die vertraglichen Beziehungen zwischen den Streitteilen als Werkvertrag zu beurteilen sind.

Haben die Mitglieder einer Musikkapelle, wenn auch durch einen von ihnen als Vertreter, eine Vereinbarung mit einem Lokalbesitzer getroffen, wonach diesem ihre Arbeitskraft für drei Tage während der Weihnachtszeit zur Verfügung stehen und der Entgeltanspruch den einzelnen Mitgliedern direkt gegen den Lokalbesitzer und nicht etwa gegen ihren Vertreter zustehen sollte, so ist ihre Stellung der eines in den Betrieb – wenn auch nur kurzfristig – eingegliederten unselbständigen Arbeitnehmers wesentlich näher als der eines selbständigen, im Rahmen eines eigenen Betriebs tätigen Unternehmers, weshalb für Streitigkeiten aus diesem Vertrag, wozu auch solche wegen seiner Nichteinhaltung gehören, gemäß § 2 Abs 1 Satz 2 ArbGG die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes gegeben ist (OGH 21. 10. 1975, 4 Ob 62/75, Arb 9405).

E 25. Bei einem Tankstellenverwalter ist die für die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses maßgebende wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben.

Der Begriff „für Rechnung anderer“ iSd § 2 ArbGG ist nicht in dem strengen Sinn aufzufassen, wie er etwa dem § 383 HGB zugrunde liegt, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, dass die arbeitnehmerähnliche Person nicht der eigentliche Unternehmer ist, dass sie kein Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinn trägt und dass ihr Arbeitsergebnis vom Auftraggeber im Rahmen seines Unternehmens verwertet wird (OGH 6. 4. 1976, 4 Ob 25/76, Arb 9466).

E 26. Wirtschaftliche Abhängigkeit iSd § 2 Abs 1 ArbGG ist vor allem dann gegeben, wenn eine gewisse Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung vorliegt und die betreffende Person auf die Entlohnung zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angewiesen ist. Die Höhe des Entgelts ist für die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht entscheidend.

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ist bei sozialer Schutzbedürftigkeit, die besonders dann gegeben ist, wenn der Beschäftigte ausschließlich von dem einen in Betracht kommenden Unternehmen abhängig ist, nicht eng auszulegen.

Mitentscheidend ist auch der Umstand, ob der Beschäftigte in Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit in seiner eigenen Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt ist, so dass von einem selbständigen Unternehmer nicht mehr gesprochen werden kann.

Auch rechtlich selbständige Unternehmer können bei wirtschaftlicher Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen angesehen werden.

Alle diese Umstände sind im Gesamten und nicht etwa voneinander losgelöst zu beurteilen.

Ist ein Frachtführer vertraglich verpflichtet, die ihm von einem Unternehmer erteilten Frachtaufträge jeweils durchzuführen und zu diesem Zweck ständig und ausschließlich sein Zugfahrzeug bereit zu halten, bezieht er keine anderen Einnahmen, richtet sich sein Entgelt für die ihm aufgetragenen Fahrten nach den Straßenkilometern und bestimmt der Umfang der ihm vom Vertragspartner erteilten Frachtaufträge den Umfang seiner Tätigkeit und seines Einkommens, so liegt wirtschaftliche Abhängigkeit vor (OGH 21. 9. 1976, 4 Ob 92/76, Arb 9518; vgl auch OGH 24. 9. 1981, 7 Ob 692/81, Arb 10019).

E 27. Für die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses ist in erster Linie eine entsprechende wirtschaftliche Unselbständigkeit und Abhängigkeit entscheidend. Daneben ist die Fremdbestimmung der Arbeit von wesentlicher Bedeutung.

Handelt es sich nur um eine vorübergehende Nebenbeschäftigung für andere Personen, so schließt dies zwar die Arbeitnehmerähnlichkeit nicht aus, nimmt aber der Tätigkeit doch die für ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis im allgemeinen charakteristische Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung.

Die wirtschaftliche Unselbständigkeit ist nicht schon daraus abzuleiten, dass der Unternehmer für den verhältnismäßig kurzen Zeitraum der Auftragsausführung nicht anderweitig beschäftigt war und in dieser Zeit seinen Lebensunterhalt aus dem Entgelt für das hergestellte Werk bestritten hat.

Zwischen dem Auftraggeber einerseits und dem Organisator einer „Pfuschartie“ und dessen Mitarbeiter andererseits entsteht

§ 8 Erl

kein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis iSd § 2 Abs 1 zweiter Satz ArbGG (OGH 5. 7. 1977, 5 Ob 619/77, Arb 9600).

E 28. Auch bei Vorliegen eines Werkvertrages kann eine arbeitnehmerähnliche Stellung desjenigen, der die Arbeit leistet, angenommen werden, wenn dieser als wirtschaftlich unselbständig anzusehen ist. Diese Voraussetzung kann angenommen werden, wenn derjenige, der die Arbeit leistet, ohne selbst Inhaber eines Unternehmens zu sein, nur die Arbeitsleistung erbringt, während die sonstigen zur Herstellung des Werkes erforderlichen unternehmerischen Leistungen vom Vertragspartner erbracht werden.

Kommt die Stellung des die Arbeit Leistenden der eines selbständigen Unternehmers näher als jener eines in dem Betrieb des Leistungsempfängers eingegliederten unselbständigen Arbeitnehmers, so ist die Arbeitnehmerähnlichkeit iSd § 2 Abs 1 ArbGG zu verneinen (OGH 11. 10. 1977, 4 Ob 134/77, Arb 9628).

E 29. Bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit kommt es weder auf die rechtliche Natur des zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses noch auf die steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder auf die sonstige wirtschaftliche Lage des Beschäftigten an. Entscheidend ist vielmehr, ob der betreffende Beschäftigte in Bezug auf seine Tätigkeit in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist.

Der Begriff „für Rechnung anderer Personen“ ist dabei nicht etwa in dem strengen Sinn des § 383 HGB aufzufassen, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, dass die arbeitnehmerähnliche Person nicht der eigentliche Unternehmer ist, dass sie kein Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinn trägt und dass ihr Arbeitsergebnis vom Auftraggeber im Rahmen seines Unternehmens verwertet wird.

Personen, die auf Grund sogenannter „Franchise-Verträge“ ein Geschäft betreiben, sind als arbeitnehmerähnlich iSd § 2 Abs 1 ArbGG anzusehen (OGH 12. 11. 1979, 4 Ob 68/79, Arb 9829).

E 30. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit iSd § 2 Abs 1 ArbGG setzt nicht voraus, dass der Handelsvertreter keinerlei Unternehmerrisiko trägt.

Wirtschaftliche Abhängigkeit wird daher durch die Verpflichtung eines Handelsvertreters zur Unterhaltung einer eigenen Verkaufsorganisation sowie ein sich daraus ergebendes, durch die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung gewisser Gemein-

kosten ohnedies abgeschwächtes Unternehmerrisiko nicht beseitigt.

Auch die Kaufmannseigenschaft eines Handelsvertreters schließt seine wirtschaftliche Abhängigkeit ebensowenig aus wie die Höhe seines Entgelts, die Freizügigkeit in der Einteilung der Arbeit oder die Tatsache einer von ihm mit sofortiger Wirkung vorgenommenen Vertragsauflösung (OGH 25. 3. 1980, Arb 9864).

E 31. Tankstellenverwalter (Tankstellenpächter) sind arbeitnehmerähnlich, und zwar auch dann, wenn sie Waren im eigenen Namen und für eigene Rechnung verkaufen können, sofern sie nicht der eigentliche Unternehmer sind, kein Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinn tragen und das Arbeitsergebnis vom Auftraggeber im Rahmen seines Unternehmens verwertet wird. Daran ändert auch nichts, wenn der Unternehmergewinn aus einem im Rahmen des Tankstellenübereinkommens gewährten Nachfolge- und Servicegeschäft, für das Bezugsverpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber bestehen, gleich hoch ist wie jener aus dem Treibstoff- und Mineralölprodukteverkauf (OGH 9. 7. 1980, Arb 9887).

E 32. Eine „Direktrice“, die regelmäßig, und zwar zweimal im Jahr durch jeweils sechs bis sieben Wochen, für einen Unternehmer arbeitet, daraus rund ein Viertel ihres gesamten Erwerbseinkommens erzielt und damit ihren Lebensunterhalt zu einem sehr erheblichen Teil aus diesen Einkünften bestreitet, ist als arbeitnehmerähnlich anzusehen (OGH 10. 1. 1984, 4 Ob 191/82, Arb 10310).

E 33. Kann ein Christbaumverkäufer aus der periodischen, nur wenige Wochen im Jahr dauernden Tätigkeit seinen Lebensunterhalt nur zu einem verhältnismäßig geringen Teil decken, darf er während eines Teiles der Arbeitszeit auch die selbständigen wirtschaftlichen Interessen seiner Schwiegertochter mitverfolgen (die Bäume sind sowohl für die Schwiegertochter als auch für den Arbeitgeber gemeinsam geschlägert worden), setzt er bei seinen Arbeiten auch andere Personen (Familienangehörige) ein, ist nicht zur Sozialversicherung angemeldet und mit einem – von der Dauer der Arbeitszeit weitgehend unabhängigen – Pauschalbetrag entlohnt worden, liegt keine persönliche Abhängigkeit des Christbaumverkäufers vor.

§ 8 Erl

Auf solche arbeitnehmerähnliche Personen findet daher ein Kollektivvertrag keine Anwendung (OGH 8. 2. 1989, 9 Ob A 43/89, ARD 4075/38/89 = infas 1990, A 7).

E 34. Hilft jemand bei der Schlägerung von Christbäumen, verkauft sie und erbringt diese Arbeiten weder in wirtschaftlicher noch in persönlicher Abhängigkeit, weil er neben dieser Saisonarbeit einen Arbeitsplatz hat, kann weder ein Dienstverhältnis noch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zum Waldbesitzer angenommen werden.

Im Rahmen der Privatautonomie ist jedem freigestellt, welche Vereinbarung über die Entlohnung einer Tätigkeit getroffen wird; auch Unentgeltlichkeit kann vereinbart werden. Besteht die Gegenleistung für die Mithilfe beim Verkauf von Christbäumen vereinbarungsgemäß in der Mithilfe des Unterstützten bei der Besorgung und dem Transport anderer Christbäume für eine Verwandte des Helfenden, ist die Vereinbarung, dass die Gegenleistung wirtschaftlich nicht dem Leistenden, sondern einem seiner Angehörigen zugute kommen soll, im Rahmen des familienrechtlichen Naheverhältnisses durchaus nicht unüblich (OLG Wien 4. 12. 1989, ARD 4148/21/90).

E 35. Auch Geschäftsführer einer GmbH sowie die vertretungsbefugten Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften sind nach § 51 Abs 3 Z 2 ASGG Arbeitnehmer im Sinne des ASGG, sollten sie in einem Dienstverhältnis stehen oder – insbesondere bei Vorliegen eines freien Dienstvertrages – unter den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen fallen, wofür das Kriterium der wirtschaftlichen Unselbständigkeit maßgeblich ist.

Eine solche Unselbständigkeit ist auch dann gegeben, wenn der Geschäftsführer in anderen Belangen durchaus wirtschaftlich selbständig ist (vgl: ein Arzt erbringt Leistungen als Betriebsarzt mit freiem Dienstvertrag und betreibt auch eine selbständige Arztpraxis). Die wirtschaftliche Unselbständigkeit des zur Arbeit Verpflichteten ist in Bezug auf den betreffenden Auftraggeber (Arbeitgeber) und nicht allgemein zu prüfen. Entscheidend sind das durch den schuldrechtlichen Vertrag näher bestimmte Rechtsverhältnis und die sich für den zur Arbeit Verpflichteten daraus ergebenden Rechte und Pflichten (OGH 14. 2. 1990, 9 Ob A 41/90, ARD 4212/17/90 = ecolex 1990, 434 = infas 1991, A 123).

E 36. Bei Vermittlung von Versicherungsverträgen auf Provisionsbasis auf Grund eines eigenen Gewerbescheines ohne Einschränkungen hinsichtlich Umfang, Ort und Zeit der Tätigkeit, ohne Gebietsschutz und ohne Konkurrenzklausele oder Konkurrenzverbot, wobei Tätigkeiten für andere Auftraggeber und Werbung in eigenem Namen erlaubt sind, weder Berichtspflicht noch Weisungsgebundenheit bestehen und die Sachmittel vom Versicherungsvertreter ohne Spesenersatz beizustellen sind, ist Arbeitnehmerähnlichkeit nicht gegeben, auch wenn der Versicherungsvertreter ausschließlich für einen Auftraggeber tätig ist (OGH 11. 9. 1991, ARD 4305/18/91).

E 37. Wird ein ohne persönliche Abhängigkeit und weisungsungebundener Beschäftigter regelmäßig mit der Ausführung bestimmter Arbeiten betraut, wobei er die Arbeiten ausschließlich für einen Auftraggeber ausführt und dieser in der Regel auch das Material einkauft, ist er arbeitnehmerähnlich.

Dass der Beschäftigte lediglich bei Bedarf eingesetzt wird und sich auch mit gelegentlichen anderen Arbeiten einen weiteren Verdienst schafft, spricht nicht gegen die Arbeitnehmerähnlichkeit, ebenso wenig wie der Umstand, dass der Beschäftigte Rechnungen mit eigener Firmenstampiglie ausfertigt, wenn dem Auftraggeber bekannt ist, dass der Beschäftigte keine Gewerbeberechtigung hat und die Rechnung nur den Zweck hat, die ausbezahlten Beträge in der Buchhaltung „unterzubringen“ (OGH 23. 10. 1991, 9 Ob A 200/91, ARD 4325/17/91 = infas 1992, A 45 = RZ 1993/26).

E 38. Die Tätigkeit als Prokurist und gewerberechlicher Geschäftsführer auf Grund eines Dauerschuldverhältnisses ist zumindest arbeitnehmerähnlich (OGH 2. 9. 1992, 9 Ob A 160/92, ARD 4471/13/93).

E 39. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Anteil von 95 Prozent am Stammkapital kann nicht als Arbeitnehmer oder als Person in arbeitnehmerähnlicher Stellung iSd § 46 Abs 1 Z 3 KO bezeichnet werden.

Sein Anstellungsvertrag zur GmbH kann deshalb keineswegs als echter Dienstvertrag, sondern – je nach Vertragsinhalt – als freier Dienstvertrag oder als Auftragsvertrag beurteilt werden; auch wenn der Vertragsinhalt am Angestelltengesetz ausgerichtet ist, ändert dies nichts daran, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer kein abhängiger Arbeitnehmer und auch keine arbeitnehmerähn-

§ 8 Erl

liche Person ist, denn es fehlen hier alle Kriterien, die für das Vorliegen der dazu nötigen Ein- und Unterordnung unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gewöhnlich gefordert werden (OGH 22. 12. 1993, 8 Ob 28/93, ARD 4592/26/94 = RdW 1994, 143 = WBI 1994, 205 = HS 24156 = HS 24791).

E 40. Liegt zwar wirtschaftliche Abhängigkeit, nicht aber persönliche Abhängigkeit eines Frachtführers zu einem einzigen Auftraggeber vor, ist von einer den Schutz des Insolvenz-Ausfallgeldes bewirkenden Arbeitnehmerähnlichkeit ebenso nicht auszugehen wie bei einem Zulieferbetrieb von Waren und Dienstleistungen für einen einzigen Auftraggeber. Wirtschaftliche Abhängigkeit darf nicht mit wirtschaftlicher Unselbständigkeit verwechselt werden (OGH 8. 2. 1996, 8 Ob S 1/96, ARD 4771/19/96 = WBI 1996, 367 = ecolex 1996, 788 = infas 1996, A 114 = ZIK 1997, 33 = RdW 1997, 30).

E 41. Regelmäßige Versicherungsakquisition durch einen Versicherungsvertreter für einen Versicherungsverband unter Bindung an ein Konkurrenzverbot stellt auch dann einen dienstnehmerähnlichen Werkvertrag dar, wenn der Versicherungsvertreter über einen Gewerbeschein verfügt und für die Auszahlung der Provisionen eine eigene GmbH & CoKG gegründet hat (OGH 14. 2. 1996, ARD 4753/38/96 = RdW 1997, 30).

E 42. Bei Vorstandsmitgliedern ist in der Regel Arbeitnehmerähnlichkeit nicht gegeben, so dass das ASGG für deren Rechtsstreitigkeiten mit der Gesellschaft unzuständig ist (OGH 24. 4. 1996, 9 Ob A 2003/96s, ARD 4805/35/97 = ecolex 1996, 787 = ZASB 1996, 22 = RdW 1997, 417).

E 43. Ein Vorstandsmitglied kann ausnahmsweise arbeitnehmerähnlich sein (OGH 29. 5. 1996, 9 Ob A 2044/96w, ARD 4799/21/96 = DRdA 1996, 522).

E 44. Ist ein in einem freien Dienstverhältnis leitend Beschäftigter in der Lage, sich eine seinen Vorstellungen entsprechende Rechts- und Einkommensposition am Verhandlungstisch selbst zu verschaffen, ist er auch nicht als arbeitnehmerähnlich anzusehen (OGH 12. 6. 1996, 9 Ob A 2096/96t, ARD 4763/35/96 = RdW 1997, 220 = WBI 1997, 32).

E 45. Ein Amateurfußballer, der neben einer geringfügigen Punkteprämie nur eine Aufwandsentschädigung erhält, ist nicht

arbeitnehmerähnlich iSd § 2 Z 3 IESG (OGH 13. 3. 1997, 8 Ob S 68/97y, ARD 4838/21/97 = ÖJZ-LSK 1997/183 = ASoK 1997, 292 = JBl 1997, 673 = infas 1997, A 107 = DRdA 1997, 409 = RdW 1997, 620).

E 46. Betreiber von Eisständen sind idR im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses und nicht im Rahmen eines Pachtvertragsverhältnisses tätig (OGH 17. 12. 1997, 9 Ob A 367/97d, ARD 4924/10/98; vgl auch OLG Linz 16. 9. 1997, 11 Ra 155/97m).

E 47. Ein Werbemittelverteiler mit Vertretungsbefugnis, freier Arbeitszeiteinteilung und ohne regelmäßige Arbeitspflicht ist auch dann als freier Arbeitnehmer zu betrachten, wenn er wirtschaftlich unselbständig ist (OGH 26. 2. 1998, 8 Ob A 46/98t, ARD 4931/9/98).

E 48. Ein rechtlich selbständiger Parkettbodenverleger, der ganz überwiegend Aufträge eines Auftraggebers ausführt sowie die Aufträge zu dem ihm vorgegebenen Zeitpunkt erledigen muss, nur das Material des Auftraggebers verwenden darf und bei der Preisgestaltung keinen Spielraum hat, gilt als arbeitnehmerähnlich (OGH 28. 9. 1999, 4 Ob 223/99v, ecolex 2000, 306 [Mazal]),

E 49. Eine Künstlerin, die nach dem abzuschließenden Vertrag während der Proben und Spielzeit keiner anderen Beschäftigung nachgehen kann, ist als arbeitnehmerähnlich anzusehen (ASG Wien, 13 Cga 103/00m, Arb 12.157 = ZASB 2002, 42).

E 50. Eine Person, die vor allem die Buchhaltung des Unternehmens durchzuführen hat und mit der Wartung und Betreuung des EDV-Systems befasst ist, die Tätigkeit täglich in den Räumlichkeiten des Auftraggebers ebringt, Urlaube mit diesem abklären muss und monatlich ausbezahlte Bezüge erhält, ist zumindest arbeitnehmerähnlich (OLG Wien 10 Ra 118/04b, ARD 5612/12/2005).

E 51. Das IPRG regelt Sachverhalte mit Auslandsberührung nur in privatrechtlicher Hinsicht (§ 1 Abs 1). Das öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht als solches wird nicht erfasst. Ein Großteil des für die privatrechtliche Beurteilung des Arbeitsverhältnisses relevanten Arbeitsrechtes besteht aber aus privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Zwangsvorschriften, sogenannten „Eingriffsnormen“, die wegen ihrer beschäftigungspolitischen, gesund-

§ 8 Erl

heitspolitischen oder sozialpolitischen Zweckorientierung einen eigenen räumlichen Anwendungsbereich entwickeln. Bei solchen Eingriffsnormen durchbricht das öffentliche Interesse des rechtsetzenden Staates an ihrer Durchsetzung die überwiegend an privaten Interessenkonstellationen orientierte allgemeine IPR-Anknüpfung des Schuldstatuts. Nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung (§ 1 Abs 1 IPRG) kommt deshalb unabhängig vom Schuldstatut im Wege einer „Sonderanknüpfung“ der eigene Anwendungswille der Eingriffsnormen (auch: „Wirkungsstatut“) zum Tragen. Eingriffsnormen in diesem Sinne sind auch die Bestimmungen des KautSchG, die aus sozialpolitischen Gründen die Bestellung von Kauttionen durch den Dienstnehmer zurückdrängen und die einseitige Verfügung des Dienstgebers über bestellte Kauttionen zum Schutz des Dienstnehmers verhindern sollen (OGH 21. 10. 1992, 9 Ob A 252/92, SZ 65/135 = EvBl 1993/144, 595 = Arb 11048 = DRdA 1993, 251).

E 52. Ein GmbH-Geschäftsführer mit Viertelbeteiligung, der für seine Geschäftsführertätigkeit nach einem Angestelltenvertrag entlohnt wird, steht typischerweise nicht unter dem Schutz des § 3 KautSchG, weil mangels besonderer – vom Gesellschafter-Geschäftsführer konkret darzulegender – Umstände davon auszugehen ist, dass er finanzielle Risiken für die Gesellschaft im (unternehmerischen) Interesse seiner Gesellschaftsbeteiligung und nicht unter dem Druck übernimmt, seinen Arbeitsplatz zu verlieren (OGH 27. 5. 1993, 6 Ob 1545/93, ecolex 1994, 819 = ARD 4511/23/93 = RdW 1993, 304 = NRsp 1993/230 = FJ-LS 1994/87).

E 53. Das KautSchG soll nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für jene Personen gelten, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit arbeitnehmerähnlich sind.

Die normative Bedeutung des § 2 Abs 1 S 2 ArbGG führt zur analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Prinzipien auf die dort genannten Personen. Arbeitnehmerähnliche Personen (hier: Handelsvertreter) werden daher in Bezug auf Vorschriften, welche – wie jene des Kauttionsschutzgesetzes – die wirtschaftliche Schwäche im allgemeinen berücksichtigen, den Arbeitnehmern gleichgestellt.

Bei Arbeitnehmerähnlichkeit liegt zwar ein Arbeitsverhältnis an sich nicht vor, doch sind die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in erheblichem Umfang gegeben. Arbeitnehmerähnliche Perso-

nen sind rechtlich selbständig, wirtschaftlich aber unselbständig und stehen deshalb einem Arbeitnehmer näher als einem Unternehmer.

Wirtschaftliche Unselbständigkeit kann auch bei Beschäftigung durch mehrere Auftraggeber vorliegen, doch kann eine überwiegende anderweitige Erwerbstätigkeit die Beziehung zum Arbeitgeber nicht mehr als typisch für einen Arbeitnehmer erscheinen lassen (OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990/17 [Jabornegg] = DRdA 1988, 150 = JBl 1988, 128).

B Kommentar

Dienstnehmer

¹⁾ Gemäß § 8 Abs 1 versteht dieses Gesetz unter Dienstverträgen auch Lehr-, Praktikanten- und Volontärverträge. Abs 2 erweitert dann den Geltungsbereich auch auf Heimarbeiter und Zwischen(Stück)meister.

Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob ein Dienstvertrag bzw ein Dienstverhältnis vorliegt oder nicht. Nach herrschender Ansicht¹⁷⁶ ist das Dienstverhältnis das Rechtsverhältnis, das zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichtet. Das Dienstverhältnis wird durch einen Dienstvertrag (§ 1151 Abs 1 ABGB) begründet. Für dessen Abschluss bestehen – im Gegensatz zum Erfordernis der Schriftlichkeit des § 1 Abs 2 – keinerlei Formvorschriften, so dass dieser mündlich, schriftlich oder auch schlüssig (§ 863 ABGB) abgeschlossen werden kann. Auf Arbeitnehmerseite kann nur eine natürliche Person iSd §§ 16 ff ABGB, auf Arbeitgeberseite auch eine juristische Person iSd § 26 ABGB den Dienstvertrag abschließen. Das Dienstverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, welches durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber geprägt ist. Diese persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers zeigt sich insbesondere in der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber. Die Entgeltlichkeit ist hingegen juristisch kein notwendiges Element des Dienstvertrages (vgl § 1152 ABGB), obwohl sie praktisch von großer Bedeutung ist.

Im Folgenden werden kurz einige Dienstnehmergruppen näher beleuchtet und auch untersucht, inwieweit die Bestimmungen des

¹⁷⁶ Vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 58; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 46.

§ 8 Erl

KautSchG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden sind:

Lehrlinge

2) Der Gesetzgeber des KautSchG¹⁷⁷ hat wegen des beginnenden Kautionssschwindels bei Lehrstellen deren gesonderte Erwähnung im Gesetz für erforderlich gehalten, obwohl das Lehrverhältnis unbeschadet seines besonderen Ausbildungszweckes arbeitsrechtlich als Arbeitsverhältnis und der Lehrvertrag somit als Arbeitsvertrag zu qualifizieren¹⁷⁸ ist. Darüber besteht heute im Schrifttum und in der Rechtsprechung Übereinstimmung.¹⁷⁹ Diese Meinung wird auch von § 34 Abs 2 Berufsausbildungsgesetz (BAG) untermauert, wonach die Vorschriften des Arbeitsrechtes unberührt bleiben, soweit im BAG hinsichtlich des Lehrverhältnisses nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist. Lehrlinge werden auch von § 1 Abs 1 DHG erfasst. Daher sind die Lehrlinge zumindest Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechts, sodass die besondere Nennung in § 8 Abs 1 aus heutiger Sicht lediglich der Klarstellung dient.

Volontär, Praktikant

3) Ein Volontär ist, wer in einem Betrieb mit Erlaubnis des Betriebsinhabers maschinelle oder sonstige Einrichtungen kennenlernen und sich gewisse praktische Kenntnisse und Fertigkeiten für eine anderweitige Beschäftigung durch Handanlegung aneignen darf.¹⁸⁰ Dem Volontär nahe steht der Praktikant, der die praktische Tätigkeit in Ergänzung einer theoretischen, meist schulischen Ausbildung kennenlernen will. In beiden Fällen ist entscheidend, dass die Beschäftigung Gelegenheit zur Fortbildung gibt. Meist wird der zur Betätigung im Betrieb berechnete Volontär oder Praktikant auch zur Arbeitsleistung nicht verpflichtet sein; wo das dennoch der Fall ist, weil etwa die völlige Eingliederung in das Betriebsge-

¹⁷⁷ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

¹⁷⁸ Vgl *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz (2000) 15.

¹⁷⁹ Vgl *Mayer-Maly/Marhold*, Individualarbeitsrecht (1987) 52 f; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 92 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003), 146; OGH 9. 1. 1973, 4 Ob 97/72, Arb 9083; OGH 25. 4. 1984, ZfVB 1984, 662; OGH 16. 9. 1987, 9 Ob A 72/87, infas 1988, 15.

¹⁸⁰ Vgl *Löschnigg* in *Löschnigg* (Hrsg), Angestelltengesetz⁸ (2007) § 1 Rz 62 mwN.

schehen stattfinden soll, liegt zugleich ein Arbeitsverhältnis vor.¹⁸¹ Da im Regelfall beim Volontär oder Praktikanten die persönliche Abhängigkeit bzw die Arbeitspflicht fehlen, liegt kein Arbeitsverhältnis vor und würden die Bestimmungen des KautSchG keine Anwendung finden. Da der Gesetzgeber den Kautionschwindel schon bei Lehrstellen aufkommen sah, befürchtete er offenbar als nächstes die Ausweitung auf Volontär- und Praktikantenstellen. Um dem vorzubeugen, erfolgte deren Aufnahme in § 8 Abs 1 KautSchG.

Bundesbeamte

4) Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis eines Beamten wird nicht aufgrund eines Dienstvertrages, sondern aufgrund eines Bescheides¹⁸² begründet. Rechtsgrundlage der Tätigkeit eines Beamten ist daher ein Hoheitsakt und kein privatrechtlicher (Dienst) Vertrag¹⁸³, sodass bereits aus formeller Sicht das KautSchG nicht anwendbar ist. Aber auch materielle Überlegungen führen zu keinem anderen Ergebnis, da die Hauptintention des Gesetzgebers die Verringerung des Kautionschwindels war und diesbezüglich – auch damals – beim Bund als Dienstgeber kein Regelungsbedarf bestand. Auch wenn zwischenzeitlich durch die Judikatur sogar arbeitnehmerähnliche Personen als vom persönlichen Geltungsbereich des KautSchG als erfasst angesehen werden¹⁸⁴ und Beamte vom Pendant des KautSchG, dem DHG, teilweise erfasst werden, so kann bei den Beamten weder eine ursprüngliche noch eine nachträgliche Unvollständigkeit des KautSchG angenommen werden, da deren öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis durch das Beamten-Dienstrechtsgesetz in einem – im Vergleich zu Dienstverhältnissen mit privaten Dienstgebern – weit überdurchschnittlichen Maße geschützt war und ist und somit ein weiterer Schutz durch das KautSchG nicht erforderlich ist.

¹⁸¹ Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 93 f; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 152 f.

¹⁸² Vgl zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KautSchG § 4 Dienstpragmatik, RGBI 15/1914, Anstellung durch Dekret; § 5 Lehrerdienstpragmatik, RGBI 319/1917, Anstellung durch Ernennung oder Bestellung; heute: § 6 Abs 1 BDG.

¹⁸³ Vgl *Krejci* in Rummel³, § 1151Rz 11 mwN.

¹⁸⁴ Vgl die Nachweise beim Abschnitt zu den arbeitnehmerähnlichen Personen.

§ 8 Erl

Bundesvertragsbedienstete

5) Da es sich bei Vertragsbediensteten um ein privatrechtliches Dienstverhältnis zum Bund handelt, fallen auch diese unter den Begriff „Dienstverträge“. ¹⁸⁵ Dafür spricht auch der historische Vergleich mit dem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KautSchG geltenden Vertragsbedienstetengesetz ¹⁸⁶, welches gem § 1 Abs 1 auf Personen, mit denen der Bund oder vom Bunde verwalteten Stiftungen, Fonds oder Anstalten nach dem Wirksamkeitsbeginn dieses Bundesgesetzes einen Dienstvertrag abschließen, Anwendung findet. Auch wenn die Hauptintention des Gesetzgebers die Verringerung des Kautionssschwindels war und daher – auch damals – beim Bund als Dienstgeber kein Regelungsbedarf bestand, sind Vertragsbedienstete grundsätzlich vom persönlichen Geltungsbereich des KautSchG erfasst.

Landes- und Gemeindebeamte

6) Hier ist die Rechtslage auf den ersten Blick etwas undurchsichtig, da gemäß Artikel 21 Abs 1 B-VG seit der Verfassungsnovelle 1974 ¹⁸⁷ den Ländern die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechtes obliegt. Da der Kautionschutz von seinem Sinn und Zweck dem Arbeitsrecht ¹⁸⁸ zuzuordnen ist und dies auch zu den maßgeblichen Versteinerungszeitpunkten ¹⁸⁹ so gesehen wurde ¹⁹⁰, würde der Kautionschutz für Landesbeamte seit 1. 1. 1975 in die Kompetenz der Bundesländer fallen. Da jedoch diese bisher keinerlei Regelungen auf diesem Gebiet erlassen haben, findet Artikel XI Abs 2 der B-VGN 1974 Anwendung, wonach bestehende bundesgesetzliche Regelungen so lange in Kraft bleiben, bis die Länder gleichartige Bestimmungen erlassen haben. Aus diesen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Überlegungen heraus könnte zwar das KautSchG dzt auch für

¹⁸⁵ Vgl *Krejci* in Rummel³, § 1151 Rz 12 ff.

¹⁸⁶ Vgl BGBl 312/1934.

¹⁸⁷ Vgl BGBl 444/1974.

¹⁸⁸ Artikel 10 Abs 1 Z 11 B-VG.

¹⁸⁹ 1. 10. 1925 für Artikel 10 Abs 1 Z 11 B-VG; 1. 1. 1975 für Artikel 21 Abs 1 B-VG; vgl *L. Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (1971) 156.

¹⁹⁰ Vgl *Schrammel*, Das Sonderarbeitsrecht der Gebietskörperschaften auf dem Prüfstand, ZAS 1988, 188; § 35 Angestelltengesetz, BGBl 292/1921; § 19 Hausbesorgerordnung, BGBl 878/1922; §§ 36, 37 Gutsangestellten-gesetz, BGBl 538/1923.

Landes- und Gemeindebeamte zur Anwendung kommen, doch gilt auch für diese Personengruppe das fehlende Schutzbedürfnis wie bei den Bundesbeamten. Eine Anwendung des KautSchG scheidet daher aus den oa Gründen auch hier aus.

Landes- und Gemeindevertragsbedienstete

7) Da der Landesgesetzgeber seit der oa Verfassungsnovelle für das Dienstrecht aller Landesbediensteten kompetenzrechtlich zuständig ist, darf hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Überlegungen auf die Ausführungen zu den Landes- und Gemeindebeamten und hinsichtlich der Anwendbarkeit des KautSchG auf die Bundesvertragsbediensteten verwiesen werden.

Strafgefangene

8) Gemäß § 44 Abs 1 Strafvollzugsgesetz¹⁹¹ ist jeder arbeitsfähige Strafgefangene verpflichtet, Arbeit zu leisten. Nach Abs 2 haben zur Arbeit verpflichtete Strafgefangene die Arbeiten zu verrichten, die ihnen zugewiesen werden. Wie bereits oben ausgeführt wurde, ist für die Dienstnehmereigenschaft ein Arbeitsvertrag erforderlich, aufgrund dessen der Dienstnehmer seine Arbeit erbringt. Bei Strafgefangenen handelt es sich jedoch um keine Arbeitsleistung aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern aufgrund der zitierten gesetzlichen Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung. Daher liegt keine Dienstnehmereigenschaft im arbeitsvertragsrechtlichen Sinne vor.¹⁹² An dieser Ansicht ändert sich auch nichts durch die Aufnahme der Strafgefangenen in das Arbeitslosenversicherungsgesetz¹⁹³, da diese ausschließlich dem Resozialisierungsgedanken dient. Zudem würde wohl kaum ein Strafgefangener dem Bund freiwillig eine Kautions etc für die unfreiwillige Arbeitsleistung erbringen, sodass schon vom Regelungszweck her gesehen das Strafvollzugsgesetz und das KautSchG sich diametral entgegenstehen. Es finden somit die §§ 1 ff KautSchG auf Strafgefangene keine Anwendung.

¹⁹¹ Vgl BGBl 1969/144.

¹⁹² Vgl VwGH Slg. 8162 A; *Jesionek*, Soziale Sicherung von Haftentlassenen, SozSi 1985, 208; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 37; *Krejci* in Rummel³, § 1151 Rz 16; aA jedoch ohne nähere Begründung *Collin*, Innovations-Handbuch (1985) 97.

¹⁹³ § 66a Arbeitslosenversicherungsgesetz, BGBl 1993/799.

§ 8 Erl

geringfügig Beschäftigte

⁹⁾ Es gibt nach wie vor einige arbeitsrechtliche Gesetze, welche die Anwendung einiger Bestimmungen vom Ausmaß der vereinbarten Arbeitszeit abhängig machen (zB § 20 Abs 1 Angestelltengesetz; § 1 Abs 1 Journalistengesetz; § 1 Abs 1 Schauspielergesetz), obwohl derartige Bestimmungen im Hinblick auf Artikel 141 EG sehr bedenklich erscheinen.¹⁹⁴ Arbeitsrechtlich gibt es jedoch grundsätzlich keinen Zweifel, dass geringfügig Beschäftigte Arbeitnehmer sind. Dies gilt unabhängig von dem im Sozialversicherungsrecht¹⁹⁵ vorgesehenen Begriff der geringfügig Beschäftigten und den dort vorgesehenen Leistungsbeschränkungen. Da geringfügig Beschäftigte Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechts sind und § 8 Abs 1 KautSchG von Dienstverträgen spricht, sind die §§ 1 ff KautSchG auf diese anzuwenden.

Leiharbeitnehmer

¹⁰⁾ Darunter sind gemäß § 1 Abs 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) Arbeitskräfte zu verstehen, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden. ISd § 4 Abs 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber 1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder 2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder 3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder 4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet. Obwohl es bei Leiharbeitnehmern zahlreiche arbeitsrechtliche Abgrenzungsfragen gibt, so sind sie doch eindeutig Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechts und fallen unter § 8 Abs 1 KautSchG. Dienstgeber des Leiharbeitnehmers ist der Überlasser, und hat dieser die Pflichten des KautSchG zu beachten. Denkbar ist auch jener Fall, dass der Dienstgeber vom

¹⁹⁴ Vgl *Resch*, Rechtsfragen der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1993, 103 f; *Mayr*, Einführung in das Recht der EG und Auswirkungen auf das österreichische Arbeitsrecht (1997) 56.

¹⁹⁵ Vgl § 5 Abs 2 ASVG.

Leiharbeitnehmer verlangt, dass dieser dem Beschäftigten eine Kautionsbestellung oder ein Darlehen gewährt. Das Verlangen der Kautionsbestellung für einen Dritten verstößt jedoch gegen § 1 Abs 1 („sich“) und ist daher unzulässig. Ähnlich verhält es sich bei Darlehensgewährung an Dritte bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 3.¹⁹⁶

ausländische Arbeitnehmer¹⁹⁷

11) Bei diesen Arbeitnehmern könnte es dann zu einer Regelungslücke kommen, wenn sie ohne Beschäftigungsbewilligung iSd §§ 4 ff Ausländerbeschäftigungsgesetzes beschäftigt werden, da derartige Arbeitsverhältnisse nichtig sind. Doch § 29 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz normiert für diesen Fall, dass dem Ausländer gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages zustehen.

An dieser Stelle sei kurz auf das Europäische Schuldvertragsübereinkommen hingewiesen, welches in Artikel 6 EVÜ die Anwendbarkeit von Normen auf Arbeitsverträge mit internationalem Bezug regelt. Die Judikatur¹⁹⁸ behandelt die Bestimmungen des KautSchG als Eingriffsnormen, sodass unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer Rechtswahl das KautSchG als Eingriffsnorm iSd Artikel 7 Abs 2 EVÜ zum Tragen kommt. Der Zweck und die Zielsetzung des mit zwingendem Charakter ausgestatteten KautSchG gebieten daher bei ausreichenden österreichischen Anknüpfungspunkten unabhängig von dem nach Artikel 6 EVÜ anzuwendenden Recht die Anwendung des KautSchG auf solche Dienstverhältnisse.

¹⁹⁶ Vgl die Ausführungen bei § 3 zu sonstigen Formen der „Mitarbeiterbeteiligung“.

¹⁹⁷ In Anbetracht der Diskriminierungsverbote in Artikel 28 Abs 2 des EWR-Abkommens und in Artikel 39 Abs 2 EG fallen darunter nur Arbeitnehmer aus Staaten, die weder dem EWR noch der EU angehören.

¹⁹⁸ Vgl OGH 27. 1. 1987, 14 Ob 180/86, SZ 60/11 = EvBl 1987/136 = WBl 1987, 193 = RdW 1987, 335 = IPRax 1988, 360 (*Rebhahn*) = ZAS 1988, 56 (*Hoyer*) = Arb 10623; OGH 31. 1. 1990, 9 Ob A 345/89, JBl 1990, 671 = RdW 1990, 454 = ZAS 1991, 196 (*Hoyer*) = eolex 1990, 501 = Arb 10840; OGH 21. 10. 1992, 9 Ob A 252/92, SZ 65/135 = EvBl 1993/144 = Arb 11048.

§ 8 Erl

leitende Angestellte

¹²⁾ Leitende Angestellte sind Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht¹⁹⁹ bzw denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind.²⁰⁰ Obwohl sie aus dem Arbeitsverfassungsgesetz, dem Arbeitszeit- und Arbeitsruhegesetz ausgenommen sind, sind leitende Angestellte dennoch Arbeitnehmer im arbeitsvertraglichen Sinne. Es kommen daher die §§ 1 ff KautSchG zur Anwendung.

Arbeitnehmer während des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes, Mutterschutzes, der Karenz

¹³⁾ Gemäß § 4 des Arbeitsplatzsicherungsgesetzes bleibt durch die Einberufung (Zuweisung) zum Präsenz(Ausbildungs-, Zivil-)dienst das Arbeitsverhältnis unberührt. Während dieser Zeit ruhen jedoch die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers. Gleiches gilt für Frauen während des Beschäftigungsverbotes vor und nach der Geburt²⁰¹ und während der Karenz.²⁰² Das Arbeitsverhältnis ist jedoch weiterhin aufrecht und bleiben bestehende Kautionsvereinbarungen iSd §§ 1 ff KautSchG daher aufrecht.

Probezeit, Befristung

¹⁴⁾ Während der maximal einen Monat dauernden Probezeit²⁰³ und/oder während einer vereinbarten Befristung²⁰⁴ ist das Dienstverhältnis voll aufrecht und finden die Bestimmungen der §§ 1 ff KautSchG grundsätzlich Anwendung.

Werkvertragsnehmer

¹⁵⁾ Durch einen Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Erfolges. Im Unterschied zum Dienstnehmer schuldet der Werkunternehmer nicht bloß eine bestimmte

¹⁹⁹ Vgl § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG.

²⁰⁰ Vgl § 1 Abs 2 Z 8 AZG, § 1 Abs 2 Z 5 ARG.

²⁰¹ Vgl §§ 3 Abs 1, 5 Abs 1 MSchG.

²⁰² Vgl § 15 Abs 1 MSchG, § 2 Abs 1 VKG.

²⁰³ § 19 Abs 2 AngG, § 1158 Abs 2 ABGB.

²⁰⁴ § 19 Abs 1 AngG, § 1158 Abs 1 ABGB.

Bemühung, sondern den bedungenen Erfolg.²⁰⁵ Es gibt jedoch Fälle, in denen die Abgrenzung zwischen Werk- und Arbeitsvertrag schwierig ist. In der Praxis ist daher zu prüfen, inwieweit die persönliche Abhängigkeit des Vertragspartners gegeben ist. Dabei gelten die Bestimmung eines Arbeitsortes, Weisungsgebundenheit, Festlegung einer bestimmten Arbeitszeit, Eingliederung in den Betrieb etc als Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Je selbständiger der Vertragsnehmer seine Tätigkeit einteilen kann, desto eher wird ein Werkvertrag vorliegen. In diesem Falle sind die Bestimmungen des KautSchG nicht anzuwenden²⁰⁶, sofern nicht Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt.

freier Dienstvertrag

16) Im Vergleich zum Arbeitsvertrag kennzeichnet den freien Dienstvertrag²⁰⁷ die weitgehende Freiheit von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens. Freie Dienstverträge liegen zB vor bei Dauerverträgen von Ärzten, zB als Konsulent oder Syndikus.²⁰⁸ Die auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers abstellenden Schutzvorschriften können daher auf diese nicht ohne weiteres angewendet werden.²⁰⁹ Bei Erfüllung der von der Judikatur geforderten Voraussetzung kann diese Personengruppe jedoch als arbeitnehmerähnliche Person in den Schutzbereich des KautSchG fallen.

arbeitnehmerähnliche Personen

17) Dabei handelt es sich um Personen, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und als wirtschaftlich

²⁰⁵ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2007) 254.

²⁰⁶ Bei Abgrenzungsfragen zu arbeitnehmerähnlichen Personen sind die dortigen Ausführungen zu beachten.

²⁰⁷ Vgl *Jabornegg/Resch*, Autorentätigkeit und Sozialversicherungspflicht, ÖJZ 1996, 841 ff; *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag?, ecoloex 1997, 277 ff.

²⁰⁸ Vgl OGH 6. 7. 1926, ZBl 1926, Nr 302; OGH 19. 10. 1954, 4 Ob 70/54, Arb 6087.

²⁰⁹ Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 54; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 52.

§ 8 Erl

unselbständig zu qualifizieren sind.²¹⁰ Die wirtschaftliche Unselbständigkeit ist hauptsächlich die Folge der Ausschließlichkeit, mit der sie ihre – in persönlicher Selbständigkeit entfaltete – Tätigkeit einem anderen (dem Auftraggeber oder Geschäftsherrn) zugute kommen lassen, der aus den Ergebnissen dieser Tätigkeit den eigentlichen Nutzen zieht.²¹¹ Trotz der vergleichbaren wirtschaftlichen Situation sind diese Personen mangels persönlicher Abhängigkeit²¹² formell nicht als Dienstnehmer zu qualifizieren. Es gibt jedoch einige arbeitsrechtliche Gesetze²¹³, welche diese auch für arbeitnehmerähnliche Personen für anwendbar erklären. Die Judikatur²¹⁴ wendet das KautSchG aus folgenden Überlegungen auf arbeitnehmerähnliche Personen analog an:

„Richtig ist, dass das Kautionschutzgesetz zunächst nur auf das Vorliegen eines „Dienstverhältnisses“ und eines „Dienstvertrages“ Bezug nimmt. Nach § 8 dieses Gesetzes sind aber unter „Dienstverträgen“ auch Lehr-, Praktikanten- und Volontärverträge zu verstehen, und gemäß dem 2. Absatz dieser Bestimmung ist das Gesetz auch auf die Arbeitsverhältnisse der Heimarbeiter sinngemäß anzuwenden. Während das Lehrverhältnis trotz seines Ausbildungszwecks den Arbeitsverhältnissen zuzurechnen ist, wird etwa der Volontär, der ebenfalls in einem Ausbildungsverhältnis

²¹⁰ Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen in der RV zum StrukturanpassungsG 1996, § 4 ASVG (vgl. *Tomandl*, „Werkverträge“ und Sozialversicherung 24), wonach Dienstnehmerähnlichkeit iSd § 4 Abs 5 ASVG dann vorliegt, wenn bei einer Betrachtung des Beschäftigungsverhältnisses insbesondere anhand der nachstehenden Merkmale der Eindruck wirtschaftlicher Unselbständigkeit des Beschäftigten im Verhältnis zum Beschäftiger überwiegt, ohne dass aber dabei im Einzelfall sämtliche oder die Mehrzahl dieser Merkmale vorliegen müssen (vgl. dazu mwN *Jabornegg/Resch*, Autorentätigkeit und Sozialversicherungspflicht, ÖJZ 1996, 841 ff.). Siehe dazu die detaillierten Ausführungen von *Neumayr* in *ZellKomm* § 51 ASGG Rz 9 ff.

²¹¹ Vgl. *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 67; *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996) 323 ff mwN; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 59 ff.

²¹² Vgl. *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag/Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93ff.

²¹³ Vgl. § 1 Abs 1 DHG, § 2 Z 3 ArbVG, § 3 Abs 4 AÜG, § 51 Abs 3 Z 2 ASGG; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 418.

²¹⁴ Vgl. OGH 7. 4. 1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990/17 (*Jabornegg*).

steht, nicht den Dienstnehmern zugeordnet²¹⁵; er erhält daher meist kein oder nur ein geringfügiges Entgelt. Ihm nahe steht der Praktikant, der die praktische Tätigkeit in Ergänzung einer theoretischen Ausbildung kennen lernen will. Auch Heimarbeiter gelten nicht als Arbeitnehmer; sie sind zwar wirtschaftlich unselbständig, aber persönlich weitgehend unabhängig.²¹⁶ Aus diesem sehr weiten Anwendungsbereich ist ... abzuleiten, dass das Kautionschutzgesetz nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für jene Personen gelten soll, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit arbeitnehmerähnlich sind. Die normative Bedeutung des § 2 Abs 1 S 2 ArbGG erschöpft sich nicht in der Regelung der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes; sie führt vielmehr weiter zur analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Prinzipien auf die dort genannten Personen.²¹⁷ Arbeitnehmerähnliche Personen werden daher in Bezug auf Vorschriften, welche – wie jene des Kautionschutzgesetzes – die wirtschaftliche Schwäche im allgemeinen berücksichtigen, den Arbeitnehmern gleichstellt.²¹⁸ Bei Arbeitnehmerähnlichkeit liegt zwar ein Arbeitsvertragsverhältnis an sich nicht vor, doch sind die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in erheblichem Umfang gegeben. Arbeitnehmerähnliche Personen sind rechtlich selbständig, wirtschaftlich aber unselbständig und stehen deshalb einem Arbeitnehmer näher als einem Unternehmer.²¹⁹ Gerade bei „selbständigen“ Handelsvertretern kommt es vor, dass sie sich ihrem Auftraggeber gegenüber wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befinden, wie sie für Arbeitnehmer typisch ist²²⁰; es überwiegt die Fremdbestimmtheit ihrer Tätigkeit.“²²¹

Organmitglieder (gesetzliche Vertreter)

18) Organmitglieder juristischer Personen sind bei der:

- Aktiengesellschaft: der Vorstand bzw die Vorstandsmitglieder (§ 70 Abs 1 AktG),

²¹⁵ Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 147.

²¹⁶ Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 155 ff mwN; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 53.

²¹⁷ Vgl Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht 8.

²¹⁸ Vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 67; SozM I A/e 911.

²¹⁹ Vgl OGH 4. 9. 1955, 4 Ob 106/55, Arb 6300.

²²⁰ Vgl OGH 16. 9. 1952, 4 Ob 110/52, Arb 5496.

²²¹ Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 158 f.

§ 8 Erl

- Genossenschaft: der Vorstand bzw die Vorstandsmitglieder (§ 26 S 1 GenG),
- Gesellschaft mbH: der bzw die Geschäftsführer (§ 21 Abs 1 GmbHG).

Der OGH führt in einer diesbezüglich maßgebenden Entscheidung²²² zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft aus, dass nach herrschender Auffassung zwischen der (nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes zu beurteilenden) Organstellung eines Vorstandsmitgliedes und dem (schuldrechtlichen) Anstellungsvertrag zu unterscheiden sei. In § 75 Abs 1 AktG werde nämlich die körperschaftsrechtliche Funktion des Vorstandsmitgliedes, welche auf einem Bestellungsakt beruht, von dem die schuldrechtliche Bestellung zwischen der AG und dem Vorstandsmitglied regelnden Anstellungsvertrag deutlich getrennt.²²³ Das Wort „Anstellungsvertrag“ wurde unverändert aus dem Aktiengesetz 1937 übernommen und solle nicht etwa auf das Angestelltengesetz hinweisen. Wohl sei es in Österreich üblich, in einem solchen Anstellungsvertrag die subsidiäre Anwendung des Angestelltengesetzes als *lex contractus* für Vorstandsmitglieder zu vereinbaren; eine solche Vereinbarung bedeute aber nicht, dass das durch den Anstellungsvertrag zwischen der AG und dem Vorstandsmitglied begründete schuldrechtliche Verhältnis ein Dienstverhältnis iSd Angestelltengesetzes sei. Einer solchen Annahme stünde nämlich der Umstand entgegen, dass Vorstandsmitglieder eine Unternehmerfunktion zu erfüllen haben. Darüber hinaus fehle den Vorstandsmitgliedern das für Angestellte iSd Angestelltengesetz charakteristische Ein- und Unterordnungsverhältnis gegenüber einem weisungsbefugten Arbeitgeber; die Vorstandsmitglieder seien vielmehr in Ausübung ihrer Geschäfts-

²²² Vgl OGH 5. 2. 1985, 4 Ob 5/85, ÖBl 1985, 126. – Diese Entscheidung betraf Dienstfindungsvergütungsansprüche gem § 8 PatG 1970. Aufgrund der Ähnlichkeit des Schutzzwecks beider Gesetze ist diese Entscheidung auf die gegenständliche Fragestellung weitgehend übertragbar; zur Anwendbarkeit des KautSchG auf GmbH-Geschäftsführer OGH 27. 1. 1998, 4 Ob 22/98h; *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996) 320 f mwN.

²²³ Vgl *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³, II, 261; *Kastner/Doral P./Nowotny Ch.*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 181; *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993) 250; aktuell: *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2008) 257; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ (2001) § 75 Rz 63 ff.

föhrertätigkeit weisungsfrei.²²⁴ In § 70 Abs 1 AktG wird dem Vorstand die ausschließliche Zuständigkeit zur Leitung des von der AG betriebenen Unternehmens übertragen. Der Vorstand habe daher das Unternehmen unter eigener Verantwortung, grundsätzlich selbständig, zu leiten; er sei das willensbildende Organ der Gesellschaft und habe keinen Vorgesetzten; er bestimme seine Tätigkeit selbst.²²⁵ Kein Arbeitnehmer habe so wie ein Vorstandsmitglied die Stellung eines weisungsungebundenen, mit unbeschränkbarer Vertretungsmacht ausgestatteten Unternehmensleiters, und kein Arbeitnehmer habe für Obliegenheitsverletzungen so einzustehen wie Vorstandsmitglieder, auf welche die Vorschriften des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes nicht Anwendung finden.²²⁶ Aus diesen durch das Gesetz bestimmten Wesenszügen des Vorstandes einer AG sei zu folgern, dass der mit der Organstellung in zeitlicher Hinsicht meistens gekoppelte Anstellungsvertrag des einzelnen Vorstandsmitgliedes mangels persönlicher Abhängigkeit kein Arbeitsvertrag, sondern ein „freier Dienstvertrag“ sei, für welchen gerade das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit charakteristisch sei.²²⁷

Mit diesem Ergebnis ist allerdings für die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des KautSchG noch nichts Entscheidendes gewonnen; zu prüfen bleibt nämlich noch, ob nicht auf ein mit einem solchen freien Dienstvertrag ausgestattetes Vorstandsmitglied trotzdem die Vorschriften der §§ 1 ff KautschG anzuwenden sind. Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, dass für den freien Dienstvertrag die Regeln über den Arbeitsvertrag

²²⁴ Vgl OGH 3. 7. 1975, 2 Ob 356/74, SZ 48/79; OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73, SZ 46/113.

²²⁵ Vgl *Geppert*, Der „Anstellungsvertrag“ des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, DRdA 1980, 1 ff, 12, 15.

²²⁶ Vgl *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993) 252 f; OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73, SZ 46/113.

²²⁷ Vgl *Geppert*, Der „Anstellungsvertrag“ des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, DRdA 1980, 15; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³, II, 261; *Kastner/Doralt P./Nowotny Ch.*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 182; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 418; grundsätzlich auch *Krejci* in *Rummel*³, § 1151 Rz 88; abwägend nach den Umständen des Einzelfalles *Schuster-Bonnott* in *Kastner-FS I*, 438; *Marhold*, in der Besprechung von *Kastners Grundriß* in *ZAS* 1981, 36; aM (Auftragsverhältnis) *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993) 252 f.

§ 8 Erl

(§§ 1151 ff ABGB) nicht unmittelbar gelten; grundsätzlich sind nur jene Normen anzuwenden, die nicht von der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen.²²⁸

Für die Beantwortung der Frage, ob die Bestimmungen des KautSchG Normen sind, die von der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausgehen und – dieser Abhängigkeit Rechnung tragend – den sozial Schwächeren schützen sollen, ist der Normzweck dieser Bestimmung heranzuziehen. Er besteht offensichtlich darin, den persönlich abhängigen Dienstnehmer als dem im Vergleich zu seinem Arbeitgeber sozial und wirtschaftlich Schwächeren für den Fall des unberechtigten Kautions- oder Darlehensverlangens des vor unüberlegten, voreiligen oder durch Sorge um seinen Arbeitsplatz oder um die Arbeitsbedingungen beeinflussten Zugeständnissen mit der Folge unangemessener Vertragsgestaltung und einer Verschlechterung der eigenen Rechtsposition zu bewahren.²²⁹

Bei Beachtung dieser Grundsätze ist die Frage der Anwendbarkeit der §§ 1 ff KautSchG auf das freie Dienstverhältnis eines Vorstandsmitgliedes einer AG zu verneinen.²³⁰ Diese Bestimmungen sollen, wie bereits ausgeführt, der persönlichen Abhängigkeit und dem besonderen sozialen Schutzbedürfnis von Dienstnehmern Rechnung tragen; auf das Vorstandsmitglied einer AG trifft aber aus den ebenfalls bereits dargelegten Erwägungen weder das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit noch ein besonderes soziales Schutzbedürfnis zu. Ein Vorstandsmitglied hat eine Position inne, die sich infolge der Einflussmöglichkeiten, des Überblicks über die betrieblichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten und Entwicklungen sowie der (Mit-)Entscheidungsgewalt und Leitungsbefugnis des Vorstandsmitgliedes von der Position des Arbeitnehmers grundlegend unterscheidet und starke unternehmerische Züge trägt.

²²⁸ Vgl OGH 29. 9. 1981, 4 Ob 45/81, Arb 10055 mwN; *Krejci* in Rummel³, § 1151 Rz 83; *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 418.

²²⁹ Vgl OGH 27. 11. 1984, 4 Ob 34/84 – Fackelgas-Rückgewinnungsanlage – ÖBl 1985, 36; *Volmer/Gaul*, Arbeitnehmererfindungsgesetz², § 25 RN 4; *Bartenbach/Volz*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen³, § 22 RN 1.

²³⁰ Auch in Deutschland wird die Anwendung des Arbeitnehmererfindungsgesetzes auf Organvertreter abgelehnt (vgl LG Braunschweig vom 1. 7. 1975, 9 c 04/75, EGR ArbNERfG § 1 Nr 4).

Diese Ausführungen wurden jüngst in einer ähnlichen Entscheidung²³¹ bestätigt. Abschließend zu dieser Thematik sei noch darauf hingewiesen, dass es in der Praxis, insbesondere bei „kleineren“ Unternehmen sehr wohl Fälle geben kann, bei denen neben der Vorstands- bzw Geschäftsführertätigkeit für einen bestimmten anderen Tätigkeitsbereich ein normaler Dienstvertrag besteht. Im Rahmen dieses Dienstverhältnisses können die §§ 1 ff KautSchG zur Anwendung²³² gelangen.

Heimarbeiter

¹⁹⁾ Auf Heimarbeiter und Zwischen(Stück)meister findet heute das Heimarbeitsgesetz 1960²³³ Anwendung. Gem § 2 Abs 1 lit a HeimArbG ist Heimarbeiter, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung zu sein, in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeitsstätte im Auftrage und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist. Gem § 2 Abs 1 lit b HeimArbG ist Zwischenmeister (Stückmeister) ein Gewerbetreibender, der in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder unter Mithilfe von Familienangehörigen oder fremden Arbeitskräften (im Betrieb Beschäftigten, Heimarbeitern) im Auftrage von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist und selbst wesentlich am Stücke mitarbeitet; dabei ist es ohne Bedeutung, ob er die hierzu erforderlichen Stoffe ganz oder teilweise selbst beistellt und ob er auch unmittelbar, jedoch in untergeordnetem Umfange für den Absatzmarkt arbeitet.²³⁴ Bei Heimarbeitsverhältnissen liegt ein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Eingliederung in die Betriebsorganisation und damit die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, nicht vor. Es ist daher ziemlich

²³¹ Vgl OGH 24. 4. 1996, 9 Ob A 2003/96, ecolex 1996, 787.

²³² Vgl *Wachter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts/Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, WBl 1991, 81 ff; *Hunna*, Die Erfindungen von Dienstnehmern nach österreichischem Recht, ÖBl 1952, 17; *Abel*, Die Behandlung der Angestelltenerfindung nach österreichischem Recht, JBl 1926, 85; *Collin*, Innovations-Handbuch (1985) 95 f.

²³³ Vgl BGBl 105/1961 idF 98/2001.

²³⁴ Vgl zu den Begriffen *Ritzberger-Moser/Widorn*, Kommentar zum Heimarbeitsgesetz 1960 (1995) 15 ff.

§ 8 Erl

unbestritten, dass das Beschäftigungsverhältnis in der Heimarbeit (Heimarbeitsverhältnis) kein Arbeitsverhältnis (Dienstverhältnis) aufgrund eines Arbeitsvertrages sein kann, wie es in der Regel beim Betriebsarbeitnehmer vorliegt.²³⁵ Dies ist auch der Grund dafür, dass Heimarbeiter von den meisten arbeitsrechtlichen Gesetzen ausgenommen sind²³⁶ oder Sonderbestimmungen²³⁷ für sie gelten. Genau in diese Richtung geht auch § 57 HeimArbG, welcher – anders als § 34 Abs 2 BAG bei den Lehrlingen – nur von in anderen gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Arbeitnehmerschutzbestimmungen und nicht generell von Vorschriften des Arbeitsrechtes spricht. Da somit Heimarbeiter nicht als Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechts anzusehen sind, war in Anbetracht der Schutzbedürftigkeit infolge wirtschaftlicher Abhängigkeit die gesonderte Aufnahme in § 8 Abs 2 KautSchG erforderlich.²³⁸

Dienstgeber

²⁰⁾ Zu etwaigen Fragen zum anderen Partner des Dienstvertrages, dem Dienstgeber, siehe die diesbezüglichen Ausführungen zu § 1.

²³⁵ Vgl *Ritzberger-Moser/Widorn*, Kommentar zum Heimarbeitsgesetz 1960 (1995) 17.

²³⁶ Vgl § 1 Abs 2 Z 2 ArbVG; § 1 Abs 2 Z 3 ArbAbfG; § 1 Abs 3 AVRAG; § 1 Abs 2 Z 6 EFZG; § 2 Z 1 IESG; § 1 Abs 2 Z 2 UriG; § 1 Abs 2 Z 5 ASchG; § 1 Abs 2 Z 9 AZG; § 1 Abs 2 Z 9 ARG.

²³⁷ Vgl § 1 Abs 1 DHG; § 1 Abs 3 GleichbG; § 8 Abs 2 KautSchG; § 1 Abs 1 Z 2 MSchG; § 2 Abs 2 ArbIG; § 50 Abs 3 Z 1 ASGG.

²³⁸ Vgl jedoch das die Arbeitnehmereigenschaft bejahende VfGH-Erkenntnis vom 20. 6. 1959 (VfSlg. 3573); der verfassungsrechtliche Begriff „Arbeitsrecht“ ist weit gefasst ist und erfasst nicht bloß Arbeitnehmer im arbeitsvertraglichen Sinne, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen (zB Heimarbeiter und Zwischenmeister iSd § 2 Abs 1 HeimArbG, arbeitnehmerähnliche Personen iSd § 2 Z 3 ArbVG, § 3 Abs 4 AÜG, § 1 Abs 1 DHG, § 50 Abs 3 Z 2 ASGG) und andere Bereiche des Arbeitsrechts (zB kollektive Rechtsgestaltung, Betriebsverfassung etc). Sinn und Zweck des Heimarbeitsgesetzes ist nicht die Regelung eines Arbeitsverhältnisses, sondern der Schutz vor Ausbeutung einer arbeitnehmerähnlichen Person.

§ 9

Die Vorschriften des § 35 des Angestelltengesetzes¹⁾, BGBl Nr 292/1921, des § 36 und des § 37, Absatz 1, des Gutsangestelltengesetzes²⁾, BGBl Nr 538/1923, werden aufgehoben; die Vorschriften des § 19 der Hausbesorgerordnung³⁾, BGBl Nr 878/1922, bleiben unberührt.

Übersicht zu § 9

Anmerkungen

Angestelltengesetz	Erläuterung 1
Gutsangestelltengesetz	Erläuterung 2
Hausbesorgerordnung	Erläuterung 3

Anmerkungen

Die folgenden Bestimmungen des Angestelltengesetzes und des Gutsangestelltengesetzes wurden aufgehoben:

1) § 35 des Angestelltengesetzes, BGBl 292/1921

Kaution

Ist vom Angestellten Kaution geleistet, so kann er, wenn gegen ihn bei Beendigung des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber Schadenersatzansprüche erhoben werden, verlangen, dass die Kaution bei Gericht erlegt werde.

2) § 36 des Gutsangestelltengesetzes, BGBl 538/1923

Kaution

(1) Insofern nicht eine andere Vereinbarung getroffen wurde, verwahrt eine vom Dienstnehmer bestellte Kaution der Dienstgeber. Er haftet für sie und hat die laufenden Zinsen dem Dienstnehmer auf Verlangen sofort nach deren Fälligkeit auszufolgen.

(2) Ersatzansprüche aus dem Dienstverhältnisse sind zunächst aus der Kaution und erst wenn diese nicht ausreicht, aus dem sonstigen Vermögen des Dienstnehmers einzubringen.

§ 9 Erl

§ 37 des Gutsangestelltengesetzes, BGBl 538/1923

(1) Ist der Dienstnehmer bei Beendigung des Dienstverhältnisses Rechnungslegung schuldig oder hat er Inventarsgegenstände herauszugeben oder werden Schadenersatzansprüche gegen ihn geltend gemacht, so kann der Dienstgeber die Kautions bis zur Beendigung der Revision oder der Austragung der Ersatzansprüche zurückbehalten; auf Verlangen des Dienstnehmers hat er sie jedoch in solchem Falle bei Gericht zu erlegen.

Durch die Bestimmungen des KautSchG wurden die bereits bestehenden Vorschriften über Dienstkautionen, die sich im Angestelltengesetz und im Gutsangestelltengesetz befanden, größtenteils gegenstandslos; sie wurden daher durch § 9 aufgehoben. Das KautSchG findet daher für Angestellte und Gutsangestellte Anwendung, wobei bei den Gutsangestellten jedoch der bisherige § 37 Abs 2, welcher im II. Kapitel besprochen wird, zu berücksichtigen bleibt.

Diese Bestimmung blieb weiterhin in Geltung:

3) § 19 der Hausbesorgerordnung, BGBl 878/1922

Sicherstellung

(1) Den Hauseigentümern (Verwaltern) ist es verboten, Sicherstellung von ihrem Hausbesorger zu verlangen oder entgegenzunehmen, es sei denn, dass der Hausbesorger vom Hauseigentümer (Verwalter) mit der Einhebung des Zinses betraut ist. Zu diesem Falle kann der Hauseigentümer (Verwalter) zur Sicherstellung des Zinses einem dem anvertrauten Betrage entsprechende Sicherstellung in Form vinkulierter Wertpapiere oder solcher Einlagebücher verlangen.

(2) Sicherstellungen, die entgegen diesen Vorschriften oder vor Inkrafttreten dieses Gesetzes geleistet wurden, können vom Hausbesorger jederzeit zurückgefordert werden.

Gem § 20 der Hausbesorgerordnung war § 19 derart zwingend, dass er durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden konnte.

Der Regierungsvorlage sind diesbezüglich folgende Erläuternde Bemerkungen²³⁹ zu entnehmen:

²³⁹ Vgl *Sternberg*, Die neuen Wohnungsgesetze (1923) 529.

„§ 18²⁴⁰ will einen manchmal vorkommenden Unfug, einerseits die Verleihung einer Hausbesorgerstelle von einer Leistung eines größeren Betrages als Sicherstellung abhängig zu machen, andererseits den Hausbesorger der Gefahr des Verlustes dieses Betrages auszusetzen, dadurch steuern, dass die Voraussetzungen festgestellt werden, unter denen Sicherstellungen in barem Gelde oder in Wertpapieren überhaupt verlangt oder angenommen werden können.“

Der Gesetzentwurf hat im Ausschuss für soziale Verwaltung folgende Änderungen²⁴¹ erfahren:

„Im § 19 wurde in Abänderung des Entwurfes für die vom Hausbesorger zu leistenden Sicherstellungen die Form vinkulierte Wertpapiere oder solcher Einlagebücher festgesetzt.

Den zwingenden Vorschriften (§ 20) wurden auch die Bestimmungen des § 3, Abs 3, und des § 19 angefügt.“

Heute gilt der sprachlich adaptierte, inhaltlich jedoch unveränderte § 26 des Hausbesorgergesetzes, welcher im Kapitel III besprochen wird.

Unberührt sollen dagegen die einschlägigen Vorschriften der Hausbesorgerordnung bleiben, die mit Rücksicht auf die Eigenart des Dienstverhältnisses der Hausbesorger noch weiter gehen als die Vorschriften des Entwurfes, indem sie ein teilweises Verbot der Kautionsbestellung aussprechen. Da die heute in Geltung stehenden §§ 26, 27 Hausbesorgergesetz als *leges speciales* den §§ 1, 3, 4 teilweise vorgehen, finden nur die sonstigen Bestimmungen des KautSchG auf Hausbesorger Anwendung. Hausbesorger unterliegen jedenfalls als aufgrund eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses Beschäftigte dem persönlichen Geltungsbereich des KautSchG (§ 8 Abs 1). Hinsichtlich weiterer Details siehe Kapitel III.

Da die Hausbesorgerordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens KautSchG nicht für ganz Österreich anzuwenden war, kam damals für die nicht vom räumlichen Geltungsbereich erfassten Hausbesorger das gesamte KautSchG zur Anwendung.²⁴² Auch heute gibt

²⁴⁰ Später § 19.

²⁴¹ Vgl *Sternberg*, Die neuen Wohnungsgesetze (1923) 536; BlgNR 1209.

²⁴² Vgl *Warmuth*, Die Dienstkaution des Hausbesorger und das neue Kautionschutzgesetz, ImmZ 1937/16, 3.

§ 9 Erl

es noch eine Gruppe von Hausbesorgern, nämlich jene des § 1 Abs 2 HBG, welche vom Hausbesorgergesetz ausgenommen sind und damit zur Gänze dem KautSchG unterliegen.

Da das Hausbesorgergesetz gem § 31 Abs 5 auf Dienstverhältnisse, welche nach dem 30. 6. 2000 abgeschlossen worden sind, nicht mehr anwendbar ist²⁴³, gilt für diese „neuen Hausbesorger“ ebenfalls das KautSchG.

²⁴³ Vgl BGBI I Nr 36/2000.

§ 10

Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind je nach dem Gegenstande der Bundesminister für soziale Verwaltung und der Bundesminister für Justiz, ersterer im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler, (dem gemäß Artikel 91 Absatz 4 der Verfassung 1934 zuständigen Bundesminister), betraut.

Anmerkungen

Artikel 91 Abs 4 der Verfassung 1934 entspricht heute dem Artikel 77 Abs 3 S 2 B-VG.

Das KautSchG wurde am 14. 7. 1937 im 60. Stück des Bundesgesetzblattes kundgemacht und ist demnach am 15. 7. 1937 in Kraft getreten.

Nach dem dzt gelten Bundesministeriengesetz 1986²⁴⁴ ist dzt die korrekte Bezeichnung nicht Bundesminister für soziale Verwaltung, sondern für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.

²⁴⁴ BGBl I Nr 3/2009.

§ 11 Erl

§ 11

§ 7 Abs 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 98/2001 tritt mit 1. Jänner 2002 in Kraft und ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31. Dezember 2001 ereignen.

Anmerkungen

Da das KautSchG bisher keine eigene Regelung über das Inkrafttreten einzelner Bestimmungen hatte, wurde nun der für das Inkrafttreten des novellierten § 7 Abs 1 maßgebliche Zeitpunkt in dem hinzugefügten § 11 normiert.

II. Kapitel

Kommentar

zu § 37 Abs 2 Gutsangestelltengesetz

(Bundesgesetz vom 26. 9. 1923 über den Dienstvertrag
der Angestellten in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben,
BGBl 538/1923 idF BGBl I 143/2004)

§ 37

Kaution

(2) Eine Kaution, die für die sachgemäße Ausführung¹⁾ einer bestimmten Arbeit²⁾ bestellt wurde, kann mangels anderer Vereinbarung³⁾ erst nach Vollendung und Genehmigung der Arbeit zurückgefordert werden⁴⁾; die Genehmigung oder Bemängelung⁵⁾ hat ohne unnötigen Aufschub⁶⁾ zu erfolgen.

Übersicht zu § 37

Anmerkungen

sachgemäße Ausführung	Erläuterung 1
bestimmte Arbeit	Erläuterung 2
mangels anderer Vereinbarung	Erläuterung 3
Rückforderungsanspruch nach Vollendung und Genehmigung der Arbeit	Erläuterung 4
Bemängelung	Erläuterung 5
ohne unnötigen Aufschub	Erläuterung 6

Anmerkungen

Durch die Bestimmungen des KautSchG wurden die bereits bestehenden Vorschriften über Dienstkautionen, die sich in den §§ 36, 37 Gutsangestelltengesetz befanden, größtenteils gegenstandslos; sie wurden daher durch § 9 KautSchG aufgehoben. Das KautSchG findet daher für Gutsangestellte Anwendung, wobei jedoch der im Folgenden zu besprechende § 37 Abs 2 zu berücksichtigen bleibt.

§ 37 GutsAngG Erl

sachgemäße Ausführung

1) Dabei ist zu berücksichtigen, dass Dienstnehmer im allgemeinen nur zum sorgfältigen Bemühen um den angestrebten Arbeitserfolg (Sorgfaltsverbindlichkeit) verpflichtet sind. Er ist jedenfalls nicht zu einem bestimmten Arbeitserfolg verpflichtet. Der Dienstnehmer verletzt also insofern den Dienstvertrag nur, handelt nur dann rechtswidrig, wenn er die (vertraglich geschuldete bzw bei fehlenden Anhaltspunkten im Vertrag die objektiv) gebotene Sorgfalt verletzt.¹ Welcher Sorgfaltsmaßstab im Einzelfall anzulegen ist, bestimmt sich nach dem Dienstvertrag; ein Förster unterliegt bei Schlägerungsarbeiten dem § 1299 ABGB, während ein Jäger bei denselben Arbeiten nur den Anforderungen des § 1297 ABGB unterliegt, wenn ihm der Gutsbesitzer diese Arbeiten in Kenntnis des mangelnden Fachwissens aufgetragen hat. Die einzelnen Pflichten des Dienstnehmers ergeben sich ebenso aus dem Dienstvertrag und damit verbundener Weisungen des Dienstgebers. Bei allfälligen Schäden ist das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz anzuwenden und darf auf die diesbezüglichen Ausführungen zu § 2 KautSchG hingewiesen werden.

bestimmte Arbeit

2) Wie bereits oben angemerkt wurde, findet das KautSchG grundsätzlich auch auf Gutsangestellte Anwendung. § 37 Abs 2 GutsAngG regelt lediglich den besonderen Fall der Kautionsbestellung für die sachgemäße Ausführung einer bestimmten Arbeit. Diese Bestimmung gilt daher nicht für Kautionen, welche generell für Schadenersatzansprüche aus dem Dienstverhältnis bestellt werden; für diese gilt ausschließlich das KautSchG. Unter dem Terminus „bestimmte Arbeit“ ist die Kautionsbestellung zB für die rechtzeitige Einbringung der Ernte, die Schlägerung und Wiederaufforstung eines bestimmten Waldstückes, die Durchführung des Viehtransportes etc zu verstehen.

Für die Bestellung der Kaution gelten sowohl die taxativ in § 1 Abs 1 KautSchG aufgezählten Kautionsmittel als auch die Schriftform gem § 1 Abs 2 KautSchG.

1 Vgl *Kerschner*, DHG² (2004) § 2 Rz 11.

mangels anderer Vereinbarung

3) Daraus ist zu erkennen, dass diese Bestimmung relativ zwingend zugunsten des Gutsangestellten ist und durch Einzelvereinbarung oder Kollektivvertrag frühere Rückforderungszeitpunkte für die bestellte Kautio vereinbart werden können.

Rückforderungsanspruch nach Vollendung und Genehmigung der Arbeit

4) Der Rückforderungsanspruch ist zweifach bedingt. Einerseits muss die vereinbarte Arbeitsleistung vollendet bzw erbracht und vom Dienstgeber genehmigt sein. Der letztmögliche Zeitpunkt muss kurz nach Ende des Dienstverhältnisses liegen, da nach Beendigung des Dienstverhältnisses den Dienstnehmer keine Arbeitspflicht mehr trifft und der Verlust der Kautio bei Kündigung als einseitige Kündigungsbeschränkung unzulässig ist.² Fordert der Dienstnehmer aus irgendwelchen Gründen (noch) nicht zurück, so ist jedenfalls die Frist des § 2 Abs 1 KautSchG einzuhalten.

Ist der Dienstnehmer erkrankt und wird diese Arbeit im Auftrage des Dienstgebers von anderen Dienstnehmern verrichtet, so ist die Kautio ohne Erfüllung der Bedingungen zurückzustellen, da der Dienstnehmer hierfür nicht verantwortlich ist.

Die Vollendung der Arbeit kann in manchen Fällen auch die Pflicht zur Rechnungslegung gem § 35 Abs 2 GutsAngG beinhalten. Benötigt der Dienstnehmer dazu Unterlagen des Dienstgebers, so ist ihm in diese gem § 35 Abs 3 GutsAngG Einsicht zu gewähren.

Die Genehmigung kann ausdrücklich oder schlüssig iSd § 863 ABGB erfolgen. Hiefür besteht keine bestimmte Formvorschrift.

² Vgl OGH 7. 11. 1990, 9 Ob A 275/90, ARD 4226/15/90 = Arb 10902; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 218; OGH 8. 7. 1992, 9 Ob A 142/92, ARD 4386/14/92 = DRdA 1993/12 (*Grillberger*) = Arb 11043; OGH 2. 9. 1992, 9 Ob A 154/92, ARD 4442/8/93 = DRdA 1993/19 (*Runggaldier*) = Arb 11045; OGH 11. 8. 1993, 9 Ob A 151/93, ARD 4499/24/93 = DRdA 1994, 69 = Arb 11101.

§ 37 GutsAngG Erl

Bemängelung

5) Wie bereits oben zur sachgemäßen Ausführung darauf hingewiesen wurde, ist der Dienstnehmer nur zur sorgfältigen Arbeitsleistung, nicht jedoch zu einem bestimmten Erfolg verpflichtet. Dass dieser – aus anderen Gründen als mangelnder Sorgfalt des Dienstnehmers – nicht eingetreten ist, kann der Dienstgeber dem Dienstnehmer nicht anlasten. Die Bemängelung kann also nur die Frage der Verletzung der dienstvertraglichen Sorgfaltspflicht betreffen.

ohne unnötigen Aufschub

6) Diese „Fristsetzung“ ähnlich wie in § 904 ABGB ist objektiv zu deuten, da auch beim Verzug als solchem nicht auf subjektive Elemente abgestellt wird.³ Zu prüfen ist daher, in welcher Zeit eine solche Leistung (die Genehmigung oder Bemängelung im konkreten Fall) im rechtsgeschäftlichen Verkehr üblicherweise erbracht werden kann.

³ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³, § 904 Rz 5.

III. Kapitel

Kommentar zu § 26 Hausbesorgergesetz

(Bundesgesetz vom 11. 12. 1969
über den Dienstvertrag der Hausbesorger,
BGBl 16/1970 idF BGBl I 36/2000)

§ 26

Sicherstellung

(1) Dem Hauseigentümer¹⁾ ist es verboten, Sicherstellungen²⁾ vom Hausbesorger zu verlangen oder entgegenzunehmen⁵⁾, es sei denn, daß der Hausbesorger vom Hauseigentümer auf Grund einer Vereinbarung mit der Einhebung des Mietzinses⁶⁾ betraut ist. In diesem Falle kann der Hauseigentümer zur Sicherstellung⁷⁾ des Mietzinses eine dem anvertrauten Betrage entsprechende Sicherstellung in Form vinkulierter Wertpapiere⁴⁾ oder solcher Einlagebücher³⁾ verlangen.

(2) Sicherstellungen, die entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes geleistet wurden, können vom Hausbesorger jederzeit zurückgefordert werden⁸⁾.

Übersicht zu § 26

A Judikatur	E 1.–E 3.
B Kommentar	
Hauseigentümer	Erläuterung 1
Sicherstellungen vom Hausbesorger –	
Sicherstellungsmittel	Erläuterung 2
Vinkulierte Einlagebücher	Erläuterung 3
Vinkulierte Wertpapiere	Erläuterung 4
verlangen oder entgegennehmen	Erläuterung 5
vereinbarte Einhebung des Mietzinses	Erläuterung 6
Höhe der Sicherstellung	Erläuterung 7
Rückforderbarkeit	Erläuterung 8

§ 26 HBG Erl

A Judikatur

E 1. Das Vorenthalten einkassierter Mietzinse durch den Hausbesorger bildet dann keinen Kündigungsgrund, wenn die Forderung des Hauseigentümers durch eine höhere Barkaution gedeckt ist und für den Hausbesorger die Gefahr des Verlustes dieser Kaution besteht (OGH 27. 4. 1934, 1 Ob 338/34, SZ 16/100).

E 2. Die Leistung von Bargeld als Kaution zur Sicherstellung des Mietzinses ist unzulässig; eine solche kann auch vom neuen Hauseigentümer zurückgefordert werden (LGZ Wien 9. 4. 1970, Arb 8810).

E 3. Das mit dem Anspruch auf Rückzahlung einer verbotenen Bargeldkaution verbundene Zinsenbegehren unterliegt nicht der dreijährigen Verjährung nach § 1480 ABGB (LGZ Wien 9. 4. 1970, Arb 8810).

B Kommentar

Wie bereits zu § 9 KautSchG ausgeführt wurde, sollen nach Meinung des Gesetzgebers des KautSchG die einschlägigen Vorschriften der Hausbesorgerordnung unberührt bleiben, die mit Rücksicht auf die Eigenart des Dienstverhältnisses der Hausbesorger noch weiter gehen als die Vorschriften des KautSchG, indem sie ein teilweises Verbot der Kautionsbestellung aussprechen. Da der heute in Geltung stehende § 26 Hausbesorgergesetz als *lex specialis* den §§ 1, 3, 4 teilweise vorgeht, finden nur die sonstigen Bestimmungen des KautSchG auf Hausbesorger Anwendung. Hausbesorger unterliegen jedenfalls als aufgrund eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses Beschäftigte dem persönlichen Geltungsbereich des KautSchG (§ 8 Abs 1). § 7 KautSchG ist nur auf Verstöße gegen die auf Hausbesorgerdienstverhältnisse anwendbaren Bestimmungen des KautSchG anzuwenden, nicht jedoch bei Verstoß gegen § 26 HBG.

Da die Hausbesorgerordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KautSchG nicht für ganz Österreich anzuwenden war, kam damals für die nicht vom räumlichen Geltungsbereich erfassten Hausbesorger das gesamte KautSchG zur Anwendung.¹ Auch heu-

¹ Vgl *Warmuth*, Die Dienstkaution des Hausbesorgers und das neue Kautionschutzgesetz, ImmZ 1937/16, 3.

te gibt es noch eine Gruppe von Hausbesorgern, nämlich jene des § 1 Abs 2 HBG, welche vom Hausbesorgergesetz ausgenommen sind und damit zur Gänze dem KautSchG unterliegen, sofern sie nicht Beamte sind.

Da das Hausbesorgergesetz gem § 31 Abs 5 auf Dienstverhältnisse, welche nach dem 30. 6. 2000 abgeschlossen worden sind, nicht mehr anwendbar ist², gilt für diese „neuen Hausbesorger“ das KautSchG.

Hauseigentümer

1) Grundsätzlich kann jede physische und juristische Person Eigentum erwerben (§ 355 ABGB). Hauseigentümer kann demnach entweder eine natürliche oder juristische Person sein. Ein Blick ins Grundbuch zeigt, wer Eigentümer bzw Miteigentümer eines Hauses ist. Dieser ist als typischer Vertragspartner³ des Hausbesorgers grundsätzlich Subjekt des Verbotes des § 26 Abs 1 HBG. Hinzu kommen jedoch jene Personen, die vom Hauseigentümer als Verwalter eingesetzt werden (§ 1029 ABGB) und denen zum Abschluss eines Hausbesorgerdienstvertrages eine besondere Vollmacht erteilt wurde.⁴ Auch eine vom Gesamtmietler für Dienste, die zum gewöhnlichen Pflichtenkreis eines Hausbesorgers gehören, aufgenommene Person ist Hausbesorger.⁵ Auch wenn sich der überwiegende Mieter dem Hauseigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Mietverhältnisses die Obliegenheiten eines Hausbesorgers vornehmen zu lassen, und in der Folge im eigenen Namen mit einem Dritten einen Dienstvertrag betreffend die Übernahme der Hausbesorgerarbeiten schließt, sind auf dieses Dienstverhältnis die Vorschriften des Hausbesorgergesetzes anzuwenden.⁶ Schlussendlich fällt auch der Dienstvertrag einer Bediensteten einer Reinigungsfirma, welche Hausbesorgerarbeiten verrichtet, unter das Hausbesorgergesetz, wenn die Reinigungsfirma vom Hauseigentümer mit der Durchführung dieser Arbeiten

² Vgl BGBl I Nr 36/2000.

³ Vgl OGH 20. 2. 1979, 4 Ob 3/79, Arb 9773 = DRdA 1981, 39 (*Welser-Cermak*); OGH 30. 11. 1983, 1 Ob 761/83, Arb 10307 = MietSlg 35838.

⁴ Vgl *Tades*, Hausbesorger- und Hausbetreuungsgesetz⁵ (2001) 6; *Strasser* in Rummel³, §§ 1027–1033 Rz 9.

⁵ Vgl OGH 4. 12. 1923, 2 Ob 819/23, SZ 5/293.

⁶ Vgl *Tades*, Hausbesorger- und Hausbetreuungsgesetz⁵ (2001) § 1 E 6a; OGH 24. 9. 1974, Arb 9245 = ZAS 1975/178 (*Wilhelm*).

§ 26 HBG Erl

beauftragt wurde und für diesen Zweck in diesem Haus eine Wohnung mietete und diese der Bediensteten als Dienstwohnung überließ.⁷ In allen diesen Fällen wird das Hausbesorgergesetz wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit dieser Dienstnehmergruppe angewendet. Da aus § 28 HBG die zwingende Wirkung von § 26 HBG hervorgeht, sind die oa Personen, welche zwar nicht Hauseigentümer, aber eine vergleichbare Rechtsposition innehaben, als „Hauseigentümer“ anzusehen bzw vom Verbot des § 26 HBG erfasst.

Sicherstellungen vom Hausbesorger – Sicherstellungsmittel

2) Wie bereits eingangs aufgezeigt wurde, gelten für Hausbesorger nicht alle Kautionsmittel des § 1 Abs 1 KautSchG, sondern jene der *lex specialis* des § 26 Abs 1 HBG. Es kommen daher nur vinkulierte Wertpapiere oder vinkulierte Einlagebücher in Betracht.⁸

Vinkulierte Einlagebücher

3) Durch die Zulassung ausschließlich vinkulierter Sparbücher als Kautionsmittel wird jedenfalls die Verwendung der als Sicherheit gegebenen Vermögensschaften des Dienstnehmers hintangehalten, was zu verhindern ja die Hauptaufgabe des Gesetzes ist.⁹ Um umgekehrt auch dem Dienstnehmer die alleinige Verfügungsmacht zu entziehen, werden solche vinkulierte Sparbücher im Normalfall dem Dienstgeber zur Verwahrung übergeben werden müssen. Es entsteht durch die Übergabe an den Dienstgeber ein regelmäßiges Pfandrecht.¹⁰ Gleichzeitig wird damit das unregelmäßige Pfandrecht (*pignus irregulare*) ausgeschlossen. Ob die Hinterlegung des vinkulierten Sparbuchs bei einem Dritten, etwa einer Bank, in Form eines *depositum irregulare* erfolgen kann, lässt der Gesetzgeber offen. Da einerseits der Dienstnehmer nur gegen den Missbrauch des Dienstgebers geschützt werden soll und anderer-

⁷ Vgl OGH 28. 9. 1994, 9 Ob A 159/94, DRdA 1995/35 (*Kürner*); *Tades*, Hausbesorger- und Hausbetreuungsgesetz⁵ (2001) § 1 E 4a.

⁸ Vgl *Tades*, Hausbesorger- und Hausbetreuungsgesetz⁵ (2001) § 26 E 1; LGZ Wien 9. 4. 1970, Arb 8810.

⁹ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 355.

¹⁰ Vgl *Weiser*, Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 505; *Böhler*, Die Verpfändung von Sparbüchern (1992); SZ 61/146.

seits der Pfandrechterwerb auch durch Besitzeinweisung (§ 451 ABGB) möglich ist¹¹, wird man die Frage bejahen können.¹²

Bei der Wahl eines Postsparbuches wird man das Sparbuch und die Berechtigungskarte derart trennen müssen, dass ein Teil beim Dienstnehmer und der andere beim Dienstgeber verbleibt. Diese Berechtigungskarten haben aber mit 1. 11. 2000 ihre Gültigkeit verloren, sodass hinsichtlich von Sparbüchern der PSK Bank keine Besonderheiten mehr gelten. Gemäß § 448 ABGB kann als Pfand jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Voraussetzung der Verpfändbarkeit ist die Verkehrsfähigkeit der Sache (§ 285 ABGB), wobei nach allgemeiner Ansicht auf ihre Verwertbarkeit abzustellen ist.¹³ Dies muss nicht unbedingt Veräußerbarkeit bedeuten, da eine Verwertung auch durch Zwangsverwaltung erfolgen kann.¹⁴ Auch eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit schadet nicht.¹⁵

Der zur Erwerbung des Pfandrechts erforderliche Titel (§ 449 ABGB) wird in der Regel ein Pfandbestellungsvertrag (§ 1368 S 2 ABGB) zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer sein. Dabei handelt es sich um einen rein schuldrechtlich, regelmäßig einseitig verpflichtenden Vertrag, aus dem der Gläubiger (hier: Dienstgeber) einen obligatorischen Anspruch auf Abschluss eines Pfandvertrages erwirbt.¹⁶ Der Pfandvertrag ist nach § 1368 S 1 ABGB derjenige Vertrag, durch welchen der Pfandbesteller (hier: Dienstnehmer) dem Gläubiger (hier: Dienstgeber) das Pfandrecht wirklich einräumt. Der Pfandvertrag ist dinglicher Vertrag (Verfügungsgeschäft) und als solcher Erwerbungsart (Modus) des Pfandrechts. Es ist jedenfalls sowohl aufgrund von § 1 Abs 1 lit a KautSchG als auch aus pfandrechtlichen Überlegungen zulässig, ein Pfand für künftige Forderungen, deren Entstehen ungewiss

¹¹ Vgl OGH 9. 4. 1952, 1 Ob 305/52, SZ 25/89; OGH 18. 2. 1987, 3 Ob 23/87, JBI 1987, 383; OGH 7. 11. 1991, 6 Ob 590/91, ÖBA 1992/338, *Jabornegg*.

¹² Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionenschutzgesetz), JBI 1937, 355.

¹³ Vgl *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 448 Rz 1.

¹⁴ Vgl GIUNF 2552; SZ 55/112; *Klang*² II 397.

¹⁵ Vgl GIUNF 4678 – vinkuliertes Sparbuch; WBI 1988, 405 – Gewerbeberechtigung und exekutive Verwertung eines Unternehmens.

¹⁶ Vgl OGH 23. 5. 1973, 1 Ob 88/73, SZ 46/57.

§ 26 HBG Erl

ist (zB Schadenersatzanspruch aus dem Dienstverhältnis), zu bestellen.¹⁷

Der Handpfandnehmer (hier: Dienstgeber) ist verpflichtet, dem Pfandgeber (hier: Dienstnehmer) einen Pfandschein auszustellen, und darin die unterscheidenden Kennzeichen des Pfandes zu beschreiben (§ 1370 ABGB). Bei einem vinkulierten Sparbuch sind daher die Sparbuchnummer und der eingetragene Geldbetrag anzugeben.

Auch wenn das vinkulierte Sparbuch ordnungsgemäß verpfändet ist, ist noch die Frage zu klären, ob allfällige Zinsen mitverpfändet sind oder nicht. Anders als § 1 Abs 1 lit b KautSchG sieht lit a und auch § 26 Abs 1 HBG kein Verfügungsrecht des Dienstnehmers über Zinsen aus der Kautions vor. Die Erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers geben auch keinen Anhaltspunkt für eine bewusste Differenzierung. Auch die Aufzählung der sonstigen Kautionsmittel in den lit b–e zeigt, dass jeweils ein bestimmter Betrag zugunsten des Dienstgebers zur Abdeckung allfälliger Schadenersatzansprüche gesichert werden soll. Bei den Kautionsmitteln der lit c–e gibt es von der Natur des Kautionsmittels her sowieso keine Zuwächse bzw Früchte. Da zudem Zinsen als Zivilfrüchte von der Verpfändung grundsätzlich nicht erfasst werden, weil bei ihnen der enge Zusammenhang mit der Muttersache fehlt¹⁸, und Nebenabreden über die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zugunsten des Gläubigers nach § 1372 S 1 ABGB rechtsunwirksam sind, ist eine Lückenschließung nur derart möglich, dass – wie im Falle der lit b – dem Dienstnehmer das Verfügungsrecht über die Zinsen verbleiben muss.¹⁹

Das Pfandrecht erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Dem entspricht auch § 468

¹⁷ Vgl *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB³ VI, §§ 1368–1369 Rz 17; *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 449 Rz 8; EvBl 1956/151; GIUNF 3260; OGH 16. 10. 1979, 5 Ob 692/79, SZ 52/147.

¹⁸ Vgl *Frotz*, Kreditsicherungsrecht (1970) 87.

¹⁹ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz), JBl 1937, 356; tw aA *Weiser*, Das Kautionsschutzgesetz, RZ 1937, 505; *Maier*, Das Kautionsschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 346.

ABGB²⁰, wobei jedoch hinsichtlich der Frist § 2 KautSchG als *lex specialis* anzusehen ist. Der Dienstgeber ist sodann zur Herausgabe des Sparbuches an den Dienstnehmer verpflichtet, wobei eine Holschuld des Dienstnehmers vorliegt.²¹ Für den Fall eines *depositum irregulare* bei einem Dritten ist der Dienstgeber zur Abgabe einer Freigabeerklärung verpflichtet.

Abschließend ist noch zu ergänzen, dass das beim EuGH gegen Österreich wegen Verstoßes gegen die „Geldwäscherichtlinie“ anhängig gewesene Verfahren²² dazu geführt hat, dass bei Eröffnung eines Sparbuches seit 1. 11. 2000 ein amtlicher Lichtbildausweis vorzuzeigen ist (vgl § 31 Bankwesengesetz). Seit 1. 7. 2002 werden bestehende Sparbücher, zu denen noch keine Identitätsfeststellung erfolgt ist, als besonders gekennzeichnete Konten weitergeführt. Die vereinbarte Verzinsung bleibt davon unberührt; neue Laufzeitbindungen dürfen jedoch nur mehr nach erfolgter Identitätsfeststellung vereinbart werden. Von bestehenden, noch nicht identifizierten (alten anonymen) Sparbüchern mit einem Kontosaldo unter EUR 15.000,- kann – nach Vorlage eines amtlich gültigen Lichtbildausweises – umgehend sowohl behoben, als auch eingezahlt werden. Für bestehende noch nicht identifizierte Sparbücher mit einem Kontosaldo über EUR 15.000,- sieht der Gesetzgeber folgende Regelung vor: Identifiziert der Kunde das Sparbuch und nimmt gleichzeitig eine Einzahlung vor, so gilt das Sparbuch als nicht mehr anonym. Erfolgt lediglich eine Identifizierung durch den Sparer ohne gleichzeitige Einzahlung, so gilt das Sparbuch frühestens am nächsten Tag als identifiziert. Möchte der Kunde aber sein Sparbuch identifizieren und zugleich eine Behebung vornehmen, so schreibt das Gesetz den Banken eine Meldepflicht vor und die Auszahlung darf – so es von den Behörden keine Auszahlungssperre gibt – erst nach sieben Kalendertagen erfolgen.

Vinkulierte Wertpapiere

4) § 1 Abs 1 lit b KautSchG normiert für dieses Kautionsmittel die Hinterlegung in einem Depot eines Kreditinstitutes. Gleiches

²⁰ Vgl *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ II, § 468 Rz 1.

²¹ Vgl GIUNF 1189.

²² Vgl Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. 6. 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl L 166 vom 28. 6. 1991, 77 ff; vgl EuGH 29. 9. 2000, Rs C-290/98, Slg 2000, I-7835.

§ 26 HBG Erl

ist mit dem Zusatz „vinkuliert“ in § 26 Abs 1 HBG gemeint. Welche Art von Verwahrungsvertrag (gewöhnlicher oder unregelmäßiger) bzw Depot (Summendepot, Sammelverwahrung etc) gewählt wird, ist für die Zwecke des KautSchG als auch des HBG bedeutungslos, da das Kautionsmittel dem Dienstgeber nicht allein zugänglich ist. Welches Kreditinstitut gewählt wird, ist aus denselben Gründen ebenfalls bedeutungslos, solange ein Kreditinstitut iSd § 1 Abs 1 Bankwesengesetz²³ vorliegt.

Was die Verfügung über die Früchte aus der Kautions betrifft, stellt das Gesetz klar, dass dem Kautionsbesteller (hier: Dienstnehmer oder Dritter) die alleinige Verfügungsbefugnis über Zinsen und Gewinnanteile verbleibt. Bei hinterlegten (fest)verzinslichen Anleihen etc kann der Dienstnehmer daher die Zinsen selbständig beheben bzw bei Aktien die Dividende beziehen. Auch wenn im § 26 Abs 1 HBG anders als in § 1 Abs 1 lit b KautSchG die Verfügungsbefugnis über Zinsen nicht enthalten ist, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum bei Hausbesorgern iSd § 1 Abs 1 HBG eine derartige Kautions anders zu behandeln sei, als zB von Hausbesorgern, welche wegen § 1 Abs 2 HBG nicht unter das HBG und daher unter das KautSchG fallen. Sobald es jedoch die Verfügung über das hinterlegte Kautionsmittel, etwa den Verkauf von Aktien, betrifft, bedarf es des Einvernehmens zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber.

Die Verfügungsbeschränkung über das Depot erlischt spätestens vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses bzw bei verpflichteter Rechnungslegung des Dienstnehmers vier Wochen nach dieser, soweit nicht § 2 Abs 2 KautSchG zur Anwendung kommt. Der Dienstgeber ist verpflichtet, gegenüber dem Depotverwahrer eine Erklärung abzugeben, dass der Dienstnehmer wieder alleine über das Depot Verfügungsberechtigt ist.

Für die Bestellung der Sicherstellung gilt Schriftlichkeit iSd § 1 Abs 2 KautSchG.²⁴

verlangen oder entgegennehmen

5) Obwohl bei der Bestellung einer Kautions primär an eine Vereinbarung im Rahmen eines Dienstvertrages zu denken ist und da-

²³ Vgl BGBl 532/1993 idF BGBl I 108/2007.

²⁴ Vgl *Warmuth*, Die Dienstkaution des Hausbesorgers und das neue Kautionschutzgesetz, ImmZ 1937/16, 3.

her eine solche meist auf diese Art bestellt wird, erfasst der Gesetzestext nicht nur solcherart bestellte Kautionen, sondern auch einseitig vom Dienstnehmer oder Dritten im Rahmen einer Auslobung²⁵ oder eines einseitigen Schuldversprechens²⁶ offerierte Kautionen. Unabhängig also, von wem die Initiative (verlangen oder entgegennehmen) zur Leistung der Sicherstellung ausgegangen ist, darf der Hauseigentümer gesetzwidrige Kautionen nicht annehmen.

vereinbarte Einhebung des Mietzinses

6) Die allgemeinen Pflichten des Hausbesorgers sind in den §§ 3 bis 5 HBG gesetzlich festgelegt. Die Einhebung des Mietzinses ist dort nicht explizit erwähnt, sondern heißt es in § 4 Abs 3 HBG nur allgemein, dass andere Dienstleistungen, die mit dem Hausbetrieb im Zusammenhang stehen, ausdrücklich vereinbart und besonders entlohnt (vgl § 12 Abs 1) werden müssen. Eine Sicherstellung kann daher nur verlangt werden, wenn im Dienstvertrag des Hausbesorgers zusätzlich die Pflicht zur Einhebung des Mietzinses vereinbart ist.²⁷

Höhe der Sicherstellung

7) Die Höhe der Sicherstellung ist mit der Höhe des anvertrauten Betrages begrenzt. Es sind daher einerseits die Miethöhe und andererseits deren Fälligkeit zu berücksichtigen. Werden bspw alle Mieten am Monatsersten fällig, so kann die maximale Sicherstellung die Gesamtsumme aller Mieten betragen. Wäre hingegen nur die eine Hälfte der Mieten am Monatsersten, die andere Hälfte der Mieten jedoch zu einem anderen Termin, und muss der Hausbesorger die eingehobenen Mieten unverzüglich an den Hauseigentümer abliefern, so kann die Höhe der Sicherstellung maximal die Höhe der einzuhebenden Mieten betragen.²⁸

Rückforderbarkeit

8) Der Rückforderungsanspruch nach Abs 2 kann jederzeit ausgeübt werden. Das heißt, dass der Anspruch auch während des

²⁵ Vgl §§ 860 ff ABGB.

²⁶ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 860 Rz 5.

²⁷ Vgl OGH 16. 12. 1975, 4 Ob 75/75, Arb 9429.

²⁸ Vgl *Warmuth*, Die Dienstkaution des Hausbesorgers und das neue Kautionschutzgesetz, *ImmZ* 1937/16, 2.

§ 26 HBG Erl

aufrechten Hausbesorgerdienstverhältnisses geltend gemacht werden kann.

Hinsichtlich der Verjährung gilt die 30-jährige Verjährungszeit des § 1478 ABGB.

Die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruches in § 26 Abs 1 HBG ist so wie in § 4 nicht ganz eindeutig. Die Judikatur hat den Tatbestand des § 877 ABGB (*condictio sine causa*) auch auf andere Nichtigkeitsfälle, namentlich auf verbotene und sittenwidrige Verträge, ohne Rücksicht auf einen Irrtum des Leistenden erstreckt.²⁹ Die Lehre³⁰ differenziert in den Fällen der Nichtigkeit nach § 879 ABGB nach dem Zweck der Verbotsnorm und lässt eine Kondition ohne weitere Voraussetzungen dort zu, wo ein Interesse der Rechtsordnung an der Rückabwicklung besteht. Dies ist nach dem Schutzzweck des KautSchG und des HBG sicherlich der Fall und wird auch ausdrücklich von § 4 KautSchG und § 26 Abs 2 HBG gesagt. Im Falle der irrtümlichen Leistung einer gesetzwidrigen Kautio oder eines Darlehens etc liegt daher ein Fall des § 1431 ABGB vor. Auch bei Kenntnis des Verbots muss der Rückforderungsanspruch des Dienstnehmers bejaht werden, da er zum Zeitpunkt der Leistung unter wirtschaftlichem Druck steht, weil er sein Arbeitsverhältnis begründen oder aufrecht erhalten will.

Gesetzlich korrekte Sicherstellungen iSd § 26 Abs 1 HBG sind innerhalb der Frist des § 2 Abs 1 KautSchG zurückzustellen.³¹

§ 26 HBG ist aufgrund der Anordnung des § 28 HBG, wonach die sich ua aus § 26 HBG ergebenden Rechte des Hausbesorgers durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden können, relativ zwingend zugunsten des Hausbesorgers.

²⁹ Vgl *Rummel* in *Rummel*³, § 877 Rz 2; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ VI, Vorbem zu §§ 1431 Rz 10; OGH 13. 2. 1923, 3 Ob 69/23, SZ 5/33; OGH 17. 5. 1950, 3 Ob 123/50, SZ 23/159; OGH 26. 9. 1951, 2 Ob 563/51, SZ 24/243; OGH 9. 5. 1972, 4 Ob 28/72, SZ 45/58; OGH 17. 4. 1974, 5 Ob 83/74, EvBl 1974/221; JBl 1950, 504; OGH 6. 4. 1976, 5 Ob 534/76, JBl 1977, 36; OGH 12. 11. 1987, 7 Ob 669/87, JBl 1988, 250 (*Karollus*).

³⁰ Vgl *Wilburg* in *Klang* V 462 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 280 mwN; *M. Bydlinski*, ÖJZ 1987, 11.

³¹ Vgl *Warmuth*, Die Dienstkaution des Hausbesorgers und das neue Kautionsschutzgesetz, ImmZ 1937/16, 3.

IV. Kapitel

**Kaution, Darlehen, Geschäftsbeteiligung etc
und Insolvenz des Arbeitgebers¹**

1. Kaution

1.1 Konkurs

Wurde eine Kaution entsprechend § 1 KautSchG bestellt, so hat der Dienstnehmer oder der Dritte im Falle eines Konkurses gem § 44 Abs 1 KO einen Aussonderungsanspruch.

Unter Aussonderungsansprüchen versteht man das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung von Sachen, die dem Gemeinschuldner nicht gehören (vgl § 44 Abs 1 KO). Zu den Aussonderungsrechten zählen zB das Eigentumsrecht, Miteigentum, dingliche Rechte an fremden Sachen, soweit es sich nicht um Absonderungsrechte handelt oder die obligatorischen Rückforderungsansprüche, die ua dem Vermieter, Verleiher, Verpächter und Hinterleger zustehen.² Aussonderungsansprüche werden vom Konkurs nicht berührt, sie können ungehindert bei Gericht eingeklagt und im Exekutionswege durchgesetzt werden. Ein bereits anhängiger Prozess wird durch die Konkursöffnung unterbrochen, er ist nach Konkursöffnung gegen den Masseverwalter fortzusetzen (§ 6 Abs 2 KO). Gefährdet allerdings die Erfüllung eines Aussonderungsanspruches eine mögliche Fortführung des Unternehmens, ohne dass dem Berechtigten im Falle der Nichterfüllung schwere persönliche oder wirtschaftliche Nachteile drohen, so kann die Erfüllung vor Ablauf von 90 Tagen ab der Konkursöffnung nicht gefordert werden (§ 11 Abs 2 KO). Für diesen Zeitraum sind in diesem Falle über Antrag auch einschlägige Exekutionsverfahren aufzuschieben (§ 11 Abs 3 KO). Bei Bestellung einer Kaution ist der Fall des § 11 Abs 2 KO jedoch kaum vorstellbar, da die Kaution dem Dienstgeber nie alleine zur Verfügung gestanden ist oder betrieblich genutzt werden konnte.

¹ Vgl *Mayr*, Kauttionen von Arbeitnehmern und Insolvenz des Arbeitgebers, *ecolex* 2000, 219.

² Vgl *Holzer*, Insolvenz und Arbeitsverhältnis, DRdA 1984, 308 ff.

Kaution

Wurde eine Kaution entgegen § 1 KautSchG derart bestellt, dass sie zwar in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Gemeinschuldners übergegangen ist (zB im Wege einer Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung), jedoch noch nicht Bestandteil der Konkursmasse³, also noch unterscheidbar⁴ vorhanden ist, so besteht bei Konkurs des Dienstgebers – gegen Befriedigung der Gläubiger – ein Aussonderungsrecht und im Falle einer Einzelexekution ein Anspruch nach § 37 EO.⁵

Wurde eine Kaution entgegen § 1 KautSchG derart bestellt, dass sie in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Gemeinschuldners übergegangen ist (zB übergebenes Bargeld – pignus irregulare – wird gem § 371 ABGB durch Vermischung Eigentum des Dienstgebers), so besteht bei Konkurs des Dienstgebers kein Aussonderungsrecht.

Die sich in der Folge stellende Frage ist, ob eine Masse- oder Konkursforderung vorliegt. Im Normalfall wird nur Letzteres zutreffen.⁶ Als Ansatzpunkte für eine Masseforderung kommen zwar § 46 Abs 1 Z 3a (Beendigungsansprüche), 4 (Ansprüche auf Erfüllung zweiseitiger Verträge, in die der Masseverwalter eingetreten ist), 5 (Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters) und 6 (Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse) in Betracht, sie sind jedoch aus folgenden Überlegungen nicht zielführend bzw treten in dieser Form praktisch kaum auf:

Z 3a: Beendigungsansprüche sind Ansprüche, die infolge der Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund des Gesetzes, eines Kollektivvertrages oder Dienstvertrages zustehen. Dies sind zB Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung, Urlaubsabfindung, Remunerationen, Dienstzeugnis, Kauttionen etc. In Folge der Beendigung werden jedoch nur gesetzmäßig bestellte Kauttionen fällig, gesetzwidrig bestellte Kauttionen sind hingegen gem § 4 KautSchG jederzeit rückforderbar bzw fällig. Deren Fälligkeit steht also mit der Beendigung des Dienstverhältnisses in keinem rechtlichen Zusammenhang.

³ Vgl *Mohr*, KO¹⁰ (2006) § 44 E 15.

⁴ Vgl *Mohr*, KO¹⁰ (2006) § 44 E 16.

⁵ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 408 ff mwN.

⁶ Vgl *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung (1937), Bd II 281.

Z 4: Hier ist Voraussetzung, dass der Masseverwalter in den Vertrag über die Bestellung der Kaution eingetreten ist. Dies ist zwar theoretisch möglich, praktisch jedoch unwahrscheinlich.

Z 5: Masseforderungen könnten in diesem Falle nur dann entstehen, wenn sich der Masseverwalter selbst eine gesetzwidrige Kaution bestellen lässt.⁷ Kautionsbestellungen vor Konkurseröffnungen haben mit Z 5 nichts zu tun.

Z 6: Auch wenn § 4 einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nach § 877 bzw § 1431 ABGB normiert, so ist der Tatbestand der Z 6 nicht erfüllt, wenn die Kaution vor Konkurseröffnung bestellt wurde, da in diesem Falle nicht die Masse, sondern der Gemeinschuldner grundlos bereichert ist.⁸

Im Normalfall wird daher eine bloße Konkursforderung iSd § 51 Abs 1 KO⁹ vorliegen, sodass der Dienstnehmer nur eine quotenmäßige Befriedigung seiner Forderung erwarten kann.

1.2 Ausgleich

Wurde eine Kaution entsprechend § 1 KautSchG bestellt, so hat der Dienstnehmer oder der Dritte im Falle eines Ausgleichs gem § 21 Abs 1 AO einen Aussonderungsanspruch.

Unter Aussonderungsansprüchen versteht man das einer dritten Person zustehende dingliche oder persönliche Recht auf Herausnahme eines nicht zum Vermögen des Ausgleichsschuldners gehörigen Objektes (vgl § 21 Abs 1 AO). Zu den Aussonderungsrechten zählen zB das Eigentumsrecht, Miteigentum, dingliche Rechte an fremden Sachen, soweit es sich nicht um Absonderungsrechte handelt oder die obligatorischen Rückforderungsansprüche, die ua dem Vermieter, Verleiher, Verpächter und Hinterleger zustehen.¹⁰ Aussonderungsansprüche können gegen den Ausgleichsschuldner in voller Höhe geltend gemacht, eingeklagt und zwangsvollstreckt werden, da sie weder von der Eröffnung des Verfahrens (§ 11 Abs 1 AO) noch vom Ausgleich (§ 46 Abs 1 AO) berührt werden. Sie

⁷ Vgl ähnlich *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung (1937), Bd I 279.

⁸ Vgl *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung (1937), Bd I 282 f.

⁹ Vgl *Klang*, Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz), JBl 1937, 357; *Weiser*, Das Kautionsschutzgesetz, RZ 1937, 505; *Maier*, Das Kautionsschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 346.

¹⁰ Vgl *Holzer*, Insolvenz und Arbeitsverhältnis, DRdA 1984, 419 ff.

Kaution

genießen im Ausgleichsverfahren kein Stimmrecht und sind nicht anzumelden. Gefährdet allerdings die Erfüllung des Aussonderungsanspruches eine mögliche Fortführung des Unternehmens, ohne dass dem Berechtigten im Falle der Nichterfüllung schwere persönliche oder wirtschaftliche Nachteile drohen, so kann die Erfüllung bis zum Schluss der Ausgleichstagsatzung, und, wenn der Ausgleich angenommen wird, bis zum Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses, jedoch höchstens 90 Tage ab der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens nicht gefordert werden (§ 11 Abs 2 AO). Für diesen Zeitraum sind in diesem Falle über Antrag auch einschlägige Exekutionsverfahren aufzuschieben (§ 11 Abs 3 AO). Bei Bestellung einer Kaution ist der Fall des § 11 Abs 2 AO jedoch kaum vorstellbar, da die Kaution dem Dienstgeber nie alleine zur Verfügung gestanden ist oder betrieblich genutzt werden konnte.

Wurde eine Kaution entgegen § 1 KautSchG derart bestellt, dass sie zwar in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Gemeinschuldners übergegangen ist (zB im Wege einer Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung), jedoch noch nicht Bestandteil des Vermögens des Ausgleichsschuldners, also noch unterscheidbar vorhanden ist, so besteht beim Ausgleich des Dienstgebers – gegen Befriedigung der Gläubiger – ein Aussonderungsrecht und im Falle einer Einzelexekution ein Anspruch nach § 37 EO.¹¹

Wurde eine Kaution entgegen § 1 KautSchG derart bestellt, dass sie in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Ausgleichsschuldners übergegangen ist (zB übergebenes Bargeld wird gem § 371 ABGB durch Vermischung Eigentum des Dienstgebers), so besteht kein Aussonderungsrecht.

Die sich in der Folge stellende Frage ist, ob eine bevorrechtete Forderung oder eine Ausgleichsforderung vorliegt. Im Normalfall wird nur Letzteres zutreffen.¹² Als Ansatzpunkt für eine bevorrechtete Forderung kommt zwar § 23 Abs 1 Z 3a AO (Beendigungsansprüche) in Betracht, er ist jedoch aus folgenden Überlegungen nicht zielführend:

Z 3a: Beendigungsansprüche sind Ansprüche, die infolge der Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund des Gesetzes, eines

¹¹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 408 ff mwN.

¹² Vgl *Bartsch/Pollak*, Konkursordnung (1937), Bd II 281.

Ansprüche nach dem IESG

Kollektivvertrages oder Dienstvertrages zustehen. Dies sind zB Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung, Urlaubsabfindung, Remunerationen, Dienstzeugnis, Kauttionen etc. In Folge der Beendigung werden jedoch nur gesetzmäßig bestellte Kauttionen fällig, gesetzwidrig bestellte Kauttionen sind hingegen gem § 4 KautSchG jederzeit rückforderbar bzw fällig. Deren Fälligkeit steht also mit der Beendigung des Dienstverhältnisses in keinem rechtlichen Zusammenhang.

Im Normalfall wird daher eine bloße Ausgleichsforderung¹³ vorliegen, sodass der Dienstnehmer nur eine quotenmäßige Befriedigung seiner Forderung erwarten kann.

2. Darlehen, Geschäftsbeteiligung etc

Wurde ein Darlehen, egal ob gemäß oder entgegen § 3 KautSchG, dem Dienstgeber gewährt oder eine Geschäftsbeteiligung vorgenommen, so ist es oder sie in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Gemein- oder Ausgleichsschuldners übergegangen (zB übergebenes Bargeld wird gem § 371 ABGB durch Vermischung Eigentum des Dienstgebers) und besteht somit kein Aussonderungsrecht mehr.

Im Falle eines Konkurses besteht daher lediglich eine Konkursforderung, im Falle eines Ausgleichs eine Ausgleichsforderung. Hinsichtlich weiterer Details siehe die obigen Ausführungen zu gesetzwidrigen Kauttionen bei Konkurs und Ausgleich.

3. Ansprüche nach dem IESG

3.1 anspruchsberechtigte Personen

Gem § 1 Abs 1 IESG haben Arbeitnehmer, Heimarbeiter und ihre Hinterbliebenen sowie ihre Rechtsnachfolger von Todes wegen (Anspruchsberechtigte) Anspruch auf Insolvenz-Entgelt. Keinen Anspruch auf Insolvenz-Entgelt gem § 1 Abs 6 IESG haben Arbeitnehmer, die in einem Dienstverhältnis zum Bund, zu einem Bundesland, zu einer Gemeinde, zu einem Gemeindeverband oder

¹³ Vgl Klang, Das Bundesgesetz betreffend Kauttionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionenschutzgesetz), JBl 1937, 357; Weiser, Das Kautionenschutzgesetz, RZ 1937, 505; Maier, Das Kautionenschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 346.

Ansprüche nach dem IESG

zu einem Arbeitgeber stehen, der entweder nach den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes oder gemäß völkerrechtlichen Verträgen oder auf Grund des Bundesgesetzes über die Einräumung von Privilegien und Immunitäten an internationale Organisationen, BGBl Nr 677/1977, Immunität genießt, aus diesem Dienstverhältnis (Z 1); Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluß auf die Gesellschaft zusteht, auch wenn dieser Einfluß ausschließlich oder teilweise auf der treuhändigen Verfügung von Gesellschaftsanteilen Dritter beruht oder durch treuhändige Weitergabe von Gesellschaftsanteilen ausgeübt wird (Z 2); Personen, die nach § 66a des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977, BGBl Nr 609, der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen (Z 3).

An dieser Stelle sei nur kurz darauf hingewiesen, dass die Ausnahmen der Z 1 gegen die Richtlinie 80/987/EWG¹⁴ zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers verstoßen und diesen Arbeitnehmern bei Ablehnung ihrer Ansprüche ein Staatshaftungsanspruch zustehen würde.¹⁵

Ebenfalls noch kurz anzumerken ist, dass die bisherige Rechtsprechung des OGH¹⁶, wonach das IESG nur auf Arbeitnehmer anzuwenden sei, deren Beschäftigungsverhältnisse in die österreichische Sozialversicherung fallen und daher grundsätzlich nicht auf solche Arbeitnehmer eines im Inland in Konkurs verfallenen Arbeitgebers, deren Beschäftigungsorte im Ausland lagen und für die eine ins Gewicht fallende Beschäftigung im Inland weder vor Beginn noch nach Beendigung des Auslandseinsatzes erfolgte bzw vorgesehen war, seit der Entscheidung des EuGH vom 17. 9. 1997¹⁷ gegen EG-Recht verstößt. In dieser Entscheidung führte der EuGH Folgendes aus: „Ist der Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen niedergelassen, in dem der Arbeitnehmer wohnt und seine Arbeitnehmertätigkeit ausgeübt hat,

¹⁴ Vgl ABI Nr L 283/23 vom 28. 10. 1980.

¹⁵ Vgl *Köck St.*, Zum Ausschluß leitender Angestellter aus dem IESG, *ecolex* 1995, 429 ff; *Lechner*, Leitende Angestellte und Insolvenz-Ausfallgeld, *ZIK* 1995, 103 ff; *Mayr*, Einführung in das Recht der EG und Auswirkungen auf das österreichische Arbeitsrecht (1997) 132 f.

¹⁶ Vgl OGH 29. 8. 1996, 8 Ob S 2165/96g, RdW 1997, 419.

¹⁷ Vgl EuGH vom 17. 9. 1997, Rs C-117/96, *Mosbaek*, Slg 1997, I-5017 ff.

so ist die nach Artikel 3 der Richtlinie 80/987¹⁸ zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers für die Befriedigung der Ansprüche dieses Arbeitnehmers im Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers zuständige Garantieeinrichtung die Einrichtung des Staates, in dem im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie entweder die Eröffnung des Verfahrens zur gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung beschlossen oder die Stilllegung des Unternehmens oder des Betriebes des Arbeitgebers festgestellt worden ist.“ In der o.a. Entscheidung des OGH wäre der Arbeitnehmer demnach in den Geltungsbereich des IESG gefallen, die Entscheidung wäre jedoch mangels gesicherten Anspruchs¹⁹ ebenfalls negativ gewesen.

Bisher waren gem § 2 Z 2 IESG auch teilweise Zwischenmeister und nach Z 3 auch arbeitnehmerähnliche Personen iSd § 51 Abs 3 Z 2 ASGG anspruchsberechtigt. Doch aufgrund der Novelle BGBl I 107/1997 war § 2 in der bisherigen Fassung gem § 17a Abs 10 IESG nur mehr für Beschlüsse über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 1 Abs 1 bzw der sonst nach § 1 Abs 1 maßgebende Beschluss vor dem 1. 10. 1997 ssanzuwenden. Damit ist den bisher erfassten Zwischenmeistern und den arbeitnehmerähnlichen Personen jeglicher Anspruch nach dem IESG versagt. Freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG werden jedoch gem § 2a IESG Arbeitnehmern gleichgestellt. Diese Regelung gilt aufgrund der Novelle BGBl I 104/2007 gem § 20 Abs 2 IESG für Beschlüsse über das Insolvenzverfahren oder einen anderen Insolvenztatbestand nach § 1 Abs 1 Z 3 bis 6 ab 1. 1. 2008.

3.2 gesicherte Ansprüche

Gem § 1 Abs 2 IESG sind gesichert aufrechte, nicht verjährte und nicht ausgeschlossene Ansprüche (Abs 3) aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gepfändet, verpfändet oder übertragen worden sind, und zwar:

¹⁸ Diese RL wurde durch die RL 2002/74/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 80/987/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers abgeändert (vgl ABl L 270 vom 8. 10. 2002, S 10 ff).

¹⁹ Vgl den Abschnitt „gesicherte Ansprüche“ mwN.

Ansprüche nach dem IESG

1. Entgeltansprüche, insbesondere auf laufendes Entgelt und aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses,
2. Schadenersatzansprüche,
3. sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber und
4. die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten. Dies sind insbesondere:
 - a) Prozeßkosten, die dem Arbeitnehmer zur Durchsetzung der Ansprüche nach Abs 2 Z 1 bis 3 rechtskräftig zugesprochen oder im Fall eines Konkurses gemäß § 109 KO festgestellt oder im Fall eines Ausgleichsverfahrens in das Anmelungsverzeichnis eingetragen und weder vom Schuldner noch vom Ausgleichsverwalter gemäß § 54 AO bestritten wurden;
 - b) rechtskräftig zugesprochene Kosten der gemäß § 110 KO geführten Prüfungsprozesse sowie der zur Durchsetzung einer bestrittenen Ausgleichsforderung geführten Rechtsstreitigkeiten;
 - c) rechtskräftig zugesprochene Exekutionskosten zur Hereinbringung der Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber;
 - d) tarifmäßige Prozeßkosten, die dem Arbeitnehmer in einem Verfahren zur Durchsetzung seiner Ansprüche nach Abs 2 Z 1 bis 3 entstanden sind und deren Ersatz ihm auf Grund eines rechtswirksamen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs oder Anerkenntnisses zusteht, sowie Prozeßkosten, die dem Arbeitnehmer in einem derartigen Gerichtsverfahren entstanden sind, das gemäß § 7 Abs 1 KO unterbrochen worden ist;
 - e) Barauslagen und Kosten für den Rechtsvertreter, die dem Arbeitnehmer anlässlich eines außergerichtlichen Vergleichs oder Anerkenntnisses über Ansprüche nach Abs 2 Z 1 bis 3 entstanden sind, Kosten für den Rechtsvertreter jedoch nur bis zu der in der Tarifpost 2 des Rechtsanwalts-tarifgesetzes, BGBl Nr 189/1969, festgesetzten Höhe;
 - f) tarifmäßige Verfahrenskosten und Barauslagen, die dem Arbeitnehmer im Zuge der Beantragung und der Teilnahme an einem Verfahren nach Abs 1 erwachsen sind;
 - g) tarifmäßige Verfahrenskosten und Barauslagen für eine nachträgliche Prüfungstagsatzung hinsichtlich von Forderungen, die nach der allgemeinen Prüfungstagsatzung entstanden oder fällig geworden sind.

Ansprüche nach dem IESG

Bevor die Frage, ob gesetzwidrig bestellte Kauttionen, die in das Eigentum des Dienstgebers und nunmehrigen Gemein- oder Ausgleichsschuldners übergegangen sind (zB übergebenes Bargeld – pignus irregulare – wird gem § 371 ABGB durch Vermischung Eigentum des Dienstgebers), und ebensolche Darlehen, Geschäftsbeteiligungen etc gesicherte Ansprüche iSd § 1 Abs 2 IESG sind, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei jedenfalls nicht um ausgeschlossene Ansprüche iSd § 1 Abs 3 IESG handelt.

Für die Frage des gesicherten Anspruches kommen die Z 1 bis 3 in Betracht:

Z 1:

Zweck des IESG ist eine sozialversicherungsrechtliche Sicherung von Entgeltansprüchen und sonstigen aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Ansprüchen von Arbeitnehmern im Falle der Insolvenz ihres Arbeitgebers. Versichertes Risiko ist demnach im Kernbereich die von den Arbeitnehmern typischerweise nicht selbst abwendbare und absicherbare Gefahr des gänzlichen oder teilweisen Verlustes ihrer Entgeltansprüche, auf die sie typischerweise zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhaltes sowie des Lebensunterhaltes ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen angewiesen sind.²⁰ Da es sich daher sowohl bei der Rückforderung von Kauttionen als auch von Darlehen und Geschäftsbeteiligungen nicht um „typische“ Entgeltforderungen des Arbeitnehmers handelt, scheidet ein gesicherter Anspruch nach Z 1 aus. Wie bereits bei der oben behandelten Frage Masse- oder Konkursforderung ausgeführt wurde, werden jedoch nur gesetzmäßig bestellte Kauttionen in Folge der Beendigung fällig, gesetzwidrig bestellte Kauttionen sind hingegen gem § 4 KautSchG jederzeit rückforderbar bzw fällig. Deren Fälligkeit hat also mit der Beendigung des Dienstverhältnisses keinen rechtlichen Zusammenhang, sodass auch eine Subsumtion unter „Entgeltansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ ausscheidet.

Z 2, 3:

Hiezu hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 26. 1. 1982²¹ festgestellt, dass „aus dem Arbeitsverhältnis“ primär die unter § 1

²⁰ Vgl RV 464 BlgNR 14. GP sowie AB 554 BlgNR 14. GP; OGH 8. 5. 1991, 9 Ob S 4/91, ecolex 1991, 636.

²¹ Vgl Arb 10.090.

Ansprüche nach dem IESG

Abs 2 Z 1 IESG genannten, der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers entsprechenden Entgeltansprüche des Arbeitnehmers²² erwachsen. Nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum IESG²³ habe auch die „umfassende gesetzliche Sicherung der Arbeitsentgeltforderungen“, die „Entgeltsicherung des Arbeitnehmers“ im Brennpunkt der gesetzgeberischen Absicht gestanden; dies habe auch in der Kurzbezeichnung des Gesetzes seinen Ausdruck gefunden. Der Arbeitnehmer habe – so argumentieren die Erläuternden Bemerkungen – in der Regel keine Möglichkeit, seinen Lohnanspruch – etwa durch Übertragung von Sicherungseigentum oder Bestellung eines Pfandrechtes – sichern zu lassen. Die theoretische Möglichkeit des Arbeitnehmers, bereits fälliges Entgelt beim Arbeitsgericht einzuklagen und auf diesem Weg ein richterliches Pfandrecht zu erwerben, habe höchstens für jene Arbeitnehmer Bedeutung, deren Arbeitsverhältnis zum insolventen Arbeitgeber bereits längere Zeit vor Konkurseröffnung gelöst worden sei, schütze aber nicht den bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung) im Betrieb beschäftigten oder den kurze Zeit vorher ausgeschiedenen Arbeitnehmer. Komme es etwa zur Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen eines Arbeitgebers, so hätten die Arbeitnehmer zwar die Möglichkeit, ihre Entgeltforderungen im Konkursverfahren anzumelden. Das in der Regel längere Zeit dauernde Konkursverfahren führe jedoch dazu, dass die Arbeitnehmer, die das Entgelt zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes und des Lebensunterhaltes ihrer Familie dringend benötigen, meist monatelang warten müssten, bis sie das ihnen für ihre Arbeitsleistung zustehende Entgelt nachgezahlt erhielten. Daraus ergebe sich, dass eine umfassende gesetzliche Sicherung der Arbeitsentgeltforderungen im Falle des Konkurses des Arbeitgebers unerlässlich sei. Nichts anderes aber können gelten, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht einmal mehr zu einer Konkurseröffnung führen könne, weil es an einem zur Deckung der Kosten voraussichtlich hinreichenden Vermögen fehle. Nach allgemeiner Ansicht nehmen derartige Fälle immer mehr zu. Daraus folge, dass die Entgeltsicherung des Arbeitnehmers auch in solchen Fällen vordringlich sei. Aber auch

²² Vgl Schwarz/Holzer/Holler, Das Arbeitsverhältnis bei Konkurs und Ausgleich, 51 ff.

²³ Vgl 464 BlgNR 14. GP, 6.

Ansprüche nach dem IESG

in Fällen, in denen immerhin so viel Vermögen vorhanden sei, dass das Ausgleichsverfahren eröffnet werden könne, liefen die Arbeitnehmer Gefahr, dass ihre berechtigten Ansprüche entweder überhaupt nicht oder viel zu spät befriedigt würden. Deshalb sei es zweckmäßig, eine entsprechende sozialversicherungsrechtliche Absicherung der wirtschaftlichen Existenz der Arbeitnehmer in Form einer Insolvenz-Entgeltversicherung vorzunehmen, die sich weitgehend an die Einrichtungen der Arbeitslosenversicherung anschließe.²⁴

Nun habe zwar der Gesetzgeber im Gesetzestext selbst den Katalog der „gesicherten Ansprüche“ über die Entgeltforderungen der Arbeitnehmer hinaus um „Schadenersatzansprüche“ und „sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber“ und „die notwendigen Kosten, die bei der Geltendmachung derartiger Ansprüche entstehen“, erweitert, durch das den ersten drei Tatbeständen § 1 Abs 2 IESG gemeinsame Moment ihres Hervorgehens „aus dem Arbeitsverhältnis“ aber den mit der Regelung beabsichtigten engen Bezug der gesicherten Ansprüche zum Arbeitsverhältnis klar zum Ausdruck gebracht.

„Sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber“ seien demgemäß grundsätzlich nur dann gesichert, wenn sie unmittelbar aus dem durch den ursprünglichen oder später modifizierten Arbeitsvertrag begründeten Rechtsverhältnis erwachsen (wie zB vertraglich zugesicherte echte Aufwandsentschädigungen²⁵ oder Auslagenersätze, die dem Arbeitnehmer aus der Erbringung der ihm obliegenden Arbeitsleistung erwachsen, die also ohne die Arbeitsleistung selbst gar nicht denkbar wären). Der VwGH hat allerdings in seinem Erk vom 18. 11. 1980, Zl 2938/79²⁶ – im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Interpretation der Wendung „Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis“ in der Zuständigkeitsnorm des § 1 Abs 1 ArbGG durch den OGH²⁷ – ausgesprochen, dass aus dem Arbeitsverhältnis auch Ansprüche eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber, die ihren Rechtsgrund in selbständigen (allenfalls

²⁴ Vgl. Schwarz/Holzer/Holler, Das Arbeitsverhältnis bei Konkurs und Ausgleich, 13, 18.

²⁵ Vgl. Schwarz/Holzer/Holler, Das Arbeitsverhältnis bei Konkurs und Ausgleich, 52, 62.

²⁶ Vgl. Arb 9922.

²⁷ Vgl. OGH 8. 4. 1975, 4 Ob 14/75, Arb 9343; OGH 22. 11. 1978, 1 Ob 745/78, JBl 1979, 373 mwN.

Ansprüche nach dem IESG

mit Realakten verbundenen) Rechtsgeschäften haben, erwachsen, wenn der sie begründende Verpflichtungsakt nicht nur in einem äußeren zufälligen, sondern in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit den das Arbeitsverhältnis kennzeichnenden typischen wechselseitigen Haupt- und Nebenverbindlichkeiten steht, der Anspruch somit letztlich seine Wurzel im Arbeitsverhältnis selbst hat. Sie könnten aber nicht schon deshalb als „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ qualifiziert werden, weil der Verpflichtungsakt während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gesetzt würde oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses Anlass oder Beweggrund für ihn darstellte.

Schadenersatzansprüche eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber sind nach dem genannten Erk dann gesichert, wenn sie aus der Verletzung der oben genannten Haupt- und (oder) Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erwachsen, also Sekundärforderungen aus der Verletzung dieser Pflichten darstellen.²⁸

Der VwGH meinte in seinem Erkenntnis vom 26. 1. 1982 weiters, dass der Beschwerdeführer zur Erfüllung der „Bitte des Gemeinschuldners“, also zur Einwilligung in das Auftragsangebot, im eigenen Namen einen Kredit aufzunehmen und den Kreditbetrag dem Gemeinschuldner zur Verfügung zu stellen, auf Grund seiner aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Hauptpflicht, nämlich seiner Dienstleistungsverpflichtung, nicht verhalten gewesen wäre. Auch aus der ihn treffenden, dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Treuepflicht (als spezifischer auf das Arbeitsverhältnis bezogener Interessenwahrnehmungspflicht²⁹) lasse sich eine derartige Verpflichtung nicht ableiten. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Befreiung von der ihn auf Grund des Auftragsverhältnisses treffenden Verpflichtung gegenüber dem genannten Kreditinstitut könne daher nicht als ein auf Grund des Arbeitsvertrages zustehender „sonstiger Anspruch“ gewertet werden.

Aber auch ein innerer sachlicher Zusammenhang des geltend gemachten Anspruches, der primär aus dem behaupteten Auftrags-

²⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 6; *Schwarz/Holzer/Holler*, Das Arbeitsverhältnis bei Konkurs und Ausgleich, 59.

²⁹ Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 191; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 251 ff; *Kramer*, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung 32.

verhältnis erwachsen sei, sei mit dem Arbeitsverhältnis in dem zu „Sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber“ dargelegten Sinn zu verneinen.

Wie der VwGH im zitierten Erkenntnis vom 18. 11. 1980 dargelegt hat, ist im Fall einer Darlehensgewährung eines Arbeitnehmers an den Arbeitgeber ein solcher innerer sachlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis etwa dann gegeben, wenn die Darlehensbedingungen in einem Sachzusammenhang mit der konkreten Entfaltung der für das Arbeitsverhältnis typischen wechselseitigen Verpflichtungen, wie zB mit der Entgeltzahlung nach Höhe und Fälligkeit oder mit dem Beginn und Ende des Dienstverhältnisses, stehen.

Zur Frage, ob der geltend gemachte Anspruch vielmehr deshalb als „sonstiger Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“ zu werten sein, weil die „Vorgangsweise (des Beschwerdeführers) ohne das bestehende Arbeitsverhältnis zum Gemeinschuldner überhaupt unvorstellbar“ gewesen wäre, meinte der VwGH, dass ein „Darlehen als privatrechtlichen Vertrag“ völlig isoliert vom Arbeitsverhältnis zu betrachten, zwar im Einzelfall durchaus möglich sei, im konkreten Fall die Tatsache der „Darlehensaufnahme“ vom bestehenden Dienstverhältnis zu trennen, hieße jedoch, alle Gesetze der Logik außer acht zu lassen, da der Grund hierfür ausschließlich im wirtschaftlichen Druck des bestehenden Dienstverhältnisses zu suchen sei.

Zum allgemeinen Hinweis in dieser Beschwerde auf den „wirtschaftlichen Druck des bestehenden Dienstverhältnisses“ hat der VwGH in dem schon mehrfach zitierten Erkenntnis vom 18. 11. 1980 bezogen auf den damaligen Beschwerdefall, in dem es um die Wertung einer verzinslichen Darlehensforderung einer Arbeitnehmerin gegen ihren ehemaligen Arbeitgeber ging, ausgesprochen, dass der auf eine Darlehensgewährung gestützte Anspruch nicht schon deshalb als Anspruch „aus dem Arbeitsverhältnis“ qualifiziert werden könne, weil die Darlehensgewährung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, also während des Bestandes einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Gemeinschuldner, somit in diesem Zustand möglicher – von der damaligen Beschwerdeführerin überdies nicht konkretisierter – Gefahr erfolgt sei, bei Nichtgewährung den Arbeitsplatz zu verlieren. Dies gilt auch für den hier relevanten Fall Überlassung der Darlehensvaluta an den Gemeinschuldner. Denn wenn ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber, ohne dazu auf Grund des Arbeitsvertrages verpflichtet zu sein

Ansprüche nach dem IESG

und ohne einen inneren sachlichen Zusammenhang mit den ihn treffenden Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, aus einer bestehenden finanziellen Schwierigkeit durch die Gewährung eines Darlehens oder – wie im Beschwerdefall – durch die Aufnahme eines Kredites im eigenen Namen im Rahmen eines abgeschlossenen Auftragsverhältnisses und Überlassung der Darlehensvaluta an den Arbeitgeber zu helfen trachte, müsse nicht unbedingt der „wirtschaftliche Druck des bestehenden Arbeitsverhältnisses“ der ausschlaggebende Beweggrund hierfür sein; der Arbeitnehmer könne sich hierzu auch wegen der ihm hierfür gebotenen Gegenleistung oder aus der schlichten Absicht, seinem Arbeitgeber zu helfen, entschließen. An der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit derartiger Verträge sei nicht zu zweifeln, da der Gesetzgeber im § 3 KautSchG, BGBl 229/1937 in der Stamfassung, nur die Abhängigmachung des Abschlusses oder der Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages von der Gewährung eines Darlehens durch den Dienstnehmer oder einen Dritten verboten habe.

Aber selbst wenn sich ein Arbeitnehmer – mit oder ohne rechtswidrige Beeinflussung durch den Arbeitgeber – zu solchen Hilfeleistungen an einen in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Arbeitgeber, zu denen er auf Grund des Arbeitsverhältnisses selbst nicht verpflichtet sei und die auch nicht mit den ihn treffenden Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis im Sachzusammenhang stehen, nur deshalb bereit finde, um seinen durch den befürchteten Zusammenbruch des Betriebes seines Arbeitgebers gefährdeten Arbeitsplatz zu retten oder um eine für den Fall der Ablehnung der erbetenen oder geforderten Hilfe ausdrücklich oder schlüssig angedrohte Auflösung seines Arbeitsverhältnisses zu verhindern, bestehe nach Auffassung des VwGH zwischen dem bezüglichen Verpflichtungsakt, und den das Arbeitsverhältnis kennzeichnenden wechselseitigen Haupt- und Nebenverbindlichkeiten kein solcher innerer sachlicher Zusammenhang, der eine Charakterisierung der aus diesem Verpflichtungsakt erwachsenden Ansprüche als solche „aus dem Arbeitsverhältnis“ gestatte, sondern nur ein einen derartigen Zusammenhang nicht begründender Motivationszusammenhang. Denn wenn eine Person mit einer anderen, mit der sie auf Grund eines Vertrages A rechtlich verbunden ist, nur deshalb einen Vertrag B (zu dessen Abschluss sie auf Grund des Vertrages A nicht verpflichtet ist und dessen Bestimmungen auch in keinem Sachzusammenhang mit jenen des Vertrages A stehen) abschließen, um die Aufrechterhaltung des durch den Vertrag A begründeten

Rechtsverhältnisses zu gewährleisten, so könnten die aus dem wenn auch allenfalls anfechtbaren Vertrag B oder – im Falle seiner Rechtsunwirksamkeit – die unmittelbar aus dem Gesetz erwachsenden Erfüllungs- oder bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche nicht wegen dieses Motivationszusammenhanges als Ansprüche aus dem durch den Vertrag A begründeten Rechtsverhältnis gewertet werden.

Das gelte nach Auffassung des VwGH auch in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber die ihm durch das Arbeitsverhältnis eingeräumte (wenn auch in bestimmter Weise eingeschränkte) Rechtsmacht zur einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses in rechtswidriger Weise zur Motivierung des Arbeitnehmers zwecks Abschlusses eines – seinen Bedingungen nach in keinem Sachzusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden – Vertrages ausnützt. Selbst allfällige Schadenersatzansprüche aus einem derartigen Verhalten des Arbeitgebers erwachsen nicht aus dem Arbeitsverhältnis, da das den Arbeitnehmer verletzende Verhalten nicht bei der Erfüllung der den Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsverhältnisses treffenden Verbindlichkeiten gesetzt wurde. Kraft der zu den unselbständigen Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zählenden Schutz- und Sorgfaltspflichten (im Kernbereich als Fürsorgepflicht bezeichnet) habe der Arbeitgeber seine Erfüllungshandlungen aus dem Arbeitsverhältnis (die Gestaltung der Arbeitsbedingungen) so vorzunehmen, dass der Arbeitnehmer weder an seiner Person noch an seinen sonstigen Rechtsgütern geschädigt werde; die aus einer Verletzung solcher Schutz- und Sorgfaltspflichten erwachsenden Schadenersatzansprüche seien zweifellos als Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.³⁰

Verletze der Arbeitgeber aber – außerhalb des Erfüllungsgebietes des Arbeitsverhältnisses – die jedermann schon bei Eingehung eines Vertrages obliegenden Schutz- und Sorgfaltspflichten, wenn auch unter Ausnutzung der ihm aufgrund des schon bestehenden Arbeitsverhältnisses gegebenen Rechtsmacht, in der Weise, dass er den Arbeitnehmer zum Abschluss eines (seiner Bestimmungen nach mit dem Arbeitsverhältnis selbst in keinem

³⁰ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 312 ff.; *Floretta/Spielbühler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 329 ff.; *Kramer*, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung 10, 28, 50 ff.

Ansprüche nach dem IESG

Sachzusammenhang stehenden) Vertrages bewege, so könnten die daraus allenfalls erwachsenen Schadenersatzansprüche nicht als Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gewertet werden.

Würde man „Finanzhilfen“ von Arbeitnehmern an Arbeitgeber, zu denen die Arbeitnehmer aufgrund des bestehenden Arbeitsvertrages nicht verpflichtet seien, und die auch mit ihrer Dienstleistungsverpflichtung oder ihrer Treuepflicht nicht in einem inneren Zusammenhang stehen, wegen des genannten Motivationszusammenhanges als gesicherte Ansprüche iSd § 1 Abs 2 Z 3 IESG qualifizieren, so stünde dies auch mit dem dargelegten Zweck des IESG in Widerspruch. Denn eine derartige Rechtsauffassung hätte zur Konsequenz, dass es – freilich in den Grenzen des § 1 Abs 3 Z 1 leg cit – Arbeitgeber und Arbeitnehmer (durch Abschluss derartiger Verträge und spätere Stellung insolvenzrechtlicher Anträge, wie zB auf Konkurseröffnung) in der Hand hätten, das wirtschaftliche Risiko des Arbeitnehmers aus derartigen Finanzierungsgeschäften auf den Insolvenzausfallgeldfonds zu verlagern und solcherart eine indirekte staatliche Subventionierung insolventer Betriebe zu ermöglichen. Nun soll zwar durch das IESG auch ein „entscheidender Beitrag zur Erleichterung der Betriebsfortführung“ in Ausgleichsfällen³¹ geleistet werden, aber nur durch Sicherung von „Arbeitsentgeltforderungen“ und der weiteren in § 1 Abs 2 IESG genannten Ansprüche „aus dem Arbeitsverhältnis“, nicht jedoch auch durch Sicherung von mit dem Arbeitsverhältnis selbst in keinem Sachzusammenhang stehenden „Finanzierungshilfen“ von Arbeitnehmern an ihre Arbeitgeber.

Auch wenn diese Rechtsansicht in der Praxis zu Härtefällen führt, ist eine andere Sichtweise aus den vom VwGH dargelegten überzeugenden Ausführungen zu Finanzierungshilfen praktisch nicht vorstellbar³², denn dies würde eine große Gefahr für das bestehende – und dem Sicherungszweck des normalen Arbeitsentgelts weitgehend entsprechenden – Insolvenzentgeltssystem heraufbeschwören. Dies kann aus generalpräventiven Gründen nicht befürwortet werden. Aus diesem Grunde ist die restriktive Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema zur Sicherung des Systems unbedingt erforderlich. Nicht ganz verständlich ist die

³¹ Vgl Erläuternde Bemerkungen zur RV zum IESG, 6.

³² Vgl jedoch ohne nähere Begründung aA Schwarz/Holzer/Holler/Reissner, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz (1993) 113.

Bejahung eines gesicherten Anspruches durch den VwGH, wenn im Fall einer Darlehensgewährung eines Arbeitnehmers an den Arbeitgeber ein innerer sachlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis derart besteht, wenn die Darlehensbedingungen in einem Sachzusammenhang mit der konkreten Entfaltung der für das Arbeitsverhältnis typischen wechselseitigen Verpflichtungen, wie zB der Entgeltzahlung nach Höhe und Fälligkeit oder mit dem Beginn und Ende des Dienstverhältnisses, stehen. Diese Rechtsansicht hat der VwGH vom OGH³³ aus einer Entscheidung über die Frage der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts übernommen. Dies erscheint mE verfehlt, da für die Frage der Zuständigkeit manchmal ein weiterer Interpretationsspielraum gegeben ist als für konkrete arbeitsrechtliche Ansprüche. Deshalb hat der VwGH diese Ansicht in einer späteren Entscheidung³⁴ auch gänzlich aufgegeben, und hat der nunmehr für IESG-Ansprüche zuständige OGH³⁵ auch zu Recht diese Ansicht vom inneren sachlichen Zusammenhang nicht wieder „reanimiert“ und einen Anspruch ebenfalls abgelehnt.

Abschließend zu dieser Thematik darf noch darauf hingewiesen werden, dass eine Sicherung derartiger Ansprüche und der damit indirekt verbundenen Subventionierung von Betrieben bzw Arbeitgebern seit dem Beitritt Österreichs zum EWR ab 1. 1. 1994 bzw ab 1. 1. 1995 zur EU wegen des in Artikel 87 EG normierten Beihilfeverbotes EG-rechtlich bedenklich erschiene.

³³ Vgl OGH 8. 4. 1975, 4 Ob 14/75, Arb 9343.

³⁴ Vgl VwGH 11. 12. 1985, ZI 83/11/0249, RdW 1987, 62 = ÖJZ 1986/325 A = ZfVB 1986/1714.

³⁵ Vgl OGH 8. 5. 1991, 9 Ob S 4/91, ARD 4304/6/91; *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz³ (2007) § 1 Rz 424 mwN.

ANHANG

I. Erläuternde Bemerkungen zur Gesetzesvorlage der Bundesregierung betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsschutzgesetz)¹

Immer mehr häufen sich die Fälle, in denen Dienstgeber von Stellensuchenden Leistung von Kautionen, Gewährung von Darlehen oder Einbringung von Geschäftseinlagen begehren; die Stellenlosen lassen sich in der Hoffnung, wieder zu Arbeit und Verdienst zu gelangen, nur zu leicht dazu verleiten, solche Geldleistungen zu erbringen, ohne dass sie die Möglichkeit besitzen, über die Geschäftsführung des Dienstgebers und die Verwendung der ihm übergebenen Gelder eine Kontrolle auszuüben. Durch unreelle Wirtschaftsführung oder betrügerische Manipulationen der Dienstgeber gehen dann sehr häufig diese Beträge für die Dienstnehmer verloren. Während früher Kautionen nur dann verlangt wurden, wenn dem Dienstnehmer Geld oder Geldeswert anvertraut werden mußte, ist es unter den gegenwärtigen Verhältnissen dazu gekommen, dass Dienstgeber mit dem von den Dienstnehmern eingebrachten Kautionen, Darlehen oder Geschäftseinlagen oft überhaupt erst ein Geschäft zu gründen oder mit diesen Geldern überschuldete Betriebe noch einige Zeit weiterzuführen versuchen.

Hiebei wird seitens der Dienstgeber vielfach der Vorgang beobachtet, dass sie die offenen Stellen in den Tageszeitungen nicht mit vollem Namen und Adresse, sondern unter Angabe einer Chiffre inserieren. Durch diese Art der Inserierung werden die Stellensuchenden verhindert, über die Person und die Vertrauenswürdigkeit des Dienstgebers Erkundigungen einzuziehen. Dieser Nachteil besteht schon, wenn es sich um Stellenangebote reeller Dienstgeber handelt; er fällt aber umso mehr ins Gewicht, wenn der Dienstgeber unredliche Absichten verfolgt.

Der vorliegende Gesetzentwurf versucht nun, diesem Unwesen Einhalt zu tun, ohne die schutzwürdigen Interessen der realen Unternehmerschaft zu beeinträchtigen.

¹ Vgl Nr 168/Ge der Blg, 1937.

Im Einzelnen wird zu den Bestimmungen des Entwurfes Folgendes bemerkt:

Der Hauptzweck des Gesetzes, dem Mißbrauch von Kautionen durch Verwendung im eigenen Geschäftsbetrieb des Dienstgebers vorzubeugen, soll dadurch erreicht werden, dass der § 1 des Gesetzentwurfes nur Kautionen zuläßt, über die der Dienstgeber nicht ohne Zustimmung des Kautionsbestellers verfügen kann. Vor allem sollen Barkautionen, dann aber auch Kautionen ausgeschlossen werden, die in Depots von Effekten oder anderen werten bestehen, über die dem Dienstgeber das alleinige Verfügungsrecht eingeräumt wird. Für solche Kautionen, insbesondere Barkautionen, wird zwar vielfach dem Dienstnehmer eine Sicherheit angeboten, die aber in aller Regel, wie die Verpfändung von Betriebsmitteln, die in der Gewahrsame des Dienstgebers bleiben, rechtlich wertlos ist.

Der schutzwürdige Zweck der Dienstkautionen läßt sich auch durch die Bestellung von Kautionen erreichen, über die dem Besteller die Kontrolle bleibt.

Kautionsverträgen, die den Bestimmungen des § 1 des Entwurfes nicht entsprechen, versagt der Entwurf die Gültigkeit; der Besteller kann die Kaution jederzeit zurückfordern (§ 4). § 1 gilt nicht nur für Kautionen, die der Dienstnehmer selbst, sondern auch für Kautionen, die ein Dritter für ihn bestellt.

Es wurde von verschiedenen Seiten der Vorschlag gemacht, eine Bestimmung aufzunehmen, wonach der Wert der Kaution nicht die Höhe des aus dem Dienstverhältnis möglicherweise entstehenden Schadenersatzanspruches des Dienstgebers überschreiten dürfe; insbesondere solle die Kaution nicht den Wert des anvertrauten Warenlagers oder die Summe der während eines bestimmten Zeitraumes vom Dienstnehmer einkassierten Beträge übersteigen dürfen. Der Entwurf glaubt auf eine solche Bestimmung verzichten zu sollen, weil bei der Art von Kautionen, die jetzt allein gültig vereinbart werden können, der Anreiz für den Dienstgeber fortfällt, sich in höherem Maße Sicherheit gewähren zu lassen, als durch die tatsächlichen Verhältnisse erforderlich ist. Wegen der Schwierigkeit der Beurteilung, was als Übermaß anzusehen ist, wäre eine solche Bestimmung auch bedenklich.

§ 2 verpflichtet den Kautionsberechtigten, die Kaution binnen vier Wochen nach Auflösung des Dienstverhältnisses, wenn der Dienstnehmer zur Rechnungslegung verpflichtet ist, binnen vier

Anhang I

Wochen nach gelegter Rechnung freizugeben. Dieser unter Strafsanktion (§ 7) gestellten Verpflichtung unterliegt der Kautionsberechtigte nur insoweit, als der Kautionsbesteller nicht mit der Zurückbehaltung der Kaution zur Deckung eines entstandenen Schadens einverstanden ist oder als der Dienstgeber nicht innerhalb der vierwöchigen Frist Schadenersatzansprüche gerichtlich geltend macht. Die Rechtshandlungen, die der Kautionsberechtigte zum Zwecke der Freistellung der Kaution vorzunehmen hat, sind je nach der Art der Kaution verschieden. Bei Einlagebüchern besteht die Freigabe in der Rückstellung, bei Depots in der Erklärung an den Verwahrer, dass künftig Verfügungen auch ohne Zustimmung des Kautionsberechtigten vorgenommen werden dürfen, bei Bürgschaften in der Entlassung des Bürgen, bei Kautionshypothesen in der Ausstellung einer Löschungserklärung, bei Kautionsversicherungs- polizzen in der Rückgabe der Versicherungsurkunde. Die Dauer der Frist, binnen deren die Freigabe der Kaution zu erfolgen hat, wird mit vier Wochen bestimmt, da bei einer kürzeren Frist in vielen Fällen – namentlich wenn es sich um umfangreichere Verrechnungen handelt – die Zeit für die zur Klageeinbringung nötigen Feststellungen und Vorbereitungen nicht ausreichen würde. Der Dienstgeber würde unter Umständen zur voreiligen Klageeinbringung gezwungen werden, was weder in seinem noch im Interesse des Dienstnehmers gelegen wäre. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, eine kürzere Frist zu vereinbaren.

Um die Ersparnisse von Dienstnehmern oder deren Angehörigen in die Hand zu bekommen, wählen manche Dienstgeber mitunter auch einen anderen Weg als das Fordern von Dienstkautionen. Die prekäre Situation der Arbeitssuchenden wird vielfach auch dazu benützt, um sich Darlehen oder Geschäftseinlagen gewähren zu lassen. In der Tagespresse sind Angebote, in denen die Vergebung eines Arbeitsplatzes von einer Kaution abhängig gemacht wird, nicht weniger häufig zu finden als das Anbot von Stellen gegen Beteiligung mit einer Vermögenseinlage. Auch dieser Form der Ausnützung Stellensuchender muß gesteuert werden. Unternehmern, die die Aufnahme von Dienstnehmern von der Leistung einer Geschäftseinlage oder von der Gewährung eines Darlehens abhängig machen, ferner Unternehmer, die sich unter der mehr oder weniger offenen Drohung, sonst das Dienstverhältnis zur Auflösung zu bringen, von bereits bei ihnen angestellten Personen Darlehen geben lassen oder Geschäftseinlagen fordern, stehen – selbst wenn man ihnen nicht von vornherein betrügerische

Absicht zumutet – auf so schwachen Füßen, dass das Darlehen oder die Einlage als verloren anzusehen sein wird.

§ 3 des Entwurfes versagt daher Verträgen über Darlehen und Geschäftsbeteiligungen, die unter solchen Umständen zustande gekommen sind, rechtliche Wirksamkeiten. Zur Verhütung von Umgehungsversuchen ist aber die gleiche Sanktion für den Fall vorzusehen, dass nicht der Dienstnehmer selbst, sondern in seinem Interesse dritte Personen – wohl meist Angehörige – dem Dienstgeber die von ihm als Voraussetzung für den Abschluß des Dienstvertrages oder für dessen Aufrechterhaltung geforderten Beträge zufließen lassen. Die für den Arbeitssuchenden und die ihm nahestehenden Personen solchenfalls drohende Verlustgefahr ist so groß, dass sie auch die in den Entwurf aufgenommene Strafdrohung gegen Unternehmer rechtfertigt, welche die Aufnahme eines Dienstnehmers oder die Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit ihm – sei es offen, sei es sonst in erweisbarer Art – von Geldleistungen an sie abhängig machen.

Unter die Bestimmung des § 3 sollen jedoch, sofern Geschäftsbeteiligungen in Betracht kommen, nur Beteiligungen in der Form der stillen Gesellschaft fallen. Andere Beteiligungen mit Vermögenseinlagen, zum Beispiel als Aktionär oder als Genossenschafter, dürften von vornherein praktisch kaum in Betracht kommen. Gegen die Einbeziehung von Beteiligungen als Kommanditist oder als Gesellschafter einer Gesellschaft mbH sprechen auch rechtliche Bedenken. Die Einlagen, mit denen sich der Kommanditist oder der Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt, sind Gegenstand der Auszeichnung im Handelsregister und bilden einen Teil der Kreditbasis der Gesellschaft. Es ließe sich den Geschäftsgläubigern gegenüber kaum verantworten, wenn solchen Eintragungen hinterher die Rechtswirksamkeit abgesprochen würde. Eine vorgängige Prüfung der Zulässigkeit einer solchen Beteiligung aber könnte dem Registergerichte umso weniger zugemutet werden, als nicht nur der präsumtive oder wirklich angestellte Dienstnehmer, sondern auch dritte Personen in Betracht kommen.

Durch die Vorschrift des § 3 sollen nur solche Fälle getroffen werden, in denen der Abschluß des Dienstvertrages oder dessen Aufrechterhaltung seitens des Dienstgebers von Geldleistungen des Dienstnehmers (oder eines Dritten zu seinen Gunsten) abhängig gemacht wird; die Vorschrift soll sich dagegen nicht auf Fälle beziehen, in denen sich der Dienstnehmer selbst (oder ein Dritter,

Anhang I

zum Beispiel ein Anverwandter für ihn) um den Dienstposten unter dem Versprechen der Gewährung eines Darlehens oder der Beteiligung als stiller Gesellschafter bewirbt.

Das Mittel, dessen sich Kautions- und Darlehensschwindler bedienen, um ihre Opfer anzulocken, besteht in aller Regel in Anzeigen in der Tagespresse, wobei meist mit Deckadressen und Chiffren gearbeitet oder die Adresse eines Vermittlungsbüros angegeben wird. Hiedurch wird es dem Stellensuchenden unmöglich gemacht, bevor er sich mit dem Inserierenden in Verbindung setzt, Erkundigungen über dessen Vertrauenswürdigkeit einzuziehen; wenn aber der Stellenwerber mit dem Inserierenden erst persönlich in Berührung getreten ist, gelingt es diesem durch falsche Vorspiegelungen leicht, sein Opfer in seine Netze zu locken. Namentlich unreelle Vermittlungsbüros haben auf diese Art dem Treiben der Kautionschwindler wiederholt Vorschub geleistet und hiedurch zahlreiche Personen geschädigt. § 5 des Entwurfes verbietet daher solche Ankündigungen anders als mit Nennung des vollen Namens und der Anschrift des Inserierenden zu veröffentlichen; damit dürfte dem Treiben dieser Leute ein Riegel vorgeschoben sein. Ankündigungen aber, die zum Abschluß von Rechtsgeschäften sollen, welche der Entwurf von vornherein verbietet, sollen überhaupt von der Veröffentlichung ausgeschlossen werden.

§ 6 enthält die Übergangsbestimmungen. Dabei wird, soweit es sich um die Frage der Strafsanktion für die Rückstellung der Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen handelt, ein Unterschied zwischen den Kautionen einerseits und den Darlehen und Geschäftseinlagen anderseits gemacht.

Aufgabe der Kautio n ist die Sicherung des Dienstgebers; die freie Verfügung des Dienstgebers über die Kautio n geht jedoch über ihren wirtschaftlichen Zweck hinaus. Der Entwurf ordnet daher nicht nur an, dass Kautionen, die vor dem Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes bestellt wurden, freizugeben sind, sondern dass der Kautionsberechtigte zu strafen ist, wenn er die Freistellung einer nach den Bestimmungen des Entwurfes unzulässigen Kautio n nicht spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes bewirkt. Selbstverständlich steht es dem Dienstgeber frei, auf die Umwandlung einer dem Entwurfe nicht entsprechenden Kautio n in eine den Vorschriften des Entwurfes entsprechende Kautio n zu dringen. Willigt der Kautionsbesteller in diese Umwandlung ein, so entfällt natürlich die Pflicht zur Rückstellung und die Strafbarkeit.

Etwas anders ist die Rechtslage bei Darlehen und Geschäftseinlagen, die ein Dienstgeber vor Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes sich im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis gewähren ließ. Es entspricht der juristischen und der wirtschaftlichen Natur des Darlehens und der Geschäftseinlage, dass sie zur freien Verfügung dessen stehen, dem sie gewährt werden. Der Entwurf beschränkt sich daher darauf, einen Rückforderungsanspruch innerhalb sechs Monaten zu gewähren, ohne aber die Verweigerung der Rückzahlung mit Strafe zu bedrohen.

Die Übergangsbestimmungen des § 6, Absatz 1 und 2, sollen keine Anwendung finden, wenn das Dienstverhältnis beim Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes schon zwei Jahre gedauert hat und das dem Dienstnehmer gebührende Entgelt 6000 S übersteigt, da in solchen Fällen anzunehmen ist, dass eine Gefahr des Verlustes der Kautions, des Darlehens oder der Geschäftseinlage für den Dienstnehmer nicht gegeben ist. Weiters sollen die Übergangsbestimmungen keine Anwendung finden, wenn es sich um Dienstverhältnisse zwischen Tabaktrafikantern oder Tabakverlegern und in ihren Verschleiß- oder Verlagsgehilfen handelt. Diese Ausnahme hat ihren Grund in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen der Inhaber der Tabakverschleißgeschäfte, die vorzugsweise dem Kreise der Kriegspopfer entstammen und nur geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen. Den Tabakverschleißgeschäftsinhabern ist der den selbständigen Unternehmern zugängliche Kreditmarkt infolge des großen Risikos der Darlehensgewährung verschlossen, denn ihre Geschäftsbestände bieten den Darlehensgläubigern wegen der in Ansehung von Monopolsgegenständen bestehenden Exekutionsbeschränkungen keine genügende Sicherheit. Die Verwendung von Kautionsen oder Darlehen der Verschleißgehilfen bietet daher für die Tabakverschleißgeschäftsinhaber oft die einzige Möglichkeit, Betriebskapital zu annehmbaren Bedingungen zu erhalten. Die Übergangsbestimmungen des § 6 des Entwurfes würden nun die Inhaber von Tabakverschleißgeschäften nötigen, vor dem Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes bestellte unzulässige Kautionsen oder Darlehen freizugeben, beziehungsweise zurückzuzahlen; sie müßten diese Kapitalien dem Geschäftsbetriebe entziehen und anderweitig hochverzinsliche Leihgelder aufnehmen. Dies könnte den wirtschaftlichen Zusammenbruch zahlreicher Verschleißgeschäftsinhaber zur Folge haben. Es erscheint daher angezeigt, die bestehenden Verhältnisse unberührt zu lassen und das allmähliche Absterben dieser Kautionsen

Anhang I

und Darlehen abzuwarten. Für die Zukunft sollen dagegen die Vorschriften des Entwurfes auf die Dienstverhältnisse von Tabaktrafikanten und Tabakverlegern uneingeschränkt Anwendung finden.

Da der Kautions- und Darlehensschwindel in letzter Zeit auch bei Lehrstellen um sich greift, sollen sich die Vorschriften des Entwurfes auch auf Lehrverträge, weiters auch auf Praktikanten- und Volontärverträge beziehen (§ 8).

Durch die Bestimmungen des Entwurfes werden die bereits bestehenden Vorschriften über Dienstkautionen, die sich im Angestelltengesetz und im Gutsangestelltengesetz finden, größtenteils gegenstandslos; sie werden im § 9 des Entwurfes aufgehoben. Unberührt sollen dagegen die einschlägigen Vorschriften der Hausbesorgerordnung bleiben, die mit Rücksicht auf die Eigenart des Dienstverhältnisses der Hausbesorger noch weiter gehen als die Vorschriften des Entwurfes, indem sie ein teilweises Verbot der Kautionsbestellung aussprechen.

Zu dem vorliegenden Entwurf haben der Staatsrat und der Bundeswirtschaftsrat Pflichtgutachten, der Länderrat ein Freigutachten erstattet. Diese vorberatenden Organe der Bundesgesetzgebung haben dem Entwurf grundsätzlich zugestimmt und die ihm zugrundeliegende Tendenz, zugunsten der Dienstnehmer Schutzvorschriften gegen das immer mehr um sich greifende Kautionsunwesen zu schaffen, begrüßt. Der Bundeswirtschaftsrat hat dem Entwurf vorbehaltlos zugestimmt. Zu den von seiten des Staatsrates und des Länderrates gestellten Abänderungsanträgen wird Folgendes bemerkt:

Zu § 1: Der Staatsrat hat beantragt, dem § 1 einen zweiten Absatz anzufügen, demzufolge zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten im Streitfalle für den Vertrag, womit eine Kaution bestellt wird, die Schriftform vorgeschrieben wird. Wenn auch bei einzelnen der im § 1 für zulässig erklärten Kautionsarten (Bürgschaft, Kautionshypothek) bereits derzeit zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes die Schriftform erforderlich ist, wurde dem Antrag dennoch Folge gegeben, um auch in den übrigen Fällen eine klare Rechtslage zu schaffen.

Da Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen des § 1, Absatz 1 und 2, widersprechen, ohnehin gemäß § 4 unwirksam sind, kann in Absatz 1 des § 1 das Wort „gültig“ entfallen.

Zu § 3: Der Länderrat hat angeregt, dieser Vorschrift eine Fassung zu geben, die eine Umgehung der Absicht des Gesetzes durch ein scheinbares freiwilliges Darlehens- oder Geschäftseinlageanbots seitens des Dienstnehmers ausschließt. Um diese Möglichkeit vollkommen auszuschließen, müßte nicht nur während der Dauer des Dienstverhältnisses, sondern auch für eine geraume Zeit vorher die Gewährung von Darlehen von Seiten eines Dienstnehmers an seinen Dienstgeber sowie die Geschäftsbeteiligung eines Dienstnehmers an dem Unternehmen seines Dienstgebers ausnahmslos untersagt werden. Ein derartiges Verbot würde aber eine so weitgehende Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit und des Wirtschaftslebens bedeuten, dass auf diese Anregung nicht eingegangen werden kann.

Zu § 6: Die in § 1 neu aufgenommene Bestimmung (Absatz 2), wonach Kautionsbestellungsverträge zu ihrer Rechtsgültigkeit der Schriftform bedürfen, kann sich nur auf solche Verträge beziehen, die nach dem Wirksamkeitsbeginne des Gesetzes abgeschlossen werden. Vor diesem Zeitpunkte vereinbarte Kautionen können daher, wenn sie in den durch § 1, Absatz 1, für zulässig erklärten Formen bestellt sind, wegen bloßen Mangels der Schriftform nicht nach § 6, Absatz 1, zurückgefordert werden. Um dies zum Ausdruck zu bringen, wurde die letztgenannte Vorschrift auf die Kautionen eingeschränkt, die den Bestimmungen des ersten Absatzes des § 1 nicht entsprechen.

Zu § 7: Der Anregung des Länderrates, die Bestrafung der im Gesetze statuierten Verwaltungsübertretungen ausschließlich den Bezirksverwaltungsbehörden zu übertragen und von einer Betrauung der Bundespolizeibehörden mit dieser Strafkompetenz abzusehen, wurde im Interesse der Entlastung der Bundespolizeibehörden von nicht rein sicherheitspolizeilichen Agenden Rechnung getragen.

Zu § 8: Dem Antrage des Staatsrates, den Geltungsbereich des Entwurfes auch auf die Arbeitsverhältnisse der Heimarbeiter und Zwischen(Stück)meister (§ 1, lit a und b, des Heimarbeitsgesetzes, StGBI Nr 140/1918) auszudehnen, wurde Folge gegeben.

Anhang II

II. Bericht und Antrag des Wirtschaftspolitischen Ausschusses über die Gesetzesvorlage der Bundesregierung (168/Ge d B) bei der 42. Sitzung des Bundestages²

Berichterstatter Dr Draxler: Hoher Bundestag!

In den Gerichtssaalrubriken der Tagesblätter finden sich seit jeher regelmäßig Prozeßberichte, aus denen zu entnehmen ist, dass Dienstnehmer immer wieder Opfer gewissenloser Kautionschwindler oder verantwortungsloser Geschäftsleute werden. In den Zeiten der außerordentlichen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt hat das erhöhte Angebot auf seiten der Arbeitnehmer und die geringe Nachfrage auf seiten der Arbeitgeber selbstverständlich zur Folge, dass Dienstverhältnisse umso eher unter drückenden Bedingungen für die Dienstnehmer zustande kommen. Der Kautionswindel blüht daher in der letzten Zeit ganz besonders, und es ist deshalb nur verständlich, dass die Regierung daran geht, den Rechtsschutz des Dienstnehmers, der seinem Dienstgeber eine Kautionsbestellung, zu erhöhen.

Dienstkautionen sind Geld, Wertsachen oder andere Sicherstellungen, welche vom Dienstnehmer dem Dienstgeber zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis übergeben werden. Der wirtschaftliche Zweck der Kautionsbestellung ist also die Sicherung des Dienstgebers. Zur Erreichung dieses wirtschaftlichen Zweckes ist es nicht notwendig, dass der Dienstgeber über die ihm übergebenen Werte verfügen kann. In der Verfügungsmöglichkeit des Dienstgebers über die Kautionsbestellung liegt in erster Linie die Quelle der Gefahr für den Dienstnehmer. Die Regierungsvorlage geht nun daran, gerade in dieser Richtung Remedur zu schaffen, und es kann vorweggenommen werden, dass der Hauptzweck der Vorlage ist, dem Dienstgeber die Verfügungsmöglichkeit über die Kautionsbestellung zu nehmen.

Nach der derzeitigen Rechtslage ist der eine Kautionsbestellung dienende Dienstnehmer in folgender Weise geschützt: Wenn die Kautionsbestellung vom Dienstgeber vorenthalten wird und nachgewiesen ist, dass eine Kautionsbestellung bestellt wurde, wird der Dienstgeber wegen

² Vgl Stenographisches Protokoll der 42. Sitzung des Bundestages vom 8. 7. 1937, 539 ff.

Veruntreuung bestraft. Die Verantwortung des Dienstgebers geht aber in der Regel dahin, dass er keine Kautions-, sondern ein Darlehen oder eine Geschäftseinlage erhalten hat. Da in der Regel keine schriftlichen Vereinbarungen vorliegen, ist es gewöhnlich schwer, eine derartige Verantwortung zu widerlegen, und die Folge davon ist, dass der Dienstgeber freigesprochen wird. Eine strafrechtliche Verurteilung kommt in diesen Fällen nur dann in Frage, wenn betrügerische oder fahrlässige Krida nachgewiesen oder wenn nachgewiesen wird, dass bei dem Dienstgeber schon bei der Empfangnahme der Kautions-Schadigungsabsicht vorgelegen ist, in welchem Falle eine Verurteilung wegen Betruges möglich ist. Aber selbst wenn eine solche strafrechtliche Verurteilung erfolgt, bekommt der Dienstnehmer in der Regel seine Kautions nicht zurück und wird noch allenfalls mit seinen Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Wie sieht nun die zivilrechtliche Verfolgung der Ansprüche des Dienstnehmers aus?

Der Dienstnehmer läuft wiederum Gefahr, dass bei Insolvenz des Dienstgebers behauptet wird, er habe ihm keine Kautions bestellt, sondern ein Darlehen oder eine Geschäftseinlage gegeben. In diesem Falle kommt der Dienstnehmer mit seinen Ansprüchen in die III. Klasse der Konkursforderungen. Nur dann, wenn es dem Dienstnehmer gelingt, nachzuweisen, dass er eine Kautions bestellt hat, steht ihm gegen den insolventen Dienstgeber ein Aussonderungsanspruch zu, der hundertprozentig zu befriedigen ist. Natürlich ist die Beweiserbringung seitens des Dienstnehmers mangels schriftlicher Verträge in der Regel außerordentlich schwierig.

Die geltenden Bestimmungen des Arbeitsrechtes treffen verschiedene Vorsorgen zugunsten des kautionsstellenden Dienstnehmers, die aber, mit Ausnahme der Bestimmungen der Hausbesorgerordnung, deshalb unzulänglich sind, weil sie die wesentliche Schutzmaßnahme, nämlich die Verhinderung der Verfügung des Dienstgebers über die Kautions, nicht vorsehen.

Die Regierungsvorlage geht nun daran, diesem Übel abzuhelfen, und sieht in § 1 vor, dass Dienstkautionen nur zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen aus dem Dienstverhältnis gegeben werden dürfen – es ist also die Sicherung von Schadenersatzansprüchen beispielsweise wegen des Verschuldens dritter Personen ausgeschlossen – und sieht ferner vor, dass die Kautions nur entweder in Form von Einlagebüchern gegeben werden dürfen, die zugunsten des Dienstnehmers vinkuliert sind, oder in Form

Anhang II

von Geld oder Wertsachen, die bei einem Kreditinstitut erlegt werden und während der ganzen Dauer des Dienstverhältnisses unter Mitsperre des Dienstnehmers stehen. Ferner werden als zulässig erklärt Bürgschaften und Kautionsversicherungspolizzen, bei welchen beiden Formen ein besonderer Schutz deshalb nicht nötig ist, weil ja ein Mißbrauch seitens des Dienstgebers an sich ausgeschlossen ist. Der § 1 enthält demnach die entscheidenden Bestimmungen, die dahin zusammenzufassen sind, dass die Kautions auf ihre wirkliche wirtschaftliche Funktion, nämlich auf die Sicherung des Dienstgebers, beschränkt wird.

Der § 2 der Vorlage sieht vor, dass der Dienstgeber binnen vier Wochen nach Beendigung des Dienstverhältnisses die ihm übergebene Kautions zurückzustellen hat. Macht der Dienstgeber Schadenersatzansprüche geltend, so muß er binnen vier Wochen bei Gericht die Klage einbringen. Der § 2 statuiert also eine materiellrechtliche Präklusivfrist für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Dienstverhältnissen und die Inanspruchnahme der Kautions.

Eine überaus wichtige Bestimmung enthält § 3 der Vorlage. Nach § 3 wird nämlich verboten, dass die Gewährung eines Darlehens oder einer Geschäftseinlage vom Dienstgeber als Bedingung für den Abschluß oder die Aufrechterhaltung eines Dienstverhältnisses gestellt wird. Nicht verboten ist eine freiwillige Gewährung eines Darlehens seitens des Dienstnehmers oder eine freiwillige Bestellung einer Geschäftseinlage eines Dienstnehmers ohne Junktim mit einem Dienstvertrag.

Ein Antrag des Länderrates, welcher dahin ging, Darlehensverträge und Gesellschaftsverträge von Dienstgebern mit Dienstnehmern überhaupt generell zu verbieten, wurde von der Regierung deshalb nicht übernommen, weil man, wenn man diesem Antrage stattgibt, ja auch alle Darlehens- und Gesellschaftsverträge verbieten müßte, die vielleicht geraume Zeit vor Abschluß eines Dienstverhältnisses geschlossen werden. Die Regierung hat meines Erachtens mit Recht in dieser Maßnahme eine zu weitgehende Beschränkung des Verkehrs erblickt und sie daher nicht in das Gesetz aufgenommen.

Was geschieht nun, wenn entgegen den Bestimmungen der §§ 1 und 3 eine Kautions oder ein Darlehen oder eine Geschäftseinlage gewährt oder wenn die Kautions nicht, wie es im § 2 vorgesehen ist, binnen vier Wochen zurückgestellt wird? Die Antwort auf diese Frage finden wir in den §§ 4 und 7 des Gesetzes. Der § 4 sieht vor,

dass alle Verträge, die gegen die Bestimmungen der §§ 1 und 3 verstoßen, nichtig sind, das heißt, dass der Dienstnehmer jederzeit in der Lage ist, die geleistete Kautions zurückzufordern. Mit dem § 7 des Gesetzes wird ein neues Verwaltungsdelikt geschaffen und wird der Dienstgeber, welcher den Bestimmungen des Gesetzes zuwiderhandelt, mit Geld bis zu 2000 S oder mit Arrest bis zu sechs Monaten bestraft, wobei beide Strafen nebeneinander verhängt werden können.

Das Gesetz enthält aber auch noch eine Reihe von vorbeugenden Maßnahmen zum Schutze des Dienstnehmers, welche im § 5 zum Ausdruck gebracht sind. Der § 5 statuiert ein Verbot von Ankündigungen, die dem Gesetze zuwiderlaufen; also Ankündigungen von freien Stellen, verbunden mit einer den Bestimmungen des Gesetzes nicht entsprechenden Kautionsbestellung oder verbunden mit einer Darlehensgewährung oder Geschäftseinlage, sind überhaupt verboten. Ankündigungen von Dienstverhältnissen in Verbindung mit Kautionsbestellungen, die dem Gesetze entsprechen, sind nur dann gestattet, wenn der ankündigende Dienstgeber gleichzeitig seinen vollen Namen und seine Adresse verrät. Dadurch soll der Stellensuchende in die Lage versetzt werden, bevor er in Verbindung mit dem Dienstgeber tritt, Erkundigungen über ihn einzuziehen und sich von Dienstgebern, die keinen guten Ruf und keine guten Referenzen haben, überhaupt zurückzuziehen.

Der § 6 des Gesetzes enthält eine Reihe von Übergangsbestimmungen, die im Wesen vorsehen, dass Dienstverhältnisse zwischen Tabaktrafikantern oder Tabakverlegern und ihren Angestellten vorläufig unberührt bleiben. Das heißt, dass in diesen Fällen Kautionen, die entgegen den Bestimmungen gewährt wurden, nicht zurückgegeben werden müssen. Für die Zukunft können auch bei diesen Dienstverhältnissen Kautionen nur nach den den Dienstnehmer schützenden Bestimmungen des neuen Gesetzes bestellt werden. Diese Ausnahme hat ihren Grund in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen der Trafikanten. Wie bekannt, sind ja Trafikanten meist Kriegsbeschädigte, die dadurch, dass sie jetzt plötzlich die Kautions zurückgeben müßten, in eine schwierige Lage versetzt würden. Ferner sind Kautionen dann nicht zurückzustellen, wenn das Dienstverhältnis bereits länger als zwei Jahre gedauert hat und das Entgelt des Dienstnehmers mehr als 6000 S jährlich beträgt.

Die vorberatenden Körperschaften haben nun eine Reihe von Abänderungsanträgen gestellt, die von der Regierung übernom-

Anhang II

men wurden. Der Staatsrat hat zu § 1 beantragt, dass ein zweiter Absatz angefügt wird, des Inhaltes, dass die Bestellung einer Kauti- on der Schriftform bedarf. Diese Bestimmung hat den Zweck, dem Dienstnehmer die Beweiserbringung zu erleichtern. Wie ich mir er- laubt habe aufzuzeigen, ist die schwierige Lage des Dienstnehmers in der Regel vor allem dadurch bedingt, dass er nicht nachweisen kann, dass eine Kauti- on bestellt wurde. Durch die Statuierung der Schriftlichkeit soll nun dieser Nachweis erleichtert werden und soll es im Falle von Veruntreuungen von Kauti- onen dem öffentlichen Ankläger erleichtert werden, eine Verurteilung durchzusetzen. Auch die Verfolgung der zivilrechtlichen Ansprüche ist natürlich durch die Schriftform erleichtert, weil bei Insolvenz des Schuldners der Aussonderungsanspruch durch den schriftlichen Vertrag sofort nachgewiesen werden kann.

Ferner hat der Staatsrat beantragt, dass die Bestimmungen des Gesetzes sinngemäß auch auf die Dienstverhältnisse der Heim- arbeiter und der Zwischen(Stück)meister ausgedehnt werde. Die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung liegt auf der Hand, da die Heimarbeiter zu den sozial schutzbedürftigsten Arbeitnehmern gehören und eine Schädigung dieser Heimarbeiter von ganz be- sonders schweren wirtschaftlichen Folgen ist. Es ist ohne weiters denkbar, dass ein Arbeitgeber eine ganze Reihe von Heimarbei- tern beschäftigt, sich von jedem von ihnen für die ihnen zur Verar- beitung übergebenen Materialien eine Kauti- on bestellen läßt und diese Kauti- onen dann veruntreut.

Der Länderrat hat beantragt, dass die Strafkompetenz nicht, wie es in der ersten Vorlage vorgesehen war, auch den Bundes- polizeibehörden, sondern ausschließlich den Bezirksverwaltungs- behörden zusteht. Auch diesem Antrage hat die Regierung in der Vorlage Rechnung getragen.

Im allgemeinen kann gesagt werden, dass die Vorlage eine wirk- same Erhöhung des Rechtsschutzes des Dienstnehmers, der eine Kauti- on bestellt, sichert. Selbstverständlich wird es auch noch in Zukunft Kauti- onsschwindler geben; es ist ganz klar, dass die neuen Verwaltungsstrafbestimmungen und die Rechtsfolge der Nich- tigkeit eines Vertrages auf kriminelle Personen wenig Eindruck machen. Jedenfalls aber bietet das Gesetz den großen Vorteil, dass die Strafverfolgung solcher krimineller Personen außerordentlich erleichtert wird. Für den Dienstnehmer beinhaltet das Gesetz eine Warnung vor den Gefahren der Kauti- onsbestellung. Es liegt auf der Hand, dass der Dienstnehmer, wenn versucht wird, eine

Kaution entgegen den Bestimmungen des Gesetzes zu erlangen, vorsichtig sein und sich womöglich beraten lassen wird. Die neu eingeführte Verwaltungsstrafe wird gewiß auf den allergrößten Teil der Dienstgeber eine abschreckende Wirkung ausüben, da ja anzunehmen ist, dass sie nicht – sei es auch nur wegen eines Verwaltungsstrafdeliktes – mit dem Gesetz in Konflikt kommen wollen. Die Vorlage bringt daher eine wirkliche Verbesserung der Lage der Dienstnehmer. Sie beruht auf meines Erachtens richtigen rechtspolitischen Erwägungen und verdient auch mit Recht die Bezeichnung als ein soziales Gesetz.

Anhang III

III. Ein Gesetzesvorschlag zum Schutze der Cautionen von Bediensteten³

§ 1.

Die Cautionen von Bediensteten haften für alle Ansprüche, welche dem Geschäftsherrn auf Grund der mit den dienstlichen Obliegenheiten und Pflichten im Zusammenhange stehenden Handlungen oder Unterlassungen der Bediensteten während der Dauer des Dienstverhältnisses erwachsen sind.

Eine Beschränkung oder Erweiterung des Umfanges dieser Haftung durch besondere Vereinbarung ist zulässig.

§ 2.

Das Pfandrecht an einer Caution, welche in Sparcassaeinlagen, Wechseln, Werthpapieren oder anderen beweglichen körperlichen Sachen besteht, wird erst dann begründet, wenn die Caution derart vinculiert ist, daß über dieselbe nur zufolge ausgewiesenen Einverständnisses des Cautionspflichtigen und des Geschäftsherrn verfügt werden kann.

Wenn die Caution in Bargeld besteht, ist dessen Erlag bei der k.k. Postsparcassa unter derselben Vinculierung erforderlich.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist ungiltig.

§ 3.

Von der Vinculierungspflicht, beziehungsweise dem Erlage des Bargeldes sind die Cautionen jener Bediensteten befreit, welche bei einer Staats- oder öffentlichen Behörde angestellt sind.

§ 4.

Auf welche Weise die Vinculierung zu erfolgen habe, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen.

³ Vgl *F. Mayer*, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1902, 173 ff, wo eine ausführliche Begründung zu finden ist.

IV. Entwurf der Kammer für Arbeiter und Angestellte in Graz eines Gesetzes zum Schutz von Arbeitnehmern bei Erlag von Kauttionen, Darlehen und Beteiligungen (Kauttionsschutzgesetz) vom 26. 11. 1932⁴

§ 1.

Die Annahme von Kauttionen, Darlehen und Beteiligungen durch den Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern darf nur nach den Bestimmungen dieses Gesetzes erfolgen.

§ 2.

1. Sicherstellungen (Kauttionen) sind bei Dienstverhältnissen aller Art nur insoweit zulässig, als sie den tatsächlichen Wert der Haftung (anvertrautes Warenlager, Höchstinkasso für einen Tag udgl) nicht übersteigen.
2. Als Sicherstellungen nach Absatz 1 dürfen nur gesperrte Sparkassenbücher oder gesperrte Effektendepots oder Kauttionsversicherungspolizzen der Arbeitnehmer angenommen werden. Dem Dienstgeber ist es verboten, Bargeld, Effekten oder sonstige realisierbare Vermögenswerte vom Dienstnehmer anzunehmen. Ebenso ist die Annahme von Darlehen oder Geschäftseinlagen der Arbeitnehmer untersagt.
3. Dem Dienstgeber ist es verboten, die Anstellung von Dienstnehmern vom Erlag von Darlehens- oder Geschäftseinlagen abhängig zu machen.
4. Verträge, die den Bestimmungen des § 2 zuwiderlaufen, sind nichtig.

§ 3.

1. Die Beteiligung von Dienstnehmern am Geschäftserfolg durch Umsatzprovisionen, Tantiemen, Bilanzgelder udgl Wird durch dieses Gesetz nicht berührt.
2. Beteiligungen durch den Ankauf von Aktien des Dienstgebers sind zulässig, wenn diese Aktien zum Handel an der Wiener Börse offiziell zugelassen sind.

⁴ Vgl Zeitschrift für soziales Recht 1933, V, Heft 3/4, 212 ff, wo eine ausführliche Begründung zu finden ist.

Anhang IV

3. Auf Dienstnehmer, deren Dienstbezüge S 12.000.– jährlich übersteigen und deren Dienstverhältnis mindestens 6 Monate gedauert hat, findet dieses Gesetz keine Anwendung.

§ 4.

Zeitungsverwaltungen dürfen Anzeigen über offene Stellen, die als Anstellungsbedingung Kautions- oder Barbesitz verlangen, nur unter der vollen Adresse des Dienstgebers annehmen und veröffentlichen. Derartige Anzeigen unter Chiffreanschrift oder an die Adresse von Vermittlungsstellen (Anzeigenbüros, Stellenvermittlungen udgl) sind verboten.

§ 5.

Übertretungen dieses Gesetzes sind, falls sie nach dem bestehenden Gesetze nicht strenger zu bestrafen sind, von der politischen Behörde I. Instanz mit Geld bis zu S 5000.– oder Arrest bis zu sechs Monaten zu bestrafen. Beide Strafen können auch gleichzeitig verhängt werden.

§ 6.

Dieses Gesetz tritt mit dem Tage der Kundmachung in Kraft und tritt mit Ablauf von 5 Jahren außer Wirksamkeit.

§ 7.

Mit dem Vollzug dieses Gesetzes ist das Bundesministerium für Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für soziale Verwaltung betraut.

V. Entwurf der Sektion der Privatangestellten eines Gesetzes, betreffend die Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionsgesetz) vom 20. 3. 1933⁵

§ 1.

(1) Für den Erlag von Kautionen (Sicherstellungen) und für die Hingabe von Darlehen und Geschäftseinlagen des Dienstnehmers an den Dienstgeber finden die nachfolgenden Bestimmungen Anwendung.

(2) Die Bestimmungen gelten auch, wenn an Stelle des Dienstgebers oder des Dienstnehmers eine dritte Person die Kaution, das Darlehen oder die Geschäftseinlage hingibt oder entgegennimmt.

(3) Von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen sind nur dann gültig, wenn sie für den Dienstnehmer günstiger sind.

§ 2.

(1) Der Dienstgeber darf vom Dienstnehmer eine Kaution nur verlangen und entgegennehmen zur Sicherstellung von Schadenersatzansprüchen, die ihm gegen den Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis erwachsen können. Der Wert der Kaution darf den tatsächlichen Wert des dem Dienstnehmer regelmäßig anvertrauten Gutes (anvertrautes Warenlager, durchschnittliches Inkasso längstens für den Zeitraum 1 Woche udgl) nicht übersteigen.

(2) Die Kaution ist dem Dienstnehmer, soweit sie nicht zur Deckung eines bereits entstandenen Schadens in Anspruch genommen wird, zurückzustellen,

1. während des Dienstverhältnisses

a) zur Gänze, wenn ein Schadenersatzanspruch nicht mehr entstehen kann;

b) in dem Verhältnis teilweise, als eine wesentliche Verringerung des Wertes des dem Dienstnehmer regelmäßig anvertrauten Gutes eingetreten ist;

2. nach Auflösung des Dienstverhältnisses binnen der Frist von 2 Wochen.

⁵ Vgl Zeitschrift für soziales Recht 1933, V, Heft 3/4, 212 ff, wo eine ausführliche Begründung zu finden ist.

Anhang V

(3) Sicherstellungen (Kautionen) dürfen nur entgegengenommen werden in der Form von Einlagebüchern, Effektdépôts, Versicherungspolizzen, als Bürgschaft eines Dritten zugunsten des Dienstnehmers oder als Rangordnung auf unbewegliches Gut. Die Verfügung über die Kautionsdarlehen darf nur im Einvernehmen der Beteiligten erfolgen. Einlagebücher, Versicherungspolizzen und Effektdépôts sind bei einer durch Verordnung zu bezeichnenden Treuhandstelle zu deponieren und ganz oder teilweise zurückzustellen, wenn der Dienstgeber hiezu seine Zustimmung gibt oder wenn dies durch gerichtliches Urteil oder Vergleich angeordnet wird.

§ 3.

(1) Darlehen und Geschäftseinlagen darf der Dienstgeber von dem Dienstnehmer nur annehmen, wenn

- a) das Dienstverhältnis bereits 2 Jahre gedauert hat,
- b) der Vertrag hierüber in Schriftform vor einem öffentlichen Notar errichtet worden ist, wobei die Kosten der Dienstgeber trägt.

(2) Die vorstehenden Bestimmungen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Dienstgeber eine zur Ausgabe von Einlagebüchern, welche auf den Namen lauten, berechtigte Unternehmung ist.

(3) Es ist verboten, die Anstellung von Dienstnehmern von der Hingabe eines Darlehens oder einer Geschäftseinlage des Dienstnehmers abhängig zu machen.

§ 4.

(1) Solche Kautionen, Geschäftseinlagen, Darlehen udgl, die den vorangegangenen Vorschriften nicht entsprechen, sind auf Verlangen jederzeit sofort zurückzustellen.

(2) Kautionen, die sich in der Verfügungsgewalt des Dienstgebers befinden, Geschäftseinlagen, Darlehen udgl, die den Bestimmungen des § 3 nicht entsprechen, gelten als ein dem Dienstgeber anvertrautes Gut.

§ 5.

(1) In Zeitungen und periodischen Druckschriften jeder Art dürfen Anzeigen über offene Stellen, die als Anstellungsbedingung die Hingabe einer Kautionsdarlehen oder Barbesitz verlangen, nur veröffentlicht werden, wenn der Anzeigende seine volle Anschrift nennt

und durch eine behördliche Bestätigung ihre Richtigkeit nachweist. Die Anschrift ist in der Anzeige zu veröffentlichen.

(2) Diese Vorschrift findet auf jede Art von gewerblicher Stellenvermittlung Anwendung.

§ 6.

Übertretungen dieses Gesetzes sind, falls sie nicht nach anderen Gesetzen strenger zu bestrafen sind, von der politischen Behörde I. Instanz mit Geld bis zu S 5000.– oder Arrest bis zu 6 Monaten zu ahnden. Beide Strafen können auch gleichzeitig verhängt werden.

§ 7.

(1) Die Betriebsräte (Vertrauensmänner) der Arbeiter und Angestellten haben die Durchführung und Einhaltung dieses Gesetzes zu überwachen und erforderlichenfalls die zuständigen Behörden (die Gewerbeinspektion) anzurufen.

(2) Der Dienstgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat (dem Vertrauensmann) und den Organen der Gewerbeinspektion über die Kauttionen, Geschäftseinlagen und Darlehen seiner Dienstnehmer Aufschluß zu geben und in die darüber bestehenden Aufzeichnungen und Bücher Einsicht zu gewähren.

(3) Wird von einer Berufsorganisation oder einer gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeiter oder Angestellten eine Anzeige wegen der Verletzung der Vorschriften dieses Gesetzes bei der Behörde erstattet, so hat die Behörde den Anzeiger über das Ergebnis ihrer Untersuchung, das allenfalls von ihr Veranlaßte und die gegebenenfalls verhängte Strafe zu verständigen.

§ 8.

(1) Die Forderung auf Rückstellung von Darlehen oder Geschäftseinlagen, die der Dienstnehmer dem Dienstgeber geleistet hat, gehört in die erste Klasse der Konkursforderungen (§ 51, ZI 2, KO) und im Ausgleichsverfahren zu den ein Vorrecht genießenden Forderungen (§ 23, ZI 3, AO).

(2) Die Forderung auf Rückstellung einer Kauttion ist im Konkurs des Dienstgebers ein Aussonderungsanspruch (§ 11 KO) und wird durch ein Ausgleichsverfahren nicht berührt (§ 23 AO).

Anhang V

§ 9.

(1) Dieses Gesetz tritt mit dem Tage der Kundmachung in Kraft. Kautionsverträge, welche schon vor dem Geltungstermine dieses Gesetzes bestanden haben, sind binnen 3 Monaten im Sinne des § 2 und § 3 dieses Gesetzes abzuändern.

(2) In gleicher Frist sind Darlehen und Einlagen zurückzuerstatten, falls nicht vertragsmäßig eine frühere Fälligkeit eintritt. Mit Ablauf dieser 3 Monate gelten die Einlagen und Darlehen als anvertrautes Gut, falls nicht in dieser Frist ein Vertrag im Sinne des § 3 (1) abgeschlossen wird.

§ 10.

Mit dem Vollzug dieses Gesetzes ist das Bundesministerium für soziale Verwaltung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Justiz betraut.

VI. Text des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes

**Bundesgesetz vom 31. 3. 1965
über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht
der Dienstnehmer, BGBl 80/1965 idF BGBl 169/1983
(Dienstnehmerhaftpflichtgesetz)**

Artikel I

§ 1

(1) Die Vorschriften dieses Bundesgesetzes gelten für Dienstnehmer (Lehrlinge) in einem privatrechtlichen oder in einem öffentlich-rechtlichen Dienst(Lehr)verhältnis (im Folgenden als Dienstnehmer bezeichnet). Sie sind auf Heimarbeiter und Personen, die gemäß § 3 des Heimarbeitsgesetzes 1960 den Entgeltenschutz für Heimarbeit genießen, ferner auf sonstige Personen, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind, im Verhältnis zu ihren Auftraggebern sinngemäß anzuwenden.

(2) Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind Dienstnehmer, soweit sie als Organe der im Artikel 23 Abs 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1929 genannten Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze dem Rechtsträger oder einem Dritten einen Schaden zugefügt haben.

§ 2

(1) Hat ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistung dem Dienstgeber durch ein Versehen einen Schaden zugefügt, 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.

(2) Bei der Entscheidung über die Ersatzpflicht im Sinn des Abs 1 hat das Gericht vor allem auf das Ausmaß des Verschuldens des Dienstnehmers und außerdem insbesondere auf folgende Umstände Bedacht zu nehmen:

1. auf das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung,

Anhang VI

2. inwieweit bei der Bemessung des Entgelts ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist,
 3. auf den Grad der Ausbildung des Dienstnehmers,
 4. auf die Bedingungen, unter denen die Dienstleistung zu erbringen war und
 5. ob mit der vom Dienstnehmer erbrachten Dienstleistung erfahrungsgemäß die nur schwer vermeidbare Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens verbunden ist.
- (3) Für eine entschuld bare Fehlleistung haftet der Dienstnehmer nicht.

§ 3

(1) Wird ein Dienstnehmer zum Ersatz des Schadens herangezogen, den er bei Erbringung seiner Dienstleistungen einem Dritten zugefügt hat, so hat er dies dem Dienstgeber unverzüglich mitzuteilen und ihm im Falle der Klage den Streit zu verkünden.

(2) Hat der Dienstnehmer im Einverständnis mit dem Dienstgeber oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils dem Dritten den durch ein Versehen zugefügten Schaden ersetzt, so kann er die Vergütung des solcherart Geleisteten und der ihm erwachsenen notwendigen Prozeß- und Exekutionskosten zum Teil oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, zur Gänze vom Dienstgeber verlangen, wenn der Dienstgeber auf Grund der §§ 1313a bis 1316 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches oder auf Grund einer anderen gesetzlichen Verpflichtung vom Dritten zum Ersatz des Schadens in Anspruch hätte genommen werden können und das Verlangen des Dienstnehmers der Billigkeit entspricht. § 2 Abs 2 ist anzuwenden.

(3) Hat der Dienstnehmer im Einverständnis mit dem Dienstgeber oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils dem Dritten den durch eine entschuld bare Fehlleistung zugefügten Schaden ersetzt, so kann er jedoch die Vergütung des solcherart Geleisteten und der ihm erwachsenen notwendigen Prozeß- und Exekutionskosten zur Gänze vom Dienstgeber verlangen, wenn dieser auf Grund der §§ 1313a bis 1316 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches oder auf Grund einer anderen gesetzlichen Verpflichtung vom Dritten zum Ersatz des Schadens in Anspruch hätte genommen werden können.

(4) Unterläßt der Dienstnehmer, dem Dienstgeber den Streit zu verkünden, so verliert er zwar nicht das Recht auf Vergütung gegenüber dem Dienstgeber, doch kann ihm dieser alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Vergütung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt hätten.

§ 4

(1) Wird ein Dienstgeber auf Grund der §§ 1313a bis 1316 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches oder auf Grund einer anderen gesetzlichen Verpflichtung vom Dritten zum Ersatz des Schadens herangezogen, den sein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistungen einem Dritten zugefügt hat, so hat er dies dem Dienstnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihm im Falle der Klage den Streit zu verkündigen.

(2) Hat der Dienstgeber im Einverständnis mit dem Dienstnehmer oder aufgrund eines rechtskräftigen Urteils dem Dritten den Schaden ersetzt, so hat er einen die Vergütung des solcherart Geleisteten und der ihm erwachsenen Prozeß- und Exekutionskosten umfassenden Rückgriffsanspruch gegen den Dienstnehmer, es sei denn, daß der Dienstnehmer den Schaden durch ein Versehen zugefügt hat und das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Rückersatz mäßigt oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, ganz erläßt. § 2 Abs 2 ist anzuwenden.

(3) Hat der Dienstgeber dem Dritten den Schaden ersetzt, den der Dienstnehmer dem Dritten durch eine entschuldbare Fehlleistung zugefügt hat, so hat der Dienstgeber jedoch gegen den Dienstnehmer keinen Rückgriffsanspruch.

(4) Unterläßt es der Dienstgeber, dem Dienstnehmer den Streit zu verkündigen, so verliert er zwar nicht das Recht auf Vergütung gegenüber dem Dienstnehmer, doch kann ihm dieser alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Vergütung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt hätten.

Anhang VI

§ 5

Die Rechte des Dienstnehmers, die sich aus den §§ 2 bis 4 ergeben, können nur durch Kollektivvertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

§ 6

Auf einem minderen Grad des Versehens beruhende Schadenersatz- oder Rückgriffsansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer (§ 2 Abs 1, § 3 Abs 2 bis 4, § 4 Abs 2 und 4) erlöschen, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden können, gerichtlich geltend gemacht werden.

§ 7

(1) Während des aufrechten Bestandes des Dienstverhältnisses ist eine Aufrechnung von Ansprüchen gegen den Dienstnehmer nach diesem Bundesgesetz nur zulässig, wenn der Dienstnehmer nicht innerhalb von 14 Tagen ab Zugehen der Aufrechnungserklärung dieser widerspricht.

(2) Abs 1 gilt nicht für eine Aufrechnung auf Grund eines rechtskräftigen Urteils.

Artikel II

(1) Auf Schadensfälle, die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingetreten sind, sind die bisherigen Bestimmungen anzuwenden.

(2) Die Rechte des Dienstnehmers, die sich aus den §§ 2 bis 4 ergeben, können nur durch einen Kollektivvertrag aufgehoben oder beschränkt werden, der nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgeschlossen worden ist.

Artikel III

Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist das Bundesministerium für Justiz betraut.

Literaturverzeichnis

Abel

- Die Behandlung der Angestelltenerfindung nach österreichischem Recht, JBl 1926, 85

Adamovich L.

- Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 1971

Aicher

- ÖBA 1994, 1989, 901
- ÖBA 1991, 921

Apathy

- ÖBA 1991, 917
- ÖBA 1994, 558

Avancini

- Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193

Bartenbach/Volz

- Gesetz über Arbeitnehmererfindungen³, 1997

Bartsch/Pollak

- Konkursordnung (1937), Bd I, II

Berger

- DRdA 1978, 101

Berger/Fida/Gruber

- Berufsausbildungsgesetz, 2000

Binder in Schwimann, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Michael Schwimann, 3. Auflage, Band IV, 2006

Böhler

- Die Verpfändung von Sparbüchern, 1992

Bydlinski M.

- ÖJZ 1987, 11

Bydlinski P.

- DRdA 1984, 242
- JBl 1987, 127
- JBl 1988, 205
- ÖBA 1993, 908
- RdW 1990, 401

Literaturverzeichnis

Cerny

- in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht 2³, 3. Auflage, 2004

Collin

- Innovations-Handbuch, 1985

Dietrich

- Verwaltungsfreiheitsstrafen im Lichte der Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1962, 347

Dirschmied

- Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, 1992
- DRdA 1971, 19 ff

Eccher

- Die Akzessorietät bei Höchstbetragshypotheken (Vortragsbericht), JBl 1987, 775.

Eypeltauer

- DRdA 1989, 293

Floretta/Spielbüchler/Strasser

- Arbeitsrecht I, 4. Auflage, 1998

Floretta/Strasser

- Kommentar zum ArbVG, 1975

Frotz

- Kreditsicherungsrecht, 1970

Geist

- Beiträge der Arbeitnehmer zur Standortsicherung und Kautionschutzgesetz, RdW 1995, 392 ff

Geppert

- Der „Anstellungsvertrag“ des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft, DRdA 1980, 1 ff

Graf

- Drittfinanzierung und Arbeitsrecht, WBl 1991, 177 ff

Grillberger

- DRdA 1993/12

Gruber M.

- ecolex 1994, 81

Grünberg

- RZ 1937, 37 ff

*Gschnitzer in Klang*² IV/1

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Heinrich Klang und Franz Gschnitzer, 2. Auflage, Band II, 1950

Hämmerle/Wünsch

- Handelsrecht, 3. Auflage, Band II, 1978

Heidinger A.

- WBI 1995, 314 ff

*Hinteregger in Schwimann, ABGB*³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Michael Schwimann, 3. Auflage, Band II, 2005

*Hofmann in Rummel, ABGB*³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2002

Hofmeister

- NZ 1986, 87/65

Holzer

- Insolvenz und Arbeitsverhältnis, DRdA 1984, 308 ff
- Holzer, Insolvenz und Arbeitsverhältnis, DRdA 1984, 419 ff

Hoyer

- NZ 1985, 30/31
- ZAS 1988, 56
- ZAS 1991, 196

Hunna

- Die Erfindungen von Dienstnehmern nach österreichischem Recht, ÖBl 1952, 17

Jabornegg

- in Jabornegg (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1997
- ÖBA 1992/338
- ÖBA 1986, 411
- DRdA 1990/17
- DRdA 2008/1

Jabornegg/Resch

- Autorentätigkeit und Sozialversicherungspflicht, ÖJZ 1996, 841 ff

Jabornegg/Resch/Strasser

- Arbeitsrecht, 2008

Literaturverzeichnis

Jesionek

- Soziale Sicherung von Haftentlassenen, SozSi 1985, 208

Kallab in Neumayr-Reissner (Hrsg)

- Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Kautionschutzgesetz, 2006

Karollus

- JBl 1988, 250

Kastner/Doralt P./Nowotny Ch.

- Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, 1990

Kerschner

- in Jabornegg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg von Peter Jabornegg, 1997
- Dienstnehmerhaftpflichtgesetz², 2004

Klang in Klang² II

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Heinrich Klang und Franz Gschnitzer, 2. Auflage, Band II, 1950
- Das Bundesgesetz betreffend Kautionen, Darlehen und Geschäftseinlagen von Dienstnehmern (Kautionschutzgesetz), JBl 1937, 354 ff

Köck St.

- Zum Ausschluß leitender Angestellter aus dem IESG, ecoloex 1995, 429 ff

Kopetzki

- Zur Anwendbarkeit des Art 6 MRK im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren, ZaöRV 1982, 1 ff

Koziol

- ZAS 1976, 53/6
- ÖBA 2003/1160

Koziol/Welser

- Bürgerliches Recht, 13. Auflage, Band I, 2006, Band II, 2007

Kramer

- Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, 1975

Krejci in Rummel, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2000, Band 2, Teilband 2, 2002

- Unternehmensrecht⁴, 2008

Kuderna

- Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, 1996

Kürner

- DRdA 1995/35

Lechner

- Leitende Angestellte und Insolvenz-Ausfallgeld, ZIK 1995, 103 ff

Liebeg

- Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, 3. Auflage, 2007

Löschnigg (Hrsg), Angestelltengesetz⁸, 2007

- Arbeitsrecht, 10. Auflage, 2003

Mader in Schwimann, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Michael Schwimann, 3. Auflage, Band VI, 2006

Mader/W. Faber in Schwimann, ABGB³ VI

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Michael Schwimann, 3. Auflage, Band VI, 2006

Maier J.

- Das Kautionschutzgesetz, Österreichische AnwZ 1937, 345 ff

Marhold

- ZAS 1981, 36

Mayer F.

- Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1902, 173 ff

Mayer-Maly

- Über die Teilnichtigkeit, Gschnitzer-GedS, 1969, 265

Mayer-Maly/Marhold

- Individualarbeitsrecht, 1987

Mayr

- Vergütung für Erfindungen von Dienstnehmern, 1997
- DRdA 1996, 439
- Einführung in das Recht der EG und Auswirkungen auf das österreichische Arbeitsrecht, 1997
- Kautionen von Arbeitnehmern und Insolvenz des Arbeitgebers, ecolex 2000, 219

Mayrhofer

- Schuldrecht I, 1986

Literaturverzeichnis

Mazal

- Zurückbehaltung von Arbeitslohn?, DRdA 1993, 62 ff
- Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag?, ecolex 1997, 277 ff
- ecolex 2000, 306.

Mohr

- Kommentar zur KO¹⁰, 2006

Neumayr

- in Neumayr-Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2006

Quantschnigg/Schuch

- ABC der Werbungskosten, , ESt-HB, § 16

Rebhahn

- in Jabornegg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg von Peter Jabornegg, 1997
- IPRax 1988, 360

Reidinger

- ÖBA 1989, 1213

Reischauer in Rummel, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2000
- DRdA 1978, 202
- Verschulden und Beweislast, ZVR 1978. 97 ff

Resch

- Rechtsfragen der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1993, 103 f

Ringhofer

- Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Bd II, 1992

Ritzberger-Moser/Widorn

- Kommentar zum Heimarbeitsgesetz 1960, 1995

Rummel in Rummel, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2000

Runggaldier

- DRdA 1993/19

Sandrock

- Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 1959, 481

Schantl/Welan

- Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1970, 619

Schiemer/Jabornegg/Strasser

- Kommentar zum Aktiengesetz³, 1993

Schrammel

- Das Sonderarbeitsrecht der Gebietskörperschaften auf dem Prüfstand, ZAS 1988, 188

Schubert in Rummel, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2000

Schuster-Bonnott

- in Kastner-FS I, 438

Schwarz/Holzer/Holler

- Das Arbeitsverhältnis bei Konkurs und Ausgleich, 51 ff

Schwarz/Holzer/Holler/Reissner

- Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, 1993

Schwarz/Löschnigg

- Arbeitsrecht, 1983

Steinbauer

- Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, ZAS 1984, 8 ff

Steiner

- ASoK 1998, 236

Sternberg

- Die neuen Wohnungsgesetze, 1923

Strasser in Rummel, ABGB³

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Peter Rummel, 3. Auflage, Band 1, 2000
- Der Verzicht auf unabdingbare Ansprüche, DRdA 1955, 13 ff
- Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag/Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93 ff
- in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, 2001

Tades

- Hausbesorger- und Hausbetreuungsgesetz⁵, 2001

Literaturverzeichnis

Tomandl

- Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, 1971
- „Werkverträge“ und Sozialversicherung, 1996

U. Torggler/H. Torggler

- in Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³, hrsg von Manfred Straube, 2003

Volmer/Gaul

- Arbeitnehmererfindungsgesetz, 2. Auflage, 1983

Wachter

- Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 418
- Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts/Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, WBl 1991, 81 ff

Walter/Mayer

- Verwaltungsverfahrenrechts⁸, 2003

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer

- Bundesverfassungsrecht¹⁰, 2007

Warmuth

- Die Dienstkaution des Hausbesorgers und das neue Kautionschutzgesetz, ImmZ 1937/16, 3

Weiser

- Das Kautionschutzgesetz, RZ 1937, 502 ff

Wegan

- Schuldnerwechsel bei einer Höchstbetragshypothek, FS Wilburg, 1965, 219

Welser-Cermak

- DRdA 1981, 39

Wilburg in Klang² V

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Heinrich Klang und Franz Gschnitzer, 2. Auflage, Band V, 1954

Wilhelm

- ZAS 1975/178

Winkler von Mohrenfels

- Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilrecht, 1986

Wittmann

- Einführung in das Medienrecht, 1981

Sachregister

A

Absonderungsrechte 151
Aktien 76
Aktiengesellschaft 125
Aktionär 75
Akzessorietätsprinzip 41
Alleingesellschafter 64
Amateurfußballer 112
Analogie 66
Anlagegesellschaft 73
Anlagekapital 24, 62
Annoncen 93
Ansprüche auf Erfüllung zweiseitiger Verträge 152
Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse 152
Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters 152
Ansprüche nach dem IESG 155
arbeitnehmerähnliche Personen 100, 123
Arbeitnehmerähnlichkeit 100
Arbeitsergebnis 106
Arbeits- und Sozialgericht 61
Arzt 105
Aufklärungspflicht der Bank 73
Auflösung des Dienstverhältnisses 54
Aufrechnung 58
Aufrechnungserklärung 58
Aufrechnungslage 57
Aufrechnungsmöglichkeit 25, 81
Aufrechnungsverbot 25, 81
Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses 63, 81
Aufrechterhaltung des Dienstvertrages 66, 68
Auftragsverhältnis 102
Aufwandsentschädigung 112
Ausfallbürgschaft 42

Ausgleich 153
Ausgleichsforderung 154
Ausgleichsschuldner 153
ausländische Arbeitnehmer 121
Auslandsberührung 113
Auslobung 86
Aussonderungsansprüche 151, 153
Austritt 32

B

Bank 29
Bankenhaftung 73
Bankgarantie 29, 68
Bankgeheimnis 73
Bargeld 39, 93
Barkaution 22, 50, 81, 142
Bedarf 111
Beendigung des Dienstverhältnisses 51
Beendigungsansprüche 152
Beendigungsart 54
Befriedigung aus der Kautions 89
Befristung 122
Bekanntgabe des Lösungswortes 89
Belohnung 86
Bemängelung 140
Berechnung der Klagsfrist 61
Beschuldigte 96
Besitzanweisung 36, 145
bestellen 30
bestimmte Arbeit 138
Bestreitung ihres Lebensunterhalts 106
Beteiligung als stiller Gesellschafter 72
Beteiligungsarten 76
Beteiligungsprojekt 73
Beteiligungsverhältnis 71

Sachregister

Betreiber von Eisständen 113
Betriebsarzt 110
Betriebseinrichtungen 52
Betriebsmittel 52
Betriebsmittel 30, 105
Beweismittel 43
Beweisschwierigkeiten 48
Bezirksverwaltungsbehörde 96
Bezugsverpflichtungen 109
Bilder 91
Blankowechsel 23, 79
Bruttolohn 26
Bund 30
Bundesbeamte 117
Bundesvertragsbedienstete 118
Bürgenhaftung 41
Bürgschaft 23, 24, 40
Bürgschaftserklärung 26, 28
Bürgschaftsübernahme 66

C

Christbaumverkäufer 109
condictio sine causa 89

D

Darlehen 24, 64, 71, 82, 87,
155
Darlehensgewährung 28, 65,
66
Darlehenshingabe 70
Darlehensnehmer 62
Darlehensvaluta 64, 82
Darlehensvertrag 70
Deckung des Schadens 31, 49
Deckung künftiger Schaden-
ersatzansprüche 35
Depot 39
Depotverwahrer 40
Dienstgeber 30, 130
Dienstleistung 32
Dienstnehmer 115
Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
31, 55
Dienstverhältnis 29

Dienstvertrag 86
Dienstwohnung 144
Direktrice 109
Dispositionsbefugnis 105
Dividende 148
Dritten 30
drittfinanzierte Beteiligung 72
Drittpfandbesteller 54
Drucksituation 26, 65, 67, 77
Drucktheorie 69
Druckwerk 91

E

Effekte 39
eigenhändig 48
Eigentümer 62
Eigentumserwerb 71
Einbehaltung 27
Einbehaltung der Kaution 58
Einbehaltung eines Garantiebe-
trages 49
Einbehaltung eines Provisions-
anteils 83
Eingriffsnormen 121
Einlagebücher 36
Einverleibung 44
Einverständnis des Dienstneh-
mers 55
Einverständnis des Kautions-
bestellers 55
Einwendungen 41
Einwendungsdurchgriff 72
Einwilligung des Dienstnehmers
43
Einzelvereinbarung 52
Entgeltlichkeit 115
Entlassung 32
Entschlussfähigkeit 107
Erfolgsbeteiligungen 50
erhöhte Zinsen 90
Erlöschungsgrund 45
Ernstlichkeit 35
Ersatzansprüche 25, 81
Erwerb eines GmbH-Anteils 76

Erwerbungsart 44
Exekution 45
Exekutionstitel 59

F

Fahrlässigkeit 57
Fälligkeit des Schadenersatz-
anspruches 32
Falschbezeichnung 43
Familienangehöriger 67
familienrechtliches Nahe-
verhältnis 110
Finanzdienstleister 29, 68
finanzielle Situation 75
Finanzierungsgeschäft 65, 66,
84
Formfreiheit 71
Fotomodell 104
Frachtführer 112
Franchise-Verträge 108
freier Dienstvertrag 123
freier Gelegenheitsvermittler
102
fremdbestimmte Arbeit 114
Fremdbestimmung der Arbeit
107
Frist 53
Fristverlängerungen 56
Früchte 38
Fruchtnießung 146

G

Garantiebetrag 23
Garantiekraft 46
Gebietsschutz 111
Gefahr 84
Gefahrengeneigtheit 53
Gegenaufrechnungseinrede 26,
83
Gegenforderung 83
Gegenleistung 24
Geldentwertung 22
Geldforderungen 45
Geldsumme 27

Geldwäscherichtlinie 38, 147
Geltendmachung eines Schaden-
ersatzanspruches 57
Gemeinden 30
Gemeinschuldner 152
Genossenschaft 126
Genossenschafter 75
Genossenschaftsanteile 76
geringfügig Beschäftigte 120
Gesamtmieter 143
Gesamtnichtigkeit 88
Geschäftsanteilsübertragung 64
Geschäftsbeteiligung 64, 82, 87,
155
Geschäftseinlage 64
Geschäftsführer 110
Geschäftsführerin 67
Geschäftsführer ohne Auftrag
54
Gesellschafter 75, 77
Gesellschafter-Geschäftsführer
111
Gesellschaft mbH 126
Gesellschaftsbeteiligung 65
Gesellschaftseinlage 66
gesetzlicher Vertreter 54, 125
gesicherte Ansprüche 157
Gewährung eines Darlehens 70
Gewalthaber 54
Gewerberechtigung 72
gewerberechtl. Geschäftsführer
111
Gewerbeschein 112
Gewinnbeteiligung 72
Gläubiger 42, 54
Gleichheitsatz 31
Grade wirtschaftlicher Unter-
ordnung 105
Grundbuchsgericht 46
Grundbuchkörper 43
Günstigkeit 51
Günstigkeitsprinzip 47, 55
Gutsangestellter 54, 138
Gutsbesitzer 138

Sachregister

H

Haftung eines Anwaltes 78
Handelsregister 75
Handelsvertreter 100, 104, 105,
108
Handlungsdelikte 95
Handpfandnehmer 37, 146
Hauptschuld 41
Hauptschuldner 68
Hausbank 63, 81
Hausbesorger 142
Hausbesorgerarbeiten 143
Hausbesorgergesetz 134
Hauseigentümer 142, 143
Hauswirtschaft 103
Heimarbeiter 129
Herausgabeanspruch 26
Herausgabeanspruch des Arbeit-
nehmers 81
Herausgabe des Sparbuches
38
Herausgabe eines Gegenstandes
79
Hinterlegung 144
Höchstbetragshypothek 44,
60
Höhe der Kautions 33
Höhe der Sicherstellung 149
Hypothek 43
Hypothekargläubiger 46
Hypothekarklage 59

I

Identitätsfeststellung 39
Inserate 93
Insolvenz des Arbeitgebers
151
Intabulationsprinzip 43
Interzedent 68
Irrtum 89, 150

J

journalistische Tätigkeit 102

K

Kapitalerhöhung 76
Karenz 122
Kassierfehlgeld 47
Kaufmannseigenschaft 109
Kaufvertrag 86
Kautionsbesteller 51
Kautionsbestellung 27, 51
Kautionscharakter 27, 50, 79
Kautionsforderung 24
Kautionshöhe 35
Kautionshypothek 22, 43, 89
Kautionsmittel 23, 24, 35
Kautionsrückstellung 55
Kautionssschwindel 88
Kautionssschwindler 92
Kautionsversicherungspolizze
89
Kautions(Veruntreuungs)-
versicherungspolizze 46
Kenntnis des Verbots 90
Klagebegehren 59
Klagsfrist 60
Kollektivvertrag 31
Kommanditist 75, 77
Kompensation 56
Kompensationsmöglichkeit 25,
50, 81
Konkurrenzklausele 111
Konkurs 42, 151
Konkursöffnung 151
Konkursforderung 153
Konkursreife 73
Kontokorrentkredit 73
Kredit 63, 80
Kreditgeschäft 72
Kreditgewährung 29, 63
Kreditinstitut 39, 48
Kridahaftung 83
Kündigungsanfechtungsprozess
70
Kündigungsbefugnisse 50
Künstlerin 113

L

Länder 30
 Landes- und Gemeindebeamte 118
 Landes- und Gemeindevertragsbedienstete 119
 Landwirtschaft 104
 Laufzeitbindungen 39
 Lebensgefährtin 104
 Lebensunterhalt 105
 Legalzession 43
 Lehrlinge 116
 Leiharbeitnehmer 120
 leitende Angestellte 122
 letztwillige Verfügung 86
 Lichtbildausweis 39
 Liegenschaften 60
 Lizenzgeber 29
 Lohnbefriedigungserklärung 24, 80
 Lohnbestandteil 25, 80
 Löschung 46
 Löschungsquittung 46

M

Mankogeld 47
 Markthelfer 100
 Masseforderungen 153
 Massenverbreitung 92
 Mäßigungsbestimmungen 42
 Mäßigungsrecht 58
 Mietvertrag 86
 Mietzins 142
 Missbrauch des Dienstgebers 36
 Mitarbeiterbeteiligung 74
 Miteigentümer 43
 Miteigentumsanteil 44
 Mitgesellschafter 76
 Musikkapelle 106
 Mutterschutz 122

N

Nachbarschaftshilfe 100, 102
 Nachlässigkeit 42

Nachschusspflicht 35
 Naturalobligation 58
 Nebenbeschäftigung 100, 107
 Nettolohnvereinbarung 26
 Nichtigkeit 25, 63, 87
 Nichtigkeit des Darlehensgeschäftes 80
 Nichtigkeitsanordnung 35, 87
 Nichtigkeitssanktion 26, 64, 66, 81

O

obligatorischer Anspruch 44
 ohne unnötigen Aufschub 140
 Organmitglieder 125

P

Pachtvertragsverhältnisse 113
 Parkettbodenverleger 113
 Parteiwille 43
 Pauschalabzug 26
 Pauschalbetrag 109
 Pauschalhonorar 101, 102
 Personenhandelsgesellschaft 110
 Pfand 23, 27
 Pfandbestellungsurkunde 45
 Pfandbestellungsvertrag 37, 44
 Pfanddeckung 45
 Pfandeigentümer 59
 Pfandrechtl. 36
 Pfandrechtl.serwerb 36, 145
 Pfandrechtl.klage 59
 Pfandschein 37, 146
 Pfändungsbeschränkungen 57
 Pfandvertrag 145
 Pflichten des Hausbesorgers 149
 Pflichtenkreis eines Hausbesorgers 143
 Pfüschpartie 107
 Postspargbuch 36, 145
 Präklusivfrist 57
 Praktikant 116

Sachregister

Präsenz-, Ausbildungs- oder
Zivildienst 122
Pretiosen 39
Privatautonomie 110
Probezeit 122
Prokurist 111
Provisionsanteil 26
Prozesskosten 53
Punkteprämie 112

R

Realvertrag 71
Rechnungslegung 40
Rechnungslegungspflicht 52
Rechnungslegungspflicht des
Dienstnehmers 54
Rechtsanwaltsanwärter 72
Rechtsanwaltsberuf 71
Rechtsgeschäfte 63, 86
Regress 43
Reinigungsfirma 143
Retourgeld 32
Risiko 24
Risikogeschaft 72, 73
Rückforderbarkeit 149
Rückforderbarkeit der Kautions
88
Rückforderungsanspruch 25,
88, 139
Rückforderungsrecht 58
Rückforderungszeitpunkt 139
Rückgabeverpflichtung 27
Rückstellung der Kautions 51
Rückstellungsverpflichtung 54
Rücktritt vom Versuch 98
Rückzahlung der Kautions 62
Rückzahlungsverpflichtung 23,
50, 79

S

Sachdarlehen 71
sachgemäße Ausführung 138
Saisonende 24
Sammelverwahrung 148

Schadenersatzansprüche 23, 53,
57, 79, 161
Schadenersatzansprüche aus
dem Dienstverhältnis 32
Schadenersatzforderungen 62
Schadenersatzklage 59
Schadensneigung 33
Schriften 91
Schriftform 48
Schriftlichkeit 40
Schuldenstand 67
Schuldversprechen 31
Schutzbedürftigkeit 101, 107
Schutzbereich des KautSchG
66
Schutzwürdigkeit des Dienst-
nehmers 34
Schutzzweck 25, 70
Schutzzweck der Norm 63
Schutzzweck der Verbotsnorm
80
Sicherstellung des Mietzinses
142
Sicherstellungen vom Haus-
besorger 144
Sicherstellung seines Regress-
anspruches 43
Sicherstellungsfunktion 23
Sicherstellungsmittel 144
Sicherstellung von Schaden-
ersatzansprüchen 53
Sicherung 31
Sicherung des Arbeitsplatzes 64
Sicherungsabtretung 152
Sicherungsinteresse 53
Sicherungs mittel 27
Sicherungsübereignung 152
Sicherung von Schadenersatz-
ansprüchen 27
Sittenwidrigkeit 67
Sorgfaltsmaßstab 138
Sorgfaltsverbindlichkeit 138
Sozialversicherungsbeiträge 28
Sozialversicherungsschulden 24

Sozialversicherungsträger 24
 Spesenvorschuss 55
 Spezialitätsprinzip 44
 Staatshaftungsanspruch 156
 Stellenangebote 93
 Steuer- und Wirtschaftsberater
 100
 stille Beteiligung 84
 stille Einlagen 69
 stiller Gesellschafter 64
 Strafausmaß 96
 Strafbarkeit 96
 Strafe 96
 Straferkenntnis 96
 Strafgefängene 119
 strafgerichtliche Verfolgung 97
 Strafrahmen 97
 Straftatbestand 95
 Subunternehmer 104
 Subventionierung von Betrieben
 167
 Summendepot 148

T

Tankstellenpächter 29, 85, 109
 Tankstellenvertrag 100
 Tankstellenverwalter 106, 109
 Teilnichtigkeit 87
 Tilgung 45
 Tonwerke 91
 Treueelemente 47
 Treu und Glauben 55

U

Übergangsbestimmungen 94
 Übernahme von Haftungen 63
 Überschuldung der Gesellschaft
 65
 Übertragung eines Minderheits-
 anteiles 64
 Überziehungskredit 29
 Umgehungsgeschäfte 25, 63
 Umgehungstauglichkeit 77
 Umstände 66

unabhängiger Verwaltungssenat
 96
 Ungültigkeit des Vertrages 80
 Unterlassung 96
 Unterlassungsdelikte 95
 Unternehmergewinn 109
 Unternehmerrisiko 32, 103,
 105, 106
 Unterschrift 48
 Unversehrtheit des Eigentums
 34
 unverzinsliches Darlehen 28, 64
 Urkundenhinterlegung 44

V

Veräußerbarkeit 37
 Verbot des Kautionssschutzge-
 setzes 82
 Verbotsnorm 69
 Verbotszweck des KautSchG 74
 verfallen 42
 Verfallsfristen 57
 Verfügungsbeschränkung 40,
 148
 Verfügungsrecht des Dienst-
 nehmers 146
 Verfügung über die Früchte 148
 Verhältnismäßigkeit 34
 verjährt 42
 Verjährung 150
 Verjährungsfrist 28
 Verjährungszeit 150
 Verkaufsorganisation 108
 Verkaufsvollmacht 55
 Verkehrsfähigkeit 37
 Verlängerbarkeit der Frist 56
 Verlustbeteiligung 72
 Vermittlung von Versicherungs-
 verträgen 111
 Vermögen 54
 Vermögenseinlagen 75
 Vermögensnachteile 26
 Vermögenssituation 73
 Vermögenswerte 22, 39

Sachregister

- Verpfändbarkeit 37
Verschulden 96
Versicherungsakquisition 112
Versicherungsvertreter 111
Versuch 98
vertragsmäßige Bestimmungen 52
Vertrauensschutz 76
Vertrauenstheorie 70
Vertrauenswürdigkeit 93
Verwahrung 27
Verwahrungsvertrag 39, 148
verwaltender Gesellschafter 54
Verwaltungsstrafverfahren 96
Verwaltungsübertretung 96
Verwertbarkeit 37
verzinsliches Spareinlagenkonto 47
Verzinsung 39
Viertelbeteiligung 65
vinkulierte Einlagebücher 144
vinkulierte Sparbücher 36
vinkuliertes Sparbuch 144
vinkulierte Wertpapiere 147
vollstreckbare Forderung 45
Volontär 116
Vorleistungen 93
Vorsatz 58
Vorstandsmitglieder 112
- W**
- Waldbesitzer 110
Wechselakzept 25
Wechselbürgschaft 23
Wechselpapier 25
Wechselverbindlichkeit 23
Wechselverpflichtung 79
Wechselzahlungsauftrag 25
Werbemittelverteiler 113
Werbungskosten 28, 63
Werkstudent 101
Werkvertrag 106
Werkvertragsnehmer 122
Widerspruch 58
Widerspruchsrecht 58
Wirkung der Nichtigkeit 27
wirtschaftliche Abhängigkeit 105
wirtschaftliche Lage 108
wirtschaftlicher Druck 59
wirtschaftlicher Erfolg 106
wirtschaftliche Unselbständigkeit 103
- Z**
- Zahler 42
Zahlungsunfähigkeit 67, 85
Zinsen 38, 146, 148
Zinsenvertrag 71
Zivildienst 122
Zivilfrüchte 38
Zulagen 47
Zurechnungsfähigkeit 96
Zurückbehaltung 27
Zuwächse 38
Zwangsverwaltung 37
Zwangsvollstreckung 59
Zweck des Kautionschutzgesetzes 32
Zweck dieser Verbotsnorm 84
zwingende Wirkung 56
Zwischen(Stück)meister 129

„Immer mehr häufen sich die Fälle, in denen Dienstgeber von Stellensuchenden die Leistung von Kautionen, Gewährung von Darlehen oder Einbringung von Geschäftseinlagen begehren; die Stellenlosen lassen sich in der Hoffnung, wieder zu Arbeit und Verdienst zu gelangen, nur zu leicht dazu verleiten, solche Geldleistungen zu erbringen ...“ Dieser Text ist zwar aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1937 entnommen, doch treten die darin beschriebenen Probleme in Anbetracht der steigenden Arbeitslosenzahlen auch heute wieder verstärkt auf.

Der Kommentar behandelt nicht nur die bisherigen Lehrmeinungen, sondern zeigt auch Lösungsmöglichkeiten auf. Die zweite Auflage bringt die Judikatur auf den aktuellen Stand.

ISBN 978-3-7035-1367-1



9 783703 513671

ISBN 978-3-7035-1367-1