

Newsletter

01 2024



Was bringt die Flexible Kapitalgesellschaft?

„Wer immer tut, was er schon kann, bleibt immer das, was er schon ist.“
Henry Ford (1863 - 1947)

INHALT

- 01 Was bringt die Flexible Kapitalgesellschaft?
- 02 Die Flexible Kapitalgesellschaft
- 02 Unternehmenswert- Anteile
- 03 Gesellschaftsrecht: Neuerungen im GmbH-Recht!
- 03 Familienrecht: Einsicht in die Geschäftsbücher
- 03 UWG: Irreführende Reichweitenangaben
- 04 Gesellschaftsrechtliches Digitalisierungsgesetz: Disqualifikation von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern
- 04 Der knifflige Fall
- 05 Gesellschaftsrecht: Wann sind virtuelle Gesellschafterversammlungen möglich?
- 05 Gesellschaftsrecht: Stimmrechtsausübung durch den insolventen Gesellschafter
- 05 Gesellschaftsrecht: Anscheinsvollmacht bei kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführern einer GmbH
- 06 Compliance: HinweisgeberInnenschutzgesetz
- 06 Literaturempfehlungen
- 07 Schadenersatzrecht: Nachweis der Kausalität bei unterlassener Krankenbehandlung
- 07 Arzthaftung: Aufklärungspflichten
- 07 Wettbewerbsrecht: Hervorhebungen in einem Ärzteverzeichnis gegen Entgelt: Keine Irreführung
- 08 Wettbewerbsrecht: Ärztekammer vs Apothekerkammer
- 08 Medienrecht: Negative Bewertung einer Kinderärztin
- 09 Arbeitsrecht: Sofortige einvernehmliche Auflösung
- 09 Arbeitsrecht: Heimliche Gesprächsaufzeichnung
- 09 Wettbewerbsrecht: Abwerbung von Kollegen
- 10 Gewährleistungsrecht: Haftung für geheime Mängel
- 10 Datenschutzrecht: Newsletterversand
- 11 Vertriebsrecht: Konkurrenzkláuseln bei Exklusivität
- 11 Lösung kniffliger Fall
- 12 Verbraucherschutzrecht: Keine Anwendung dispositiven Rechts bei Klauselnichtigkeit!
- 12 Wettbewerbsrecht: Unlautere Spitzenstellungswerbung in Job-Annoncen auf Social Media
- 12 Arbeitsrecht: Verschlechternde Versetzung
- 13 HLMK intern
- 13 Das Letzte

Viel hat sich getan seit dem Erscheinen des letzten HLMK-Newsletters. Insbesondere im Bereich des Gesellschaftsrechts war der Gesetzgeber sehr aktiv: **Regelungen zur Disqualifikation von Geschäftsführern** aufgrund bestimmter strafrechtlicher Verurteilungen wurden ebenso auf den Weg gebracht wie die Möglichkeit, zB **Generalversammlungen einer GmbH künftighin bloß virtuell** (oder in „hybriden Meetings“) abzuhalten.

Die wahrscheinlich bedeutendste Änderung hat aber die **„FlexKap“** („FlexCo“), mithin die Etablierung einer neuen Rechtsform, gebracht. Seit 1.1.2024 ist es also möglich, als Alternative zur GmbH (sowie allenfalls zur Aktiengesellschaft) eine **Flexible Kapitalgesellschaft** zu errichten, die organisationsrechtlich in manchen Bereichen zwischen GmbH und AG einzuordnen ist. Vor allem Start-ups, aber auch etablierte Unternehmen, die Mitarbeiterbeteiligungsmodelle überlegen oder den Einstieg von Investoren im Wege von Kapitalrunden planen, sollten diese Gesellschaftsform ins Kalkül ziehen. Schließlich ist auch eine **Umwandlung bestehender**

Kapitalgesellschaften in eine FlexKap leicht möglich.

Weitere Schwerpunkte dieses Newsletters sind – neben dem nunmehr für sehr viele Unternehmen relevanten **Hinweisgeberschutzgesetz** – wettbewerbsrechtlichen Fragen sowie die in den letzten Monaten ergangene gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Judikatur, außerdem strittige Fragen des Datenschutzes.

Der traditionelle **„knifflige Fall“** hat diesmal eine spannende zivilrechtliche, vor allem im Zusammenhang mit Liegenschafts- und Unternehmenstransaktionen in der Vergangenheit viel diskutierte Frage zum Gegenstand.

Wie gehabt haben wir schließlich auch Rechtsprechung zu medizinrechtlichen Themen für Sie aufbereitet und erörtert.

Wir hoffen, der eine oder andere Beitrag stößt auf Ihr Interesse!

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



FLEXIBLE KAPITALGESELLSCHAFT: Unternehmenswert- Anteile

Neben Geschäftsanteilen können bei der **FlexKap** – va zur leichteren Beteiligung von Mitarbeitern an der Gesellschaft – sog. Unternehmenswert-Anteile (mit einem **Mindestnominale von 1 Cent**) ausgegeben werden.

Bloße Unternehmenswert-Beteiligte haben Anspruch auf ihren Anteil am Bilanzgewinn nach dem Verhältnis ihrer einbezahlten Einlagen; sie sind auch zu Generalversammlungen zu laden, haben jedoch **kein Stimmrecht**.

Anteile ohne Stimmrecht

Unternehmenswert-Beteiligte werden, anders als sonstige Gesellschafter der FlexKap, nicht im Firmenbuch eingetragen; vielmehr haben die Geschäftsführer der Gesellschaft ein **Anteilsbuch** zu führen, in welchem die Unternehmenswert-Beteiligten mit ihrer Beteiligung namentlich einzutragen sind. Die Bestimmungen über die Führung eines Aktienbuchs einer nicht-börsennotierten AG gelten dabei weitgehend sinngemäß.

Interessant für Mitarbeiterbeteiligungsprogramme

Von Bedeutung ist die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen va im Zusammenhang mit **Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen von Start-ups**. Im Gesellschaftsvertrag ist nämlich vorzusehen, dass die Unternehmenswert-Beteiligten ein **Mitverkaufsrecht** haben, wenn die Gründungsgesellschafter der FlexKap ihre Geschäftsanteile mehrheitlich veräußern. Darüber hinaus können auch weitere Fälle vorgesehen werden, in denen ein Mitverkaufsrecht besteht.

NEUE GESELLSCHAFTSFORM:

Die Flexible Kapitalgesellschaft

Seit 1.1.2024 besteht in Österreich seine neue Gesellschaftsform, namentlich die **Flexible Kapitalgesellschaft**. Im Firmenwortlaut einer solchen Gesellschaft kann diese Rechtsform mit „FlexKapG“ (zB „Sebastian Huber Autoreparaturwerkstatt FlexKapG“) oder mit „FlexCo“ (für „Flexible Company“) abgekürzt werden (zB „XYZ Facility Management FlexCo“).

Das **Mindestkapital** beträgt – wie nunmehr auch bei der GmbH – **EUR 10.000,00**. Im Unterschied zur GmbH beträgt die kleinstmögliche Beteiligung als Gesellschafter der Gesellschaft aber nicht EUR 70,00, sondern EUR 1,00.

Stückanteile mit unterschiedlichen „Gattungen“

Anders als bei der GmbH, bei der jeder Gesellschafter nur einen einheitlichen Geschäftsanteil – mit uU unterschiedlicher Größe (zB im Ausmaß einer Stammeinlage iHv EUR 3.000,00 oder iHv EUR 10.000,00) – hat, sind bei der FlexCo auch sog. Stückanteile im Nennbetrag von jeweils zumindest EUR 1,00 möglich. Auch **unterschiedliche Gattungen von Stückanteilen** sind denkbar, etwa mit Vorzugsrechten bei der Gewinnverteilung oder mit besonderen Stimmrechten, wie etwa Mehrfachstimmrechte. Anders als bei der Aktiengesellschaft sind jedoch gänzlich stimmrechtslose Vorzugsgeschäftsanteile ausgeschlossen.

Neben Geschäftsanteilen können bei der FlexCo – vor allem zur leichteren Beteiligung von Mitarbeitern am Gesellschaftsvermögen – allerdings sog. Unternehmenswertanteile (mit denen kein Stimmrecht in der Generalversammlung verbunden ist) ausgegeben werden (siehe dazu den Beitrag links).

Subsidiäre Geltung des GmbHG

Die Bestimmung des **§ 1 Abs 2 FlexKapG** regelt, dass, soweit im Gesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft keine abweichenden Vorschriften bestehen, die für die GmbH geltenden Bestimmungen auch für die FlexCo anzuwenden sind. Im Ergebnis bedeutet dies, dass va die **Rechte und Pflichten von Geschäftsführern** sowie



Gerhard Hochedlinger

deren Haftungsregime gegenüber der Gesellschaft sowie Dritten (objektiver Sorgfaltsmaßstab, Business Judgement Rule, etc.) **bei GmbH und FlexCo identisch** sind.

Stimmensplitting ist möglich

Besonderheiten und Abweichungen im Vergleich zur GmbH gibt es bei der FlexCo va auf Gesell-

schafterebene. Neben der Etablierung unterschiedlicher Gattungen von Geschäftsanteilen lässt das Gesetz auch **„uneinheitliche Stimmabgaben“** zu. Ein Gesellschafter, dem etwa 100 Stimmen zukommen, kann in diesem Sinne in der Generalversammlung 50 Stimmen für und 30 Stimmen gegen den Beschlussantrag abgeben und im Hinblick auf 20 Stimmen erklären, dass er sich der Stimme enthält. Va für Gesellschafter, die treuhändig Anteile für mehrere Personen halten, ist das eine wichtige Neuerung.

Erleichterungen für Umlaufbeschlüsse

Im Hinblick auf Umlaufbeschlüsse kann der Gesellschaftsvertrag der FlexCo die Regelung vorsehen, dass die **Abstimmung auch in bloßer Textform** – mit hin zB mit einfachem E-Mail – zulässig ist (während bei der GmbH Unterschriftlichkeit geboten ist). Auch kann im Gesellschaftsvertrag der FlexCo – abweichend von § 34 GmbHG – vorgesehen werden, dass für eine Abstimmung im Umlaufweg nicht das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gegeben sein muss.

Erleichterungen bei Anteilsabtretungen und Kapitalerhöhungen

Im Vergleich zur GmbH bestehen auch Erleichterungen im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen und Anteilsabtretungen. Eine bestehende **GmbH in eine FlexKap umzuwandeln** wird sich freilich in der Regel nur dann für sinnvoll erweisen, wenn bei der Gesellschaft mit häufigen Anteilsabtretungen zu rechnen ist, sich Investoren besondere Kapitalmaßnahmen ausbedingen – wie bei der Aktiengesellschaft sind etwa **Kapitalerhöhungen durch „genehmigtes Kapital“** oder **„bedingtes Kapital“** zulässig – oder (umfangreichere) Mitarbeiterbeteiligungsprogramme geplant sind.

GESELLSCHAFTSRECHT:

Neuerungen im GmbH-Recht!

Seit 1.1.2024 gibt es auch im GmbH-Recht **zwei wesentliche Neuerungen**. Das bislang geltende Mindeststammkapital iHv EUR 35.000,00 wurde auf EUR 10.000,00 herabgesetzt. Die Mindesteinzahlung bei Gesellschaftsgründung beläuft sich nun auf EUR 5.000,00. Die Mindest-Körperschaftsteuer beträgt seit Jahresbeginn EUR 500,00 (statt EUR 1.750,00) pro Jahr.

Mindeststammkapital nur noch EUR 10.000,00

Die Herabsetzung des Stammkapitals entspricht den reduzierten Vorgaben, die bisher für gründungsprivilegierte Gesellschaften gegolten haben. Diese Sonderform der gründungsprivilegierten GmbH wurde förmlich abgeschafft.

Rechtsfolgen für bestehende gründungsprivilegierte Gesellschaften!

Auch wenn deren Stammkapital im Lichte der neuen Mindestkapitalvorschrift für GmbHs ausreichend ist, bedeutet dies nicht, dass gründungsprivilegierte Gesellschaften nun automatisch zu „normalen“ GmbHs werden!

Auch nach dem für die Gründungsprivilegierung vorgesehenen Zeitablauf – bekanntlich bestand ja eine Befristung



Ingo Kapsch

der Gründungsprivilegierung auf 10 Jahre ab Eintragung – wird eine gründungsprivilegierte Gesellschaft nicht zu einer „ordentlichen“ GmbH; vielmehr ist der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft entsprechend zu ändern.

Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlich

Die Beseitigung der Gründungsprivilegierung im Gesellschaftsvertrag kann natürlich bereits vorzeitig (ohne komplizierte Kapitalmaßnahmen) beschlossen werden, auch die Umwandlung einer (gründungsprivilegierten) GmbH in eine Flexible Kapitalgesellschaft ist möglich.

Achtung: Eintragungssperre ab 1.1.2025!

Beschließen die Gesellschafter einer gründungsprivilegierten GmbH **ab dem 1.1.2025 irgendeine Änderung des Gesellschaftsvertrags** (zB im Zusammenhang mit Vorkaufs- und Aufgriffsrechten, etc), dann besteht die **Verpflichtung**, auch die nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags bestehende **Gründungsprivilegierung zu beseitigen**, andernfalls die gewünschte sonstige Änderung des Gesellschaftsvertrags im Firmenbuch nicht eingetragen wird (§ 127 Abs 30 GmbHG)!


FAMILIENRECHT:

Einsicht in die Geschäftsbücher der GmbH des Unterhaltspflichtigen

Sofern nicht anders vereinbart, sind **Gewinnausschüttungen der GmbH** des unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten **ebenso in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen wie nicht ausgeschüttete Gewinne**, deren Thesaurierung unternehmerisch nicht geboten war.

Ein Rechnungslegungsbegehren der Ex-Frau auf Einsicht in Geschäftsbücher der GmbH kann vor diesem Hintergrund berechtigt sein. Voraussetzung ist allerdings, dass eine **Interessenabwägung**, bei der auch **Geheimhaltungsinteressen** (wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) zu berücksichtigen sind, zu Gunsten des Unterhaltsberechtigten ausgeht, die Einsicht zumutbar und für den Zweck erforderlich ist sowie die erforderlichen **Unterlagen ausreichend konkret bezeichnet** sind.

Ein Begehren auf Einsichtnahme in sämtliche Geschäftsbücher der GmbH wäre überschießend.

OGH 19.4.2023, 3 Ob 29/23w

WETTBEWERBSRECHT:

Irreführende Reichweitenangaben

Die Streitparteien sind Herausgeber österreichischer Tageszeitungen und entsprechend auch Medieninhaber von Webseiten, die redaktionelle Inhalte und Anzeigen iSd § 26 MedienG veröffentlichen. Die Beklagte publiziert einen Beitrag mit der Überschrift: „**Großer Erfolg: Unsere Website erreicht fast jeden dritten Österreicher.**“ Das deutlich kleinere Balkendiagramm darunter zeigte, dass die **online-Reichweite tatsächlich nur 27%** betrug.

Die Gerichte gaben der Klage der Mitbewerberin statt und untersagten bei einer tatsächlichen Reichweite von 27% die Behauptung, dass die Website der Beklagten fast jeden dritten Österreicher erreicht, nachdem die Differenz zwischen 27% und einem Drittel der Bevölkerung über 6 Prozentpunkte beträgt.

OGH 22.4.2022, 4 Ob 61/22g





Der knifflige Fall

A und B haben im Jahr 2010 einen (unentgeltlichen) Optionsvertrag geschlossen, welcher B für die Dauer von 15 Jahren das Recht einräumte, eine bestimmte **Liegenschaft** des A zu einem betragslich im Optionsvertrag festgesetzten (wenngleich mit dem Verbraucherpreisindex wertgesicherten) Kaufpreis zu erwerben. Der vereinbarte Kaufpreis entsprach in etwa dem Wert der Liegenschaft im Jahr 2010.

Im Jahr 2023 übte B sein Optionsrecht aus. A wandte dagegen ua **laesio enormis (Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes; § 934 ABGB)** ein, nachdem die betreffende Liegenschaft infolge **Umwidmung von Grünland in Bauland** zwischenzeitig ein Vielfaches des im Optionsvertrag festgelegten Kaufpreises wert war.

Sein Anfechtungsrecht begründet A damit, dass der – unentgeltliche – Optionsvertrag eine Schenkung gewesen sei und der nun 13 Jahre später geschlossene Liegenschafts Kaufvertrag davon getrennt beurteilt werden müsse: Weil der Wert der Liegenschaft zwischenzeitig mehr als das Doppelte des vereinbarten Kaufpreises beträgt, sei A berechtigt, den Kaufvertrag entsprechend anzufechten. Gleiches müsse gelten, wenn man die Option als „Angebot mit verlängerter Bindungswirkung“ begreift, denn angenommen wurde das Angebot zweifelsohne erst 2023, dh erst in diesem Jahr kam überhaupt der Kaufvertrag zu Stande.

B hingegen meint, dass nie ein Schenkungswille bestand. Es sei außerdem das **Wesen einer Option**, dass dieser ein gewisses **spekulatives Element** innewohnt, weswegen eine Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes von vornherein ausscheidet.

Wie ist die Rechtslage? Lösung Seite III!



GESELLSCHAFTSRECHTLICHES DIGITALISIERUNGSGESETZ:

Disqualifikation von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern

Hinter dem sog. „**Gesellschaftsrechtlichen Digitalisierungsgesetz**“ versteckt sich nicht etwa, wie man aufgrund des Wortlauts des Gesetzes vermuten könnte, eine groß angelegte Digitalisierungsoffensive im Gesellschaftsrecht, sondern die Einführung von **Regelungen zur Disqualifikation von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern aufgrund bestimmter strafrechtlicher Verurteilungen.**

Nomen non semper est omen

Die neuen Regelungen gelten seit dem 1.1.2024 und betreffen GmbH, FlexKap, AG, SE und Genossenschaften. Bisher kannte das österreichische Gesellschaftsrecht ja keine Bestellungshindernisse für Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder, die an die Begehung strafbarer Handlungen anknüpften.

Lediglich über den **Umweg des Gewerberechts** waren Gesellschaften mitunter gezwungen, Geschäftsführer abzuberufen, nachdem im Hinblick auf Gesellschaften, die ein Gewerbe betreiben, bei keiner „Person mit maßgeblichem Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft“ ein Ausschlussgrund iSd **§ 13 GewO** vorliegen darf. Derartige gewerberechtliche Ausschlussgründe sind zB nicht getilgte Vorstrafen wegen betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Sozialbetrug, organisierte Schwarzarbeit udgl. Wird die betreffende Person von der Gesellschaft nicht als Geschäftsführer entfernt, so hat



Wolfgang Luschin

die Behörde der Gesellschaft die Gewerbeberechtigung zu entziehen (§ 91 GewO).

Eintritt der Disqualifikation

Seit Jahresbeginn regeln jedoch auch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen, zB **§ 1a GmbHG** und **§ 2a AktG**, dass Geschäftsführer bzw. Vorstand nicht sein darf, wer

von einem Gericht rechtskräftig wegen bestimmter (im Gesetz näher bezeichneter) Delikte (wie zB Betrug, Untreue, Gläubigerbegünstigung, Geldwäscherei und verschiedene Korruptionsdelikte) zu einer **mehr als sechsmoatigen Freiheitsstrafe** verurteilt worden ist.

Die Disqualifikation tritt ein, wenn die Verurteilung nach dem 31.12.2023 erfolgt (ist), wobei auch eine Verurteilung wegen einer vergleichbaren Straftat durch ein ausländisches Gericht von Relevanz ist.

Amtswegige Prüfung durch das Firmenbuch

Ist oder wird ein Geschäftsführer nach diesen Bestimmungen disqualifiziert, so hat er unverzüglich seinen Rücktritt zu erklären; dieser wird nach Ablauf von 14 Tagen wirksam. Die Rechtsfolge der Disqualifikation endet drei Jahre nach Rechtskraft der Verurteilung. Das **Firmenbuchgericht prüft nunmehr amtswegig** durch Abfrage des Strafregisters, ob eine Disqualifikation eines neu einzutragenden Geschäftsführers vorliegt.



GESELLSCHAFTSRECHT:

Wann sind virtuelle Gesellschafterversammlungen möglich?

Die mit § 1 COVID-1-GesG geschaffene Möglichkeit, Gesellschafterversammlungen von Kapitalgesellschaften virtuell durchzuführen (näher dazu HLMK-Newsletter 2020/02 und 2021/01), wurde, ebenso wie die entsprechende COVID-19-GesV, sukzessive bis 30.6.2023 verlängert.



Johannes Marenzi

tersammlung als **physische Präsenzversammlung oder zumindest als hybride Versammlung zu verlangen**.

Für den Fall, dass Beschlüsse in der Generalversammlung gefasst werden sollen, die einer bestimmten Form (insbesondere notarielle Beurkundung) bedürfen, kann der Gesellschaftsvertrag von diesem Formerfordernis freilich nicht absehen, allerdings sonst präzisierende Regelungen enthalten.

Sonderregelungen für börsennotierte AGs

Für börsennotierte Aktiengesellschaften bestehen schließlich im Sinne des **Anlegerschutzes** Sonderbestimmungen. Wurde etwa eine ordentliche Hauptversammlung virtuell durchgeführt, kann eine Minderheit von zumindest 5% des Grundkapitals bis zum Ende des Geschäftsjahres die Einberufung der nächsten ordentlichen Hauptversammlung (dh nicht einer sonstigen außerordentlichen Hauptversammlung!) in einer Form verlangen, welche eine physische Teilnahme der Aktionäre ermöglicht.

Virtuelle Gesellschafterversammlungen-Gesetz (VirtGesG)

Auf Wunsch der Wirtschaftspraxis wurde nun eine Regelung getroffen, welche es Kapitalgesellschaften ermöglicht, **auch ohne pandemiebedingte Ausnahmesituation General- bzw. Hauptversammlungen virtuell** abzuhalten. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Zulässigkeit derartiger Gesellschafterversammlungen in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag der betreffenden Gesellschaft ausdrücklich vorgesehen ist.

Regelung im Gesellschaftsvertrag erforderlich!

Im Rahmen derartiger Satzungsbestimmungen ist auch zu regeln, ob Gesellschafterversammlungen stets virtuell durchzuführen sind (was in den meisten Fällen wohl wenig empfehlenswert ist) oder ob zB das einberufende Organ über die Form der Durchführung entscheidet.

Grundsätzlich ist eine virtuelle Versammlung als einfache virtuelle Versammlung durchzuführen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber für den Fall, dass die Versammlung einen Leiter hat, vorsehen, dass eine moderierte virtuelle Versammlung durchzuführen ist.

Hybrid oder rein virtuell?

Des Weiteren kann im Gesellschaftsvertrag normiert werden, dass Gesellschafterversammlungen in hybrider Form abgehalten werden; insbesondere könnte (oder sollte) aber geregelt werden, ob den die Einberufung der General- bzw. Hauptversammlung verlangenden **Minderheitsgesellschaftern** auch das Recht zukommt, die Abhaltung der Gesellschaf-


GESELLSCHAFTSRECHT:

Stimmrechtsausübung durch den insolventen Gesellschafter

Ist ein **Gesellschafter einer GmbH insolvent**, hindert ihn das nicht daran, dass er sein Stimmrecht in Generalversammlungen ausüben kann, sofern und soweit damit **keine Verfügungen über das Vermögen** des Gesellschafters getroffen werden.

Das **Stimmrecht im Zusammenhang mit der Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern** ist folglich nicht vom Masseverwalter des Gesellschafters, sondern weiterhin vom Schuldner auszuüben.

OGH 17.1.2024, 6 Ob 62/23w

GESELLSCHAFTSRECHT:

Anscheinsvollmacht bei kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführern einer GmbH

Sind bei einer Gesellschaft mehrere Geschäftsführer lediglich gemeinsam vertretungsbefugt, so bedarf es zum Abschluss von Geschäften im Namen der GmbH der Mitwirkung sämtlicher betreffender Geschäftsführer.

Die Bestimmung des **§ 28 Abs 1 GmbHG** (bzw. ähnl § 71 Abs 2 AktG u § 17 Abs 3 PSG) ermöglicht es allerdings, dass diese **grundsätzlich kollektiv vertretungsbefugten Geschäftsführer** gemeinsam **einzelne von ihnen** zur Vornahme bestimmter Geschäfte **ermächtigen**. Für diese Geschäfte gilt dann Einzelvertretungsbefugnis des dieserart ermächtigten Geschäftsführers.

Auch eine diesbezügliche **Anscheinsvollmacht** ist denkbar. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass nicht nur der alleine tätige Geschäftsführer, sondern auch der zweite, mit ihm vertretungsbefugte Geschäftsführer den Anschein der Einzelvertretungsbefugnis des alleine agierenden Geschäftsführers im Hinblick auf das betreffende Geschäft gesetzt hat.

OGH 17.10.2023, 4 Ob 97/23b



LITERATUREMPFEHLUNG:

Handbuch zum HinweisgeberInnen-schutzgesetz

Gemeinsam mit zwei weiteren Autoren hat **Paul Höntsch** kürzlich ein **Handbuch zum HinweisgeberInnenschutzgesetz** publiziert. Das Werk zeichnet sich durch eine umfassende systematische Darstellung des HSchG unter Einbeziehung vorhandener Judikatur und Literatur sowie der Behandlung zahlreicher Problemstellungen aus.

Das Handbuch richtet sich an jeden, der in der Praxis mit Hinweisgeberschutz(systemen) zu tun hat.



LITERATUREMPFEHLUNG:

Loseblattsammlung Haftungsminimierung für Geschäftsführer

Vor nunmehr **15 Jahren** ist dieses an Geschäftsführer und Führungskräfte gerichtete Werk in erster Auflage erschienen. Vor einigen Monaten wurde die **50. Ergänzungslieferung** ausgeliefert!

Gerhard Hochedlinger ist von Anfang an Co-Herausgeber und Mitautor dieses Handbuchs. **Paul Höntsch** und **Lucas Wallner** haben zuletzt die einschlägigen Kapitel zum Wettbewerbsrecht bzw Insolvenzrecht aktualisiert.

COMPLIANCE:

HinweisgeberInnen-schutzgesetz

W eil in der Vergangenheit einige große Betrugsfälle auf internationaler Ebene erst über Informationen von Mitarbeitern von betroffenen Unternehmen aufgedeckt wurden, wurde mit der **Whistleblower-Richtlinie** (EU-Richtlinie 2019/1937; vgl dazu HLMK-Newsletter 2020/01) ein europaweiter Rahmen zum Schutz



Paul Höntsch

von Hinweisgebern geschaffen. Auf Bundesebene erfolgte die Umsetzung dieser Richtlinie mit dem **HinweisgeberInnen-schutzgesetz (HSchG)**, das seit Februar 2023 in Kraft ist.

Schutz von Hinweisgebern

Das HSchG regelt in diesem Sinne den **Schutz von Hinweisgebern**, mithin von Personen, die insbesondere aufgrund ihrer laufenden oder früheren beruflichen Verbindung zu einem privaten oder öffentlichen Rechtsträger Informationen über **Rechtsverletzungen** bei diesem Rechtsträger erlangt haben und diese melden wollen.

Die betreffende Rechtsverletzung muss sich zwar grundsätzlich auf das Unionsrecht beziehen, was auf den ersten Blick einschränkend wirkt. Aufgrund der europarechtlichen Durchdringung des nationalen Rechts ist der Anwendungsbereich des HSchG aber doch durchaus weit.

Vor allem vor **beruflichen Vergeltungsmaßnahmen**, wie Suspendierungen, Disziplinarmaßnahmen, Kündigungen oder Entlassungen sollen Hinweisgeber mit dem neuen Gesetz geschützt werden.

Auch zahlreiche KMUs sind betroffen!

Öffentliche ebenso wie private Rechtsträger mit mehr als 249 Beschäftigten mussten aufgrund dieser neuen gesetzlichen Vorgaben bereits bis zum 25.8.2023 entsprechende interne Meldekanäle einrichten. Für Unternehmen **ab einer Anzahl von 50 Beschäftigten** lief die Umsetzungsfrist bis zum 17.12.2023.

Interne und externe Hinweisgebersysteme

Zahlreiche Unternehmen sind daher nunmehr verpflichtet, **unternehmensinterne Hinweisgebersysteme** einzurichten. Neben diesen internen Meldekanälen stehen Hin-

weisgebern aber auch **externe Systeme** zur Verfügung, die außerhalb des Rechtsträgers eingerichtet wurden. Als externe Stelle ist im Regelfall das **Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK)** zuständig. Dem Hinweisgeber steht es also frei, ob er seinen Hinweis intern oder extern gibt.

Veröffentlichung von Missständen auf Social Media-Plattformen?

Das Recht zur **Veröffentlichung von Hinweisen** (zB. auf Facebook oder die Weitergabe von Informationen an Journalisten) steht dem Hinweisgeber nach dem HSchG hingegen nicht uneingeschränkt zu. Voraussetzung dafür wäre, dass eine vorherige interne oder externe Hinweisgebung erfolglos blieb.

Einige Bestimmungen des HSchG sind sanktionsloses Soft-Law. So sieht das HSchG etwa keine Sanktionen vor, wenn ein Unternehmen trotz der es treffenden gesetzlichen Verpflichtung kein internes Hinweisgebersystem einrichtet. Dennoch sollte die neue gesetzliche Vorgabe nicht auf die leichte Schulter genommen werden, denn eine **unterlassene Einrichtung eines internen Hinweisgebersystems** kann mittelbare Auswirkungen haben, wie zB. die **Haftung der Geschäftsführung** des Unternehmens (insbesondere für den Fall, bei entsprechender Einrichtung eines Meldesystems ein Schaden für das Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit früher entdeckt worden wäre). Auch besteht ohne Einrichtung eines internen Hinweisgebersystems erhöhte Gefahr einer Meldung des Hinweisgebers an eine externe Stelle oder gar dessen Veröffentlichung.



SCHADENERSATZRECHT:

Nachweis der Kausalität bei unterlassener Krankenbehandlung

Eine Schlaganfallpatientin wurde aufgrund eines Fehlers der Rettungsmannschaft mit mehr als sechsstündiger Verspätung ins Krankenhaus gebracht. Die Patientin begehrte Schadenersatz, welcher ihr jedoch vom Obersten Gerichtshof – die Vorinstanzen hatten diesbezüglich noch anders entschieden – verwehrt wurde. Zwar waren gegenständlich Schadenseintritt ebenso wie das rechtswidrige und schuldhafte Unterlassen der Sanitäter unstrittig; vom OGH anders als von den Vorinstanzen beurteilt wurde jedoch die **komplexe Kausalitätsfrage**, ob die Frau **bei einer rechtzeitigen Einlieferung** die für sie richtige Therapie erhalten hätte und ob diese **der Patientin dann auch geholfen** hätte.

Schwieriger Kausalitätsbeweis

Grundsätzlich liegt der Kausalitätsbeweis beim Geschädigten. Es müsste hier also die Patientin beweisen, dass der ihr erlittene Schaden bei sofortiger ärztlicher Hilfe ausgeblieben wäre. Das aber ist nicht nur in rechtlicher Hinsicht eine besondere Herausforderung, geht es doch um den **Nachweis eines hypothetischen Kausalverlaufs**, der komplexe physiologische Zusammenhänge des menschlichen Organismus betrifft. Diesen Schwierigkeiten begegnet die Rechtsprechung damit, dass sie für die Kausalität von Unterlassungen



Monika Ploier

in Abkehr vom Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen lässt. Noch weiter geht die Judikatur schließlich im Bereich der Arzthaftung: Für den Fall, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht wurde, wird dessen Kausalität für den Schaden vermutet. Der beklagte Arzt kann diese Vermutung dann nur durch den Beweis entkräften, dass im konkreten Fall der Fehler mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben ist.

OGH 26.7.2023, 9 Ob 69/22w

Von diesen Grundsätzen ausgehend gelangte der OGH im gegenständlichen Fall zum Ergebnis, dass die Kausalität eben nicht erwiesen war: Zwar konnte der Beweis erbracht werden, dass bei früherer Einlieferung die Möglichkeit einer bestimmten Behandlung bestanden und diese mit einer theoretischen Wahrscheinlichkeit von 25% den Zustand der Patientin verbessert hätte. Nicht jedoch war der klagenden Patientin der Nachweis gelungen, dass bei ihr diese Behandlung dann auch tatsächlich durchgeführt worden wäre bzw. *lege artis* durchgeführt werden hätte müssen, weil gegenständlich die Frau mehrere gegen eine solche Behandlung sprechende Indikationen aufgewiesen hatte.


ARZTHAFTUNG:
Aufklärungspflichten gegenüber Patienten

Die ärztliche Aufklärung soll den Patienten in die Lage versetzen, die Tragweite seiner Einwilligung in eine Behandlung zu überschauen, wobei die Aufklärung umso weiter reicht, je weniger der Eingriff aus Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder geboten ist.

Ist der Eingriff zwar medizinisch empfohlen, aber nicht eilig, so ist eine umfassende Aufklärung notwendig. Bei Vorliegen sogenannter typischer Gefahren ist die ärztliche Aufklärungspflicht verschärft (vgl dazu HLMK-Newsletter 2020/01). Wann die Aufklärung des Patienten in concreto spätestens zu erfolgen hat, ist demnach einzelfallspezifisch zu beurteilen und insbesondere von der **medizinischen Dringlichkeit des Eingriffs** abhängig.

Haftung wegen verspäteter Aufklärung

In diesem Sinne war eine erstmalige umfassende Aufklärung über die Risiken einer Magenbypass-Operation (und deren mögliche Folgewirkungen) am späten Nachmittag des Vortags der Operation verspätet. Zu diesem Zeitpunkt war nämlich der Patientin ein Verschieben oder gar Absagen der Operation nicht mehr zumutbar gewesen.

Rechtsfolge war die Haftung des Spitals gegenüber der Patientin, und **zwar unabhängig davon, ob dem Arzt bei der Operation ein Fehler unterlaufen war** oder nicht, denn ohne gebotene Aufklärung hätte der Eingriff erst gar nicht vorgenommen werden dürfen.

OGH 13.11.2023, 3 Ob 179/23d
WETTBEWERBSRECHT:
Hervorhebungen in einem Ärzteverzeichnis gegen Entgelt: Keine Irreführung

Eine Hervorhebung eines Teils von Anbietern in einem Ärzteverzeichnis und detailliertere Angaben gegen Entgelt (dh. nicht aus objektiven Gründen) ist gängige Praxis und den Nutzern bekannt, sodass darin **keine Irreführung durch Täuschung über den Werbecharakter (§ 2 UWG)** vorliegt.

OGH 20.12.2022, 4 Ob 204/22m



MEDIENRECHT:

Negative Bewertung einer Kinderärztin: Lösungsanspruch gegenüber Google!

„Leider muss ich einen Stern geben, keiner ging nicht.“ So leitete ein User unter dem Pseudonym „Peter2016“ seine Bewertung einer Kinderärztin in deren **Unternehmensprofil auf Google** ein. Was folgte, war eine „Kritik“, die den Tatbestand der **üblen Nachrede (§ 111 StGB)** erfüllte.

Weil Google trotz mehrfacher Aufforderungen durch die Ärztin die inkriminierte ehrverletzende Äußerung weder löschte noch der Ärztin die E-Mailadresse des Rezensenten bekanntgab (sodass die Ärztin diesen auch nicht direkt rechtlich belangen konnte), erwirkte sie **medienrechtlich nach § 33 MedienG die Löschung der Kritik durch Google**.

Medieninhaber oder bloßer Host-Provider?

Diesem medienrechtlichen Lösungsanspruch lag die dazu erforderliche rechtliche Beurteilung der Google-Plattform als nicht bloßer **Host-Provider** und damit **„technischer Verbreiter“**, sondern als **Medieninhaber** und damit **„intellektueller Verbreiter“** von Information zugrunde.

Während ein Host-Provider lediglich die Infrastruktur für die Verbreitung von Information zur Verfügung stellt, ohne auf diese Information inhaltlich Einfluss zu nehmen, gilt als Medieninhaber derjenige, der die Möglichkeit hat, Kommentare zu löschen, für andere User unsichtbar zu machen oder andere Kommentierende ganz zu „sperrern“.

Fordert ein Website-Betreiber oder Inhaber einer Social Media-Präsenz dazu auf, Inhalte hochzuladen oder Kommentare zu posten oder lädt er auch ohne ausdrückliche Aufforderung **allein durch das Vorhandensein einer Kommentarfunktion** dazu ein, auf seine eigenen Inhalte, zB die Artikel seiner Online-Zeitung zu reagieren, dann ist er kein reiner Host-Provider iSd § 16 ECG, sondern zugleich Medieninhaber.

OLG Wien, 23.8.2023, 17 Bs 119/23h


WETTBEWERBSRECHT:

Ärzttekammer vs Apothekerkammer

Die Apothekerkammer veröffentlichte auf ihrer Website, auf YouTube sowie auf verschiedensten Fernsehsendern **Videospots**, ua mit folgendem Inhalt:

„Mein Name ist Helmut. Vor vielen Jahren hatte ich einen **Herzinfarkt** und einen **Schlaganfall**. Seither nehme ich sehr **viele Medikamente**. Dank meiner Apothekerin vertragen sich alle bestens, ich kann mein Leben jetzt wieder richtig genießen. Bei meiner Gesundheit gehe ich auf Nummer sicher.“

„Wenn Lina zu viel in der Sonne war, hustet, eine Erkältung oder Fieber hat, geht ihre Mutter Melanie **zuerst in die Apotheke**. Denn kleinere Erkrankungen lassen sich mit der dortigen Beratung einfach lösen – besonders am Wochenende oder in der Nacht.“

Unterlassungsklage der Ärztekammer

Die Ärztekammer begehrte daraufhin, es der Apothekerkammer zu untersagen, „in Werbung für die geschäftliche Tätigkeit von Apothekern den Eindruck zu erwecken, Apotheker wären zur Behandlung oder Verordnung rezeptpflichtiger Arzneimittel im Zusammenhang mit schweren Krankheiten, wie Schlaganfällen und

Herzinfarkten, und/oder zur Behandlung von Erkrankungen mit Fieber, Erkältung, nächtelangem Husten und Sonnenstich berechtigt.“

Fehlender Hinweis, dass Apotheken lediglich das Medikationsmanagement obliegt

Nachdem **Gesundheitswerbung** generell nach **strengen Maßstäben** zu beurteilen ist, gaben die Gerichte diesem Unterlassungsbegehren übereinstimmend statt: Die Werbung der Apothekerkammer vermittele den **irreführenden Gesamteindruck**, die Rolle des Arztes bei der Behandlung zu reduzieren und die Aufgabe von Apothekern über eine Beratung hinaus auf Diagnose und Behandlung von schweren Krankheiten zu erstrecken.

Irreführung von Patienten

Beim **Irreführungstatbestand des § 2 UWG** ist zu prüfen, wie ein Durchschnittsadressat die strittige Ankündigung versteht, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht und ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

OGH 28.3.2023, 4 Ob 15/23v

ARBEITSRECHT:

Sofortige einvernehmliche Auflösung statt Entlassung

Während eine **Entlassung** mitunter mit dem Risiko eines nachfolgenden Rechtsstreits verbunden ist, kann sich der Dienstgeber bei einer zustande gekommenen **einvernehmlichen Lösung** in der Regel darauf verlassen, dass diese auch tatsächlich hält.

Darf der Dienstgeber aber – zB mit der Drohung, den Dienstnehmer zu entlassen – Druck zur einvernehmlichen Vertragsbeendigung ausüben? Und ist dabei die Einbindung des Betriebsrats geboten?

Der vor einigen Monaten entschiedene Fall befasst sich mit genau diesen Fragen: **Wegen wiederholter Kundenbeschwerden** wurde gegenüber einem Dienstnehmer die **Entlassung ausgesprochen**. Auf die Frage, „wo denn sein Betriebsrat sei“, wurde dem Dienstnehmer mitgeteilt, dass bei einer Entlassung ein Betriebsrat nicht erforderlich ist.

Einvernehmliche Beendigung nach Entlassung

Nach darauf folgender Diskussion über besagte Kundenbeschwerden bot der Dienstgeber statt der Entlassung die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses (samt damit verbundenen 12 Monatsbezügen Abfertigung „alt“) an und räumte dazu dem Dienstnehmer eine **zweistündige Überlegungsfrist** ein. Nach Rücksprache mit einem Kollegen, der vormals Betriebsratsvorsitzender im Unternehmen war, willigte der Dienstnehmer dem Angebot auf einvernehmliche Vertragsbeendigung ein.



Klage auf Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarung

Später wollte sich der Mitarbeiter damit aber nicht abfinden und klagte auf Feststellung, dass sein Arbeitsvertrag noch aufrecht sei. Verlangt nämlich ein Arbeitnehmer vor Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sich mit dem Betriebsrat beraten zu wollen, so kann nach **§ 104a ArbVG** innerhalb von zwei Arbeitstagen nach diesem Verlangen keine einvernehmliche Lösung rechtswirksam vereinbart werden. Arbeitnehmer sollen so vor Übereilung geschützt werden. Damit war dem Dienstnehmer aber gegenständlich nicht geholfen, denn selbst wenn die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses wegen Übergehen des Betriebsrats unwirksam gewesen wäre, würde das nicht dazu führen, dass die ausgesprochene Entlassung (die ja nur angesichts der einvernehmlichen Vertragsbeendigung zurückgenommen wurde) wegfiel.

Der Arbeitgeber hatte auch **keinen ungerechtfertigten psychologischen Druck** auf den Dienstnehmer ausgeübt, als er die Auflösungsvereinbarung anbot und für ihre Unterfertigung nur eine sehr kurze Bedenkzeit einräumte. Entscheidend war nämlich, dass der Dienstgeber **plausible und objektiv ausreichende Gründe für einen Entlassungsausspruch** hatte, nämlich wiederholte Beschwerden von Kunden des Unternehmens.

OGH 18.12.2023, 9 Oba 56/23k

ARBEITSRECHT:

Entlassung nach heimlicher Gesprächsaufzeichnung

Eine Vorstandssekretärin einer Bank wurde zu Recht entlassen, weil sie versucht hatte, in ihrer Abwesenheit durch Liegenlassen ihres Mobiltelefons neben ihrem Bildschirm bei aktiver Tonaufnahmefunktion ein allfälliges Gespräch zwischen dem Vorstand und der Leiterin des Sekretariats, mithin ihrer Vorgesetzten, aufzunehmen.

Achtung Straftatbestand!

Nach stRsp begründet die heimliche Aufnahme eines Gesprächs durch einen Angestellten den **Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit** (vgl OGH 28.7.2021, 9 Oba 65/21f; dazu HLMK-Newsletter 2022/01). Im Unterschied zur bloßen heimlichen Aufnahme eines eigenen Gesprächs (ohne dass diese Aufnahme sodann einem Dritten zugänglich gemacht wird), ist das **heimliche Aufzeichnen eines fremden Gesprächs** auch **gerichtlich strafbar** (§ 120 Abs 1 StGB).

OGH 21.4.2023, 8 Oba 18/23i

WETTBEWERBSRECHT:

Abwerbung von Kollegen mit unlauteren Methoden

Es ist grundsätzlich keineswegs unzulässig, dass mehrere Mitarbeiter eines Unternehmens noch während aufrechten Dienstverhältnisses **planen, ein gemeinsames Konkurrenzunternehmen zu gründen** und dabei auch Arbeitskollegen anzusprechen, um diese zu einem Wechsel zu bewegen.

Abwerbung durch Vorgesetzte

Kritisch wird es allerdings dann, wenn es sich bei den Unternehmensgründern um **leitende Mitarbeiter** (Abteilungsleiter) handelt, welche vor dem Hintergrund der Gründung eines Konkurrenzunternehmens der **gesamten Belegschaft der eigenen Abteilung die Kündigung** (und damit den Wechsel zum neuen Mitbewerber) **nahellegen wollen**. Wettbewerbsrechtlich jedenfalls unzulässig ist es schließlich, wenn die Abwerbversuche mit unlauteren Methoden erfolgen.

Abwerbung durch Vortäuschung falscher Tatsachen

Im gegenständlichen Fall wurde, um Kollegen zu einem Wechsel zu bewegen, unrichtigerweise behauptet, die derzeitige Arbeitgeberin würde **in den nächsten Monaten insolvent** werden. Sittenwidrig iSd UWG ist es im Übrigen auch, wenn bei diesen konzertierten Abwerbversuchen auch redlich gewonnene Kenntnisse über Unternehmensinterna (wie etwa die Gehaltslisten sämtlicher Mitarbeiter) verwendet werden.

OGH 22.11.2022, 4 Ob 20/22b


DATENSCHUTZRECHT:
Newsletterversand nach Asset Deal?

Es ist ein Wesensmerkmal für den Asset Deal, dass materielle und immaterielle Vermögensgegenstände eines Unternehmens auf den Unternehmenserwerber übertragen werden. Letzterer verfolgt in aller Regel das Ziel, den Geschäftsbetrieb des Veräußerers zumindest teilweise fortzuführen.

Wenn nun im Zuge einer solchen Transaktion personenbezogene Daten – etwa in Form von **Kundenlisten** – übertragen werden sollen, so stellen sich regelmäßig **datenschutzrechtliche Fragen**.

Datenschutzrechtliche Rechtfertigung für die Übertragung personenbezogener Daten?

Im gegenständlichen Anlassfall hatte ein Unternehmen vom Masseverwalter einer Insolvenzgesellschaft deren Assets samt **Kundenstock und Online-Auftritt** erworben. Die Muttergesellschaft der Verkäuferin, eine Mitbewerberin des Erwerbers, wollte letzterem untersagen, mit den vormaligen Kunden der insolventen Gesellschaft über Newsletter in Kontakt zu treten.

Rechtsbruchtatbestand nach § 1 UWG?

Dabei ortete die Klägerin einen unzulässigen **Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch**, weil es der Unternehmenserwerber unterlassen hatte, die nach Ansicht des Mitbewerbers **datenschutzrechtlich gebotene Einwilligung der Kunden** zum Bezug des Newsletters des Unternehmenserwerbers einzuholen.

Wie schon im vorgelagerten Provisorialverfahren (vgl. dazu HLMK-Newsletter 2022/01) befand allerdings der OGH, dass kein Wettbewerbsverstoß vorliege, weil es aus Sicht des Unternehmenserwerbers vertretbar sei anzunehmen, dass **eine gegenüber der insolventen Gesellschaft erteilte Einwilligung zum Bezug von Werbe-Mails auch gegenüber dem Erwerber der Kundendaten gilt**.

Bedauerlicherweise verbleiben auch nach dieser höchstgerichtlichen Entscheidung datenschutzrechtliche Rechtsunsicherheiten, nachdem Kläger im gegenständlichen Verfahren nicht etwa ein vom Newsletterversand betroffener Kunde, sondern ein Mitbewerber des Unternehmenserwerbers war und die Gerichte folglich weniger datenschutzrechtliche als wettbewerbsrechtliche Fragestellungen im Fokus hatten.

OGH 31.5.2023, 4 Ob 237/22i


GEWÄHRLEISTUNGSRECHT:

Haftung für geheime Mängel trotz Besichtigungsklausel?

Der Rechtsstreit betraf den Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen wegen Baumängeln bei einer neuwertigen Wohnung. Bei der Besichtigung fiel dem späteren Erwerber die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstands nicht ins Auge.

Dies war für einen Laien auch gar nicht möglich: Ein Schrankraum war bei der Wohnungserichtung zu gering gedämmt worden. Weil dort auch eine Wärmebrücke bestand, trat in späterer Folge massiver Schimmelbefall auf.

Besichtigungsklausel im Kaufvertrag

Die vom Käufer eingeklagten Gewährleistungsansprüche wollte der Verkäufer unter Hinweis auf den im Kaufvertrag vereinbarten **Haftungsausschluss in Form einer Besichtigungsklausel** abwehren, welche wie folgt lautete:

„Der Käufer hat den Vertragsgegenstand vor Vertragsunterfertigung eingehend besichtigt und kennt daher dessen Art, Lage und äußere Beschaffenheit. Die Übergabe und Übernahme des Kaufgegenstandes erfolgt im bestehenden tatsächlichen Zustand desselben, ohne Haftung des Verkäufers für einen bestimmten Bau- oder Erhaltungszustand des Objektes oder eine sonstige bestimmte tatsächliche Eigen-



Lucas Wallner

schaft oder Beschaffenheit der Liegenschaft.“

Während das Erstgericht der Argumentation des Verkäufers (im Sinne eines vereinbarten Haftungsausschlusses) folgte, stellten die Instanzgerichte – im Einklang mit der bisherigen höchstgerichtlichen Judikatur –

fest, dass ein Haftungsausschluss mit Besichtigungsklausel nur solche Mängel erfassen kann, die bei einer **sorgfältigen Besichtigung überhaupt erkennbar** sind.

Vertragliche Gewährleistungsansprüche sind restriktiv auszulegen!

Wie der OGH festhielt, sind vertragliche Gewährleistungsansprüche nach der Absicht der Parteien und der Übung des rechtlichen Verkehrs auszulegen und **im Zweifel restriktiv** zu interpretieren.

OGH 23.5.2023, 1 Ob 79/23h

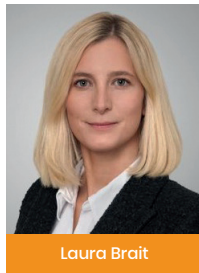
Alle den Abschluss des Gewährleistungsverzichts begleitenden Umstände müssen dabei berücksichtigt werden, und im gegenständlichen Fall wurde dem Käufer vor Vertragsabschluss in einem Exposé ein „sehr guter Zustand“ der kaufgegenständlichen Wohnung zugesichert.

In diesem Sinne wurde der vom Kläger begehrte Preisminderungsanspruch vom Obersten Gerichtshof bestätigt.

VERTRIEBSRECHT:

Zur Auslegung von Konkurrenzklauseln bei vereinbarter Exklusivität

Eine österreichische GmbH war als Vertriebspartner eines spanischen Unternehmens ein „**wechselseitig exklusives Vertragsverhältnis**“ eingegangen, dh. die österreichische Gesellschaft sollte hierzulande der einzige Vertriebspartner sein und im Gegenzug in Österreich keine Erzeugnisse von Mitbewerbern des Vertragspartners vertreiben.



Laura Brait

fürher der GmbH hätte seine Ehegattin lediglich zur Umgehung des vereinbarten Konkurrenzverbots eingesetzt – gelangte der OGH zum Ergebnis, dass sich besagtes **Wettbewerbsverbot nicht auf konkurrenzierende Tätigkeiten der (geringfügig) angestellten Ehegattin** des Geschäftsführers der österreichischen GmbH **erstreckt**: *„Bei den Vertragsparteien des Vertriebsvertrags handelt es sich um Profis ihres Geschäftszweigs, denen mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu unterstellen ist, dass sie sich bei der Abfassung der betreffenden Vertragsklausel dieses Problems bewusst waren. Es wäre ihnen ein Leichtes gewesen, eine Formulierung zu wählen, die auch sämtliche Mitarbeiter von der Konkurrenzklausel umfasst.“*

Kautelarjurisprudenz!

Auch wenn – oder gerade weil – Vertragsklauseln stets einzelfallspezifisch ausgelegt werden müssen (in ähnlichen Fällen waren in der Vergangenheit Gerichte durchaus zur Rechtsansicht gelangt, dass sich ein für eine GmbH vereinbartes Wettbewerbsverbot zumindest auch auf deren Geschäftsführer und leitende Angestellte erstreckt), bedeutet diese Judikatur für die Praxis, dass insbesondere bei der **Formulierung von Alleinvertriebsverträgen, Exklusivitätsklauseln und Konkurrenzverboten** besondere Vorsicht geboten ist.

Nachdem letzterer bemerkt hatte, dass die **Ehegattin des Geschäftsführers der österreichischen GmbH** nicht nur ebenfalls Dienstnehmerin dieser Gesellschaft war, sondern auch **Geschäftsführerin von zwei weiteren Unternehmen**, die Konkurrenzprodukte besagten spanischen Unternehmens vertreiben, kündigte der spanische Produzent den Vertriebsvertrag mit dem österreichischen Partner vorzeitig („wegen Verletzung der vereinbarten Exklusivität“) aus wichtigem Grund.

Welche Personen sind von einem Konkurrenzverbot erfasst?

Zu Unrecht, wie der Oberste Gerichtshof befand, nachdem die **Ehefrau** des Geschäftsführers der von der vorzeitigen Vertragsauflösung betroffenen GmbH bei dieser **lediglich geringfügig beschäftigt** und kein maßgeblicher Ansprechpartner für deren Kunden war.

OGH 24.5.2023, 7 Ob 20/23a

Das gegenständlich vereinbarte Konkurrenzverbot bindet nämlich nach seinem klaren und eindeutigen Wortlaut nur den Vertriebspartner, also die GmbH. Ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot käme demnach nur dann in Betracht, wenn eine **Vertragsauslegung** zum Ergebnis führen würde, dass das Wettbewerbsverbot darüber hinaus – entgegen seinem Wortlaut – auch (alle?) Mitarbeiter der GmbH umfassen soll.

Nachdem das spanische Unternehmen, das den Vertrag vorzeitig beendet hatte, keine maßgebliche Rolle der Ehegattin des Geschäftsführers in dessen GmbH beweisen konnte – geschweige denn konnte die vorgebrachte Behauptung untermauert werden, der Geschäfts-



Lösung kniffliger Fall

Mit einem Sachverhalt wie hier beschrieben hatte sich vor etwa einem Jahr der Oberste Gerichtshof zu befassen (vgl. **OGH 28.3.2023, 4 Ob 217/21x**).

Ob eine Option tatsächlich als reines Glücksgeschäft anzusehen ist (bei welchem eine Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes ausscheidet), ist stets im Einzelfall zu prüfen. Im Liegenschaftsverkehr oder in gesellschaftsrechtlichen Konstellationen steht allerdings das spekulative Element in der Regel nicht derart im Vordergrund, dass es als Hauptzweck des Vertrags angesehen werden müsste. Auch Optionsverträge sind daher regelmäßig wegen *laesio enormis* anfechtbar. Der bloße Umstand, dass mit dem Optionsvertrag auch ein gewisses Risiko verbunden ist, macht diesen noch nicht zu einem Glücksvertrag.

Nachdem nun bei Optionen die **Zeitpunkte der Einräumung der Option** einerseits und **der Ausübung der Option** andererseits regelmäßig zeitlich auseinanderfallen, wobei – wie gegenständlich – mitunter auch Zeiträume von vielen Jahren dazwischen liegen können, stellt sich bei der Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes (*laesio enormis*) in der Tat die Frage, auf welchen dieser Zeitpunkte abzustellen ist.

Das Erstgericht erachtete im gegenständlichen Verfahren den Einwand der *laesio enormis* als verfristet (verjährt). Das Berufungsgericht hingegen hielt den Einwand der *laesio enormis* für gerechtfertigt: Der Lauf der (dreijährigen) Verjährungsfrist beginne erst ab der Ausübung des Optionsrechts; außerdem seien für die Anfechtung die objektiven Werte der gegenseitigen Leistungen im Zeitpunkt der Optionsausübung von Relevanz.

Nachdem die hier strittigen Rechtsfragen in Lehre und Rechtsprechung bislang unterschiedlich beantwortet wurden, beschloss der Oberste Gerichtshof, die Entscheidung in einem **verstärkten Senat** zu fällen und gelangte dabei im Wesentlichen (anders als das Gericht in zweiter Instanz) zum (ausführlich begründeten) Ergebnis, dass sowohl für die **Prüfung des Wertverhältnisses** des im Optionsvertrag in Aussicht gestellten Kaufvertrags als auch für den **Beginn der Verjährungsfrist** auf den **Zeitpunkt der Optionseinräumung** (und nicht auf den späteren Zeitpunkt der Optionsausübung) abzustellen ist. Nachträgliche Entwicklungen sind daher in diesem Sinne für die Wertermittlung irrelevant.

B konnte folglich die Liegenschaft zum seinerzeit günstig festgesetzten Kaufpreis (ohne Anfechtungsmöglichkeit des A) erwerben.

WETTBEWERBSRECHT:

Unlautere Spitzenstellungswerbung in Job-Annoncen auf Social Media

Ein Unternehmen hatte auf **LinkedIn** und **Facebook** mehrere Stellenausschreibungen gepostet, die Aussagen beinhalteten wie: „Wir sind Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik.“

Infolge entsprechender Unterlassungsklage eines Mitbewerbers – offenbar bestand die behauptete Spitzenstellung nicht zurecht bzw war diese zumindest fraglich – befand der OGH, dass **Job-Annoncen** auf Social Media-Plattformen und die dort getätigten Aussagen „im geschäftlichen Verkehr“ erfolgen.

Wettbewerbsverhältnis?

Nicht nur Arbeitnehmer sollen nämlich nach Ansicht des OGH mit derartigen Formulierungen angesprochen werden, um zum inserierenden Unternehmen zu wechseln; auch potentielle Kunden können sich schließlich aufgrund der behaupteten Spitzenstellung dadurch veranlasst sehen, sich mit den Angeboten des betreffenden Unternehmens zu befassen. **Mitbewerber** sind folglich berechtigt, **wettbewerbsrechtlich** gegen entsprechend unrichtige Aussagen vorzugehen.

OGH 25.4.2023, 4 Ob 223/22f

ARBEITSRECHT:

Verschlechternde Versetzung durch eingeschränkte Homeoffice-Möglichkeit

Ist mit der Versetzung eines Dienstnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz eine **Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen** verbunden, so braucht es dazu die **Zustimmung des Betriebsrats** (§ 101 ArbVG).

Kläger war gegenständlich ein Vertragsbediensteter des Landes OÖ und nach dem Oberösterreichischen Gemeindebediensteten-ZuweisungsG einer GmbH zugewiesen worden, die ihm die Möglichkeit eingeräumt hatte, **80% der Arbeitszeit im Homeoffice** verbringen zu können. Sodann wurde er einem anderen Unternehmen des Landes zugewiesen, wo er allerdings nur mehr in geringerem Ausmaß von zu Hause aus arbeiten konnte.

Der Vertragsbedienstete erblickte darin eine **verschlechternde Versetzung**, und letztlich OGH stellte auch fest, dass nach § 101 ArbVG bei der Prüfung, ob der vorgesehene neue Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer ungünstiger als der bisherige ist, auch die **Möglichkeit zum Homeoffice** berücksichtigt werden muss.

OGH 3.8.2023, 8 ObA 27/23p


VERBRAUCHERSCHUTZRECHT:

Keine Anwendung dispositiven Rechts bei Klauselnichtigkeit!

Der Käufer einer Einbauküche war vom Kaufvertrag zurückgetreten, obwohl er dazu nicht berechtigt war. Dadurch entstand dem Verkäufer – einem Einrichtungstudio in Form einer GmbH – ein Schaden, den der Käufer – ein Verbraucher – gemäß den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen hätte tragen müssen. Rein nach dem Gesetz wäre also gegenständlich dem Unternehmer gegenüber dem Verbraucher ein **Schadenersatzanspruch auf Grundlage von § 921 ABGB** zugestanden.

Letztlich fatal für den Unternehmer erwiesen sich jedoch dessen **Allgemeine Geschäftsbedingungen**, welche – vermeintlich „vorsichtshalber“ – für den Fall eines unberechtigten Vertragsrücktritts nach Wahl des Verkäufers **entweder eine Pönale iHv 20% des Rechnungsbetrags oder alternativ Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens** vorsahen. Eine solche Vertragsbestimmung kann zwar im B2B-Geschäft vereinbart werden, nicht aber ist diese AGB-Klausel bei Geschäften mit Verbrauchern zulässig (vgl § 1336 Abs 3 ABGB).

Der Verkäufer stützte daher sein Schadenersatzbegehren in der Folge nicht auf die vereinbarte (nichtige) AGB-Klausel, sondern verlangte Ersatz auf **Grundlage des gesetzlichen Schadenersatzrechts**.

EuGH 8.12.2022, C-625/21

Die Gerichte in erster und zweiter Instanz entschieden den Rechtsstreit unterschiedlich, und auch der OGH hatte – va-

angesichts europarechtlicher Vorjudikatur (vgl EuGH C-229/19 und C-289/19) – seine Zweifel und legte daher den Fall dem **Europäischen Gerichtshof** vor. Dieser traf sodann, für viele unerwartet, eine durchaus weitreichende Entscheidung: Wenn wie im vorliegenden Fall eine vertraglich, in concreto in Allgemeinen Geschäftsbedingungen **vereinbarte Schadenersatzklausel nichtig** ist, dann kann sich der AGB-Verwender **nicht (hilfsweise) auf das gesetzliche Schadenersatzrecht berufen**. Der Verkäufer bekam daher seinen Schaden gar nicht ersetzt.

EuGH: Generalprävention!

Anders als der OGH in dessen Vorlage an den EuGH („billiger Interessenausgleich trotz Klauselnichtigkeit“) möchte der EuGH mit dieser Judikaturlinie Unternehmer von der Verwendung rechtswidriger Klauseln bewusst abschrecken. So rechtfertigt er seine viel diskutierte Entscheidung damit, dass sich der Unternehmer, der „das vertragliche Gleichgewicht durch Auferlegung einer missbräuchlichen Klausel gestört hat, nicht auf dieses Gleichgewicht berufen kann, um den Folgen der Ungültigerklärung dieser Klausel zu entgehen.“ **Wer also das Gleichgewicht stört, indem er ein Ungleichgewicht zu seinen Gunsten herbeizuführen versucht, bekommt als Sanktion ein Ungleichgewicht zu seinen Ungunsten.**

Für Unternehmer empfiehlt es sich daher im Verbrauchergeschäft, die in Verwendung befindlichen AGBs genau und kritisch zu überprüfen.

DAS LETZTE:

Schlägerei unter Busfahrern

Der gegenständlichen arbeitsrechtlichen Causa – ein Dienstnehmer wollte die ihm gegenüber **ausgesprochene Entlassung als „unbegründet“ anfechten** – lag schon eine gewisse Vorgeschichte zugrunde. Wegen bestehender „persönlicher Differenzen“ zwischen zwei Autobuslenkern eines lokalen Vorarlberger Verkehrsbetriebs waren die beiden Mitarbeiter von der Geschäftsleitung des Unternehmens bereits **wiederholt aufgefordert worden, interne Streitigkeiten, insbesondere auch verbale Auseinandersetzungen zu unterlassen**. Mit entsprechender Dienstzeitplanung hatte man schon darauf geachtet, dass sich die beiden im Unternehmen nicht persönlich antreffen.

Nicht auf diese Weise konnte allerdings verhindert werden, dass einer der beiden Herren außerhalb seiner Dienstzeit als Fahrgast eines Tages ausgerechnet denjenigen Autobus benutzen musste, der vom unliebsamen Arbeitskollegen gelenkt wurde.

Als der Chauffeur bemerkte, dass sein Kollege den Bus durch die hintere Türe betreten und sich daraufhin **wort- und großlos** auf den ersten Sitz nach dem hinteren Eingang gesetzt hatte, mahnte er auch schon die von ihm vermisste kollegiale Begrüßung ein, indem er durch den Bus nach hinten rief: „Normalerweise sagt man guten Morgen oder Griaß di!“

Kein freundlicher Gruß im „Wilden Westen“ des Landes

Der Kollege blieb jedoch stumm auf seinem Platz sitzen. Als er schließlich einige Stationen später den Bus durch die hintere Türe wieder verlassen wollte, weigerte sich der Fahrer, die Türe zu öffnen und



gemahnte neuerlich: „Du Trottel musst erst guten Morgen sagen!“

Anstatt des kollegialer eingeforderten freundlichen Morgengrußes hinterfragte nun der Fahrgast mit zwar knappen, doch griffigen Worten („Willst Probleme?“) das Verhalten des Buslenkers, schoss – „wie ein Kugelblitz“, wie der Fahrer später im Gerichtsverfahren zu Protokoll gab – nach vor und begann, auf diesen einzuschlagen.

Den gerichtlichen Feststellungen zufolge blieb es demnach nicht bei bloßen Beschimpfungen. Die beiden Kontrahenten prügeln und würgten sich im Autobus mehrere Minuten lang derart, dass beide nicht unerhebliche Verletzungen davontrugen. Nachdem der Fahrer letztlich die Oberhand gewonnen und den verletzten Passagier samt Tasche aus dem Autobus geworfen hatte, suchten die beiden Herren noch am gleichen Tag – unabhängig voneinander und von ihrer Auseinandersetzung sichtlich gezeichnet (Hämatome im Gesicht, eingerissenes Ohr, Würgemale, etc) – ihren Dienstgeber auf und beschwerten sich über das **untragbare Verhalten des jeweiligen Kollegen**.

OLG Innsbruck 27.7.2023, 13 Ra 21/23w

Der Arbeitgeber sprach hierauf gegenüber beiden Dienstnehmern die **Entlassung** aus, welche der Busfahrer als **unbegründet gerichtlich anzufechten** versuchte. Allerdings insofern erfolglos, weil weder das LG Feldkirch noch das OLG Innsbruck der **Argumentation des Klägers** folgen wollte, wonach es sich bei den lautstarken verbalen Beschimpfungen um **bloße milieubedingte Unmutsäußerungen** gehandelt und die **körperliche Auseinandersetzung** („nicht der Rede wert!“) ohnehin **lediglich wenige Minuten** gedauert hätte.

Kein „übliches Verhalten im Busfahrermilieu“

Vielmehr hatte der Kläger den **Entlassungstatbestand der „Vertrauenswürdigkeit“** in dem Sinn bewirkt, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eines derart aggressiven Mitarbeiters als Buslenker – und damit zwangsläufig mit Kontakt zu anderen Mitarbeitern sowie auch Fahrgästen – nicht länger zugemutet werden kann.



HLMK INTERN:

Neu im Juristenteam von HLMK!

Seit August 2023 verstärkt Herr **Lucas Wallner, LL.M. (WU)** – nach Absolvierung des „Gerichtsjahres“ – als Rechtsanwaltsanwärter das Juristenteam von HLMK. Lucas Wallner hat an der WU Wien **Wirtschaftsrecht** studiert und war bereits seit September 2020 studentischer Mitarbeiter in unserer Kanzlei.

Wir freuen uns auf eine (weiterhin) gute Zusammenarbeit!

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch Rechtsanwältinnen 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.

