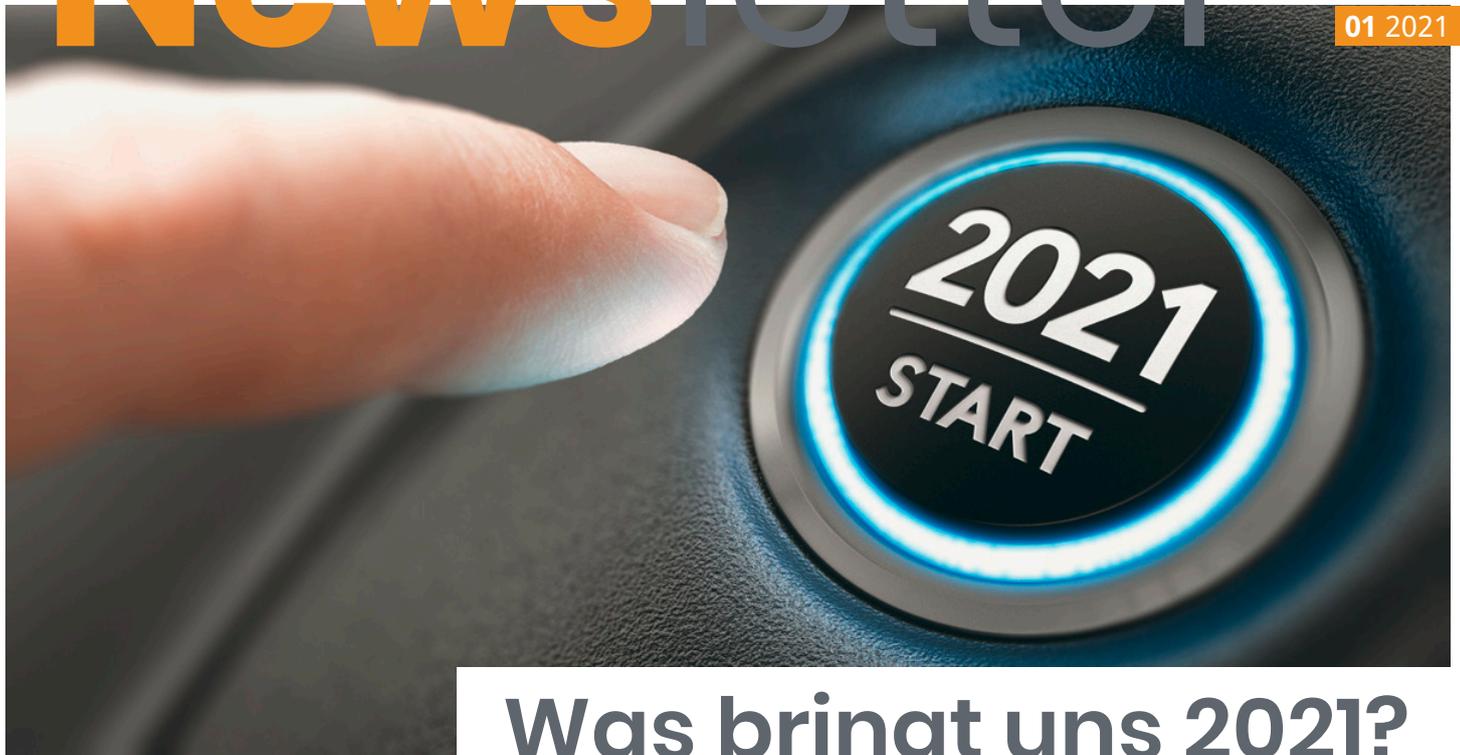


Newsletter

01 2021



Was bringt uns 2021?

„Wenn's alte Jahr erfolgreich war, dann freue dich aufs neue.
Und war es schlecht, na dann erst recht.“

Albert Einstein (1879 – 1955)

INHALT

- 01 Was bringt uns 2021?
- 02 Compliance: Whistleblower Richtlinie
- 02 Aufenthaltsrecht: Brexit-Durchführungsverordnung
- 02 Aufenthaltsrecht: Gründung einer OG
- 03 COVID-19: Gesellschaftsrechtliche Änderungen
- 03 Der knifflige Fall
- 04 GmbH: Aufgriffsrecht bei Insolvenz des Mitgesellschafters
- 04 Schadenersatz und Strafrecht
- 05 Privatstiftungsrecht: Höchstgerichtliche Klärung zur Abberufung von Stiftungsorganen
- 05 Privatstiftungsrecht: Prokuraerteilung
- 05 EKEG: Kreditgewährung durch künftige Gesellschafter?
- 06 GmbH: Grund für die Geschäftsführerabberufung
- 06 Umgründungsrecht: Vorkaufsrecht der übertragenden Gesellschaft nach Gesamtrechtsnachfolge
- 06 Verbotene Geschenkannahme: Verlust der Betriebspension wegen Treuepflichtverletzung
- 07 Arbeitsrecht: Umkleidezeit als Arbeitszeit?
- 07 Arbeitsrecht: Reichweite des Konkurrenzverbots
- 08 Mietrecht: Haftungsfälle § 12a Abs 3 MRG
- 08 Mietrecht: Zulässigkeit Kompensationsverbot
- 08 Mietrecht: Familienrechtliche Wohnverhältnisse
- 09 Verbraucherschutzrecht: Fernabsatzrecht
- 09 Wohnrecht: Zutrittsmöglichkeit Dritter?
- 09 Verbraucherschutzrecht: Kostenvorschläge
- 10 Verbraucherschutzrecht: Verzugszinsen und Mahnspesen
- 10 Persönlichkeitsrechte: Identitätsklau im Internet
- 10 Lösung kniffliger Fall
- 11 Arzthaftung: Keine Haftung für Belegarzt!
- 11 Einlagenrückgewähr: Haftung Aufsichtsrat
- 12 HLMK intern
- 12 Das Letzte

Nachdem Sie die Weihnachtsfeiertage samt Jahreswechsel hoffentlich gut – wenngleich wahrscheinlich etwas anders als ursprünglich geplant – verbracht haben, wünschen wir Ihnen **viel Kraft, Energie, vor allem aber Gesundheit auch für 2021!**

All dies werden Sie womöglich wirklich brauchen. Die US-Präsidentschaft von Donald Trump geht „very strange“ zu Ende, der Brexit ist – zumindest formalrechtlich – über die Bühne, und die anhaltende COVID-19-Pandemie setzt nicht nur die Wirtschaft, sondern auch Politik, Gesetzgebung, Verwaltungsbehörden und Gerichte unter Dauerstress.

Es wird Sie daher wohl wenig überraschen, wenn wir mit dieser Ausgabe des HLMK-Newsletters anhaltende ebenso wie **anstehende Rechtsentwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene** aufzeigen.

Pandemiebedingte Anpassungen im Gesellschaftsrecht, von Unternehmen bald umzusetzende neue europarechtliche Compliance-Vorgaben, sowie Än-

derungen im Fremdenrecht nach dem EU-Austritt Großbritanniens bilden daher einen Schwerpunkt dieses Newsletters.

Und weil Sie vielleicht in diesen Tagen mehr Zeit zum Lesen haben, haben wir – vielleicht etwas umfangreicher als in den letzten Jahren der Fall – auch **aktuelle Judikatur in verschiedensten Bereichen des Wirtschaftsrechts** für Sie aufbereitet, vom Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht über arbeits- und konsumentenschutzrechtliche sowie miet- und wohnrechtliche Themen bis hin zum Ärzterecht und zu strafrechtlichen Fragen.

Wir hoffen, der eine oder andere Beitrag trifft Ihr Interesse. Viel Spaß beim Schmökern!

Bleiben Sie gesund und kommen Sie weiter gut durch die Krise!

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

AUFENTHALTSRECHT:
Brexit-Durchführungsverordnung

In Durchführung des europarechtlichen **Austrittsabkommens Großbritanniens** regelt die seit 1.1.2021 geltende österreichische Brexit-Durchführungsverordnung (BGBl II Nr 604/2020) den Aufenthalt von Fremden, die nach dem Austrittsabkommen berechtigt sind, sich in Österreich aufzuhalten oder hier einen Aufenthalt zu begründen.

Geregelt werden ua **Form, Inhalt und Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels**, eine etwaige Strafregister- und Sicherheitsüberprüfung und der Nachzug von Angehörigen.

Soweit das Austrittsübereinkommen und die Brexit-Durchführungsverordnung keine abweichenden Regelungen vorsehen, gelten die Bestimmungen des NAG (Niederlassungs- und Aufenthaltsg), des FPG (FremdenpolizeiG) und des BFA-VG (Gesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden).

AUFENTHALTSRECHT:
Gründung einer OG durch Drittstaatsangehörige

Nach § 32 NAG (Niederlassungs- und Aufenthaltsg) bedarf die **Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich durch Nicht-EU-Staatsangehörige** in der Regel der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit entsprechendem Zweckumfang.

Die Gerichte hatten in allen Instanzen die **Eintragung einer OG mit 12 nordmazedonischen Staatsbürgern** als Gesellschafter abgewiesen, die über **keinen Daueraufenthaltstitel** verfügten – über zwei der Antragsteller wurde bereits ein dreijähriges Einreiseverbot erlassen – und lediglich für kurze Zeit im Jahr 2017 in Österreich gemeldet waren. Die Gesellschaft sollte diverse reglementierte Baugewerbe ausüben; einzige Auftraggeberin der in Gründung befindlichen OG war eine zwischenzeitig insolvente GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Erstantragsteller war.

Schon aus **§ 32 NAG** ergab sich die Abweisung des Eintragungsbegehrens, weil nicht ersichtlich war, wie die Eintragungswerber ohne Aufenthaltstitel den rechtlich erforderlichen maßgeblichen Einfluss auf die OG ausüben können.

OGH 20.2.2020, 6 Ob 31/20g
COMPLIANCE:

Whistleblower Richtlinie

Bis **17.12.2021** ist von den Mitgliedsstaaten der EU die „Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (sog. „**Whistleblower-RL**“) in nationales Recht umsetzen.

Zwar bezieht sich die europarechtliche Vorgabe im Sinne einer Mindestharmonisierung im Kern lediglich auf den Schutz insbesondere von Mitarbeitern, die unternehmensintern Missstände in Bezug auf EU-Recht melden, wie etwa Steuerbetrug, Geldwäsche, Verbraucherschutz, Verstöße gegen das Vergaberecht oder datenschutzrechtliche Vorschriften; die EU ermuntert jedoch in der Richtlinie die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten, diesen Anwendungsbereich zu erweitern.

Schon ab **Ende des Jahres** werden daher **Unternehmen mit 250 oder mehr Mitarbeitern** verpflichtet sein, sog. Whistleblower-Systeme einzurichten; kleinere **Unternehmen mit zumindest 50 Mitarbeitern** werden voraussichtlich **zwei Jahre länger Zeit** für die Etablierung entsprechender Hotlines haben.

Wichtige Quelle zur Aufklärung

Hintergrund für diese neue regulatorische Vorgabe ist der Umstand, dass in der Vergangenheit einige große Betrugsfälle erst über Informationen aus derartigen Hinweisgebersystemen aufgedeckt wurden.

Obwohl die Etablierung von Whistleblower-Einrichtungen nicht nur in technischer, sondern auch in rechtlicher Hin-



Gerhard Hochedlinger

sicht als große Herausforderung gilt, liegt **bislang noch kein österreichischer Gesetzesentwurf** zur Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht vor. Betroffene Unternehmen können sich daher nicht einmal ein Jahr vor der verbindlichen Umsetzung lediglich an den europarechtlichen Vorgaben orientieren, die aber teilweise sehr allgemein gehalten sind.

So ist es etwa in diesem Zusammenhang noch offen, ob Hinweise auf Missstände anonym angezeigt werden können oder nicht (wenngleich in jedem Fall der Schutz von Hinweisgebern sichergestellt sein muss).

Schwierige Vorbereitungs- und Planungsphase

Kritische rechtliche Schnittstellen finden sich in erster Linie im **Datenschutzrecht** (zB im Hinblick auf die Zulässigkeit einer konzerninternen Weitergabe von Daten sowie in puncto Informationspflichten gegenüber dem Whistleblower, aber auch gegenüber dem Beschuldigten) sowie im **Arbeitsrecht**.

Vergleichbare Mitarbeiterkontrollsysteme sind in Österreich derzeit nur auf Grundlage einer **Betriebsvereinbarung** zulässig. Welche Mitsprache in Zukunft der Betriebsrat bei Einrichtung einer Whistleblower-Hotline haben wird, ist ebenso noch offen – ein Vetorecht wird der Arbeitnehmervertretung allerdings kaum zustehen können – wie die für die Hinweisgeber zur Verfügung stehenden Informationskanäle.



COVID-19:

Gesellschaftsrechtliche Änderungen 2021

Mit dem **Gesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (COVID-19-GesG)** und einer darauf basierenden Verordnung ebenso wie mit dem 4. COVID-19-Gesetz wurden im Vorjahr Regelungen erlassen, um Versammlungen von Gesellschaftern und Organmitgliedern auch ohne physische Anwesenheit als **virtuelle Versammlung** zu ermöglichen (näher dazu HLMK-Newsletter 2020/02).

Verlängerung virtueller Versammlungen

Diese Möglichkeit, Versammlungen von Gesellschaftern und Organmitgliedern virtuell durchzuführen, hat sich in der Praxis weitgehend bewährt, weswegen der Gesetzgeber besagte Regelungen – vorerst bis Ende 2021 – verlängert hat.

Über die genaue Form der virtuellen Versammlung entscheidet das einberufende Organ, welches dabei die Interessen der Gesellschaft an einem geordneten Ablauf sowie die Interessen der Gesellschafter (technische Möglichkeiten der Teilnahme) zu berücksichtigen hat. Wenn nicht jeder Teilnehmer über die technischen Möglichkeiten zur Teilnahme verfügt, reicht eine **telefonische Teilnahme** aus, sofern dies nicht mehr als die Hälfte der Teilnehmer betrifft.

Sonderbestimmungen für Hauptversammlungen

Nachdem sich die Gesellschafterversammlungen **börsennotierte Aktiengesellschaften** typischerweise durch einen größeren Teilnehmerkreis auszeichnen, wurden für diese Sonderbestimmungen erlassen (welche nun bis Ende 2021 verlängert wurden).

So wurde etwa die Möglichkeit geschaffen, dass Aktionäre dem Verlauf der Versammlung lediglich optisch und akustisch folgen, ohne sich wie bei einer Videokonferenz zu Wort melden zu können. Das Auskunfts- und Antragsrecht der Aktionäre wäre diesfalls beispielsweise durch elektronische Übermittlung der Fragen und Anträge sowie Verlesung durch den Vorsitzenden zu gewährleisten. Um einem sehr großen Kreis von Aktionären eine Teil-



Wolfgang Luschin

nahmemöglichkeit zu verschaffen, können Aktiengesellschaften auch eine Übertragung der Hauptversammlung und eine nachfolgende Abstimmung per Brief erlauben.

Fristverlängerung für Haupt- und Generalversammlungen

Darüber hinaus gilt bis Ende 2021, dass die **Frist für die Abhaltung der ordentlichen General- bzw. Hauptversammlung** einer Kapitalgesellschaft verlängert wurde. Diese Gesellschafterversammlungen zur Feststellung des Jahresabschlusses haben – unbeschadet allfälliger in der Satzung der Gesellschaft verankerter kürzerer Fristen – binnen 12 Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres stattzufinden.

Auch die **Frist für die Aufstellung des Jahresabschlusses** bleibt wie schon 2020 um vier Monate verlängert.

Digitalisierung im Gesellschaftsrecht

Dauerhaft soll die Notariatsordnung dahingehend geändert werden, dass in Zukunft – auch über in den 31.12.2021 hinaus – sämtliche **Notariatsakte unter Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel** errichtet werden können. Gleiches soll für notarielle Unterschriftsbeglaubigungen gelten.



Der knifflige Fall

In einer Zeit als die Gastronomie noch geöffnet hatte und geselliges Feiern möglich war, verbrachte eine wie immer feucht-fröhliche Wiener Runde einige Tage in Tirol, um dort – in einem sehr abgelegenen Dorf – den runden Geburtstag eines der Zechkumpanen zu feiern.

Nach einigen alkoholischen Getränken begab sich Schurli Schoitl, der Organisator der lustigen Freundesrunde, im Lokal auf die Suche nach einem WC. Dabei wurde ihm auf Anfrage von einem Einheimischen sinngemäß mitgeteilt, dass sich das stille Örtchen im Obergeschoß des Hauses befindet.

Der **mit dem starken Tiroler Akzent überforderte und außerdem nicht mehr ganz nüchterne Wiener** verstand die Auskunft aber so, dass er sich ins Untergeschoß des Wirtshauses begeben müsse. Ebendort stolperte er über eine unbeleuchtete und schlecht gewartete Treppe.

Wegen der dabei erlittenen **erheblichen Verletzungen** verklagte der Wiener Gast den Lokaleigentümer auf Schadenersatz.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung Seite 10!




SCHADENERSATZ UND STRAFRECHT:

Verurteilung wegen Untreue trotz Entlastung

Unter Entlastung wird im Gesellschaftsrecht allgemein die „Billigung der Geschäftsführung“ seitens der Eigentümer der Gesellschaft verstanden. Die **Wirkung der Entlastung** ist in der Regel mit der einer **Verzichtserklärung der Gesellschaft auf Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen** gegenüber der Geschäftsführung vergleichbar (vgl. dazu HLMK-Newsletter 2011/03 sowie 2016/02).

Eine solche (zivilrechtliche) Entlastung des Geschäftsführers steht jedoch einer **späteren (strafrechtlichen) Verurteilung wegen des Vergehens der Untreue** nach § 153 StGB nicht entgegen (und führt auch nicht zur Strafaufhebung wegen tätiger Reue).

OGH 1.7.2020, 11 Os 46/20d

Umgekehrt bedeutet ein Freispruch in einem gegen einen Geschäftsführer einer GmbH angestrebten Strafverfahren wegen Untreue nicht, dass die Gesellschaft in der Folge keine zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Geschäftsführer mehr geltend machen könnte.

Schadenersatzansprüche auch bei fahrlässigem Fehlverhalten!

Vor allem **Schadenersatzansprüchen nach § 25 GmbHG** steht ein solcher Freispruch nicht entgegen, denn während es sich bei § 153 StGB um ein Vorsatzdelikt handelt, besteht eine Geschäftsführerhaftung nach § 25 GmbHG auch bei fahrlässigem Fehlverhalten.

Zudem besteht **keine Bindung des Zivilrichters** an ein freisprechendes Strafurteil.

OGH 20.5.2020, 6 Ob 69/20w

GMBH:

Aufgriffsrecht bei Insolvenz des Mitgesellschafters

GmbH-Anteile sind nach der gesetzlichen Grundkonzeption frei übertragbar. In der Praxis wollen jedoch die Gesellschafter oft „unter sich bleiben“, dh eine Anteilsübertragung an Nichtgesellschafter zB nur dann zulassen, wenn der abtretungswillige Gesellschafter seinen Geschäftsanteil zuvor seinen Mitgesellschaftern zum Erwerb angeboten hat.

Derartige **Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte** werden in Gesellschaftsverträgen regelmäßig insbesondere für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters sowie für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters ausgedehnt.

Insolvenz eines Gesellschafters

Schlittert nämlich ein Mitgesellschafter in die Insolvenz, dann hat sich dessen Insolvenzverwalter um die **Verwertung des Anteils** zu kümmern. Dies würde letztlich darauf hinauslaufen, dass ein bestbietender Nichtgesellschafter den betreffenden Geschäftsanteil vom Insolvenzverwalter erwerben könnte.

Bedauerlicherweise herrschte – va im Lichte unterschiedlicher Rechtsauffassungen in den einzelnen OLG-Sprengeln – bis



Ingo Kapsch

vor kurzem erhebliche Rechtsunsicherheit zur Frage, ob im Gesellschaftsvertrag zwecks Abwehr eines solchen erwerbswilligen Dritten ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter des insolventen GmbH-Gesellschafters vereinbart werden kann.

OGH 6.9.2020, 6 Ob 64/20k

Erfreulicherweise stellte der OGH nun klar, dass die umstrittene Bestimmung des **§ 26 Abs 3 IO** der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts nicht entgegensteht.

Keine Benachteiligung der Gläubiger für den Insolvenzfall!

Nicht hingegen wäre es aber zulässig, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart würde, dass für den Fall des freiwilligen Ausscheidens und/oder des Ablebens eines Gesellschafters die Mitgesellschafter den betreffenden Geschäftsanteil zum Verkehrswert erwerben können, während im Insolvenzfall des Gesellschafters dessen Anteil von den Mitgesellschaftern zu (erheblich) günstigeren Konditionen aufgegriffen werden kann.

Eine derartige Konstruktion müsste als **sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung** qualifiziert werden.




PRIVATSTIFTUNGSRECHT:

Höchstgerichtliche Klarstellung zur Abberufung von Stiftungsorganen

Die Bestimmung des § 14 PSG zählt mit „Stiftungsvorstand, Stiftungsprüfer und gegebenenfalls Aufsichtsrat“ die obligatorischen Organe einer Privatstiftung auf. Während ein Aufsichtsrat in der Praxis selten eingerichtet ist, sehen zahlreiche Stiftungsurkunden als weiteres (fakultatives) Organ einen Beirat vor.

Die formelle Bezeichnung einer Person oder Stelle als Organ in der Stiftungserklärung ist allerdings irrelevant. Weil das Gesetz von einem **materiellen Organbegriff** ausgeht, existieren bei vielen Privatstiftungen weitere Organe, ohne dass diese in der Stiftungserklärung als solche ausdrücklich bezeichnet sind.

Materieller Organbegriff

Entscheidend für die Frage des Vorliegens eines Stiftungsorgans ist, „ob den Betroffenen **Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung und/oder die Leitung bzw die Überwachung des Stiftungsvorstands** zukommen“, wobei nach den Gesetzesmaterialien zum BBG 2011 die stärkste Einflussmöglichkeit, die einem „weiteren Organ“ iSd § 14 Abs 2 PSG zukommen kann, in der Befugnis zur Abberufung des Stiftungsvorstands oder eines seiner Mitglieder liegt.

Dem kürzlich höchstgerichtlich entschiedenen Fall lag die in der Stiftungsurkunde vorgesehene Regelung zugrunde, dass „die **beiden Stifter gemeinsam** – mit einstim-

migem Beschluss – berechtigt sind, Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen und aus wichtigem Grund abuberufen.“

Weil sich die beiden Stifter nicht einig waren, stellte nun lediglich einer von ihnen den gerichtlichen Antrag, gemäß § 27 Abs 2 PSG Mitglieder des Vorstands aus wichtigem Grund abuberufen.

Rechtsfolgen der Qualifikation als Organ

Zu Recht, wie der OGH befand: **Wegen der in der Stiftungsurkunde vorgesehenen Abberufungskompetenz ist das dafür vorgesehene Gremium der beiden Stifter als Organ anzusehen.**

Und weil nach höchstgerichtlicher Judikatur (vgl OGH 18.7.2001, 6 Ob 98/11x) das in § 27 Abs 2 PSG vorgesehene **Recht, die gerichtliche Abberufung von Vorstandsmitgliedern zu beantragen, nicht bloß dem gesamten Organ, sondern auch jedem einzelnen Mitglied eines Stiftungsorgans zusteht**, war gegenständlich auch ein einzelner Stifter berechtigt, einen solchen Abberufungsantrag zu stellen.

Eine Abberufung ohne Zwischenschaltung des Gerichts, dh unmittelbar durch Organbeschluss, wäre freilich nach dem Wortlaut der Stiftungserklärung nur bei den Stiftern gemeinsam möglich.

OGH 16.9.2020, 6 Ob 141/20n
PRIVATSTIFTUNGSRECHT:
Keine Prokuraerteilung durch Stiftungen!

Privatstiftungen sind keine Unternehmer kraft Rechtsform nach § 2 UGB. Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 PSG darf eine Privatstiftung auch keine „gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben.“

Die Privatstiftung darf daher selbst kein Unternehmen betreiben, sehr wohl aber Anteile an einem Rechtsträger (wie zB einer GmbH) halten. Ebenso ist auch der Erwerb von Liegenschaften und deren Bewirtschaftung (insbesondere Vermietung) zulässig, sofern die **Verwaltung des eigenen Vermögens** (und nicht etwa der regelmäßige An- und Verkauf von Liegenschaften oder die Tätigkeit als Bauträger) im Vordergrund steht.

Weil nun Stiftungen grundsätzlich nicht unternehmerisch tätig sein dürfen, jedoch die **Bestellung von Prokuristen bloß für** (im Firmenbuch eingetragene) **Unternehmer zulässig** ist, ist eine Prokuraerteilung durch Privatstiftungen nicht möglich.

Die abgabenrechtliche Einordnung einer Privatstiftung hat keine Auswirkungen auf die Unternehmereigenschaft der Stiftung iSd UGB.

OGH 15.9.2020, 6 Ob 32/20d
EKEG:
Kreditgewährung durch künftige Gesellschafter?

Gewährt ein „Gesellschafter mit Finanzierungsverantwortung“ (dh insbesondere ein Gesellschafter, der zu 25% oder mehr an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist; vgl § 5 EKEG) **der Gesellschaft in der Krise** (vgl § 2 EKEG) **ein Darlehen**, dann wird dieses Darlehen in der allfällig folgenden Insolvenz der Gesellschaft wie **Eigenkapital** behandelt.

Rückzahlungssperre!

Außerdem ist – noch vor dem Insolvenz-szenario – zu beachten, dass das **Darlehen nicht rückgeführt werden darf**, solange die Krise der Gesellschaft fortbesteht.

Entscheidend für die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG ist grundsätzlich, ob der Darlehensgeber bereits **zum Zeitpunkt der Kreditgewährung als „Gesellschafter mit Finanzierungsverantwortung“** anzusehen ist. Eine Kreditgewährung bloß im Hinblick auf einen möglichen künftigen Anteilserwerb schadet nicht.

Anderes kann ausnahmsweise aber dann gelten, wenn die Darlehensgewährung in unmittelbarem Zusammenhang mit einer – wenn auch noch nicht formgültig vereinbarten – Beteiligung an der kreditnehmenden Gesellschaft steht.

OGH 28.5.2020, 17 Ob 1/20a

UMGRÜNDUNGSRECHT:
Vorkaufsrecht der übertragenden Gesellschaft bleibt nach Gesamtrechtsnachfolge aufrecht

Wie in HLMK-Newsletter 2020/02 berichtet, ist der OGH im Vorjahr von seiner bisherigen Rechtsprechung abgegangen, wonach die einer GmbH eingeräumten Vorkaufsrechte infolge verschmelzungsbedingter Löschung der Gesellschaft untergingen (OGH 21.1.2020, 1 Ob 173/19a).

Dem nun entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt lag keine Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft, sondern eine **Anwachsung nach § 142 UGB** zugrunde: Das Höchstgericht bestätigte, dass das einer Kommanditgesellschaft an einer Liegenschaft zustehende Vorkaufsrecht nach Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens in Universalsukzession nicht erlischt, sondern vielmehr der aufnehmenden Komplementärin anwächst.

OGH 18.6.2020, 1 Ob 173/19a

VERBOTENE GESCHENKANNAHME:
Verlust der Betriebspension wegen Treuepflichtverletzung

Der Beklagte war von 1968 bis 2005 Vorstandsvorsitzender, danach bis Anfang 2011 Vorsitzender des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Vertraglich vereinbart war eine **Betriebspension**, die aber **für den Fall schädigender Handlungen des Beklagten**, „die zur gerichtlichen Aburteilung geführt haben oder die als grobe Untreue gegen das Unternehmen zu werden sind,“ **widerrufen** werden kann.

Nach Auffassung der Gerichte zu Recht wurde dem Beklagten nun die Pension entzogen, nachdem dieser, wie später bekannt wurde, in seiner Zeit als Vorstandsvorsitzender mit der **rechtswidrigen Annahme einer Provision in Millionenhöhe** (welche der Beklagte lange verschleiern konnte) eine schwere dienstliche Verfehlung gesetzt hatte.

OGH 15.9.2020, 6 Ob 103/20w


GMBH:

Wichtiger Grund für die Geschäftsführerabberufung?

Der Beklagte ist Geschäftsführer einer GmbH, an welcher er zu 50% beteiligt ist; die andere Hälfte der Gesellschaft steht im Eigentum der klagenden, geschiedenen Ehegattin des Geschäftsführers.

Streitgegenständlich war ein **Geschäftsführervertrag, den der Beklagte als Gesellschafter und Geschäftsführer mit sich selbst** – ohne Zustimmung der Mitgesellschafterin – **geschlossen hatte**; der Jahresbezug des Geschäftsführers belief sich auf rund € 500.000,00.

Zuvor hatte der beklagte Gesellschafter-Geschäftsführer ein weit geringeres Gehalt bezogen. Weil sich aber nach der Scheidung die Frau über Jahre als Mitgesellschafterin geweigert hatte, mit dem Beklagten den Jahresabschluss der Gesellschaft festzustellen, hatte letzterer, um seinen Lebensstil finanzieren zu können, seine Ex-Frau um Zustimmung zu einem (erheblich verbesserten) Geschäftsführervertrag ersucht, wobei er ein Jahresgehalt zwischen € 150.000,00 und € 300.000,00 forderte. Per E-Mailverkehr erklärte sich die Mitgesellschafterin dazu „im Großen und Ganzen“ einverstanden.

Unzulässiges Insich-Geschäft?

Mit der Begründung, dass der Geschäftsführer ein unzulässiges Insich-Geschäft iSd **§ 25 Abs 4 GmbHG** geschlossen hatte, begehrte die Klägerin nun die gerichtliche Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund.

Abberufung gemäß § 16 Abs 2 GmbHG

Weil allerdings der beklagte Geschäftsführer vor Abschluss dieses – in formeller Hinsicht in der Tat vorliegenden – Insich-Geschäfts erstens bei einem Wirtschaftstreuhänder ein Gutachten eingeholt hatte, das die **Drittüblichkeit** der gegenständlichen Geschäftsführervergütung bestätigte, und sich zweitens die Klägerin über Jahre offenbar grundlos geweigert hatte, den Jahresabschluss festzustellen, wodurch dem Beklagten **Gewinne in Millionenhöhe nicht ausgeschüttet** werden konnten, vertraten die Gerichte die Rechtsauffassung, dass dem Beklagten **kein grobes Verschulden** vorgeworfen werden könne; dies selbst dann, wenn das für den Geschäftsführer vertraglich vorgesehene Entgelt höher war als mit der Klägerin eigentlich vereinbart.

Dass das entlastende Gutachten als Gefälligkeitsgutachten zu werten sei, wurde von der Klägerin nicht behauptet. Ihr Antrag auf Geschäftsführerabberufung ging daher ins Leere.

OGH 20.5.2020, 6 Ob 55/20m

Wenig überraschend hielt der OGH allerdings klarstellend fest, dass das vom Beklagten vorgetragene Argument, im Rahmen eines Familienbetriebs sei die Sonderbegünstigung von Angehörigen üblich, verfehlt ist. Andererseits bilden rein persönliche Animositäten oder Familienstreitigkeiten im Regelfall keinen wichtigen Grund für den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis.




ARBEITSRECHT:

Umkleidezeit als Arbeitszeit?

Der Betriebsrat eines Unternehmens, welches in Oberösterreich eine Therme samt Gastronomie mit einem dazugehörigen Hotel betreibt, hatte auf gerichtliche Feststellung geklagt, dass die Zeiten, die ein Arbeitnehmer benötigt, um im Betrieb die vom Arbeitgeber vorgeschriebene Dienstkleidung an- bzw wieder abzulegen, als Arbeitszeit zu qualifizieren ist.

Feststellungsklage nach § 54 Abs 1 ASGG

In konsequenter Fortsetzung seiner in den letzten Jahren getroffenen Wertungen der **Umkleidezeit als Arbeitszeit differenzierte das Höchstgericht** im streitgegenständlichen Fall wie folgt:

Wenn es – etwa aus Hygienegründen – die Vorschrift gibt, die Dienstkleidung ausschließlich am Arbeitsort zu wechseln (so OGH 17.5.2018, 9 Oba 29/18g für Mitarbeiter eines Krankenhauses), dann ist eine diesbezügliche **Fremdbestimmung durch den**



Arbeitgeber gegeben, welche es als gerechtfertigt erscheinen lässt, die Umkleidezeit als Arbeitszeit anzusehen.

Dienstkleidung: Fremdbestimmung seitens des Dienstgebers?

Eine solche Intensität an Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber ist nach Ansicht des OGH auch dann gegeben, wenn zwar – wie gegenständlich der Fall – Mitarbeiter die vorgeschriebene Dienstkleidung zu Hause anlegen dürfen, um damit den Weg zur Arbeitsstätte anzutreten und nach Arbeitsende wieder den Heimweg anzutreten, die **vorgeschriebene Arbeitskleidung jedoch derart „auffällig“** ist, dass dies dem Dienstnehmer nicht zumutbar ist.

In diesem Sinne hielt es das Höchstgericht für die Mitarbeiter im Servicebereich des Hotels durchaus für zumutbar, bereits zu Hause die vorgegebene Arbeitskleidung (nämlich schwarze Hose und Schuhe; Jacke und Schürze werden vom Dienstgeber zur Verfügung gestellt) anzulegen und auch auf dem Arbeitsweg zu tragen.

Denjenigen Mitarbeitern der Therme, die als **Dienstkleidung ein Piratenkostüm** tragen müssen, ist hingegen derlei nicht zuzumuten: Eine solches Outfit erreicht „jenes Mindestmaß an Intensität der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber, die es den Arbeitnehmer objektiv unzumutbar macht, die Dienstkleidung am Arbeitsweg zu tragen.“

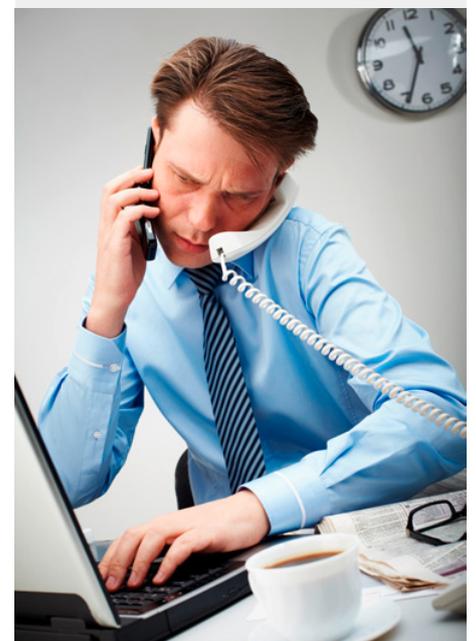
OGH 25.5.2020, 9 Oba 13/20g
ARBEITSRECHT:
Reichweite des Konkurrenzverbots des § 7 AngG

Beklagte im gegenständlichen Verfahren war eine GmbH, Kläger der vormalige Dienstgeber des alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers dieser GmbH, wobei der Kläger behauptete, dass besagte **GmbH noch während der Zeit, als deren Gründer und Geschäftsführer Dienstnehmer des Klägers war, konkurrenzierende Geschäfte** getätigt hatte.

Unter Berufung auf § 7 AngG beehrte der Kläger nun von der GmbH die Zahlung jenes Betrags, der auf den Verstoß des Geschäftsführers der beklagten GmbH gegen das **Wettbewerbsverbot des § 7 AngG** zurückzuführen sei.

§ 7 Abs 1 AngG enthält das Verbot, ohne Bewilligung des Dienstgebers ein selbständiges kaufmännisches Unternehmen zu betreiben oder im Geschäftszweig des Dienstgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Im Falle eines Verstoßes kann der Dienstnehmer nach § 27 Z 3 AngG entlassen werden.

Weiters sieht § 7 Abs 2 AngG vor, dass der Dienstgeber vom **Dienstnehmer Ersatz** des durch die Konkurrenzfähigkeit verursachten Schadens fordern kann; aber eben nur vom Dienstnehmer, **nicht (auch) von einem Dritten** – jedenfalls nicht auf Grundlage des § 7 AngG – wie der OGH klarstellte: Die gegenständlich vom Kläger offenbar vertretene Rechtsansicht, bei Gründung einer GmbH trete diese gleichsam in die Position des Angestellten ein, wodurch die GmbH an das Konkurrenzverbot des § 7 AngG gebunden wäre, findet im Gesetz keine Deckung.

OGH 7.4.2020, 4 Ob 234/19v


MIETRECHT:

Zulässigkeit eines Kompensationsverbots

Ein vertraglich vereinbartes **Aufrechnungsverbot** ist nicht grundsätzlich sittenwidrig, weil ja der anderen Partei die abgesonderte Geltendmachung der Gegenansprüche im Wege einer Klage (oder Widerklage) offensteht. Lediglich im Anwendungsbereich des **§ 6 Abs 1 Z 8 KSchG** – also bei **Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern** – besteht ein gesetzliches, weit reichendes Aufrechnungsverbot.

Sind folglich **beide Vertragsparteien eines Mietvertrags Verbraucher**, dann gelangt besagte **Konsumentenschutzbestimmung nicht zur Anwendung**. Auch aus dem wirtschaftlichen Ungleichgewicht zwischen Vermieter und Mieter kann keine analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 8 KSchG abgeleitet werden.

OGH 11.8.2020, 4 Ob 71/20z

MIETRECHT:

Rechtsprechung zu familienrechtlichen Wohnverhältnissen

Die Eigentümerin eines Mehrparteienhauses hatte im Jahr 1997 ihrem Sohn eine im ersten Obergeschoß des Hauses liegende Wohnung zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Als die Frau beschloss, das Haus zu verkaufen und ihren Sohn ersuchte, die Wohnung zu räumen, behauptete dieser – zur Überraschung seiner Mutter – einen (mangels Vorliegens von Kündigungsgründen gegenständig nicht einseitig aufkündbaren) Mietvertrag.

Der OGH qualifizierte das Rechtsverhältnis als ein „**dem Familienverhältnis entspringender tatsächlicher Wohnzustand**.“

In diesem Fall liegt es – anders als im Falle eines Prekariums zwischen nicht miteinander verwandten Personen – am Benutzer der Wohnung, „konkrete Umstände darzulegen und zu beweisen, die einen unzweifelhaften Schluss auf das Vorliegen eines Rechtstitels zur Wohnungsbenützung zulassen.“

Umkehr der Beweislast im Familienverband

Aufgrund dieser Beweislastverteilung schadete es gegenständig nicht der Mutter, dass es dieser nicht nachzuweisen gelang, dass im Jahr 1997 ein jederzeit möglicher Widerruf der Benützung der Wohnung, mithin ein Prekarium, vereinbart worden war. Vielmehr gereichte es dem Sohn zu seinem Nachteil, dass dieser **kein Mietverhältnis** beweisen konnte. Die von ihm behauptete, ursprünglich angeblich vereinbarte Mietzinsvereinbarung (die bald dahingehend abgeändert worden sei, dass er anstelle einer Mietzahlung Arbeitsleistungen wie Rasenmähen und Schneeschaufeln erbringen sollte) konnte von diesem nicht bewiesen werden.

OGH 8.4.2020, 3 Ob 32/20g

MIETRECHT:

Haftungsfalle § 12a Abs 3 MRG

Wird ein Unternehmen veräußert, so kann der Vermieter der Geschäftsräumlichkeiten, in denen das Unternehmen betrieben wird, nicht Widerspruch gegen den Wechsel seines Vertragspartners (dh. gegen seinen neuen Mieter erheben); allerdings steht ihm das Recht zu, den Mietzins auf ein angemessenes Niveau anzuheben (§ 12a MRG).

Dieses Recht auf Mietzinsanpassung gilt nicht nur für Asset Deals, sondern auch bei einem Share Deal, mithin dann, wenn sich bei einer Gesellschaft, die Mieterin der Geschäftsräumlichkeiten ist, durch Veräußerung der Mehrheit der Geschäftsanteile die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten ändern.

Gemäß **§ 12a Abs 3 MRG** ist die Geschäftsführung der Mieterin verpflichtet, einen solchen „**Machtwechsel**“ dem **Vermieter anzuzeigen**, damit dieser von seinem Recht auf Mietzinsanpassung Gebrauch machen kann.

Haftung der Geschäftsführung bei Verletzung der Verständigungspflicht!

Wird eine solche Verständigung des Vermieters unterlassen, haften die Mieter-Gesellschaft und deren Organe dem Vermieter nach gefestigter Judikatur des OGH **solidarisch für den entgangenen höheren Mietzins** (OGH 23.12.2014, 1 Ob 125/14k).

In einer aktuellen Entscheidung ist das Höchstgericht in puncto Haftung für unterlassene Verständigung des Vermieters noch einen Schritt weitergegangen.



Johannes Marenzi

OGH 20.10.2020, 4 Ob 128/20g

Dem entscheidungsgegenständlichen Fall lag der Sachverhalt zu Grunde, dass der Eigentümer eines Hauses in einer gut frequentierten Wiener Geschäftsstraße dieses Haus verkauft hatte, ohne zuvor von einem im Jahr 2012 erfolgten Machtwechsel bei der

Mieterin (Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns) verständigt worden zu sein.

Kaufpreisschaden

Der Kläger machte nun einen Kaufpreisschaden in Millionenhöhe geltend: Der Kaufpreis für die Liegenschaft sei auf Grundlage der erzielten Hauptmietzinses kalkuliert worden. Wäre dem Eigentümer der Machtwechsel bei der Mieterin gesetzeskonform mitgeteilt worden, dann hätte er entweder selbst einen höheren Mietzins vom Bestandnehmer verlangen können, oder aber **vom Käufer der Liegenschaft einen viel höheren Kaufpreis** erzielen können.

Rechtswidrigkeitszusammenhang ist gegeben!

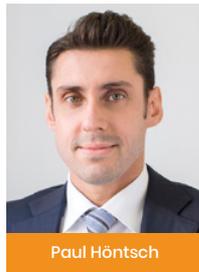
Der OGH bejahte die Haftung des Mieters: Die **Anzeigepflicht nach § 12a Abs 3 MRG** ist nicht nur darauf gerichtet, den Vermieter vor Vermögensschäden in Form von Mietzinsausfällen zu bewahren. Sie hat darüber hinaus auch den Zweck, Kaufpreisschäden des Vermieters wegen unterlassener Anzeige durch den Mieter zu verhindern.



VERBRAUCHERSCHUTZRECHT:

Aktuelle Judikatur zum Fernabsatzrecht

Wenn Verbraucher im Internet Waren bestellen, dann gewährt ihnen das **Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz** (FAGG; näher dazu HLMK-Newsletter 2014/01) ein – trotz einwandfrei geschlossenem und vom Verkäufer ordnungsgemäß erfülltem – Vertrag ein **Rücktrittsrecht**, das **binnen 14 Tagen** ab Erhalt der Ware ausgeübt werden muss.



Paul Höntsch

nicht um das Rücktrittsrecht an sich, sondern um die Frage, **in welchem Ausmaß** der Verbraucher bei einem per Internet geschlossenen Dienstleistungsvertrag nach erfolgtem Rücktritt nach § 16 FAGG **für bereits bezogene Leistungen ein Entgelt zu leisten** hat. Streitgegenständlich war ein Online-Partnervermittlungsvertrag, bei dem der Verbraucher nach den Behauptungen der beklagten Partnervermittlungsagentur den größten Teil der Leistungen (Persönlichkeitsgutachten, Partnervorschläge) schon unmittelbar nach Vertragsabschluss erhalten hatte.

In diesem Sinne verrechnete die Agentur dem Verbraucher trotz binnen 2 Wochen nach Vertragsabschluss erfolgtem Rücktritt mehr als die Hälfte der vereinbarten Jahresgebühr.

Zu Unrecht, wie der EuGH empfand: Das Unternehmen ist **lediglich berechtigt, einen zeitanteiligen Betrag, gerechnet auf die gesamte Vertragsdauer**, zu verrechnen (vgl dazu bereits OGH 23.10.2018, 4 Ob 179/18d), es sei denn, es wäre im Vertrag ausdrücklich geregelt gewesen, dass bestimmte Leistungen gleich zu Beginn vollständig und zu einem separaten Entgelt erbracht werden.

EuGH 8.10.2020, C-641/19

Zu Unrecht, wie der EuGH empfand: Das Unternehmen ist **lediglich berechtigt, einen zeitanteiligen Betrag, gerechnet auf die gesamte Vertragsdauer**, zu verrechnen (vgl dazu bereits OGH 23.10.2018, 4 Ob 179/18d), es sei denn, es wäre im Vertrag ausdrücklich geregelt gewesen, dass bestimmte Leistungen gleich zu Beginn vollständig und zu einem separaten Entgelt erbracht werden.

FAGG: Ausnahmen vom Rücktrittsrecht

Ausnahmsweise kein Rücktrittsrecht besteht nach § 18 Abs 1 Z 3 FAGG dann, „wenn **Waren nach Kundenspezifikationen angefertigt** werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse (des Käufers) zugeschnitten sind.“ In derartigen Fällen soll das Risiko eines Rücktritts nicht dem Unternehmer aufgebürdet werden.

Bislang strittig war in diesem Zusammenhang der Fall, ob dem Käufer – gleichsam als Gegen Ausnahme – dennoch ein Rücktrittsrecht zustehen soll, wenn der Unternehmer zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts mit der Herstellung bzw. Individualisierung der bestellten Ware noch gar nicht begonnen hat, zumal ja diesfalls dem Unternehmen noch kein spezifischer Aufwand entstanden ist, diesen demnach nicht das Risiko trifft, auf individualisierter Ware sitzenzubleiben.

EuGH 21.10.2020, C-529/19

Einer solchen verbraucherfreundlichen Gesetzesinterpretation hat jedoch der Europäische Gerichtshof eine Absage erteilt: Im Sinne der Rechtssicherheit bei zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Fernabsatz geschlossenen Geschäften steht dem Käufer nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bei individualisierter Ware kein Rücktrittsrecht zu; dies gilt unabhängig davon, ob der Unternehmer mit der spezifischen Herstellung bereits begonnen hat oder nicht.

FAGG: Zeitanteiliger Wertersatz bei Vertragsrücktritt

In einem anderen, vom EuGH kürzlich entschiedenen Vorabentscheidungsverfahren zur EU-Verbraucherrechterichtlinie ging es


WOHNRECHT:
Zutrittsmöglichkeit Dritter in die Wohnung?

Einer Gesellschaft, die in einem Haus im Auftrag einiger Wohnungseigentümer mehrere Wohnungen verwaltete und vermietete, stand faktisch die Möglichkeit zu, sich über **Generalschlüssel** (Keycards) den **Zutritt zu sämtlichen Wohnungen** im Haus zu verschaffen.

Wohnungseigentümer, welche mit besagter Gesellschaft nichts zu tun hatten, gingen dagegen vor, worauf die Instanzgerichte (anders als noch das Erstgericht) eine einstweilige Verfügung ergaben die beklagte Gesellschaft erließen: Wer gegen den Willen eines Wohnungseigentümers einen Schlüssel (hier: eine Keycard) zur Wohnung besitzt oder nachträglich herstellt, greift nicht nur in das ausschließliche Nutzungsrecht, sondern auch in die **Privatsphäre des Wohnungseigentümers** ein.

Auch Mieter können gegen Wohnungsschlüssel des Vermieters vorgehen!

Wie der OGH unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung darlegte, muss schließlich nicht einmal ein Mieter einer Wohnung dulden, dass der Hauseigentümer als Vermieter einen Schlüssel zum Bestandsobjekt besitzt (OGH 27.4.1983, 1 Ob 754/82).

Erst recht muss daher einem „dinglich zur ausschließlichen Wohnungsnutzung berechtigten Wohnungseigentümer“ das Recht zustehen, exklusiv die Schlüssel zu seiner Wohnung zu besitzen.

OGH 8.4.2020, 8 Ob 139/19b
VERBRAUCHERSCHUTZRECHT:
Verbindlichkeit von Kostenvoranschlägen?

Die Bestimmung des **§ 5 Abs 2 KSchG** normiert, dass bei einem Kostenvoranschlag, den ein Unternehmer für einen Verbraucher erstellt, „dessen Richtigkeit als gewährleistet gilt, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich erklärt ist.“ Nach Ansicht des OGH ist die **Bezeichnung als „vorläufige Auftragssumme“** ein ausdrücklich und hinlänglich deutlicher Hinweis dafür, die Richtigkeit einer Kostenschätzung nicht zu garantieren.

OGH 25.3.2020, 6 Ob 246/19y



Lösung kniffliger Fall

Mit dem hier geschilderten Fall hatte sich vor einem Jahr der Oberste Gerichtshof zu beschäftigen.

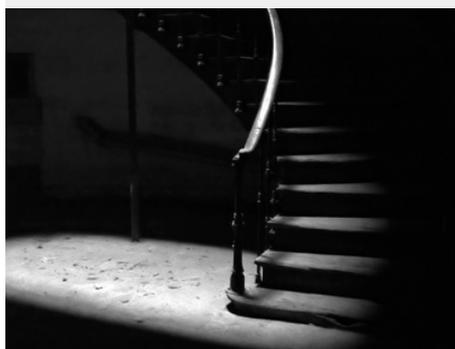
Der Sachverhalt war unstrittig: Ein im Lokal anwesender Wiener Gast hatte sich bei einem Einheimischen nach den Toiletten erkundigt, jedoch **die im starken Tiroler Akzent erteilte Auskunft nicht richtig verstanden**, weswegen sich der nach den Feststellungen des Gerichts „nicht mehr ganz nüchterne Gast“ anstatt ins Obergeschoß in Richtung im Keller des Hauses befindliche Lagerräumlichkeiten begeben hatte.

Die (**nicht für Gäste bestimmte**) **Kellertreppe** war schlecht abgesichert – der Handlauf begann erst bei der dritten Stufe – und „massiv verschlissen“, wa aber war an besagtem Tag im Keller des Hauses auch die **Beleuchtung ausgefallen**. Auf eben dieser unbeleuchteten Treppe stürzte der Wiener Gast, der nach eigenen Angaben darauf vertraut hatte, dass sich weiter unten beim (vermeintlichen) WC die Beleuchtung automatisch einschalten würde.

Anders als das OLG Innsbruck, welches befunden hatte, dass der Betreiber des Wirtshauses zur Gänze hafte, weil der Gast „**bloß wegen eines sprachlichen Missverständnisses** auf die falsche Treppe geraten“ war, stellte der OGH ein **Mitverschulden des „sicher nicht mehr ganz nüchternen“ Klägers** fest: Dieser hätte, nachdem er in einen unbeleuchteten und damit uneinsehbaren Bereich gelangt war, nicht weiter in den Keller gehen dürfen, sondern sich vielmehr zurück ins Lokal begeben und (noch einmal) nach dem richtigen Weg zur Toilette fragen müssen.

Wie schon das Erstgericht setzte der Oberste Gerichtshof das Ausmaß des Mitverschuldens des Gastes mit einem Drittel fest.

OGH 21.1.2020, 1 Ob 174/19y



VERBRAUCHERSCHUTZRECHT:

Verzugszinsen und Mahnspesen

Die **allgemeinen Geschäftsbedingungen** einer **Kfz-Leasinggesellschaft** sahen vor, dass Leasingraten so zu leisten sind, dass diese bei Fälligkeit am Konto des Leasinggebers bereits gutgeschrieben sein müssen; des Weiteren, dass bei Zahlungsverzug „Zugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem vereinbarten Sollzinssatz“ verrechnet werden; außerdem werden für jede Mahnung ua EUR 18,00 an Spesen verrechnet.

Derartige Klauseln in AGB sind jedoch **gegenüber Verbrauchern unzulässig**, stellte der OGH fest.



Zwar normiert **§ 907a Abs 2 ABGB**, dass bei **Banküberweisungen** der Schuldner den Überweisungsauftrag so zu erteilen hat, dass „der geschuldete Betrag bei Fälligkeit auf dem Konto des Gläubigers wertgestellt ist“; nach der zwingenden Sondervorschrift des **§ 6a Abs 2 KSchG** gilt das aber nicht für Zahlungen von Konsumenten an Unternehmer: Für Verbraucher ist es ausreichend, wenn diese am Tag der Fälligkeit den Überweisungsauftrag erteilen (was in der Regel zur Folge hat, dass der Betrag von der Bank erst am Folgetag dem Vertragspartner gutgeschrieben wird).

Verzugszinsen als Pönale iSd § 1336 ABGB

Verzugszinsen dürfen grundsätzlich verrechnet werden; weil es sich dabei aber um eine Form der **Vertragsstrafe** handelt, gilt für eine über diese Verzugszinsen hinausgehende Ersatzpflicht (zB Mahnspesen, Betreuungskosten), dass diese „im Einzelnen ausgehandelt“ sein muss, mithin nicht in AGB rechtswirksam vereinbart werden kann (§ 1336 Abs 3 ABGB).

Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unverhältnismäßig hohe Betreuungskosten vorsieht, ist darüber hinaus iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend und damit nichtig.

OGH 31.8.2020, 6 Ob 24/20b

PERSÖNLICHKEITSRECHTE:

Identitätsklau im Internet

Kläger im Rechtsstreit war der (ehemalige) Spitzenpolitiker H.C. S., der einen Tweet des beklagten Europaabgeordnete M.R. vom 9.10.2018 beanstandete. Letzterer hatte unter Verwendung des Fotos des Klägers einen für jedermann kostenlos abrufbaren **Beitrag auf Twitter** veröffentlicht, der bei flüchtiger Betrachtung den **Anschein erweckt hatte, dass der Kläger Verfasser dieses Beitrags** war.

Mit dem Argument, dass bei genauer Aufmerksamkeit für alle Twitter-Nutzer erkennbar sei, dass der betreffende Tweet nicht vom Kläger, sondern vom Beklagten stammt, war letzterer nicht erfolgreich: Für die **Kommunikation in sozialen**

Netzwerken, wie insbesondere auf Twitter, ist nach Ansicht des Höchstgerichts „die **ausgeprägte Flüchtigkeit der Meinungsäußerung typisch**. Solche Kommunikationsformen bieten ein großes Potential für Persönlichkeitsverletzungen, weil die Mitteilungen einfach gestaltet sind, nur flüchtig betrachtet werden und kurzfristigen Aufmerksamkeitsregeln folgen.“

Indem dem Kläger eine nicht von ihm stammende Äußerung in den Mund gelegt wurde, wurden dessen Persönlichkeitsrechte (§ 78 UrhG, § 43 ABGB) verletzt.

OGH 2.7.2020, 4 Ob 31/20t

ARZTHAFTUNG:

Keine Haftung der Krankenanstalt für den Belegarzt!

Wegen schwerer Wirbelsäulen- und Bandscheibenbeschwerden hatte der spätere Kläger als Patient einen Arzt in dessen Privatordination aufgesucht. Letzterer schlug dem Patienten eine Operation in einer (privaten) Krankenanstalt vor.



Monika Ploier

Klinik hatte bloß ihre Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt und für die stationäre Behandlung des Patienten zu sorgen gehabt.

Sog. „gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag“

Richtigerweise hätte daher der **behandelnde Arzt als sog. Belegarzt** vom Patienten in Anspruch genommen werden müssen.

Ein Belegarzt ist in der Regel ein freiberuflicher Arzt, der in keinem Arbeitsverhältnis zum Rechtsträger des Krankenhauses steht und dem von diesem das Recht gewährt wird, seine Patienten in diesem Spital unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Räume und Einrichtungen zu behandeln.

Anders als beim „totalen Krankenhausaufnahmevertrag“ haftet der Anstaltsträger nicht für Fehler, welche dem Belegarzt oder den – ihm als Erfüllungshelfen (§ 1313a ABGB) zuzurechnenden – Mitgliedern seines Operationsteams während der Operation unterlaufen, ebenso wenig für Aufklärungspflichten vor der Operation.

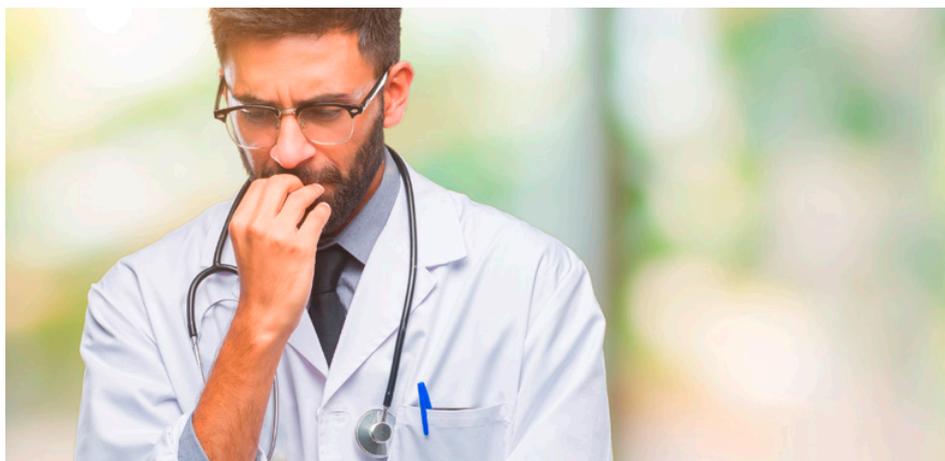
Nachdem im entscheidungsgegenständlichen Fall keine gemeinnützige Krankenanstalt mit Öffentlichkeitsrecht vorlag, hatte sich der OGH nicht auch mit der rechtlich umstrittenen, leider noch nicht abschließend geklärten Frage zu befassen, ob für öffentliche Krankenanstalten eine stationäre Aufnahme nach dem Belegarztssystem überhaupt in Betracht kommt.

Der Patient vereinbarte daraufhin mit der Klinik einen Operationstermin. Als behandelnder Arzt wurde im **Informationsblatt der Klinik** der vom Kläger aufgesuchte und vom Patienten gewünschte Orthopäde genannt; darüber hinaus wurde der Patient mit besagtem Informationsblatt dahingehend informiert, dass die **Klinik als Belegkrankenhaus** ausschließlich „die Räumlichkeiten und die stationäre Versorgung und die sogenannte sekundäre medizinische Betreuung für die Behandlung und den stationären Aufenthalt zur Verfügung stellt.“

In seiner späteren – gegen das Spital gerichteten – Klage legte der Patient dar, dass bei seiner Operation ein **Kunstfehler unterlaufen** sei; zudem sei er über die Behandlung **nicht korrekt aufgeklärt** worden. Bei korrekter Aufklärung hätte der Kläger nicht in die Operation eingewilligt.

OGH 16.4.2020, 9 Ob 9/20v

Die Gerichte verneinten indes die passive Klagslegitimation der Krankenanstalt, weil der **Kläger** nicht mit dieser, sondern – wenngleich bloß stillschweigend – **mit dem behandelnden Arzt selbst einen Behandlungsvertrag** geschlossen hatte. Die



EINLAGENRÜCKGEWÄHR:

Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Die **Gewährung von Darlehen durch Nicht-Banken** ist nach höchstgerichtlicher Judikatur nur ausnahmsweise gestattet und haftungsrechtlich gefährlich (OGH 29.8.2017, 6 Ob 114/17h; vgl dazu HLMK-Newsletter 2018/01); **konzerninterne Darlehensgewährungen zu nicht drittüblichen Konditionen** – va wenn das Darlehen der Muttergesellschaft zur Verfügung gestellt werden soll – erfüllen zudem in der Regel den **Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr**.

Ein solches Darlehen wurde im Vorjahr den Mitgliedern des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zum Verhängnis.

Obwohl die Liquiditätslage der darlehensgewährenden AG angespannt war, genehmigten deren Aufsichtsratsmitglieder (die zugleich im Aufsichtsrat der Darlehensnehmerin vertreten waren) ein **Darlehen an die Alleinaktionärin, ohne dass Sicherheiten verlangt wurden**.

Das Darlehen wurde nicht zurückbezahlt; sowohl die Darlehensnehmerin als auch die Darlehensgeberin fielen in Konkurs. Der Insolvenzverwalter der Darlehensgeberin klagte den Aufsichtsrat auf Schadenersatz.

Sämtliche Gerichte bejahten die Ersatzpflicht der beklagten **Aufsichtsratsmitglieder**, nachdem diese die für Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft gebotene **Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit verletzt** hatten.

Dass sich der Vorstand der AG für die gegenständliche Darlehensgewährung eingesetzt hatte, vermochte an der Haftung des Aufsichtsrats nichts zu ändern, zumal, wie der OGH betonte, „die maßgebliche Aufgabe des Aufsichtsrats gemäß § 95 AktG gerade darin besteht, den **Vorstand zu kontrollieren** und nicht eine Handlung schon deshalb zu genehmigen, weil der Vorstand sie befürwortet.“

OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b

HLMK INTERN:

**Rechtsanwaltsprüfung für
 Mag. Valentina Gottfried!**


Mag. Valentina Gottfried, seit Jänner 2018 Rechtsanwaltsanwältin bei HLMK, hat im Dezember die **Rechtsanwaltsprüfung** bestanden!

Wir gratulieren herzlich!

Erweiterung des Juristenteam von HLMK!


Seit September 2020 verstärkt **Mag. Kiarash Assefzadeh** als Rechtsanwaltsanwältin das Juristenteam von HLMK. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Prozessführung sowie im Immobilien- und Gesellschaftsrecht. Wir freuen uns auf eine gute Zusammenarbeit!

**Herausgeber, Medieninhaber
 und Verleger:**

Hochedlinger Luschin Marenzi Kapsch
 Rechtsanwälte GmbH

www.hlmk.at

1010 Wien, Gonzagagasse 19

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

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

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


DAS LETZTE:

Nachbar durfte Silvesterraketen verbieten!

Im Stadtgebiet ist das Zünden von Feuerwerkskörpern grundsätzlich untersagt. Dass **auch auf dem Land das Abfeuern von Silvesterraketen unzulässig** sein kann, zeigt ein erbitterter, von zwei verschwägerten Nachbarn – lt den Gerichten ist „ihr persönliches Verhältnis seit langer Zeit stark belastet“ – geführter Rechtsstreit, in welchem der Kläger rund 20 handelsübliche, in der Silvesternacht 2017/2018 vom Nachbargrundstück aus abgefeuerte Raketen monierte, deren Reste auf der Liegenschaft des Klägers landeten.

Der beklagte Nachbar berief sich darauf, dass **„das Abfeuern von Silvesterraketen zu Silvester seit urdenklichen Zeiten ortsübliches (Silvester-)Brauch-**

tum“ sei und seine Raketen ja nicht bewusst auf die Liegenschaft des Nachbarn abgefeuert würden. Der klägerische Anspruch sei außerdem „im Hinblick darauf ausgeschlossen, dass das „gravitations- bzw flugbahnbedingte Zu-Boden-Fallen von Raketenresten mit einem Elementarereignis gleichzusetzen“ wäre.

**OGH: Weder Naturereignis
 noch Immission!**

Die Gerichte hingegen stellten klar, dass, anders als der Beklagte vermeinte, „Überreste von Silvesterraketen **grobkörperliche Stoffe** darstellen, die weder mit den in § 364 Abs 2 ABGB genannten Immissionen (wie zB Rauch oder Lärm) noch mit herabfallenden Blättern und Baumnadeln gleichzusetzen sind.“

Richtig ist zwar, dass jeder **Abwehranspruch** im allgemeinen **Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 ABGB** seine Grenze hat. Rechtsmissbrauch lag im gegenständlichen Fall allerdings nicht vor, weil die Raketen auf einer Futterwiese für Pferde gelandet waren und der Kläger darlegen konnte, dass Gefahr bestand, dass seine Tiere gesundheitlichen Schaden erleiden können, wenn sich in dem an sie verfütterten Heu (Plastik-)Reste von Silvesterraketen befinden.

OGH 17.12.2019, 10 Ob 74/19h

