

Newsletter

01 2023



Zeitenwende!

„Wohin soll ich mich wenden?“
Johann Philipp Neumann (1774 – 1849)

INHALT

- 01 Zeitenwende
- 02 Vertriebsrecht: Vorgaben für Vertriebsverträge
- 02 Handelsvertreterrecht: EuGH: Zum Ausgleichsanspruch des Untervertreeters
- 03 EU-Modernisierungsrichtlinie: Neuerungen im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht
- 03 UWG: Irreführung durch Beibehaltung eines befristeten Preisnachlasses
- 03 Datenschutzrecht: Kein Verwertungsverbot unrechtmäßig erlangter Beweismittel im Zivilprozess!
- 04 UWG: Hinweis auf Mindestbestellwert
- 04 Firmenrecht: „RegionalMedien Services GmbH“
- 04 Markenrecht: „Gasteiner Energy Water“
- 04 UWG: Spitzenstellungswerbung
- 05 Mietrecht: Geschäftsraummiete im Lockdown
- 05 Bestandsrecht: Unterschiedliche Gefahrtragungsregel für Miete und Pacht nicht verfassungswidrig!
- 06 Mietrecht: Tierhaltung in Mietvertrags-AGB
- 06 Liegenschaftsrecht: Freizeitwohnsitznutzung
- 06 Der knifflige Fall
- 07 „Brexit“: Haftung der Gesellschafter einer britischen „Limited“ mit Verwaltungssitz in Österreich
- 07 WIEReG: Öffentliche Registerinsicht
- 08 GmbH: Verletzung eines Syndikatsvertrags
- 08 GmbH: Überlassung einer Geschäftsmöglichkeit
- 08 GmbH: Durchgriffshaftung
- 09 Privatstiftungsrecht: Solidarhaftung
- 09 Privatstiftungsrecht: stiftliches Änderungsrecht
- 09 Lösung kniffliger Fall
- 10 Arbeitsrecht: Nachlässigkeit in Notsituation
- 10 Ärzterecht: Aufklärungspflichtverletzung
- 11 Arbeitsrecht: Detektivkosten
- 11 Arbeitsrecht: Vorbereitungshandlung
- 11 Arbeitsrecht: Unterschlagung von Kundengeld
- 12 HLMK intern
- 12 Das Letzte

Der vom deutschen Bundeskanzler im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg verwendete Begriff der „Zeitenwende“ wurde kürzlich in Deutschland zum „**Wort des Jahres**“ gekürt; die Frage, wohin konkret wir uns doch wenden sollen, wird in der katholischen Kirche bereits seit 1826 in der von Franz Schubert komponierten „Deutschen Messe“ besungen. Wie geht es aber nun wirklich weiter?

Mit einem Zitat von Karl Valentin („Früher war sogar die Zukunft besser!“) wurde unser letzter Newsletter inmitten eines **COVID-19**-bedingten Lockdowns vor gut einem Jahr betitelt; und der **Zeitenwende am Arbeitsmarkt** ist es geschuldet, dass Sie nicht schon früher wieder einen HLMK-Newsletter in Händen halten konnten. Dafür sind die Nachrichten, die wir Ihnen jetzt übermitteln dürfen, etwas umfangreicher gehalten – einiges an Neuerungen im Bereich des Wirtschaftsrechts hat sich schließlich zwischenzeitlich angehäuft.

Sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber waren schließlich im letzten Jahr in manchen Bereichen besonders aktiv, wobei vor allem das im

Wirtschaftsleben nicht nur pandemiebedingt zunehmende **online-Geschäft** die Legislative zunehmend zu beschäftigen scheint. Die entsprechenden Neuerungen im **Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG)** sowie in der **Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vertriebsvereinbarungen** stellen wir Ihnen daher in diesem Sinne etwas näher vor.

Dass der sog. **Brexit für viele britische Limiteds**, die von österreichischen (Jung-)Unternehmern errichtet wurden, eine ganz entscheidende **Zeitenwende** mit sich gebracht hat, legen wir ebenfalls in einem gesonderten Beitrag dar.

Und auch die **Zeitenwende in der Energiepolitik** ist mit durchaus verwirrenden Umstellungen für uns alle verbunden, wie unser Beitrag unter der Rubrik „Das Letzte“ aufzeigt.

Wir wünschen eine angeregte Lektüre!

Gerhard Hochedlinger
Wolfgang Luschin
Johannes Marenzi
Ingo Kapsch
Paul Höntsch
Monika Ploier


HANDELSVERTRETERRECHT:
EuGH: Zum Ausgleichsanspruch des Untervertreeters

Handelsvertreter können sich zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten – in der Regel geht es dabei um die Vermittlung von Verkaufsgeschäften – Untervertreter bedienen. Auf das **Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Untervertreter** ist das Handelsvertreterrecht anwendbar.

Endet daher das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Hauptvertreter (etwa wegen Erreichens des Pensionsalters des Hauptvertreters) und kündigt deswegen der Hauptvertreter seinen Untervertreter, so steht letzterem in der Regel ein Teil des vom Hauptvertreter infolge Vertragsbeendigung lukrierten **Ausgleichsanspruchs** zu.

Im Rahmen eines belgischen Vorabentscheidungsersuchen hatte sich der Europäische Gerichtshof mit der Rechtsfrage zu befassen, ob dies auch dann gilt, wenn der frühere Untervertreter nach Beendigung seines Vertragsverhältnisses mit dem Hauptvertreter selbst zum Haupthandelsvertreter wird.

Sonderfall: Untervertreter wird zum Hauptvertreter

Dies wurde vom EuGH in dieser speziellen Konstellation verneint, zumal ein **vormaliger Untervertreter keine negativen Folgen** erleidet, **wenn er seine Tätigkeit als Vertreter** gegenüber denselben Kunden und für dieselben Produkte im Rahmen einer unmittelbaren Beziehung zum Unternehmer (anstelle des bisherigen Hauptvertreters) **fortsetzt**.

EuGH 13.10.2022, C-593/21

VERTRIEBSRECHT:

Neue wettbewerbsrechtliche Vorgaben für Vertriebsverträge

Nach den Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der EU sind insbesondere Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, die den Handel zwischen EU-Mitgliedsstaaten (spürbar) zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken (Art 101 AEUV).

Von besonderer Relevanz ist diese europarechtliche Vorgabe insbesondere für viele Vertriebsverträge, die vielfach als nichtig zu qualifizieren wären, würden sie nicht gemäß **Art 101 Abs 3 AEUV** von der Kommission „freigestellt“. Eine solche Freistellung erfolgt in der Regel nicht über „Einzelfreistellungen“, sondern – für bestimmte Vertragstypen – über sog. „Gruppenfreistellungen“, wobei va für Franchise- und Vertragshändlerverträge die **Gruppenfreistellung für vertikale Vertriebsvereinbarungen** von besonderer Bedeutung ist.

Gruppenfreistellung (GVO) für vertikale Vereinbarungen

Die diesbezügliche mit der GVO 2790/1999 etablierte und mit GVO 330/2010 geringfügig adaptierte Systematik hat sich in der Praxis bewährt, weswegen die seit **1.6.2022** in Kraft befindliche **GVO 2022/72** keine grundlegende Neuausrichtung des Vertriebsrechts bedeutet, sondern in erster Linie bislang unzureichend normierte **Probleme des Internethandels** aufgreift und einer flexibleren Neuregelung unterwirft. Besagte Flexibilität bringt freilich eine erhöhte Komplexität mit sich.

Neuregelung des dualen Vertriebs

Immer häufiger kommt es vor, dass Hersteller ihre Waren nicht nur über Vertragshändler, sondern parallel dazu selbst – ohne eigene örtliche Vertriebsstruktur, nämlich online – vertreiben. Nachdem von Händlerseite beklagt wurde, dass dabei Hersteller eine Vielzahl an Informationen, die sie aus dem Vertriebsvertrag generierten (insb Kundendaten der Händler) für sich und ihren Eigenvertrieb nutzen, wird künftighin differenziert: **Eine Informationsweitergabe des Händlers an den Hersteller** ist nur noch dann gestattet, wenn die-



Gerhard Hochedlinger

se objektiv notwendig ist, um die Effizienz des Vertriebssystems zu steigern. Während sich also der Hersteller weiterhin einen Zugriff zB auf technische Informationen oder zum Lagerstand ausbedingen kann, ist dies nicht länger etwa im Hinblick auf endkunden-spezifische Daten möglich.

„Dual Pricing“

Wie bisher ist es Herstellern oder Franchisegebern strikt untersagt, ihren Vertragspartnern (zB Franchisenehmern) deren **Verkaufspreise** vorzuschreiben (Art 4 lit a GVO). Vertriebt der Vertragspartner die vom Hersteller bezogenen Produkte **sowohl online als auch offline**, so war es bisher unzulässig, dass der Hersteller vom Vertriebspartner höhere **Einkaufspreise** für Waren zu Zwecken des online-Vertriebs verlangen durfte. Nach der neuen GVO dürfen nun unterschiedliche Kostenstrukturen im Vertrieb berücksichtigt werden, dh Hersteller dürfen Vertragshändler für den stationären Vertrieb und die damit verbundenen höheren Kosten mit günstigeren Preisen subventionieren.

Verbot passiver Verkäufe

Während es etwa zulässig ist, dem Franchisenehmer im Franchisevertrag zu untersagen, in einem Gebiet aktiv tätig zu werden, das vom Franchisegeber einem anderen Vertriebspartner exklusiv zugewiesen wurde (**zulässiges „Verbot aktiver Verkäufe“**), darf dem Franchisenehmer grundsätzlich nicht verboten werden, mit Kunden zu kontrahieren, die ihren Sitz in einem Gebiet haben, das zB einem anderen Franchisenehmer zugewiesen wurde, die allerdings von sich aus den betreffenden Franchisenehmer (außerhalb ihres Gebiets) aufgesucht haben (**unzulässiges „Verbot passiver Verkäufe“**).

Genauere Regelungen zum online-Vertrieb

Unter welchen Voraussetzungen nun **online-Angebote** eines Franchisenehmers oder Vertragshändlers als **aktive oder passive Verkäufe** gelten, ist nun detaillierter geregelt; ebenso wie etwaige Verbote von online-Marktplätzen („Plattformverbote“) und Preisvergleichsmaschinen-Verbote.

EU-MODERNISIERUNGSRICHTLINIE:

Neuerungen im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht

In Umsetzung der ModernisierungsRL (EU) 2019/2161 ist es in Österreich zu einigen Neuerungen gekommen, insbesondere wurde das Preisauszeichnungsgesetz geändert.

Die Bestimmung des **§ 9a Preisauszeichnungsg** sieht nunmehr vor, dass **bei angekündigten Preisermäßigungen** zusätz-

lich zum neuen Verkaufspreis der **vorherige niedrigste Preis anzugeben** ist, der zumindest einmal innerhalb **der letzten 30 Tage** vor der Preisreduktion in demselben Vertriebskanal verlangt wurde.

Vorsicht bei Statt-Preis-Werbung!

Zweck dieser Bestimmung ist es, irreführende Preissprünge zu unterbinden, etwa indem die Preise vor einer massiven Rabattankündigung kurz künstlich erhöht werden.

Die Bestimmung gilt dem Wortlaut nach nur für Waren, nicht aber auch für Dienstleistungen oder digitale Inhalte; außerdem gibt es Ausnahmen für schnell verderbliche Güter sowie für allgemeine Ankündigungen („*minus 20% auf das gesamte Sortiment!*“). Auch auf Mengenrabatte, Koppelungsangebote, Kundenkarten und Gutscheinkaktionen soll die neue Vorschrift nicht anwendbar sein.

Allerdings ist unbeschadet der neuen Preisauszeichnungsregelung in allen Fällen – wie bisher – der allgemeine **Irreführungsstatbestand des § 2 UWG** zu beachten, wonach irreführende „Mondpreise“ untersagt sind (s dazu zB die Entscheidung OGH 4 Ob 84/21p rechts).



Paul Höntsch

Personalisierte Preise

Weitere Änderungen erfuhr insbesondere das **Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz**. Werden einem User in einem Online-Shop Waren oder Dienstleistungen automatisiert zu einem bestimmten, auf den betreffenden Kunden „zugeschnittenen Preis“ angeboten

– aufgrund des bisherigen Userverhaltens kann schließlich auf die individuelle Finanzkraft und Zahlungsbereitschaft von Kunden geschlossen werden – dann muss der Unternehmer den Verbraucher **auf eine solche automatisierte personalisierte Preisfindung hinweisen** (§ 4 Abs 1 Z 4a FAGG).

Online-Plattformen

Auch für Betreiber von online-Marktplätzen gibt es neue Informationspflichten. Ist etwa für den User ein **Ranking von Angeboten** vorgesehen, dann muss dieser über die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings ebenso wie über die relative Gewichtung dieser Kriterien aufgeklärt werden (§ 4a Abs 1 Z 1 FAGG).

Informationspflichten

Bieten auf der Internetplattform nicht nur Unternehmer, sondern auch Verbraucher Leistungen an, so ist der Nutzer darüber ebenfalls zu informieren; außerdem muss darauf hingewiesen werden, dass bei einem **Vertragsabschluss eines Verbrauchers mit einem anderen Verbraucher** die gesetzlichen Konsumentenschutzbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen (§ 4a Abs 1 Z 3 FAGG).

UWG:

Irreführung durch Beibehaltung eines befristeten Preisnachlasses

Die Beklagte war Anbieter von Internetdienstleistungen und hatte im letzten Quartal des Kalenderjahrs damit geworben, dass Neukunden bei einem Vertragsabschluss im Herbst die monatliche Grundgebühr bis Jahresende erlassen werde.

„**Gratis bis Jahresende!**“

Allerdings behielt der Anbieter nach dem Jahreswechsel die Aktion bei, indem **auch späteren Neukunden die monatliche Grundgebühr für drei Monate erlassen** wurde (was für einen Kunden, der sich im Herbst zu einem Vertragsabschluss bewegen hatte lassen, sogar zu einer größeren Ersparnis geführt hätte, hätte er den Vertrag erst im Folgejahr geschlossen).

Ebenso wie bei einem (bloß beworbenen) Preisnachlass, der sich aus dem Vergleich mit einem nie verlangten „Mondpreis“ ergibt, war auch die Werbeaktion der Beklagten wettbewerbswidrig. Jede **Bewerbung eines befristeten Sonderangebots** ist nämlich **irreführend iSd § 2 UWG**, wenn dieselben oder sogar noch günstigeren Konditionen ohne jede Unterbrechung auch danach noch immer gewährt werden.

OGH 23.11.2021, 4 Ob 84/21p

DATENSCHUTZRECHT:

Kein Verwertungsverbot unrechtmäßig erlangter Beweismittel im Zivilprozess!

Vermehrt kommt es vor, dass Parteien eines Rechtsstreits ihr Vorbringen unter Zuhilfenahme **heimlicher Ton- oder Videoaufnahmen** beweisen möchten (vgl dazu zB HLMK-Newsletter 2020/02 und 2021/02).

Vor einigen Monaten hatte der OGH die Möglichkeit, seine bisherige Judikatur zu bestätigen, dass es im österreichischen **Zivilprozessrecht grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot** gibt.

Streng zu trennen ist also zwischen den datenschutzrechtlichen Folgen einer unzulässigen Videoaufnahme einerseits und der Frage, ob das ohne Einwilligung eines Betroffenen hergestellte Beweismittel im Zivilprozess verwendet werden darf, andererseits.

Auch nach Inkrafttreten der DSGVO besteht kein generelles Beweisverwertungsverbot für nach den Datenschutzbestimmungen rechtswidrig erlangte Beweismittel.

OGH 24.8.2022, 7 Ob 121/22b



MARKENRECHT:
„Gasteiner Energy Water“ – keine Eintragung als Marke!

Der Eintragung der Marke „Gasteiner Energy Water“ (ua für Mineralwasser und Energy Drinks) steht ein **Freihaltebedürfnis** entgegen, weil angesichts der Größe des Gasteineraltals nicht ausgeschlossen werden kann, dass noch weitere Quellen entdeckt werden oder die Monopol-Verordnung geändert wird, auf deren Grundlage der Antragstellerin derzeit das Monopol für die Vermarktung von Mineralwasser aus den Thermalquellen des Gasteineraltals zukommt.

OGH 22.11.2022, 4 Ob 171/22h
UWG:
Spitzenstellungswerbung

Bedient sich ein Unternehmen zu Werbezwecken allgemeiner Superlative wie „der Größte“ oder „der Führende“, dann muss das betreffende Unternehmen bzw dessen Produkt nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch tatsächlich seiner Konkurrenz so offenkundig und so **beträchtlich überlegen** sein, dass diese Spitzenstellung „für einen **längeren Zeitraum** und von allen voraussehbaren wettbewerbsbedingten Schwankungen weitgehend unabhängig“ erscheint.

„Die Nummer 1 bei News“

Die Bewerbung von oe24.tv als „**Die Nummer 1 bei News**“ ist in diesem Sinne eine unlautere Irreführung, weil va die Nachrichtensendungen des ORF beträchtlich höhere Reichweiten erzielen.

Die Argumentation, dass sich diese Werbeaussage nur auf die „reinen österreichischen Nachrichtensender“ beziehe und nicht auch auf jene TV-Sender, die „unter anderem auch Nachrichtenprogramme“ ausstrahlen, hielten die Gerichte für nicht stichhaltig, denn entscheidend ist, **wie die angesprochenen Verkehrskreise einen Werbeslogan verstehen** (OGH 22.12.2020, 4 Ob 212/20k; OGH 16.12.2021, 4 Ob 117/21s).

„Deine Nummer 1“

In diesem Sinne anders sah der OGH den von einem Erzeuger von Sportnahrung verwendeten Slogan „**Deine Nummer 1**“.

Durch das Possessivpronomen „**Deine**“ kommt nämlich hinreichend zum Ausdruck, dass **nicht ganz allgemein die objektive Bewerbung als „Nr 1“ gemeint** ist, sondern bloß jene für den individuellen Adressaten. Ob für den einzelnen Sportler das beworbene Produkt eine Spitzenstellung einnimmt, ist dessen **subjektive Wertung**. Bei Fehlen eines objektiv nachprüfbaren Tatsachenkerns liegt überhaupt keine Spitzenstellungswerbung vor (OGH 23.11.2021, 4 Ob 150/21v).

UWG:
„100 € Rabatt auf alles!“ – Hinweis auf Mindestbestellwert?

Die Parteien des Rechtsstreits waren jeweils Medieninhaber einer Website als Internetauftritt ihrer Tageszeitungen. Auf der Website der Beklagten wurden **Gutscheine zum Bezug von Waren bei einem Drittanbieter** mit den Worten „**100 € Rabatt auf alles!**“ angepriesen. Klickte man diese Ankündigung an, gelangte man auf eine Schaltfläche „Details anzeigen“, über die man zur Website besagten Anbieters weitergeleitet wurde. Erst in den dortigen „Angebotsbedingungen“ wurde darüber aufgeklärt, dass sich der Kunde den Betrag von € 100,00 bei einem Einkaufswert ab € 600,00 bzw den Betrag von € 250,00 im Falle eines Einkaufswerts ab € 1.500,00 erspart.

Verpönter Anlockeffekt?

Die Rechtsfrage, ob eine solche Geschäftspraxis einen durch Irreführung verpönten Anlockeffekt darstellt und ob gegebenenfalls ein solcher zunächst beim Verbraucher veranlasster Irrtum durch eine nachträgliche Ergänzung oder Richtigstellung noch vor dem Zeitpunkt der endgültigen geschäftlichen Entscheidung aufgeklärt wurde, wurde im vorliegenden Rechtsstreit von den Instanzgerichten unterschiedlich beurteilt.

Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Bezugnahme auf Entscheidungen zu vergleichbaren Fällen hatte letztlich der **OGH** das von der Klägerin behauptete **Vorenthalten wesentlicher Information bzw. eine damit im Zusammenhang stehende Irreführung verneint**, wobei für das Höchstgericht offenbar entscheidend war, dass der in der Werbung der Beklagten verwendete Begriff „Rabatt“ in der Regel lediglich als Umschreibung eines bloßen Preisnachlasses verstanden wird und alle Gutscheinbedingungen (va auch im Hinblick auf den Mindestbestellwert) „durch naheliegendes Anklicken in Erfahrung gebracht werden konnten.“

OGH 23.11.2021, 4 ObA 187/21k

FIRMENRECHT:
„RegionalMedien Services GmbH“ ist unzulässig!

Die Firma ist der Name eines Unternehmers (zB Einzelunternehmer, GmbH, etc), unter dem dieser seine Geschäfte betreibt. Gemäß **§ 18 UGB** muss der Firmenwortlaut zur Kennzeichnung des Unternehmers geeignet sein und zudem Unterscheidungskraft besitzen. Weiters darf der Firmenwortlaut nicht irreführend sein.

Keine ausreichende **Unterscheidungskraft** besitzen daher **Branchen- oder Gattungsbezeichnungen** wie überhaupt bloße beschreibende Angaben, die lediglich Art und Gegenstand des Unternehmens anzeigen, nicht aber ein bestimmtes Unternehmen kennzeichnen. Eine „Auto-

reparaturwerkstatt GmbH“ wäre in diesem Sinne unzulässig. Außerdem spricht das sog. **Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs** dagegen, Branchen- oder Gattungsbezeichnungen als Firmen zuzulassen.

Ebenso wie daher die Gerichte bereits im Jahr 2007, mithin kurz nach Inkrafttreten des „neuen Firmenrechts“, die Eintragung einer Gesellschaft mit der Firma **ManagementKompetenz GmbH** ablehnten (OGH 13.9.2007, 6 Ob 188/07a), wurde im letzten Jahr einer Gesellschaft mit dem Firmenwortlaut **RegionalMedien Services GmbH** die Eintragung im Firmenbuch versagt.

OGH 18.5.2022, 6 Ob 28/22v

MIETRECHT:

Geschäftsraummiete im Lockdown: Neue OGH-Judikatur

Im HLMK-Newsletter 2022/01 haben wir bereits ausführlich über die ersten beiden Leitentscheidungen berichtet, in welchen sich der Obersten Gerichtshof mit Fragen zum Mietzinsentfall bzw zur Mietzinsminderung wegen behördlicher Eingriffe infolge der **COVID-19-Pandemie** auseinandersetzen hatte.



Wolfgang Luschin

Dabei wurde vom Höchstgericht die zuvor in Lehre und Praxis strittige Frage, ob die Bestimmung des **§ 1104 ABGB**, wonach **kein Miet- oder Pachtzins** zu entrichten ist, „wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder **Seuche ... gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann**“, auf **COVID-19-bedingte Lockdowns** anwendbar ist, im Grundsätzlichen bejaht.

Kein Mietzins bei Unbenutzbarkeit eines Geschäftslokals infolge behördlicher Anordnung

Beiden Fällen lag die **gänzliche Unbenutzbarkeit** eines Sonnenstudios (OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y) bzw eines Kosmetikstudios (OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m) zu Grunde; maßgebend für die Entscheidungen des OGH war jeweils die **vertragsgemäße charakteristische Nutzungsmöglichkeit**. Diese war in beiden Fällen durch **Kundenverkehr** gekennzeichnet. Die diesen Urteilen des 3. Senats des OGH zugrunde liegenden Rechtsansichten wurden nun zwischenzeitig vom sog. „wohnrechtliche Fachsenat“ des Höchstgerichts bestätigt (OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b).

Mietzinsminderung bei Liefer- bzw Abholservice?

Für Fälle bloß **eingeschränkter Benutzbarkeit** ist hingegen nicht § 1104 ABGB, sondern die Bestimmung des **§ 1105 ABGB** einschlägig, wonach dem **Mieter** – anders als dem Pächter (näher dazu s Beitrag rechts) – „ein **verhältnismäßiger Teil des Mietzinses zu erlassen**“ ist.

In diesem Sinne hatten auf **Grundlage eines Mietvertrags** betriebene Restaurants einen **reduzierten Mietzins** zu

entrichten, wenn diese im Lockdown ein **Take-away-Service** etablierten.

Ob ein Gastwirt auch dann den (geminderten) Mietzins bezahlen musste, wenn er **kein Abholservice** eingerichtet hatte, **obwohl dies rechtlich zulässig** gewesen wäre, hängt von den **Umständen des Einzelfalls**

(„Fastfood-Lokal im Stadtzentrum“ vs „abgeschiedenes Luxusrestaurant am Land“) ab: Kann der Gastronom beweisen, dass, etwa aufgrund fehlenden Kundenkreises, für ihn die Einrichtung eines Liefer- oder Abholservices ein nachhaltiges Verlustgeschäft gewesen wäre, liegt eine gänzliche – und nicht bloß eine teilweise – Unbrauchbarkeit des Bestandsobjekts vor (OGH 25.1.2022, 8 Ob 131/21d).

Keine Mietzinsminderung bei allgemeinem pandemiebedingtem Umsatzrückgang

Pech hingegen hatte ein Mieter für die Zeit, in der **keine behördlichen Betretungsverbote** für sein Geschäftslokal (mehr) galten, jedoch aus anderen Gründen (so gut wie) **kein Kundenverkehr** stattfand.

So hielt der OGH, anders als noch das Berufungsgericht, die von einem **Reisebüro** begehrte Mietzinsminderung für nicht gerechtfertigt. Ein Entfall bzw eine Reduktion des Mietzinses kommt nach Ansicht des Höchstgerichts nur dann in Betracht, wenn das Bestandsobjekt als **unmittelbare Folge einer behördlichen Anordnung** unbrauchbar bzw nur eingeschränkt brauchbar ist.

Umsatzrückgänge aufgrund allgemeiner, wenngleich pandemiebedingter Zurückhaltung von Reisetätigkeit seien indes dem **Unternehmerrisiko** zuzuordnen und daher **für den zu zahlenden Mietzins nicht von Relevanz** (OGH 24.3.2022, 3 Ob 209/21p). Erst recht gilt letzteres auch für Bekleidungs-geschäfte in Tourismusregionen (OGH 30.6.2022, 9 Ob 84/21z) sowie für Rechtsanwaltskanzleien, die ihren Geschäftsbetrieb „wegen der Ansteckungsgefahr und wegen verringertem Mandantenverkehr“ massiv reduzierten (OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21y).



BESTANDSRECHT:

Unterschiedliche Gefahrtragungsregel für Miete und Pacht ist nicht verfassungswidrig!

Nach **§ 1104 ABGB** ist **kein Miet- oder Pachtzins** zu entrichten, wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle **gänzlich unbrauchbar** geworden ist.

Im Zusammenhang mit COVID-19 von Bedeutung ist, dass der OGH unter diesen Tatbestand der „zufälligen Unbrauchbarkeit“ eines Miet- oder Pachtobjekts grundsätzlich auch behördliche Betretungsverbote – nicht aber allgemeine pandemiebedingte Umsatzrückgänge – subsumiert (siehe Beitrag links). Jedenfalls wird **im Falle der gänzlichen Unbrauchbarkeit nicht zwischen Miete einerseits und Pacht andererseits differenziert**.

Bei bloß **eingeschränkter Benutzbarkeit** gilt hingegen die (dispositive) Bestimmung des **§ 1105 ABGB**, wonach dem **Mieter „ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses zu erlassen“** ist, während bei **Pachtverträgen**, die für die **Dauer von mehr als einem Jahr** geschlossen wurden – und insbesondere die Überlassung eines eingerichteten Gastronomielokals wird zumeist als Pacht zu qualifizieren sein – eine **Minderung des Entgelts in der Regel nicht in Frage** kommt (vgl dazu zB OGH 30.6.2022, 9 Ob 31/22g).

Das BG Meidling, bei welchem Verfahren anhängig waren, die Bestandszinsforderungen von Verpächtern zum Gegenstand hatten – zwei Pächter von Gastronomiebetrieben hatten wegen pandemiebedingter Einschränkungen eine Reduktion ihres Pachtzinses gefordert – erachtete die vom Gesetzgeber in § 1105 ABGB vorgenommene Differenzierung als verfassungswidrig und begehrte vom VfGH die Aufhebung dieser gesetzlichen Bestimmung.

Der **Verfassungsgerichtshof** hingegen **hob § 1105 ABGB nicht auf** und hielt fest, dass die hier vorgenommene Differenzierung im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege. Auch die unterschiedliche Behandlung kurz- und langfristiger Pachtverträge ist lt VfGH „angesichts der unterschiedlichen Möglichkeiten des Risikoausgleichs verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“

VfGH 30.6.2022, G 279/2021



Der knifflige Fall

Aus einem Tresor, den Frau Sorgsam vor einigen Monaten von der Theuer & Mies GmbH käuflich erworben hatte, wurde im Zuge eines Einbruchdiebstahls Bargeld gestohlen. Die Haushaltsversicherung von Frau Sorgsam lehnte die Deckung des von dieser geltend gemachten Schadens in Höhe von € 50.000,00 ab, weil besagter – von der Windig & Co AG hergestellter und beworbener – Tresor nicht die lt Versicherungspolizze geforderte Sicherheitsstufe aufwies. Auf dem von den Einbrechern aufgebrochenen Safe war zwar eine **Plakette mit der erforderlichen Sicherheitsklasse** angebracht; tatsächlich **erfüllte der Tresor diese Sicherheitsklasse aber nicht**.

Nachdem die Theuer & Mies GmbH, mithin der seinerzeitige **Vertragspartner** von Frau Sorgsam, der dieser (unrichtigerweise) zugesichert hatte, dass der Safe die von der Versicherung geforderten Kriterien erfülle, **zwischenzeitig Konkurs** anmelden musste, wandte sich Frau Sorgsam an den Safehersteller Windig & Co AG: Dieser möge jetzt den Frau Sorgsam entstandenen Schaden ersetzen; dies nicht zuletzt wegen der **irreführenden Werbeaussagen der Windig & Co AG**. Auf ihrer Website hatte schließlich der Tresorhersteller das von Frau Sorgsam erworbene Modell mit einer unrichtigen Sicherheitsklasse beworben.

Die Windig & Co AG weigerte sich, den Frau Sorgsam entstandenen Schaden zu ersetzen: Mit der Windig & Co AG habe zu keinem Zeitpunkt eine Vertragsbeziehung bestanden; außerdem können lediglich Mitbewerber, nicht aber auch Verbraucher **Schadenersatzansprüche nach dem UWG** geltend machen.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung Seite 9!



MIETRECHT:

Genereller Genehmigungsvorbehalt für Tierhaltung in Mietvertrags-AGB ist unwirksam

Eine Klausel in einem Wohnungs-Formularmietvertrag, laut der „Hunde und Kleintiere nur mit Bewilligung des Vermieters gehalten werden dürfen“, stellt lt OGH eine unzulässige **gröbliche Benachteiligung des Mieters iSd § 879 Abs 3 ABGB** dar, weil sie impliziert, dass auch das „Halten von wohnungsüblichen, artgerecht in Behältnissen gehaltenen Kleintieren (wie Ziervögeln, Zierfischen, Hamstern und kleinen Schildkröten) vom Vermieter ohne sachlichen Grund abgelehnt werden kann.“

OGH 19.10.2021, 10 Ob 24/21h

Daraus abzuleiten, dass nun Hundehaltung in Wohnungen nicht untersagt wer-

den darf (vgl. „Der Standard“ vom 6.1.2022: „OGH kippt Hundehaltungsverbot in Wohnungen!“), ist allerdings verfehlt: Das Höchstgericht hatte vielmehr die entsprechende Vertragsklausel gerade deswegen als überschießend erachtet, weil vom Verbot nicht bloß Hunde, sondern auch Kleintiere umfasst waren.

Freilich ist wohl auch ein automatischer Umkehrschluss (wonach zwar nicht das Halten von Kleintieren, sehr wohl aber von Hunden untersagt werden kann) gefährlich; richtigerweise sollten Vermieter allfällige Verbote nach den Umständen des Einzelfalls begründen (können).

LIEGENSCHAFTSRECHT:

Verbot der Freizeitwohnsitznutzung nicht als Dienstbarkeit verbücherbar

Bei einer **Dienstbarkeit (Servitut)** muss sich die **Duldungs- oder Unterlassungsverpflichtung** unmittelbar auf die **Nutzung der belasteten Liegenschaft** beziehen. Als sog. „bejahende Hausservitute“ anerkannt sind etwa Berechtigungen, die Dachtraufe auf fremdes Grundstück abzuleiten oder ein Dach oder einen Erker über einem fremden Grundstück zu errichten. „Verneinende Hausservitute“ wären zB Verpflichtungen, die Höhe eines Hauses nicht zu verändern oder dem Nach-

bar nicht Licht oder Aussicht zu nehmen. Verpflichtungen, die nicht unmittelbar die Nutzung, sondern die **wirtschaftliche Tätigkeit des Grundstückseigentümers einschränken**, können **nicht als Dienstbarkeit** im Grundbuch eingetragen werden. Nicht einverleibungsfähig sind daher zB ein Vermietungsverbot oder ein Verbot, eine Liegenschaft bloß als Freizeitwohnsitz zu nutzen.

OGH 14.7.2022, 5 Ob 3/22k

„BREXIT“:

Persönliche unbeschränkte Haftung der Gesellschafter einer britischen „Limited“ mit Verwaltungssitz in Österreich

Die Frage, nach welchem Recht eine Gesellschaft zu qualifizieren ist, wird in Österreich gemäß § 10 IPRG traditionell nach der sog. „Sitztheorie“ beurteilt: Das Recht desjenigen Landes, in dem die Geschäftsführung der Gesellschaft de facto ihre unternehmensleitenden Entscheidungen trifft, ist für die Frage des anwendbaren Rechts maßgeblich.

Gründet daher ein österreichischer Staatsbürger zB in New York eine Gesellschaft (zB eine LLC), befindet sich in den USA jedoch nicht mehr als ein „Briefkasten“ für diese Gesellschaft, weil der Gründer als geschäftsführender Gesellschafter ausschließlich in Österreich aufhältig ist, dann würden die österreichischen Gerichte, wenn diese LLC in Österreich geschäftlich tätig wird, die Frage nach dem rechtlichen Schicksal dieser Gesellschaft nach österreichischem Recht beurteilen (mit der Rechtsfolge, dass für die heimischen Gerichte gar keine US-amerikanische Kapitalgesellschaft vorliegt – nachdem eine LLC im österreichischem Recht nicht vorgesehen ist – sondern ein österreichischer Einzelunternehmer).

EU-Niederlassungsfreiheit gilt auch für Gesellschaften

Dieser Sitztheorie wurde jedoch – mit Wirkung für den EU-Raum! – mit der sog. **Centros-Entscheidung des EuGH vom 9.3.1999** ein Strich durch die Rechnung gemacht. Weil sich nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs **auch juristische Personen auf die Niederlassungsfreiheit berufen** können, war es seither möglich, dass Gesellschaften zB in Deutschland oder England gegründet werden und ihren faktischen Sitz der Geschäftsführung in Österreich haben. Die Bestimmung des **§ 10 IPRG** wurde zwar vom Gesetzgeber nicht aufgehoben, jedoch **für den unionsrechtlichen Anwendungsbereich verdrängt**: Während sich also für die zuvor genannte US-Gesellschaft nichts änderte, müssen Gesellschaften mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat hierzulande



Johannes Marenzi

auch dann als rechtsfähige ausländische Gesellschaften anerkannt werden, wenn deren Geschäftsführung ihren faktischen Sitz in Österreich hat. Die britische „Limited“, im Grundsätzlichen vergleichbar mit der GmbH, wurde so für manchen österreichischen (Jung-)Unternehmer – va aufgrund ihrer Haftungsprivilegierung ähnlich einer inländischen Kapitalgesellschaft, allerdings ohne dazu (nennenswertes) Mindestkapital aufbringen zu müssen – (vermeintlich) attraktiv.

„Siegeszug“ der „österreichischen Limited“ jäh gestoppt!

Wie zu erwarten war (vgl HLMK-Newsletter 2019/02), fand allerdings der „Run auf die Limited“ spätestens mit dem **Brexit** sein jähes Ende. Aber nicht nur das: Als nun eine solche **Limited mit österreichischem Verwaltungssitz** in Österreich eine Mahnklage aus einem Bauvorhaben einbrachte, wies das Erstgericht die Klage mangels Klagslegitimation ab: Seit dem Ausscheiden des UK aus der EU gelte für britische Gesellschaften mit Hauptverwaltungssitz in Österreich wieder die Sitztheorie.

Der OGH klärte nun das Schicksal der Klägerin dahingehend, dass sich diese in der Tat nicht mehr auf die europäische Niederlassungsfreiheit berufen kann. Bei faktischem Gesellschaftssitz in Österreich ist eine **Limited mit einem einzigen Gesellschafter** als (österreichischer) **Einzelunternehmer**, eine **Limited mit mehreren Gesellschaftern** als (österreichische) **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)** zu qualifizieren – mit allen haftungsrechtlichen Konsequenzen für die Gesellschafter!

Gefahren für die Gesellschafter

Bei dieser „Umqualifizierung“ in eine GesbR bzw ein Einzelunternehmen handelt es sich im Übrigen nicht um einen identitätswahrenden Rechtsformwechsel; vielmehr soll es lt OGH zu einer (automatischen) Vermögensübertragung der ehemaligen Limited auf die dahinterstehenden Gesellschafter kommen (OGH 27.1.2022, 9 Ob 74/21d).

WiEReG:

EuGH beschränkt öffentliche Registerinsicht

Der internationale Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung führte 2018 in Umsetzung der **4. Geldwäscherichtlinie der EU** zur Einführung eines **Registers für wirtschaftliche Eigentümer**, nach welchem Unternehmen ebenso wie Stiftungen verpflichtet sind, ihre vollständige Eigentums- und Kontrollstruktur offenzulegen (wobei das WiEReG als wirtschaftliche Eigentümer von Privatstiftungen – aus zivilrechtlicher Sicht etwas befremdlich, weil ja Stiftungen *per definitionem* keine Eigentümer haben – deren Stifter, Begünstigte sowie Mitglieder des Stiftungsvorstands ansieht).

Weil seit einer Gesetzesnovelle im Jahr 2020 dieses **Register praktisch öffentlich einsehbar** war, allerdings Sinn und Zweck der nicht beim Firmenbuch einzureichenden Stiftungszusatzurkunde nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich der war, die Begünstigten einer Privatstiftung nicht offenlegen zu müssen, wurde Stiftungsbegünstigten bald empfohlen, gemäß § 10a WiEReG einen **„Antrag auf Einschränkung der Einsicht“** wegen „Vorliegens außergewöhnlicher Umstände“ zu stellen. Dafür muss vom Antragsteller aber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden, welches der öffentlichen Einsichtnahme entgegensteht, wobei jedoch entsprechende Anträge in der **Praxis äußerst restriktiv** behandelt wurden (vgl VwGH 15.12.2020, Ro 2020/13/0010; näher dazu HLMK-Newsletter 2021/02).

Auf Grundlage zweier Vorabentscheidungsersuchen aus Luxemburg stellte der **EuGH** allerdings kürzlich fest, dass ein **öffentlicher Registerzugang einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten** bedeutet.

Das Bundesministerium für Finanzen als österreichische Registerbehörde hat hierauf umgehend reagiert und die bisherige Möglichkeit der allgemeinen öffentlichen Einsichtnahme beendet. Bestimmte Personen wie Banken oder Notare haben freilich weiterhin Zugriff, um ihren KYC-Verpflichtungen nachkommen zu können.

EuGH 22.11.2022, C-37/20 und C-601/20




GMBH:

Überlassung einer Geschäftsmöglichkeit als verbotene Einlagenrückgewähr?

Eine GmbH hatte sich um den Ankauf eines Grundstücks bemüht; nach bereits erfolgter Due Diligence Prüfung durch die Gesellschaft erwarb der geschäftsführende Alleingesellschafter der GmbH die Liegenschaft. Das nach § 24 Abs 1 GmbHG für Geschäftsführer geltende **Wettbewerbsverbot** stand dabei dem Ankauf nicht entgegen, weil in derartigen Fällen **kein institutioneller Interessenkonflikt** zwischen den Eigeninteressen des Geschäftsführers und dessen Pflichten gegenüber der GmbH besteht (vgl dazu bereits HLMK-Newsletter 2022/01).

Schwieriger und differenzierter zu betrachten ist allerdings die Frage, ob nicht ein solcher Liegenschaftsankauf einen **Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr** bedeutet. Nach Ansicht des OGH wäre das grundsätzlich erst dann der Fall, wenn sich die Erwerbchance der Gesellschaft bereits so weit verdichtet hat, dass ihr ein Marktwert zukommt (was insbesondere dann der Fall wäre, wenn für die Gesellschaft bereits eine verbindliche Option bestünde).

OGH 14.9.2021, 6 Ob 71/21s

Problematisch sind freilich auch diejenigen Fälle, in denen die Gesellschaft im Zusammenhang mit einem Geschäft bereits Aufwendungen getätigt hat, dann aber das Geschäft nicht weiter verfolgt und sodann ein Gesellschafter die „Gelegenheit wahrnimmt“ (und sich dabei Due Diligence Kosten etc erspart).

GMBH:

Durchgriffshaftung auf den Alleingesellschafter?

Bei der GmbH handelt es sich um ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt; dies gilt auch für Einpersonengesellschaften. Allfällige in einem Rechtsstreit behauptete vertragliche oder vorvertragliche Pflichtverletzungen der GmbH gegenüber dem Kläger treffen daher nicht auch den Alleingesellschafter der GmbH. Lediglich ausnahmsweise kann ein Haftungsdurchgriff auf Gesellschafter bejaht werden, etwa im Falle qualifizierter Unterkapitalisierung. Diesbezügliches Tatsachenvorbringen wurde jedoch im entscheidungsgegenständlichen Fall nicht erstattet.

OGH 30.5.2022, 2 Ob 67/22z

GMBH:

Einstweilige Verfügung bei drohender Verletzung eines Syndikatsvertrags

Syndikatswidrig abgegebene Stimmen in einer Generalversammlung sind grundsätzlich gültig, **syndikatswidrig gefasste Beschlüsse sind daher in der Regel nicht anfechtbar**. Eine Beschlussfassung entgegen syndikatsvertraglicher Vorgaben kann in diesem Sinne grundsätzlich nur zu Schadenersatzansprüchen gegen den treuwidrigen Syndikatspartner führen (wobei solche Ansprüche aber mitunter schwer zu beziffern sind, wenn die Stimmbindungsvereinbarung keine Konventionalstrafen vorsieht).

Von diesem Grundsatz ließ der OGH vor einigen Jahren **zwei Ausnahmen** zu: Zum einen soll eine Anfechtung eines treuwidrig bewirkten Generalversammlungsbeschlusses dann möglich sein, wenn gegen einen sog. **omnilateralen Syndikatsvertrag** verstoßen wurde, wenn also sämtliche Gesellschafter Parteien des Syndikatsvertrags waren; zum anderen ist eine Beschlussanfechtung auch dann ausnahmsweise zulässig, wenn **eine Stimmabgabe entgegen einer bereits erlassenen einstweiligen Verfügung** gefasst wurde (OGH 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; näher dazu HLMK-Newsletter 2020/01).

OGH 25.2.2022, 6 Ob 211/21d

Dem nun entschiedenen Fall lag der Sachverhalt zu Grunde, dass die beiden einzigen GmbH-Gesellschafter – A war an der Gesellschaft zu 90,01%, B zu 9,99% beteiligt – einen als „Shareholders' Agreement“ bezeichneten Syndikatsvertrag geschlossen hatten, der neben wechselseitigen Zustimmungsvorbehalten bei Gesellschafterbeschlüssen eine beabsichtigte Anteilsverschiebung mit Blickrichtung auf eine Beteiligung im Verhältnis 50:50 zum Gegenstand hatte.

Beabsichtigter Gesellschafterausschluss

Offenbar kam es aber noch vor dieser Anteilsübertragung zum Zerwürfnis zwischen den beiden Gesellschaftern, und A berief eine Generalversammlung ein, in der – entgegen den im Syndikatsvertrag getro-



Ingo Kapsch

fenen Regelungen – ein **Squeeze-out gemäß § 1 GesAusG**, also ein Ausschluss des Gesellschafters B, beschlossen werden sollte.

Auch wenn gegenständlich ein ominilateraler Syndikatsvertrag vorlag, wollte es Minderheitsgesellschafter B vermutlich vermeiden, die wenig gefestigte Judikatur im Hinblick auf eine

mögliche Anfechtung syndikatswidriger Gesellschafterbeschlüsse zu strapazieren, und beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die es A „im Namen der Republik“ vorbeugend verbieten sollte, den beabsichtigten (syndikatswidrigen) Squeeze-out Beschluss zu fassen.

„Unwiederbringlicher Schaden“ als Voraussetzung für eine EV

Nach zwischenzeitiger Abweisung des Sicherungsantrags durch das Rekursgericht stellte der OGH die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung wieder her; dies mit der Begründung, dass ein drohender Gesellschafterausschluss für B einen **unwiederbringlichen Schaden iSd § 381 Z 2 EO** darstellt. Die Möglichkeit der Unterbrechung des firmenbuchrechtlichen Eintragungsverfahrens (des Gesellschafterausschlusses) beseitigt im Übrigen die Gefährdung des B nicht, weil eine solche Unterbrechung im Ermessen des Gerichts liegt und eine allfällige die Unterbrechung ablehnende Entscheidung gem § 19 Abs 3 FBG unanfechtbar wäre.




PRIVATSTIFTUNGSRECHT:

Solidarhaftung des Stiftungsvorstands

Anders als etwa § 84 Abs 2 AktG oder § 25 Abs 2 GmbHG normiert das PSG keine ausdrückliche solidarische Haftung der Mitglieder des Stiftungsvorstands. Folglich muss auf die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden, womit **auch im Privatstiftungsrecht grundsätzlich eine Solidarhaftung gem § 1302 ABGB anzunehmen** ist, wenn mehrere Mitglieder des Stiftungsvorstands einen Schaden gemeinsam und vorsätzlich herbeigeführt haben.

Die im Außenverhältnis bestehende Solidarhaftung legt allerdings nicht fest, welches Mitglied des Stiftungsvorstands den Schaden im Innenverhältnis zu tragen hat. Der **Regress** zwischen mehreren Vorstandsmitgliedern richtet sich **nicht zwingend nach Kopfteilen**, sondern nach § 1302 iVm § 896 ABGB.

In einer vor etwa einem Jahr höchstgerichtlich entschiedenen Causa hatte die Erbin eines Stifters den Vorstandsvorsitzenden der Privatstiftung erfolgreich

haftungsrechtlich wegen eines verlorenen Erbrechtsstreits belangt, und besagter Vorsitzende des Stiftungsvorstands machte nun Regressansprüche gegenüber den anderen Mitgliedern des Vorstands geltend.

Weil aber der **klagende Vorstandsvorsitzende** als (emeritierter) Rechtsanwalt **als einziges Vorstandsmitglied rechtskundig** war – die anderen Vorstandsmitglieder sollten im Innenverhältnis im Wesentlichen für die Verwaltung des Forstguts der Stiftung verantwortlich sein – und auch gegenüber seinen Vorstandskollegen „stets sehr resolut und einschüchternd auftrat, sodass die anderen Vorstandsmitglieder die von ihm getroffenen Entscheidungen und Handlungen im Verfahren mangels besserer Kenntnis nicht anzweifelten und mittrugen“, verneinten alle Instanzen einen Regressanspruch des klägerischen Vorsitzenden des Stiftungsvorstands.

OGH 25.11.2021, 9 Ob 8/21y

PRIVATSTIFTUNGSRECHT:

Ausübung des stifterlichen Änderungsrechts

Stifter einer Privatstiftung können sich in der Stiftungsurkunde ein Änderungsrecht vorbehalten; mehrere Stifter können dieses Änderungsrecht, sofern in der Stiftungsurkunde nicht anders vorgesehen, nur gemeinsam ausüben. Etwaige dieser Regelung entgegenstehende Bestimmun-

gen, die sich bloß in der Stiftungszusatzurkunde finden (zB dahingehend, dass für die Ausübung des Änderungsrechts bloß eine Stiftermehrheit erforderlich ist) sind unbeachtlich.

OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g



Lösung kniffliger Fall

Mit einem Sachverhalt wie hier beschrieben hatte sich vor etwa einem Jahr der **Oberste Gerichtshof** zu befassen.

Dabei hatte der OGH erstmals (seit 1998 in einem inhaltlich etwas anders gelagerten Fall; vgl OGH 24.2.1998, 4 Ob 53/98t) Gelegenheit, sich mit der (in der Lehre viel diskutierten, jedoch uneinheitlich beantworteten) **Frage** auseinanderzusetzen, **ob Verbraucher berechtigt sind, den Anspruch eines Vermögensschadens, der ihnen infolge einer unlauteren Geschäftspraktik („Irreführung“) entstanden ist, gerichtlich geltend zu machen.**

Anders als die Vorinstanzen bejahte der OGH die Haftung des Tresorherstellers ua mit dem Hinweis, dass sich das **Lauterkeitsrecht** in den vergangenen Jahren – auch beeinflusst von europarechtlichen Vorgaben – immer stärker **in Richtung eines individuellen Verbraucherschutzes** entwickelt habe. Auch im Kartellrecht ist es schließlich mittlerweile anerkannt, dass durch Kartellrechtsabsprachen individuell Geschädigte für Schadenersatzansprüche aktiv legitimiert sind.

Nicht nur Mitbewerber, sondern auch geschädigte Verbraucher können also bei Wettbewerbsverstößen – und dazu zählt auch irreführende Werbung – Ansprüche geltend machen.

Die **Werbeaussagen der Windig & Co AG** waren nicht nur **rechtswidrig**, sondern auch **kausal** für den Schaden: Hätte der Safe die erforderliche, von der Windig & Co AG behauptete Sicherheitsstufe erfüllt, hätte die Haushaltsversicherung von Frau Sorgsam den Schaden ersetzen müssen.

OGH 16.12.2021, 4 Ob 49/21s



ÄRZTERECHT:

Aufklärungspflichtverletzung durch unterlassene Befundübermittlung

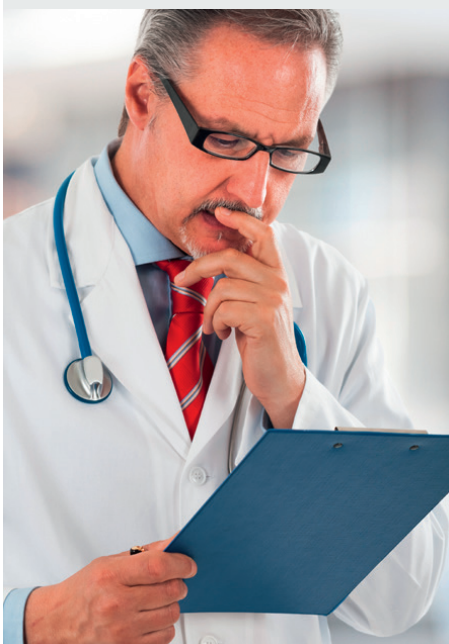
Eine Frau hatte einen **Gynäkologen** wegen eines Knotens in der Brust aufgesucht, worauf sie vom Arzt ohne Aufklärung über die weiteren möglichen Behandlungsschritte an ein Röntgeninstitut zu radiologischen Untersuchungen überwiesen wurde.

Der **Radiologe** erkannte bei der Mammografie einen vergrößerten Achsellymphknoten, weshalb er zu einer „ergänzenden Mamma-MR“ riet – allerdings nur in seinem **Befund**, den er nicht auch der Patientin zukommen ließ, sondern **ausschließlich dem überweisenden Gynäkologen** übermittelte. Der Patientin wurde nach der Untersuchung im Röntgeninstitut bloß mitgeteilt, „dass das alles sei und sie nach Hause gehen könne.“

Obwohl der Gynäkologe den Befund abgerufen und gelesen hatte, informierte er die Patientin nicht über den Inhalt und die Empfehlung einer weiteren Untersuchung.

Etwa zwei Jahre später verstarb die Patientin an Brustkrebs. Ihre Töchter erhoben Anspruch auf **Schmerzensgeld** in Höhe von € 50.000,00, wobei hierfür lt OGH **beide Ärzte** – Gynäkologe und Radiologe – **gemeinsam haften**, weil keiner der beiden der Patientin deren Befund mitteilte und dadurch auch keine weiteren Abklärungen ermöglicht wurden, die den raschen Tod der Patientin unter Umständen verhindern hätten können. Dem Radiologen wurde dabei haftungsrechtlich zum Verhängnis, dass der Patientin in seinem Röntgeninstitut suggeriert worden war, dass aktuell kein weiterer Abklärungsbedarf bestünde.

OGH 12.10.2021, 1 Ob 159/21w


ARBEITSRECHT:

Einmalige Nachlässigkeit in Notsituation rechtfertigt keine Entlassung

Die Medikamente „Adrenalin“ und „Noradrenalin“ klingen zum Verwechseln ähnlich. Dies wurde einer Krankenhauspatientin beinahe zum Verhängnis, nachdem eine **Diplomkrankenschwester** in einer Notsituation – bei einer Patientin wurde ein anaphylaktischer Schock diagnostiziert – die **Anordnung der Spitalsärztin**, eine Spritze mit „Adrenalin“ vorzubereiten, **(mehrmals) unrichtig verstanden** hatte und in der Folge der Patientin von der Ärztin das falsche Medikament verabreicht wurde.

Missverständnis mit Diplomkrankenschwester

Die Spitalsärztin, die sich auf das Pflegepersonal verlassen und keine (ausreichende) Kontrolle der von der Krankenschwester vorbereiteten Spritze vorgenommen hatte, konnte nach diesem „Missgeschick“ glücklicherweise noch rechtzeitig Notmaßnahmen einleiten, die das Leben der Patientin retteten.

Dennoch wurde vom Krankenhausbetreiber die **Entlassung der Ärztin ausgesprochen**, weil sie das Etikett der Ampulle nicht genau genug beachtet hatte.

OGH 31.8.2022, 9 ObA 75/22b

Die Ärztin klagte gegen die Entlassung, und der OGH gab dem Klagebegehren – anders als noch das Berufungsgericht in



Monika Ploier

zweiter Instanz – statt im eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich eines diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegers darf ein Arzt nämlich darauf vertrauen, dass das Pflegepersonal über alle dem Berufsbild entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Die Vorbereitung der hier von der Krankenhausärztin angeordneten Injektion durch die Diplomkrankenschwester konnte somit eigenverantwortlich erfolgen und musste von der Ärztin grundsätzlich nicht mehr nach § 49 ÄrzteG überprüft werden.

geordneten Injektion durch die Diplomkrankenschwester konnte somit eigenverantwortlich erfolgen und musste von der Ärztin grundsätzlich nicht mehr nach § 49 ÄrzteG überprüft werden.

„Einmalige Nachlässigkeit in Notsituation“

Zwar hätte die Ärztin bei besserer Beachtung der vorbereiteten Ampulle den Fehler der Krankenschwester erkennen können; die **einmalige Nachlässigkeit der Krankenhausärztin in der konkreten Notsituation** eines anaphylaktischen Schockgeschehens war aber nach Ansicht des OGH nicht so schwerwiegend, dass dem Spitalsbetreiber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar gewesen wäre. Andere Sorgfaltspflichtverletzungen als die gegenständliche – einmalige – Verwechslung hatte der Dienstgeber im Verfahren nicht behauptet; auch konnten der Ärztin keinerlei Fehldiagnosen oder sonstiges Fehlverhalten vorgeworfen werden.

ARBEITSRECHT:

Detektivkosten zur Ausforschung von Krankheitsmissbrauch

Die Bestimmung des § 8 AngG regelt den **Entgeltfortzahlungsanspruch eines Arbeitnehmers** für den wohl bedeutendsten Dienstverhinderungsgrund in der Praxis, nämlich insbesondere jenen der Erkrankung. Dadurch soll die finanzielle Existenz und die persönliche Lebensführung des erkrankten Dienstnehmers sichergestellt werden. Verhält sich jedoch der Arbeitnehmer in der Zeit seiner Genesung grob abtrügglich oder hat er den Krankenstand gar vorgetäuscht, liegt ein sog. **Krankheitsmissbrauch** vor, der den Dienstgeber zur Entlassung nach § 27 Z 1 bzw Z 4 AngG berechtigen kann.

Beauftragung einer Detektei zwecks Nachweis von Krankheitsmissbrauch

Im entscheidungsgegenständlichen Fall hatte ein Dienstgeber wegen gehäufter Krankheitsstände den Verdacht, dass sein 20-jähriger Dienstnehmer bloß „krank spielte“, weswegen er eine Detektei mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragte. Von den engagierten Detektiven wurde der Arbeitnehmer gleich am ersten Tag der Beauftragung beobachtet, wie er sich mit Bekannten in einem Lokal traf, welches der observierte Dienstnehmer mit seinen Begleitern erst wieder in den frühen Morgenstunden des Folgetags verließ.

Obwohl der Arbeitgeber von diesem Umstand unverzüglich informiert wurde, wies er das Detektivbüro an, den **Dienstnehmer weiter zu observieren**. Erst nachdem in den beiden Folgetagen ein ähnliches Geschehen beobachtet werden konnte, ordnete der Dienstgeber die Einstellung der Überwachung an und sprach die **Entlassung des Dienstnehmers** aus. Außerdem begehrte der Dienstgeber den Ersatz der von ihm aufgewendeten **Detektivkosten in Höhe von ca. € 8.000,00**.

Während das Erstgericht die Klage des Dienstgebers abgewiesen und die Beauftragung der Detektei als „rechtsmissbräuchlich und geradezu sittenwidrig“ angesehen hatte, gaben die Instanzgerichte dem Klagebegehren statt.



Valentina Gottfried

Kostenersatz für „objektiv notwendigen Detektiveinsatz“

Zwar hielt der OGH ausdrücklich fest, dass **Detektivkosten** nur zu ersetzen sind, sofern und **soweit der Einsatz notwendig war**; bei einer offenkundig überflüssigen und erkennbar unzweckmäßigen Überwachung besteht folglich kein Kostenersatzanspruch. Die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, im gegenständlichen Fall bestehe ein Schadenersatzanspruch des Dienstgebers nicht nur dem Grunde nach, sondern insbesondere auch hinsichtlich der Detektivkosten für die Überwachung am zweiten und am dritten Tag, wurde vom OGH bestätigt. Das Höchstgericht begründete dies im Wesentlichen mit der Gefahr, dass der beklagte Dienstnehmer bei **Nachweis bloß eines einmaligen Verstoßes** gegen seine Verpflichtungen im Krankenstand diesen Verstoß zu rechtfertigen versuchen könnte. Nicht ausreichend abgesicherte Überwachungsereignisse werden nämlich vor Gericht oftmals mit Hinweis auf **mögliche Wahrnehmungsfehler oder Zufälle** in Zweifel gezogen.

Entgegen der vom beklagten Dienstnehmer vertretenen Rechtsansicht gibt es laut OGH auch keinen Grundsatz im Arbeitsrecht, Detektivkosten wären automatisch dann als überhöht anzusehen, wenn sie das monatliche Einkommen des Ersatzpflichtigen um ein Vielfaches übersteigen.

Schließlich wies das Höchstgericht noch darauf hin, dass bei der Frage des Ersatzes von Detektivkosten das **Augenmerk nicht bloß auf die finanziellen Verhältnisse des Dienstnehmers** gerichtet werden darf (wobei das Gericht den konkret begehrten Betrag als nicht existenzbedrohend für den immerhin bereits 5 Jahre beim Kläger beschäftigt gewesenen Beklagten qualifizierte), sondern auch darauf, dass mit einer krankheitsbedingten **Entgeltfortzahlung schließlich auch für den Dienstgeber eine erhebliche Kostenbelastung** einher geht.

OGH 25.3.2021, 8 Oba 8/21s



ARBEITSRECHT:

Vorbereitungshandlung ist keine konkurrenzverdringende Tätigkeit

Ein Dienstnehmer hatte gemeinsam mit einem ehemaligen Kollegen noch vor tatsächlicher Beendigung seines von ihm aufgekündigten Dienstverhältnisses eine **GmbH gegründet**, welche nach Dienstvertragsende als Konkurrenzunternehmen zum (vormaligen) Arbeitgeber tätig werden sollte. Als der Dienstgeber von dieser Gesellschaftsgründung sowie von weiteren Vorbereitungshandlungen für eine **spätere konkurrenzverdringende Tätigkeit** erfuhr, sprach er die **fristlose Entlassung des Dienstnehmers** aus.

Zu Unrecht, wie die Gerichte befanden. Bloße **Vorbereitungshandlungen verstoßen nicht** gegen ein arbeitsrechtlich vereinbartes **Nebenbeschäftigungsverbot**, sodass daraus keine Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 AngG begründet werden kann. Eine über die Bestimmung des § 7 AngG hinausgehende Beschränkung der privaten Betätigungsfreiheit – insbesondere auch eine Verpflichtung zur Unterlassung von Nebenbeschäftigungen – vermag, selbst wenn sie vertraglich vereinbart ist, keine Erweiterung des Entlassungstatbestandes des § 27 Z 3 AngG zu bewirken.

OGH 29.11.2021, 8 Oba 85/21i

ARBEITSRECHT:

Unterschlagung von Kundengeld durch Kassierin rechtfertigt Entlassung

Hat eine Kassierin in einem Supermarkt einer Kundin, die an der Kasse einen Geldschein verloren hatte, vorgespielt, diesen nicht gefunden zu haben, in Wahrheit aber das Geld in die eigene Hosentasche gesteckt, so läuft ein solches Verhalten – entgegen den Behauptungen der entlassenen Dienstnehmerin – sehr wohl den gerechtfertigten Interessen des Arbeitgebers zuwider. Der OGH bestätigte in diesem Sinne die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass ein derartiges Verhalten zu einem **Vertrauensverlust** führen musste und zur **fristlosen Entlassung** berechtigt.

OGH 25.5.2022, 8 Oba 36/22k


HLMK INTERN:
Erweiterung des Juristentams von HLMK!

Seit Oktober 2022 verstärkt Frau **Mag. Laura Brait** – nach Absolvierung des „Gerichtsjahres“ – als Rechtsanwaltsanwärterin das Juristenteam von HLMK. Laura Brait ist Absolventin der Universität Wien und hat bereits während ihres Studiums Berufserfahrung als Praktikantin in mehreren Rechtsanwaltskanzleien gesammelt.

Wir freuen uns auf eine (weiterhin) gute Zusammenarbeit!

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch
 Rechtsanwälte GmbH

www.hlmk.at

1010 Wien, Gonzagagasse 19

Fotos: Tina Herzl, shutterstock
Corporate Design: www.so-da.at

Sämtliche Beiträge wurden sorgfältig recherchiert und ausgearbeitet, können jedoch die im Einzelfall notwendige Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit.

Alle Rechte, auch nach § 44 Abs 1 u 2 UrhG, sind vorbehalten. Eine Übernahme von in diesem Newsletter abgedruckten Beiträgen ist nur nach schriftlicher Zustimmung von HLMK gestattet. Gerne sind wir aber auf Anfragen bereit, einzelne Beiträge zum Abdruck in anderen Medien, gegebenenfalls nach entsprechender Überarbeitung, freizugeben.


DAS LETZTE:

Gefinkelte Verwaltungsstrafen beim E-Laden!

Ein Wiener wollte sein Elektrofahrzeug an einer öffentlichen, von der Wien Energie GmbH betriebenen Station aufladen. Dreieinhalb Stunden werde der Ladevorgang dauern, bescheinigte dem Lenker die ihm vom Autohersteller zur Verfügung gestellte App.

Was der Fahrzeuglenker aber nicht bedachte, war der Umstand, dass, als er mit dem Laden seines Fahrzeugs begann, an der gleichen Ladebuchstube ein zweites Fahrzeug tankte, welches aber bereits kurz danach die Ladestation verließ. Dies hatte zur Folge, dass sich die **Ladezeit von dreieinhalb auf zwei Stunden** verkürzte.

Als der Fahrzeughalter nach knapp dreieinhalb Stunden zu seinem Elektromobil zurückkehrte, fand er dieses nicht nur vollgeladen, sondern auch mit gleich **zwei Strafzetteln** versehen vor.

Halten und Parken verboten!

Der Mann hatte sein Fahrzeug natürlich an einer öffentlichen Ladestation abgestellt, welche mit einem **Parkverbotsschild** (§ 24 Abs 1 lit a StVO) mit folgender **Zusatztafel** versehen war: **„Ausgenommen Elektrofahrzeuge während des Ladevorganges“**. Die kundgemachte Ausnahme

hatte daher bereits zwei Stunden nach Beginn des Ladevorgangs nicht mehr zugegriffen.

Nach Rsp des Landesverwaltungsgerichts Wien ist der Fahrzeuglenker verpflichtet, seine Handy-App, die laufend über allfällig verkürzte Ladezeiten informiert, regelmäßig zu kontrollieren. Wer die entsprechenden Push-Benachrichtigungen der App auf seinem Smartphone deaktiviert, ist sozusagen selbst schuld (vgl zB LVwG Wien 7.3.2022, VGW-031/006/13609/2021).

Parkometerabgabe!

Außerdem hatte der Fahrzeughalter sein E-Kfz in einem Wiener Bezirk zum Laden abgestellt, in dem das Parken gebührenpflichtig ist („Parkpicker!“).

Nach ständiger Judikatur des Bundesfinanzgerichts gilt auch die **Befreiung von der Parkometerabgabe nur während des Ladevorgangs**; die Voraussetzungen dieser Begünstigung sind vom Fahrzeughalter laufend zu prüfen: *„Ist der Ladevorgang beendet, so kann diese Rechtswohltat nicht mehr in Anspruch genommen werden.“* (BFG 3.10.2022, RV/7500241/2022).

Keine unzulässige Doppelbestrafung!

Abgesehen vom hier besonderen Pech der verspäteten Rückkehr zum Fahrzeug infolge schnelleren Ladevorgangs stellt sich in rechtlicher Hinsicht aber doch die generelle Frage, ob es denn sein kann, dass jemand, der in Wien sein **Fahrzeug ohne Parkschein im Halte- und Parkverbot** abstellt, gleich zwei Mal bestraft werden kann, nämlich sowohl nach § 24 Abs 1 lit a StVO („Halten und Parken verboten“) als auch nach § 4 Abs 1 Wiener Parkometergesetz 2006 iVm § 5 Abs 2 Wiener Parkometerabgabeverordnung.

Nach der Judikatur des VwGH ebenso wie des Bundesfinanzgerichts liegt allerdings keine unzulässige Doppelbestrafung vor, nachdem in diesen Fällen zwei voneinander unabhängige Strafnormen, die unterschiedliche Rechtsgüter schützen wollen – im Falle von Parkgebührgesetzen ist dies im Übrigen das Recht der Gemeinde auf Entrichtung einer Abgabe – verletzt werden (vgl zB VwGH 27.4.1995, 92/17/0300; BFG 23.3.2021, RV/7500207/201).

