

## Klienteninformation 01/2017

### KANZLEI

Effektive Mitarbeiter - Bestes Service



## Klienteninformation 01/2017

**Sehr geehrte Klientin, geschätzter Klient!**

*Hiermit erlauben wir uns eine weitere Ausgabe unserer regelmäßigen Informationsschrift für Mandanten vorzulegen.*

*Wie immer wollen wir von aktueller Judikatur und interessanten Rechtsthemen berichten.*

*Die gegenständliche Ausgabe unserer Klienteninformation beschäftigt sich vor allem mit Zivilrecht.*

*Sollten Sie zu den nachfolgenden Beiträgen Fragen haben bzw. mehr wissen wollen, zögern Sie nicht uns anzurufen oder uns ein E-Mail zu schreiben.*

*Wie immer wünschen wir Ihnen erkenntnisreiches Lesen.*

*Ihre  
Anwaltsocietät  
Sattlegger, Dorninger, Steiner &  
Partner*

- 1. Zivilrecht - Wann beginnt die Frist für die Verjährung zu laufen?**
- 2. Zivilrecht – Zurückbehaltung des Werklohnes bei Aufhebung des Werkvertrages gemäß § 1170b ABGB ?**
- 3. Zivilprozessrecht – Zur Anwendung des § 273 Absatz 2 ZPO**
- 4. Verwaltungsrecht – Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom**

**Werkvertrag andererseits sowie zur Arbeitskräfteüberlassung**

- 5. Zivilrecht – Entscheidung zur grundbücherlichen Anmerkung eines Bestandrechtes**
- 6. Neuerungen aus der Kanzlei**

### **1. Zivilrecht - Wann beginnt die Frist für die Verjährung zu laufen?**

In einer aktuellen Entscheidung des Landesgerichtes Linz hat dieses zur Zahl 2 Cg 29/13g die höchstgerichtliche Judikatur zum Thema Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB umfangreich detailliert zusammengestellt wie folgt:

Gemäß RIS-Justiz RS0034524 und RS0034374 beginnt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt zu laufen, indem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Ersatzpflichtigen soweit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann. Die Kenntnis muss dabei den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten, in Fällen der Verschuldenshaftung auch jene Umstände, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergibt (RIS-Justiz RS0034951).

Der anspruchsbegründende Sachverhalt muss dem Geschädigten zwar

nicht in allen Einzelheiten, aber doch soweit bekannt sein, dass er in der Lage ist, das zur Begründung seines Anspruchs erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten (RIS-Justiz RS0034366; RS0034524). Bloße Mutmaßungen über die angeführten Umstände genügen hingegen nicht (RIS-Justiz RS0034524).

Hat der Geschädigte als Laie keinen Einblick in die für das Verschulden maßgeblichen Umstände, so beginnt die Verjährung nicht zu laufen (RIS-Justiz RS0034603). Die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen, vermag ihr Bekanntsein nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0034459). Maßgeblich ist, ob dem Geschädigten objektiv alle für das Entstehen des Anspruchs maßgeblichen Tatumstände bekannt waren (vgl. RIS-Justiz RS0034547).

Der Geschädigte darf sich allerdings nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen eines Tages zufällig Kenntnis erhält (RIS-Justiz RS0065360). Wenn er die für die erfolversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327; RS0034335). Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falles abzustellen (RIS-Justiz RS0113916).

Die Erkundigungspflicht des Geschädigten, die sich auf die Voraussetzungen einer erfolversprechenden Anspruchsverfolgung schlechthin und nicht nur auf die Person des Schädigers erstreckt, darf dabei nicht über-

spannt werden (RIS-Justiz RS0034327).

Ist der Geschädigte Laie und setzt die Kenntnis des Kausalzusammenhanges und bei verschuldensabhängiger Haltung, die Kenntnis der Umstände, die das Verschulden begründen, Fachwissen voraus, so beginnt die Verjährungsfrist regelmäßig erst zu laufen, wenn der Geschädigte durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat (RIS-Justiz RS0034603 vgl. RS0113727; vgl. OB 162/10w; 17 Ob 9/11i). Zwar ist er im Regelfall nicht verpflichtet, ein Privatgutachten einzuholen (RIS-Justiz RS0034327). Ausnahmsweise kann aber, sofern eine Verbesserung des Wissensstandes nur so möglich ist und dem Geschädigten das Kostenrisiko zumutbar ist, auch – nach einer gewissen Überlegungsfrist (3 Ob 162/12p mwN) – die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Obliegenheit des Geschädigten angesehen werden (4 Ob 170/13y mwN; RIS-Justiz RS003437).

Dem Aufforderungsschreiben eines Geschädigten, welcher nicht in Kenntnis des tatsächlichen Ursachenzusammenhanges, sondern lediglich in der „in diese Richtung gehenden Vermutung“ verfasst hatte, kann keine fristenauslösende Wirkung zuerkannt werden (5 Ob 562/93; 10 Ob 2102/96g).

Prozessual ist zudem zur Verjährung festzuhalten, dass die Behauptungs- und Beweislast für die die Verjährung begründenden Umstände Denjenigen trifft, welcher die Verjährungseinrede erhebt (RIS-Justiz RS0034456, RS0034326).

## **2. Zivilrecht – Zurückbehaltung des Werklohnes bei Aufhebung des Werkvertrages gemäß § 1170b ABGB ?**

In der Entscheidung 1 Ob 107/16s des OGH vom 27.09.2016 hatte sich das Höchstgericht – soweit übersehbar – erstmals mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Besteller der Werklohnklage des Werkunternehmers nach Aufhebung des Werkvertrages gemäß § 1170b ABGB aufgrund behebbarer Mängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten und den Werklohn bis zur Verbesserung zurückbehalten kann.

Die Bestimmung des § 1170b ABGB wurde mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120, in das ABGB eingefügt und soll den Insolvenzrisiken im Bau- und Bauneben-gewerbe entgegenwirken. Sie sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare, Sicherstellungspflicht des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 zweiter Satz ABGB vor, also unabhängig von einer Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse und der Kenntnis davon. Die Sicherstellung nach dieser Gesetzesstelle kann nur bei Werkverträgen verlangt werden, in denen es um die Herstellung oder die Bearbeitung eines Bauwerks selbst, seiner Außenanlagen oder eines Teils davon geht.

Kommt der Werkbesteller dem Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht, nicht rechtzeitig oder unzureichend nach, so kann dieser die Erbringung seiner Leistung verweigern (§ 1170b Abs. 2 Satz 2 ABGB) und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. Im Zusammenhang mit der Ver-

tragsaufhebung verweist § 1170b Abs. 2 Satz 2 ABGB auf § 1168 Abs. 2 ABGB. Mit diesem Verweis soll klargestellt sein, dass der Entgeltanspruch des Unternehmers wie in den Fällen des § 1168 Abs. 2 ABGB zu behandeln ist.

Die Obliegenheit des Werkbestellers, auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu geben, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts. Das Recht, Sicherstellung zu begehren, soll dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zustehen und diese vom Werkbesteller nicht unter Berufung auf die Mangelhaftigkeit verweigert werden können, sodass der Werkunternehmer gemäß Abs. 2 leg cit die Vertragsaufhebung auch bei mangelhafter Leistungserbringung erklären können soll.

Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die klagenden Gesellschaften berechtigt waren, nach § 1170b Abs. 2 ABGB die Vertragsaufhebung zu erklären, sodass nicht mehr das Recht dazu, sondern allein die Rechtsfolgen des Rücktritts zu erörtern sind, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers an § 1168 Abs. 2 ABGB orientieren sollen.

§ 1168 Abs. 2 ABGB gibt dem Unternehmer die Möglichkeit zur Vertragsaufhebung, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflicht verletzt. Er kann unter Setzung einer angemessenen Frist erklären, dass der Vertrag „als aufgehoben gelte“, wenn die Mitwirkung weiter unterbleibt. Tatbestandsmäßig liegt ein Sonderfall des § 1168 Abs. 1 Satz 1 ABGB vor, weil die unterlassene Mitwirkung der Bestellersphäre zuzuordnen ist. Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags nach §

1168 Abs. 2 ABGB entfällt die Herstellungspflicht des Unternehmers. Er behält aber den nach § 1168 Abs. 1 Satz 1 ABGB eingeschränkten Entgeltanspruch, weil die Verhinderung in der Ausführung des Werks dem Besteller zuzurechnen ist. Dem Unternehmer gebührt das vereinbarte Entgelt; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Hat der Unternehmer eine Teilleistung erbracht, so ist der darauf entfallende Aufwand vom Besteller zu bezahlen, auch wenn die Teilleistung für ihn wertlos ist. Ist die Leistung allerdings für sich mangelhaft, so ist wegen des gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsvorrangs der durch die unterbliebene Verbesserung ersparte Aufwand anzurechnen (8 Ob 14/08d).

Das Konzept des § 1168 ABGB gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Fall eines Rücktritts durch den Unternehmer gemäß § 1170b Abs. 2 ABGB. Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags durch einseitige Erklärung des Unternehmers entfällt seine Verpflichtung zur Herstellung (Vollendung) des Werks; sein Entgeltanspruch ist nach § 1168 ABGB beschränkt. Weist die von ihm erbrachte (Teil)Leistung Mängel auf, muss er sich den durch die unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwand anrechnen lassen.

Die Fälligkeit des Werklohns kann nur solange hinausgeschoben werden, als ein Verbesserungsanspruch besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt (RIS Justiz RS0019929; vgl auch 8 Ob 1652/92 = RS0018756 [T8]). Das Leistungsver-

weigerungsrecht, das die Revisionswerberin für sich in Anspruch nimmt, findet seine Rechtfertigung darin, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werks zu bestimmen. Wo eine solche Verbesserung nicht oder nicht mehr in Betracht kommt, ein nach dem Gewährleistungsrecht aufrechter Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer nicht oder nicht mehr besteht, ist auch kein Recht zur Verweigerung der Gegenleistung anzuerkennen (4 Ob 14/16m uva; RIS Justiz RS0021925).

Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche des Bestellers auf Übergabe eines vollendeten und damit mängelfreien Werks (7 Ob 43/14w). Die Aufhebung des Vertrags gemäß § 1168 Abs. 2 ABGB, auf den die Bestimmung des § 1170b Abs. 2 ABGB verweist, bewirkt daher, dass damit keine rechtliche Grundlage zur Verweigerung der Gegenleistung verbleibt. Der Werkunternehmer ist nicht mehr im vollen Umfang „vorleistungspflichtig“ und kommt die vom Gesetzgeber angestrebte Minderung der Insolvenzrisiken zum Tragen.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass eine vom Werkunternehmer gemäß § 1170b Abs. 2 ABGB erklärte Auflösung des Vertrags den Erfüllungsanspruch des Bestellers beseitigt, sodass sich dieser – ganz wie im Anwendungsbereich des § 1168 ABGB – auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr berufen kann. Dem Unternehmer gebührt zufolge des Verweises auf § 1168 Abs. 2 ABGB ein entsprechend der Regelungen des § 1168 Abs. 1 leg cit verminderter Entgeltanspruch, dem der Besteller man-

gelnde Fälligkeit, weil das Werk mangelhaft erbracht wurde oder unvollendet blieb, nicht entgegenhalten kann. Für die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (dazu Apathy in KBB4 § 1052 ABGB Rz 2) durch den Besteller, die die Beklagte allein noch zum Gegenstand ihres Rechtsmittels macht, verbleibt daher nach berechtigter Auflösung des Vertrags nach § 1170b ABGB kein Raum.

### **3. Zivilprozessrecht – Zur Anwendung des § 273 Absatz 2 ZPO**

Das Gericht kann nach § 273 Absatz 2 ZPO in der gleichen Weise wie nach Absatz 1 der genannten Bestimmung nach freier Überzeugung entscheiden, wenn von mehreren in derselben Klage geltend gemachten Ansprüchen einzelne, im Verhältnis zum Gesamtbetrag unbedeutende streitig sind und die vollständige Abklärung aller für sie maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten, die zur Bedeutung der streitigen Ansprüche, wenn der begehrte Betrag jeweils € 1.000,00 nicht übersteigt.

Wenn also von mehreren in derselben Klage geltend gemachten Ansprüchen einzelne im Verhältnis zum Gesamtbetrag unbedeutend sind oder wenn einzelne Ansprüche jeweils € 1.000,00 nicht übersteigen, sich aber nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen lassen, kann der Richter über Bestand und Höhe nach freier Überzeugung entscheiden (Rechberger in Rechberger<sup>4</sup> § 273 ZPO Rz 8; Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 17).

Die Entscheidung darüber, ob § 273 anzuwenden ist, ist eine rein verfahrensrechtliche Entscheidung. Wurde zu Unrecht die Anwendbarkeit des § 273 ZPO bejaht oder verneint, muss dies mit Mängelrüge geltend gemacht werden. Es stellt nach ständiger Rechtsprechung einen Verfahrensmangel dar, wenn die Voraussetzungen des § 273 ZPO zu Unrecht angenommen wurden. Mit einer Rechtsrüge ist nur überprüfbar, ob das Ergebnis zur Anwendung des § 273 ZPO richtig ist (RIS-Justiz RS0111576; 2 Ob 175/07k; 8 Ob 100/04w; LG Feldkirch, 2 R 114/06i).

In der aktuellen Entscheidung 35 R 53/15i des Landesgerichtes Linz als Berufungsgericht wurde im Jahr 2016 nun unter anderem ausgesprochen, dass dann eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegt und das Ergebnis der vom Erstgericht beabsichtigten Anwendung des § 273 Absatz 2 ZPO unrichtig ist, wenn – wie im entschiedenen Fall – das Erstgericht eine Negativfeststellung bezüglich der Ursache des Schadens getroffen hat.

Dem Anspruchsteller muss demgemäß der ihm obliegende Beweis für die Kausalität für seinen Schaden gelingen, widrigenfalls – wenn die Ursache nicht feststeht - das Gericht ihm keinen Schadenersatz gemäß § 273 Absatz 2 ZPO zusprechen darf.

### **4. Verwaltungsrecht – Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits sowie zu Arbeitskräfteüberlassung**

Das OÖ Landesverwaltungsgericht hat sich im Rahmen des Verfahrens LVwG-301052/37/KLi/AKe im Herbst 2016 ausführlich mit der Frage der Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag und vom Werkvertrag zu befassen.

Es wurde hiezu in Übereinstimmung mit der Leitentscheidung des Verwaltungsgerichtshof vom 20. Mai 1980 VwSlg 10140A/1980 ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (dem Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liegt ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich beschlossene Einheit handelt, während es beim Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf die Bereitschaft des Letzteren zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit, ankommt.

Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung – in der Regel bis zu einem bestimmten Termin – zu erbringen. Mit der Einbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt gerichtet.

Darüber hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 4 Abs. 2 Z 1 bis

3 AÜG schon dann vorliegt, wenn nur eine der 4 Ziffern erfüllt ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat, ist für der Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig.

Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das Erkenntnis vom 16. September 1998, Zl. 97/09/0150).

Bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandselemente liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinn des § 3 Abs. 1 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftigte verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftigter im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor.

Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinn von § 4 Abs. 2 AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinne der Z 3 leg. cit) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar.

Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen

(und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und „Subunternehmer“ liegt danach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist.

### 5. Zivilrecht – Entscheidung zur grundbücherlichen Anmerkung eines Bestandrechtes

In der Entscheidung des OGH vom 25.08.2016 zu 5 Ob 137/16g hat das Höchstgericht zur grundbücherlichen Anmerkung eines Bestandrechtes Stellung genommen und in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass sich der Umfang der dem Bestandnehmer aus dem Vertrag zustehenden Nutzungsrechte durch die Eintragung des Bestandvertrags im Grundbuch nicht ändert.

Die Eintragung eines Bestandrechtes ähnelt nach ihrer Rechtswirkung eher einer Anmerkung als einer Eintragung.

Dargelegt wurde weiters, dass eine allgemein dingliche Wirkung gegenüber dritten Personen der Eintragung des Bestandrechtes nicht zukommt.

Ob die durch den Bestandvertrag eingeräumte Nutzungsmöglichkeit im gesamten Umfang durch die Rechtsstellung des Vermieters gedeckt ist, ist nicht Teil einer grundbuchsrechtlichen Prüfung.

### 6. In eigener Sache – Neuerungen aus der Kanzlei

Bereits seit 1. August 2016 verstärkt Herr Mag. Vladimir Toma als eingetragener Rechtsanwalt unser Team.



In unserer Kanzlei hat Kollege Mag. Toma vor allem die

#### Tätigkeitsschwerpunkte:

- Vertragsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Arbeitsrecht
- Sonderverwaltungsrechte
- Umweltrecht

#### Fremdsprache:

- Englisch
- Slowakisch

ANWALTSSOCIETÄT  
SATTLEGER | DORNINGER | STEINER &  
PARTNER

*Die Entscheidungen und Themen wurden sorgfältig recherchiert und zusammengestellt. Eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann nicht übernommen werden. Die enthaltenen Informationen in dieser Unterlage sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer einzelnen Person oder juristischen Person ausgerichtet*