



NEWSLETTER 01|2017

INHALT

- 01 Stürmische Zeiten
- 02 Gewerberecht: Verwaltungsstrafe für veralteten Eintrag im Firmenbuch!
- 02 Reiseveranstaltungsvertrag: Muss man in Italien ständig mit Einbruchsdiebstahl rechnen?
- 03 Neuerung im Exekutionsrecht: Europäische Kontenpfändungsverordnung
- 03 Der knifflige Fall
- 04 GmbH-Recht: Gewinn darf alinear verteilt werden!
- 04 GmbH-Recht: Keine Notariatsaktpflicht bei Verzicht auf Vorkaufsrecht
- 04 Aktienrecht: Grundsatz der Vollausschüttung des Bilanzgewinns
- 05 GmbH (AG) & Co KG: Geschäftsführerhaftung infolge Einlagenrückgewähr
- 05 Literaturempfehlung: GmbH & Co KG
- 05 Privatstiftungsrecht: Abberufung des Stiftungsvorstands bei massiver Interessenkollision
- 06 Arbeitsrecht: Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
- 06 Lösung: Der knifflige Fall
- 07 GmbH Recht: Grenzen der Geschäftsführerhaftung
- 07 Europäisches LKW-Kartell: Prozesschancen und Risiken
- 07 Wettbewerbsrecht: Hotelname „Kitzbühel“ in St. Johann / Tirol
- 08 Zivilrecht: Die Sicherungsmöglichkeit des Werkunternehmers gegen säumige Bauherren – nachgeschärft!
- 08 Personengesellschaftsrecht: Ausschluss eines OG-Gesellschafters aus wichtigem Grund
- 09 Relaunch: HLMK Website
- 09 Impressum
- 09 „Das Letzte“: Schlafende Richter

Stürmische Zeiten

„Mir bleibt auch nichts erspart.“
Franz Joseph I. von Habsburg-Lothringen
(Kaiser von Österreich 1848 - 1916)

Donald Trump ist also nun Präsident der USA. Die Briten wollen die EU verlassen. **Welche Rechtsfolgen zieht der Brexit nach sich?** Gilt für britische Gesellschaften bald wieder die Sitztheorie des § 10 IPRG und **verlieren** damit **in England errichtete Limiteds**, die ihren tatsächlichen Sitz der Geschäftsführung („Verwaltungssitz“) außerhalb des Vereinigten Königreichs haben, in Österreich **ihre Anerkennung als Rechtsperson?** Haf-ten demnach Unternehmer, die sich – zur Vermeidung der bei der österreichischen GmbH geltenden Kapitalaufbringungs-vorschriften – für ihre geschäftlichen Akti-vitäten hierzulande (zulässigerweise) für die Gesellschaftsform der Limited entschieden haben, bald als Gesellschafter persönlich und unbeschränkt? Können **Urteile eng-lischer Gerichte** künftighin **in Öster-reich nicht mehr vollstreckt werden?** Was ist aber dann mit Gerichtsstandsklau-seln in (internationalen) Verträgen, welche die ausschließliche Zuständigkeit der eng-lischen Gerichte vorsehen?

Fragen über Fragen. Aus dem Blickwinkel des Wirtschaftsrechts offenbar einzige Kon-stante in diesen stürmischen Zeiten ist das

umtriebige Agieren des österreichischen Gesetzgebers. Auch am Umstand, dass wir laufend mit neuen, durchaus spannenden höchstgerichtlichen Entscheidungen kon-frontiert werden, hat sich nichts geändert – und wird sich wohl nichts ändern.

In diesem Sinne bieten wir Ihnen mit die-sem Newsletter wie immer einen mög-lichst breiten Einblick in die weite Welt des Wirtschaftsrechts, sozusagen einen aktuellen **Überblick von A (wie Arbeits-recht) bis Z (wie Zivilprozessrecht)**.

Die für Sie ausgewählten und aufbereite-ten Gerichtsentscheidungen befassen sich in concreto insbesondere mit Themen des Gesellschafts- und Stiftungsrechts, des Da-tenschutzrechts und Wettbewerbsrechts, ebenso werden gewerberechtliche Fragen und kartellrechtliche Probleme beleuchtet.

Wir wünschen viel Spaß beim Schmökern und hoffen, dass der eine oder andere Bei-trag auf Ihr Interesse stößt!

Gerhard Hochedlinger | Wolfgang Luschin
Johannes Marenzi | Ingo Kapsch
Michael Haiml



Reiseveranstaltungsvertrag:

Muss man in Italien ständig mit Einbruchsdiebstahl rechnen?

Dem vom Handelsgericht Wien als Berufungsgericht entschiedenen Rechtsstreit lag ein Reisegepäcksdiebstahl aus einem versperrten Autobus zugrunde.

Das Gericht hielt dazu fest, dass die **Verwahrung des Reisegepäckes während einer Stadtbesichtigung** zwar zur vertraglichen Nebenpflicht des Reiseveranstalters gehört; es würde aber die Verpflichtung des Verwahrers überspannen, wenn ein Busfahrer ständig und ohne Unterbrechung beim Reisebus zwecks Überwachung des darin versperrten Gepäcks bleiben müsste.

Das **Maß der vom Verwahrer anzuwendenden Sorgfalt** bestimmt sich stets nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Die vom Kläger vorgetragene „allgemeine Lebenserfahrung, wonach davon auszugehen ist, dass in Italien, besonders in Rom, derartige Einbruchsdiebstähle regelmäßig passieren“, wollte das Handelsgericht Wien nicht teilen.

Weil der Busfahrer die Örtlichkeit, an der er in Rom parkte, kannte und es bei früheren Aufenthalten niemals zu Diebstählen gekommen war, war er nicht verhalten, besondere Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen (HG Wien 18.4.2016, 60 R 19/16y).



Gewerberecht:

Verwaltungsstrafe für veralteten Eintrag im Firmenbuch!

Ein Unternehmer, der jahrelang in der Rechtsform der GmbH als Immobilienmakler tätig war, legte im Jahr 2007 die entsprechende Gewerbeberechtigung zurück. Seither ist die Gesellschaft nicht mehr in dieser Branche tätig. Nicht geändert wurde allerdings der im **Firmenbuch** (in der Regel freiwillig) vorgenommene **Eintrag zum Geschäftszweig**, der gegenständlich auf „An- und Verkauf von Liegenschaften“ lautete.

Strafe der Gewerbebehörde wegen unrichtigem Firmenbucheintrag

Dies nahm die **Gewerbebehörde** zum Anlass, um über den Geschäftsführer eine Geldstrafe in Höhe von € 500 zu verhängen, weil gemäß § 1 Abs 4 GewO nicht nur das Ausüben, sondern auch das (öffentliche) **Anbieten einer den Gegenstand eines**



Wolfgang Luschin

Gewerbes bildenden Tätigkeit ohne einschlägige Gewerbeberechtigung untersagt ist.

VwGH 23.11.2016, Ra 2016/04/0098

Der vom Unternehmer angerufene VwGH bestätigte die Rechtsansicht, dass der entsprechende

– (nunmehr) unrichtige – **Firmenbucheintrag einem „Anbieten“ im Sinne des § 1 Abs 4 GewO gleichzuhalten** ist. Auf die Absicht des Anbietenden, der gegenständlich unstrittig keineswegs Kunden für dieses Gewerbe anlocken wollte, kommt es dabei nicht an.

Wer demnach mehrere Gewerbeberechtigungen hat und eine davon zurücklegt, sollte sich vergewissern, ob nicht ein bei seinem Unternehmen im Firmenbuch eingetragener Geschäftszweig richtiggestellt werden muss.



Neuerung im Exekutionsrecht:

Europäische Kontenpfändungsverordnung

Seit **18.1.2017** ist die Europäische Kontenpfändungsverordnung (VO Nr. 655/2014) EU-weit (mit Ausnahme von Dänemark und dem Vereinigten Königreich) anwendbar. Sie gibt Gläubigern ein Verfahren zur Hand, mit dem diese eine **vorläufige Pfändung von ausländischen Bankkonten** ihrer Schuldner erwirken können.

Dieses vollkommen neue Verfahren ist dem eigentlichen Exekutionsverfahren vorgelagert. Es soll im Wege einer Kontosperrung verhindern, dass der Schuldner sein Bankkonto noch vor Einleitung eines Exekutionsverfahrens räumen kann.

Voraussetzungen

Anwendungsvoraussetzung für diese EU-Verordnung ist ein **grenzüberschreitender Sachverhalt**. Dieser liegt vor, wenn das zu pfändende Konto in einem anderen Mitgliedstaat geführt wird als in jenem des angerufenen Gerichts oder des Gläubigerwohnsitzes. Die vorläufige Kontopfändung kann zur Sicherung von **Geldforderungen** erfolgen, die fällig oder bereits gerichtlich einklagbar sind.

Verfahrensablauf

Der Kontopfändungsbeschluss wird über Antrag des Gläubigers – ohne dass zuvor der Schuldner gehört wird! – von den Gerichten des Mitgliedsstaates erlassen, die



Paul Höntsch

für die Hauptsache zuständig sind. Der Antrag hat auch die kontoführende Bank zu benennen; bei Unkenntnis darüber kann unter bestimmten Voraussetzungen die Einholung dieser Information beantragt werden.

Der antragstellende Gläubiger hat darzulegen, dass und warum eine solche Kontenpfändung geboten ist, etwa weil ansonsten **Gefahr** bestünde, dass **ein späteres Exekutionsverfahren unmöglich oder sehr erschwert wird**. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es bereits Hinweise gibt, dass der betreffende Schuldner Vermögenswerte verschleiert, vernichtet oder verschleudert.

Kontenpfändung ohne Titel möglich!

Beantragt der Gläubiger die Kontopfändung noch bevor er einen Exekutionstitel (Urteil, gerichtlicher Vergleich, etc) gegen den Schuldner erwirkt hat, muss er außerdem darlegen, wieso er in der Hauptsache voraussichtlich obsiegen wird.

Rasches Verfahren

Das Gericht entscheidet **binnen weniger Tage** über den Antrag und stellt die Entscheidung dem Gläubiger – nicht aber auch dem Schuldner! – sowie den Vollstreckungsbehörden des Mitgliedstaats zu, in dem das zu pfändende Konto geführt wird. In weiterer Folge hat die Bank das Konto vorläufig zu pfänden, dh über das Konto ein **Auszahlungs- und Überweisungsverbot** zu verhängen.

Aus Gläubigersicht ist die neue Kontenpfändungs-VO durchaus zu begrüßen. Bei Vorliegen aller Voraussetzungen können nun Gläubiger ihren Schuldnern rasch die Verfügungsmacht über Konten entziehen. Da der Schuldner vor Erlassung des Beschlusses nicht gehört wird, ist ein **Überraschungseffekt** in hohem Ausmaß gegeben. Allerdings stellt die fehlende Äußerungsmöglichkeit des Schuldners einen nicht unbeträchtlichen Einschnitt in dessen Interessen dar.



Der knifflige Fall

Herr Schneidig, der sich selbst als „technikaffinen und sportlichen Autofahrer“ bezeichnet, erwägt, nach einigen schlechten Erfahrungen mit der Beweiswürdigung von Gerichten nach Verkehrsunfällen, in welche Herr Schneidig verwickelt war, **in seinem Auto eine sogenannte Dashcam zu installieren**. Mit einer solchen Kamera sollen die Bereiche vor und hinter dem Fahrzeug laufend gefilmt werden, sodass Herr Schneidig beim nächsten Zivilprozess über ihn entlastendes Beweismaterial zur Schuldfrage bei einem Verkehrsunfall verfügt.

Weil ihm zu Ohren gekommen ist, dass eine solche **Videoüberwachung datenschutzrechtlich nicht unproblematisch** ist, wählt er ein im Handel erhältliches Dashcam-System, bei dem Kameras im Auto die Bereiche um das Fahrzeug zwar automatisch und durchgehend aufzeichnen, das Bildmaterial in einem eingebauten Chip aber lediglich zwischengespeichert wird und die Aufnahmen nach 60 Sekunden wieder überschrieben werden. Eine dauerhafte Speicherung erfolgt nur im Ausnahmefall bei starker Erschütterung (etwa bei einem Verkehrsunfall) oder durch Betätigen eines eingebauten „SOS-Button“.

Sodann meldet Herr Schneidig diese Datenanwendung mit der Bezeichnung „Beweissicherung bei Verkehrsunfällen“ beim Datenverarbeitungsregister der Datenschutzbehörde.

Wie wird die Behörde entscheiden?

Lösung Seite 6!





Aktienrecht:

Grundsatz der Vollausschüttung des Bilanzgewinns

Gemäß **§ 104 Abs 4 AktG** ist bei der Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns die Hauptversammlung an den vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabschluss gebunden. Die **Hauptversammlung** kann jedoch „den **Bilanzgewinn** ganz oder teilweise **von der Verteilung ausschließen, soweit sie aufgrund der Satzung hierzu ermächtigt** ist.“

Der OGH hat dazu kürzlich festgehalten, dass eine **Satzungsbestimmung**, welche im Wesentlichen **bloß den Wortlaut des § 104 Abs 4 AktG wiedergibt** oder auf diesen verweist, **keine solche ausreichende Ermächtigung** der Hauptversammlung darstellt. Dann aber ist der Bilanzgewinn grundsätzlich voll auszuschütten. Auch Kleinaktionäre haben in diesem Sinne einen Anspruch auf Ausschüttung des ihnen zustehenden Gewinnanteils und sind nicht verpflichtet, ihr Stimmrecht allein zum Wohl der Gesellschaft auszuüben.

Damit überträgt der OGH seine zur GmbH entwickelte minderheitsfreundliche Rechtsprechung (vgl OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12 t; näher dazu HLMK-Newsletter 2013/02) zur – sehr eingeschränkten – Treuepflicht bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung auf die Aktiengesellschaft.

OGH 24.10.2016, 6 Ob 169/16w

GmbH-Recht:

Keine Notariatsaktpflicht bei Verzicht auf Vorkaufsrecht

Eine Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils bedarf in aller Regel der Form des Notariatsaktes. Zweck des Formgebots des **§ 76 Abs 2 GmbHG** liegt in der Immobilisierung der Anteile, dem Übereilungsschutz des Erwerbers sowie der Beweissicherung. Diese Aspekte kommen nicht zum Tragen, wenn ein Angebot auf Übertragung eines Geschäftsanteils abgelehnt wird. Der **Verzicht auf Ansprüche aus einem Abtretungsangebot** – wie etwa bei Vorkaufsrechten der Fall – ist, wie der OGH kürzlich erfreulicherweise im Sinne der herrschenden Lehre und gängigen Praxis festgestellt hat, **formfrei** möglich.

OGH 29.11.2016, 6 Ob 214/16p



GmbH-Recht:

Gewinn darf alinear verteilt werden!

Vor einigen Monaten hatte sich der OGH mit der (von den Vorinstanzen abgelehnten) Änderung eines Gesellschaftsvertrags zu befassen, wobei insbesondere die **Bestimmungen über die Gewinnverwendung** (dh zur Frage, ob der Bilanzgewinn ausgeschüttet wird oder nicht) sowie zur **Gewinnverteilung** (dh zur Frage, welcher Gesellschafter welchen Gewinnanteil erhält) änderungsgegenständig waren.



Im Sinne der hA hielt der OGH eine Regelung, wonach die Generalversammlung (mehrheitlich) über „die Verwendung eines allfälligen bilanzmäßigen Reingewinns“ zu beschließen hat, für zulässig.

Gleiches galt für die im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung, dass die Verteilung des Bilanzgewinns grundsätzlich im Verhältnis der geleisteten Stammeinlagen erfolgt, jedoch die Generalversammlung **einstimmig** etwas anderes, mithin eine **alineare Gewinnverteilung** beschließen kann.

Manche Fragen bleiben offen

Zwar führte der OGH unter Verweis auf **§ 82 Abs 2 GmbHG** aus, dass „der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich jede davon abweichende Regelung treffen kann, soweit sie nicht sittenwidrig ist.“ Ob das aber auch bedeutet, dass auch ein Mehrheitsbeschluss für alineare Gewinnverteilungen vorgesehen werden kann, wurde leider ebenso wenig abschließend geklärt wie die Frage, ob alineare Gewinnverteilungen auch ohne Grundlage im Gesellschaftsvertrag (einstimmig) beschlossen werden dürfen.

OGH 30.8.2016, 8 Ob 62/16z

GmbH (AG) & Co KG:

Geschäftsführerhaftung infolge Einlagenrückgewähr

Kapitalgesellschaften zeichnen sich in Österreich durch ein strenges Regime der Kapitalaufbringung (Mindeststamm- bzw Mindestgrundkapital, Gründungsprüfung bei Sacheinlagen, etc) aus. Diesen Regeln zur Kapitalaufbringung folgen ebenso strenge Regeln der **Kapitaler-**



Gerhard Hochedlinger

**OGH 30.8.2016,
6 Ob 198/15h**

Dabei ging das Höchstgericht auch auf eine Reihe an haftungsrechtlich interessanten Fragen ein. Der Entscheidung lag nämlich eine komplizierte Umgründung zugrunde, welche von den Gerichten im Ergebnis als Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot gewertet wurde.

**Persönliche
Geschäftsführerhaftung!**

Die beklagten Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft waren nun, wie der OGH konzidierte, „keine Juristen und schon gar nicht Rechtsanwälte oder Notare, im Hinblick auf **§ 25 GmbHG** haften sie dennoch für die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns**“ (uzw nicht nur gegenüber der Komplementär-GmbH, sondern auch gegenüber der Kommanditgesellschaft; vgl OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p). Bei Umstrukturierungen der vorliegenden Größenordnung sind daher „regelmäßig spezialisierte Berater beizuziehen, um eine gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten.“

Genau dies hatten die beklagten Geschäftsführer nach deren Vorbringen auch getan. Sie hatten sich „auf interne und externe sachkundige Berater (Notar, Steuerberater, Leiter der Rechtsabteilung des Konzerns) gestützt und außerdem ein **Sachverständigengutachten** einer ausgewiesenen Expertin im Bereich des Gesellschaftsrechts und von Umstrukturierungen“ eingeholt, weswegen allenfalls ein nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum vorliege.

Zur Seriosität von Rechtsgutachten

Der OGH indes zerpflückte die Kompetenz der (angeblich) involvierten Berater und wies darauf hin, dass **bloße Gefälligkeitsgutachten naturgemäß nicht exkulpieren**, wobei, wie das Gericht wörtlich ausführte, „eine (extrem geringe oder auffallend hohe) Höhe des Honorars ein Indiz für mangelnde Seriosität des Beraters sein kann.“

haltung. In diesem Sinne darf zwar der Geschäftsführer einer GmbH bzw der Vorstand einer AG sehr wohl das von den Eigentümern der Gesellschaft aufgebraachte Kapital für den laufenden Geschäftsbetrieb verwenden, nicht jedoch dürfen Gelder des Unternehmens – außer im Falle von Gewinnausschüttungen – den Gesellschaftern zurückbezahlt werden.

„Verdeckte Gewinnausschüttungen“

Scheinkonstruktionen, mit denen Gesellschaftern abseits von Gewinnausschüttungen Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt werden, sind nichtig und können auch strafrechtlich von Relevanz sein. Die Geschäftsführer haben für die Rückzahlung solcher „verdeckter Gewinnausschüttungen“ einzustehen, und zwar auch dann, wenn eine derartige Einlagenrückgewähr nicht vorsätzlich, sondern bloß fahrlässig erfolgt.

Im Jahr 2008 hielt der OGH in einer für die **GmbH & Co KG** folgenschweren Entscheidung fest, dass dieses Verbot der Einlagenrückgewähr auch für Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter gilt. Garantierte jährliche Mindestausschüttungen und vereinbarte Mindestabschichtungen, wie sie früher insbesondere bei Publikumsgesellschaften oft vereinbart wurden, sind daher in diesem Sinne – auch für die Kommanditisten der KG – unzulässig (OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p).

Diese – unter Rechtsexperten viel diskutierte und keineswegs unumstrittene – Entscheidung wurde nun vom OGH bekräftigt.

**Literaturempfehlung:
GmbH & Co KG**

Bereits in **zweiter Auflage** ist im Laufe des letzten Jahres die Gedenkschrift für *W.-D. Arnold* erschienen, welche sich umfassend mit der komplexen Thematik der GmbH & Co KG auseinandersetzt.

Als einer von mehr als 20 Autoren befasst sich **Gerhard Hochedlinger** in einem sehr ausführlichen Beitrag („**Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG?**“) insbesondere mit der Problematik, ob bzw allenfalls unter welchen Voraussetzungen die vom OGH für die GmbH & Co KG analog angewendeten Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts auch für (atypisch) stille Beteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten.

Will man diese Frage bejahen, dann ist auch bei stillen GmbH-Beteiligungen va bei garantierten Mindestverzinsungen und Zusagen zu Mindestabschichtungen höchste Vorsicht geboten. Auch die Notwendigkeit eines Gläubigeraufgebotsverfahrens bei Beendigung der stillen Gesellschaft wird in diesem Zusammenhang (kritisch) beleuchtet.



Privatstiftungsrecht:

Abberufung des Stiftungsvorstands bei massiver Interessenkollision

Mitglieder des Stiftungsvorstands können nach § 27 PSG auf Antrag ebenso wie von Amts wegen aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden.

Im entscheidungsgegenständlichen Fall hatten die Mitglieder des Stiftungsvorstands beträchtliche **Vermögenswerte aus der Stiftung in eine (Tochter-)Gesellschaft ausgegliedert** und sich dort selbst – mit sehr hohen Bezügen! – zu Geschäftsführern bestellt. Die von dieser Gesellschaft erzielten Einnahmen wurden dadurch fast zur Gänze aufgezehrt, wodurch der Stiftung keine Gewinne ausgeschüttet werden konnten und die Begünstigten der Stiftung keine Zuwendungen erhielten.

Nun ist eine (auch entgeltliche) **Tätigkeit von Mitgliedern des Stiftungsvorstands für Tochterunternehmen der Stiftung** nicht per se unzulässig; weil aber im konkreten Fall einige Umstände der vorgenommenen Ausgliederung vom Stiftungsvorstand nicht plausibel darlegt werden konnten – insbesondere nicht die **unüblich hohen Geschäftsführergehälter** – wurde der Vorstand vom Gericht wegen evidenten Interessenkollision aus wichtigem Grund abberufen.

OGH 27.9.2016, 6 Ob 145/16s

Lösung: Der knifflige Fall

Dashboard-Cams als Beweismittel bei Verkehrsunfällen sind zwar in vielen Ländern üblich, in Österreich hat allerdings, soweit ersichtlich, die Datenschutzbehörde deren Verwendung bis dato stets schon deswegen untersagt, weil Private grundsätzlich nur jene Bereiche überwachen dürfen, an denen ihnen ein hausrechtsähnliches Verfügungsrecht zukommt, wie zB im eigenen Haus oder im eigenen Garten der Fall. An öffentlichen Orten wären demgegenüber nur die Sicherheitsbehörden zur Durchführung von Videoüberwachung berechtigt.

Der **VwGH** hielt hingegen kürzlich fest, dass eine private Überwachung des öffentlichen Raums nicht per se ausgeschlossen ist; allerdings muss zum einen ein Erlaubnistatbestand zu § 50a Abs 3 oder 4 DSG gegeben sein und überdies die konkrete **Ausgestaltung der Überwachung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen**.

Letzteres wurde im vorliegenden Fall vom Höchstgericht deswegen verneint, weil beim gewählten Dashcam-Modell eine **dauerhafte Speicherung von Bilddaten auch durch das Auslösen eines sogenannten „SOS-Buttons“** (welcher jederzeit und somit offenbar ohne Einschränkungen betätigt werden kann) **erfolgen kann** (VwGH 12.9.2016, Ro 2015/04/0011).

Dieses datenschutzrechtliche Verbot steht aber in der Praxis einer Verwertung eines allenfalls dennoch gewonnenen, allerdings mit dem Risiko einer Verwaltungsstrafe verbundenen Bildmaterials in Zivilprozessen nicht entgegen, zumal sich die Zivilgerichte in der Regel nicht mit der Zulässigkeit der Gewinnung dieses Beweismaterials auseinandersetzen.



Arbeitsrecht:

Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz

Am 1.1.2017 ist das **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)** in Kraft getreten, welches, etwas vereinfacht dargestellt, das Regelungsziel verfolgt, durch Festlegung arbeitsrechtlicher Mindestansprüche von grenzüberschreitend entsendeten bzw.



Michael Haiml

überlassenen Arbeitnehmern einen fairen Wettbewerb mit Inländern sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Ziels werden Arbeitgebern ohne Sitz in Österreich vor und während der Dauer des grenzüberschreitenden Arbeitseinsatzes **weitreichende Melde- und Informationspflichten** auferlegt, verbunden mit der Verpflichtung zur Bereithaltung entsprechender Unterlagen und Genehmigungen.

Neue Melde- und Informationspflichten

Verstöße gegen diese gesetzlichen Pflichten sind mit **Verwaltungsstrafen in empfindlicher Höhe** bedroht. So bewegt sich der Strafrahmen für unterlassene Meldungen bzw vorschriftswidrig nicht bereit gehaltene Unterlagen bei € 1.000 bis € 10.000, im Wiederholungsfall bei bis zu € 50.000. Pro betroffenem Arbeitnehmer wohl gemerkt!

Empfindliche Sanktionen bei Unterentlohnung

Die Bestimmungen des LSD-BG sind aber auch für ausschließlich im Inland agierende Unternehmen von Relevanz. Stellt etwa die Gebietskrankenkasse

im Rahmen der behördlichen Lohnkontrolle eine **Unterentlohnung** fest, droht als Konsequenz nicht bloß die Verpflichtung zur Entgeltnachzahlung an den Dienstnehmer; vielmehr kann darüber hinaus ein **Verwaltungsstrafverfahren** eingeleitet werden.

Sonderbestimmungen für Konzerne

Für Entsendungen innerhalb von Konzernen wurden bereits bestehende Ausnahmeregelungen erweitert. Die bisher zu beachtende Mindestfrist von einer Woche vor Arbeitsaufnahme für die Erstattung der sog. ZKO 3- und ZKO 4-Meldungen entfällt. Auch die formellen Anforderungen für die Bereithaltung erforderlicher Unterlagen wurden gemindert.

Vorsicht bei „Bauherrenhaftung“!

Besondere Erwähnung verdient schließlich die neue Auftraggeberhaftung im Baubereich, die der **Absicherung von Lohnansprüchen** von grenzüberschreitend entsandten oder überlassenen Arbeitnehmern dienen soll. Diese „Bauherrenhaftung“ kann im Übrigen nicht nur kommerzielle Bauherren, sondern unter Umständen **auch private Häuslbauer** treffen, die im Falle erkennbarer Unterentlohnung von den eingesetzten ausländischen Arbeitnehmern direkt in Anspruch genommen werden können. Eine „unkritische“ Beauftragung eines vermeintlich billigen ausländischen Bauunternehmens kann somit teure Nachwirkungen haben!

GmbH Recht:

Grenzen der Geschäftsführerhaftung

Eine im Gastronomiebereich tätige GmbH ließ sich von einem Tischlereibetrieb eine **Restauranteinrichtung unter Eigentumsvorbehalt** liefern. Weil die Gesellschaft nicht im Stande war, den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen, musste sie das Mobiliar wieder herausgeben.



Ingo Kapsch

mittelbar) einzelnen Gesellschaftern oder Gläubigern. Letztere müssen also in der Regel die Gesellschaft als deren Vertragspartner in Anspruch nehmen, und in weiterer Folge kann die Generalversammlung Regress gegenüber der (schuldhaft sorgfaltswidrig agierenden) Geschäftsführung beschließen.

Unmittelbare Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten nur in Ausnahmefällen!

Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen im Wesentlichen lediglich bei – gegenständig allerdings nicht erwiesener – vorsätzlicher Gläubigerschädigung oder bei schuldhafter Verletzung eines sog. Schutzgesetzes. Alleinige Anspruchsgegnerin des Tischlereiunternehmens wäre daher hier die (insolvente) Gastro-GmbH gewesen.

Haftung für Besorgungsgehilfen gemäß § 1315 ABGB

Als verfehlt erachtete der OGH die Argumentation der Vorinstanzen, die Geschäftsführerin habe sich mit ihrem Vater eines „untüchtigen Besorgungsgehilfen“ bedient: Der mit der Demontage der Möbel beschäftigte Vater war nicht persönlicher Gehilfe der Geschäftsführerin, sondern hatte von der GmbH einen entsprechenden Auftrag erhalten.

In diesem Sinne wurde auf Vorschlag der Gastro-GmbH die Vereinbarung getroffen, dass die **Gesellschaft das Mobiliar selbst abbaut** und zugunsten des Tischlereibetriebs vorläufig einlagert. Die Demontage wurde allerdings – vom Vater der Geschäftsführerin – derart unprofessionell durchgeführt, dass dabei die meisten Möbelteile erheblich beschädigt wurden.

Weil die **Gastro-GmbH zwischenzeitig insolvent** war, klagte das Tischlereiunternehmen die **Geschäftsführerin** der GmbH auf **Schadenersatz**, weil diese nicht für eine sorgfältige Behandlung der Möbel gesorgt hatte.

OGH 30.8.2016, 8 Ob 62/16z

Anders als die Vorinstanzen verneinte jedoch der Oberste Gerichtshof eine Haftung der Geschäftsführerin gegenüber der Klägerin. Nach **§ 25 GmbHG** haften Geschäftsführer grundsätzlich **nur der „eigenen“ GmbH**, nicht aber auch (un-



Europäisches LKW-Kartell: Prozesschancen und Risiken

Die EU-Kommission verhängte im Juli 2016 eine Rekordgeldbuße von insgesamt knapp € 2,93 Mrd über die Nutzfahrzeughersteller Daimler, IVECO, DAF und Volvo/Renault. Der fünfte Kartellteilnehmer, MAN, war Kronzeuge und kam straflos davon. Daraus ergeben sich zahlreiche **Fragen für betroffene Käufer und Leasingnehmer von Nutzfahrzeugen**, die im Kartellzeitraum 1997 bis 2011 Fahrzeuge von diesen Unternehmen angeschafft haben.

Zu diesem Thema fand am **10.1.2017 in der Wirtschaftskammer Österreich** eine Informationsveranstaltung mit mehr als 120 Teilnehmern statt, in deren Rahmen **Ingo Kapsch** einen **Fachvortrag** hielt. Dr. Kapsch erläuterte dabei insbesondere, welche betroffenen Unternehmen Ansprüche geltend machen können, gegen wen diese Ansprüche zu richten sind, wo mögliche Klagen eingebracht werden können und was es alles zu beachten gilt, will man den Gerichtsweg beschreiten.

Wichtige Guidelines für den Weg vor Gericht wird allerdings erst der Bußgeldbescheid geben, der in anonymisierter Form demnächst von der EU-Kommission veröffentlicht werden wird.

Wettbewerbsrecht: Hotelname „Kitzbühel“ in St. Johann / Tirol

Geografische Zusätze sind nach stRspr dann irreführend, wenn ihnen eine nicht den Tatsachen entsprechende **Aussage über eine besondere Bedeutung oder eine besondere Eigenart** der angebotenen Ware oder Dienstleistung entnommen werden kann. Die Beurteilung, welche Vorstellung sich mit der geografischen Bezeichnung im Verkehr verbindet, hängt allerdings immer von den Umständen des Einzelfalls ab.

Im vorliegenden Fall erachtete der OGH die Benützung der **Bezeichnung „Kitzbühel“** im Zusammenhang mit einem geplanten Hotel in St. Johann in Tirol für zulässig, weil im gerügten Werbeauftritt im Internet deutlich darauf hingewiesen wurde, dass sich das **Hotel in St. Johann in Tirol** befindet und nicht in der Stadt Kitzbühel. Außerdem entspricht der geografische Zusatz im Hotelnamen insoweit auch den Tatsachen, weil das Hotel im politischen Bezirk Kitzbühel und im Gebiet der Kitzbüheler Alpen liegt.

OGH 22.11.2016, 4 Ob 231/16y



Personengesellschaftsrecht:
Ausschluss eines
OG-Gesellschafters aus
wichtigem Grund

Mehrere Gesellschafter hatten gemeinsam eine Fahrschule in der Rechtsform einer OG betrieben. Nachdem der einzige über die notwendige Konzession verfügende **Mitgesellschafter eine andere Fahrschule (als Einzelunternehmer) übernommen** hatte, womit der Verlust der Konzession für die von der Offenen Gesellschaft betriebenen Fahrschule verbunden war, wurde der betreffende Gesellschafter wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot gerichtlich ausgeschlossen.

OGH 24.10.2016, 6 Ob 103/16m

Die Gerichte pflichteten dem ausgeschlossenen Gesellschafter zwar im Grundsätzlichen bei, dass auf die Geltendmachung eines wichtigen Grundes als Ausschließungsgrund – auch stillschweigend – verzichtet werden kann; ein solche Schweigen muss aber nach Treu und Glauben den Eindruck erwecken, dass der Berechtigte dieses Recht wirklich nicht mehr ausüben will. Letzteres war gegenständlich nicht der Fall; dies insbesondere auch deswegen, weil bei der Beurteilung, ob **auf ein Recht stillschweigend verzichtet** wird, ein sehr **strenger Maßstab** anzulegen ist.

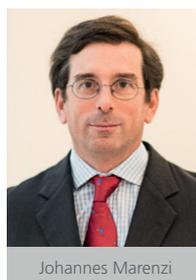
Anmerkung: In der Praxis nicht übersehen werden darf, dass **mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters einer OG das nach § 112 UGB geltende Wettbewerbsverbot erlischt**. Wenn daher im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart ist, können sich die Mitgesellschafter nach dem Ausschluss des betreffenden Gesellschafters nicht mehr auf die Anspruchsgrundlage des § 112 UGB berufen (näher dazu HLMK-Newsletter 2015/02).



Zivilrecht:

Die Sicherungsmöglichkeit des Werkunternehmers gegen säumige Bauherren – nachgeschärft!

Der **Unternehmer eines Bauwerks**, einer Außenanlage oder eines Teils davon hat nach **§ 1170b ABGB** das **Recht**, vom Besteller eine **Sicherstellung** bis zu 20% – bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, bis zu 40% – des vereinbarten Entgelts **zu verlangen**. Im streitgegenständlichen Fall legte der Kläger, ein mit Heizungs-, Klima- und Lüftungsarbeiten beauftragtes Unternehmen, eine Teilschlussrechnung, die aber von der **Auftraggeberin** nicht akzeptiert wurde; sie argumentierte, dass **noch Mängel** bestünden.



Johannes Marenzi

– zu bejahen ist, darf im gegenständlichen Fall nicht übersehen werden, dass der **Werkunternehmer, dem keine Sicherheit geleistet wurde, berechtigt vom Vertrag zurückgetreten ist**. Mit diesem Vertragsrücktritt wird aber auch der **Werklohn fällig**. Außerdem entfällt die

Verpflichtung des Werkunternehmers zur Herstellung (Vollendung) des Werks.

Rechtsfolgen eines Vertragsrücktritts

Hat der Werkunternehmer bereits eine Teilleistung erbracht, so ist der darauf entfallene Aufwand vom Auftraggeber zu bezahlen, und zwar auch dann, wenn die (bloße) Teilleistung für ihn wertlos ist.

Weist die vom Werkunternehmer erbrachte (Teil-)Leistung Mängel auf, muss er sich den durch die unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwand anrechnen lassen; nicht aber darf der Auftraggeber denjenigen (in der Regel viel höheren) Betrag in Abzug bringen, den er aufwenden muss, um das Werk nun von einem Dritten fertigstellen bzw sanieren zu lassen.

Fazit: Bauherren ist im Lichte dieser Judikatur zu empfehlen, dem Sicherstellungsbegehren seines Werkunternehmers zu folgen. Wird nämlich diesem Begehren nicht fristgerecht entsprochen, riskiert der Bauherr den Vertragsrücktritt des Auftragnehmers, der dann – trotz vorhandener Mängel – seinen Entgeltanspruch geltend macht.

Der Kläger machte daraufhin von seinem gesetzlichen Recht Gebrauch, von der Auftraggeberin eine **Sicherstellung** in Höhe eines Fünftels des vereinbarten Entgelts zu verlangen und teilte mit, dass er bis zum Vorliegen der Sicherstellung (in Form einer Bankgarantie oder eines Sparbuchs) keine weiteren Leistungen erbringen werde. Die Auftraggeberin reagierte nicht, woraufhin der Auftragnehmer den **Vertragsrücktritt** erklärte und den ausstehenden Werklohn einklagte.

OGH 27.9.2016, 1 Ob 107/16s

Die für die Praxis relevante Rechtsfrage lautete nun: **Kann der Auftraggeber eines Werks den Werklohn zurückbehalten, wenn noch Mängel bestehen?**

Während diese Frage grundsätzlich – dh bei noch aufrehtem Vertragsverhältnis

„Das Letzte“:

Schlafende Richter

Für laienhafte Beobachter von Gerichtsverhandlungen, die vor einem Richter Senat abgehalten werden, mag zuweilen der Eindruck entstehen, dass im Wesentlichen lediglich der Senatsvorsitzende mit der Causa (bestens) vertraut ist, während der eine oder andere Beisitzer – im Volksmund spöttisch als „Beischläfer“ bezeichnet – geistig gar sehr abwesend wirkt. Würde ein beisitzender Richter während der Verhandlung schlafen, wäre das **Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt**.

Ein solcher Umstand wurde (in Deutschland) schon mehrfach in diversen Rechtsmitteln gerügt. Bis dato allerdings – soweit ersichtlich – ohne durchschlagenden Erfolg, denn nach **ständiger Judikatur** muss, wer sich darauf beruft, dass das Gericht wegen eines in der mündlichen Verhandlung eingeschlafenen Richters nicht ordnungsgemäß war, genau vortragen, welche konkreten Vorgänge der betreffende Richter nicht habe wahrnehmen können. Und diesbezüglich ist insbesondere das deutsche Bundesverwaltungsgericht streng:

„Das **Schließen der Augen über weite Strecken der Verhandlung** und das **Senken des Kopfes auf die Brust beweist allein nicht, dass der Richter schläft**. Diese Haltung kann auch zur geistigen Entspannung oder zwecks **besonderer Konzentration** eingenommen werden. Deshalb kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft, wenn andere sichere Anzeichen hinzukommen, wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar **Schnarchen** oder ruckartiges **Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung**. Derartige Beweisanzeichen hat die Beschwerde nicht in ausreichendem Maße vorgetragen.“ (BVerwG 13.6.2001, 5 B 105/00).

Wird indes im Rechtsmittel genau dargelegt, dass und warum der Richter geschlafen hat, vermögen regelmäßig aber dann doch noch Zeugenaussagen dies zu entkräften: „*Auch hat die Zeugin bekundet, dass der Richter sich wiederholt die Augenbrauen und die Augen gerieben habe. Das aber konnte er nur, wenn er nicht schlief.*“ (BVerwG 42.1.1986, 6 C 141/82).

In diesem Zusammenhang interessant ist im Übrigen eine Disziplinaentscheidung betreffend einen **Rechtsanwalt**, der sich nach einer Gerichtsverhandlung veranlasst sah, beim Gerichtspräsidenten **Traubenzucker für einen sehr müde wirkenden Richter** abzugeben.

„*Wer als Rechtsanwalt dem Landgerichtspräsidenten eine Packung ‚Dextro Energen‘ mit der Bitte übermittelt, es einem dienstuntergebenen Richter zur physischen Stärkung zu überreichen und die Maßnahme vielleicht durch einige, psychische Stärkung bewirkende Worte zu flankieren, verletzt nicht das Sachlichkeitsgebot.*“ (BVerfG 15.3.1989, 1 BvR 522/87).

Vielleicht hätte sich der Richter besser **vor der Verhandlung ausruhen** sollen. Ein entsprechender **Ruheplatz** ist (in Deutschland) ohnehin **steuerlich absetzbar**:

„*Ein Sofa im Arbeitszimmer steht dessen Anerkennung als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit nicht entgegen. Es ist dem steuerpflichtigen Richter unbenommen, statt am Schreibtisch zu sitzen, sich im Liegen auf seine Arbeit zu konzentrieren, Akten zu lesen und Urteile zu diktieren. Auch ist es nicht schädlich, wenn die Liege zu Ruhepausen zwischen diesen Arbeiten benützt wird.*“ (BFH 18.3.1988, VI T 27/85).

Relaunch: HLMK Website

Wann haben Sie zuletzt unsere Website besucht?

Auf www.hlmk.at finden Sie die wichtigsten Informationen zu denjenigen Rechtsgebieten, welche von uns schwerpunktmäßig betreut werden; ebenso die Lebensläufe und Publikationen aller Juristen unserer Kanzlei sowie exemplarisch diverse Medienberichte über HLMK.

Wie Ihnen beim Lesen dieses Newsletters vielleicht aufgefallen ist, wird in einigen Beiträgen auf Newsletter-Berichte der vergangenen Jahre Bezug genommen. Selbstverständlich können Sie auch **sämtliche seit 2009 erschienene HLMK-Newsletter** von unserer **Website** downloaden.

Wir sind bemüht, unseren Internetauftritt stets aktuell zu halten. Kürzlich haben wir unserer Website darüber hinaus ein kleines **Facelift** verpasst.

www.hlmk.at



Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch
Rechtsanwälte GmbH
www.hlmk.at

1010 Wien, Gonzagagasse 19

Fotos: Daniel Novotny, 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.

