

# mitRECHT

Oktober 2020

23. Jahrgang



## Überwachung im Dienstfahrzeug mittels GPS

Was Dienstgeber dürfen, was nicht.  
Seite 8

Foto: Foto: flickr/  
Michael Sheehan

Klientenzeitschrift der Rechtsanwaltskanzlei

**KOSCH & PARTNER**  
RECHTSANWÄLTE



Partner von Eurojuris International,  
EU-weite Kooperation von  
Rechtsanwälten

# Liebe Klientinnen und Klienten!

**EDITORIAL. Der Lockdown und die damit zusammenhängende vorübergehende Schließung vieler Geschäfte hat einerseits zu starken Umsatzeinbußen geführt, andererseits sind aber trotzdem die Fixkosten in voller Höhe angefallen. So auch der Bestandzins.**

Viele Unternehmer haben sich die Frage gestellt, ob der Mietzins gemindert werden kann, wenn wegen der Corona-Pandemie das Mietobjekt nicht benutzt werden kann. Die Paragraphen 1104, 1105 und 1107 ABGB sehen dazu vor, dass, wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, so zum Beispiel Feuer, Krieg oder Seuche gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, in dieser Zeit kein Bestandzins zu entrichten ist. Behält der Mieter einen beschränkten Gebrauch, so wird ihm nur ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen. Für Pachtzins gilt dieser Erlass überhaupt nur, wenn die Pachtdauer ein Jahr nicht übersteigt. Wird der Gebrauch des Bestandgegenstandes aber nicht wegen „sonstiger Unbrauchbarkeit“, sondern aus einem, dem Bestandnehmer zugestoßenen Unglücksfall vereitelt, so fällt das dem Bestandnehmer allein zur Last und er muss den Bestandzins entrichten.

Dass das Coronavirus als „Seuche“, sohin als „außerordentlicher Zufall“ im Sinne dieser Bestimmungen anzusehen ist, ist unter Experten ziemlich unstrittig. Dass Geschäfte, die während des Lockdown keinerlei Betrieb entfalten durften

(zum Beispiel Friseure) davon betroffen sind, ist auch größtenteils unstrittig.

Anders sieht es mit Geschäften aus, die behördlich geschlossen, aber trotzdem nutzbar waren. So haben viele Restaurants Speisen im Abholservice angeboten und dabei teils erhebliche Umsätze erzielt. Hier wird man keine völlige Unbrauchbarkeit annehmen können.

Im Gesetz ist klargestellt, dass eine aus der Sphäre des Bestandnehmers stammende Unbrauchbarkeit keinen außerordentlichen Zufall darstellt und daher keinen Minderungsanspruch begründet. So waren Büros zu keiner Zeit behördlich geschlossen. Trotzdem wurden zahlreiche Büros gesperrt und die Tätigkeit ins Home Office verlagert. Manche Betriebe waren nicht behördlich geschlossen, mussten aber wegen einer Corona-Erkrankung des Betriebsinhabers vorübergehend schließen. Nach der Definition ist ein außerordentlicher Zufall vom Menschen nicht beherrschbar und trifft einen größeren Personenkreis. Eine tatsächliche Erkrankung ist jedoch bloß ein individueller Unglücksfall. Dies gilt wohl umso mehr, wenn die Ansteckung dem Mieter zuzurechnen ist, etwa, wenn dieser auf einer „Corona-Party“ gewesen ist und sich dort angesteckt hat.

Fraglich ist auch, inwieweit sich die Unternehmer einen Zuschuss aus dem Fixkosten-Topf der Republik Österreich anrechnen lassen müssen: dieser Fixkostenzuschuss wird wohl den Mietzinsminderungsanspruch reduzieren, zumal ja sonst der Mieter auf Kosten des Vermieters bereichert wäre.

Zu all dem gibt es derzeit noch keine Judikatur. Die bisherige Diskussion ist breit und fast jeder findet Argumente für seinen Standpunkt. Wir beraten Sie gerne, wie Sie, als Vermieter oder Mieter, am besten vorgehen.



*Dr. Roman Kosch*

## KOSCH & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

### WIENER NEUSTADT

Dr. Roman KOSCH  
Dr. Dieter JEDLICKA  
Dr. Michael LENTSCH  
Mag. Dieter ELSINGER  
Mag. Nicole PANIS-MARKOM  
Mag. Wolfgang DELLER

Bahngasse 25  
A-2700 Wiener  
Neustadt  
Tel. +43/26 22/27  
041  
Fax +43/26 22/27  
041-215  
office@kosch-  
partner.at  
www.kosch-partner.at

### WIEN

Dr. Gerhard SCHILCHER  
Mag. Rainer RADLINGER  
Dr. Stephan FOGLAR-  
DEINHARDSTEIN

A-1010 Wien  
Stubenring 18  
Tel. +43/1/513 23 44  
Fax +43/1/513 23 44-415  
wien@kosch-partner.at  
www.kosch-partner.at

### EISENSTADT

Mag. Gerwald HOLPER  
Mag. Nikolaus MITROVITS

A-7000 Eisenstadt  
Hauptstraße 27  
Tel. +43/26 82/217 10  
Fax +43/26 82/217 10-715  
eisenstadt@kosch-partner.  
at  
www.kosch-partner.at

### GISSHÜBL

Dr. Verena KODERHOLD-  
KRAPKA, LL.M.

A-2372 Gießhübl  
Perlhofgasse 2/2/8  
Tel. +43/22 36/50 70 50  
Fax +43/22 36/50 70 50  
615  
giesshuebl@kosch-partner.  
at  
www.kosch-partner.at

KOSCH & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE  
GMBH  
FN 264670x  
Landesgericht Wiener  
Neustadt  
Kammerzugehörigkeit:  
Rechtsanwaltskammer  
NÖ  
DVR 0414026  
UID-Nr.: ATU62181668  
Mitglied von  
Eurojuris International

## WAS SIE WISSEN MÜSSEN

# Drei Rechts-Tipps aus Ihrer Kanzlei

### 1. Wann besteht Anspruch auf Mietzinsminderung?

Der Anspruch eines Mieters auf Minderung des Mietzinses bei gänzlicher oder teilweiser Unbrauchbarkeit des Mietobjektes besteht unabhängig davon, ob den Vermieter an der Unbrauchbarkeit ein Verschulden trifft oder nicht. Selbst dann, wenn der Vermieter die Unbrauchbarkeit nicht abstellen kann, weil sie gar nicht in seinem Bereich liegt, ist der Mieter berechtigt, Mietzins und Betriebskosten entsprechend zu mindern.

### 2. Wer schützt vor aggressiven Kühen?

Eine Schadenersatzhaftung eines Tierhalters tritt ein, wenn dieser die nach den Umständen gebotenen Vorkehrungen zur Verwahrung oder Beaufsichtigung des Tieres unterlässt. Ob und inwieweit durch Almweiden führende Wanderwege von angrenzenden Weideflächen abzugrenzen sind, hängt von den konkreten Umständen ab. Wenn eine besondere Gefahrensituation etwa aufgrund der örtlichen Verhältnisse und der relativen Gefährlichkeit der Tiere (hier: „aggressive“ Mutterkühe) besteht, ist die Errichtung eines Weidezaunes zur Abtrennung des Wanderwegs zumutbar.

### 3. Reparaturkosten ohne Reparatur?

Hat jemand eine mangelhafte Sache gekauft, kann er vom Verkäufer (nach erfolgloser Män-



gelrüge) das Kapital zur Mangelbehebung fordern. Ist allerdings keine Behebung beabsichtigt, stehen dem Käufer nur Reparaturkosten bis zur Höhe der objektiven Wertminderung zu, weil er sonst bereichert wäre. Lässt der Käufer nach Erhalt des Kostenvorschusses keine Behebung des Mangelschadens vornehmen und beabsichtigt er dies auch nicht mehr, kann der Übergeber jenen Betrag zurückverlangen, der die objektive Wertminderung übersteigt.

**Muss der Bauer einen Weidezaun auf der Alm errichten?**

Foto: flickr/Drantcom

## Inhalt

WIRTSCHAFTSRECHT. Wirecard: Wer haftet für den Schaden?

Seite 4

ZIVILRECHT. Gewährleistungsausschluss im privaten Gebrauchtwagenhandel

Seite 6

VERGABERECHT. Das Bundesvergabegesetz 2018 bietet Auftraggebern ein ausgeklügeltes System an Vergabeverfahren zur Auftragsausschreibung. Zentraler Dreh- und Angelpunkt für die Verfahrenswahl ist der geschätzte Auftragswert.

Seite 7

ARBEITSRECHT. Die Einführung von technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer durch den Betriebsinhaber bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.

Seite 8

BAURECHT. Ein Besitzer eines Bauwerks muss im Vorfeld alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um der Gefahr einer Schädigung entgegenzuwirken.

Seite 10

EU-RECHT. Neue Richtlinie für EU-weite Verbandsklagen.

Seite 11



**Was beim Gebrauchtwagenkauf zu beachten ist.**

Seite 6

Foto: flickr/JOHN LLOYD



Wirecard: Wer haftet für den Schaden? Foto: Homepage

# Wirecard und Commerzialbank – der Aufsichtsrat im Fadenkreuz

**WIRTSCHAFTSRECHT.** In den Wirtschaftsnachrichten sind zwei Skandale derzeit blattfüllend: Die Bilanzfälschungen der (ehemals) DAXgelisteten Wirecard AG sowie die burgenländische Commerzialbank Mattersburg. In beiden Fällen haben (offenkundig) interne und externe Kontrollmechanismen über Jahre hinweg versagt. Unweigerlich nimmt die Suche nach Verantwortlichen ihren Lauf.

In der österreichischen Medienlandschaft wurde etwa diskutiert, ob nicht allenfalls die Republik Österreich aufgrund des Amtshaftungsrechts Gläubigern der Commerzialbank für schuldhaftes (Kontroll-) Versagen der Finanzmarktaufsicht haften soll. Auch die Haftung des Vorstands bzw. des Abschlussprüfers steht im Raum. Zu guter Letzt stellt sich auch die Frage nach einer Haftung der Aufsichtsräte, zumal deren gesetzlicher Aufgabenbereich doch insbesondere die Überwachung des Vorstandes umfasst.

Aktiengesellschaften (AG) haben aufgrund der Bestimmungen des Aktiengesetzes (AktG) zwingend einen Aufsichtsrat einzurichten. Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt entweder im Rahmen der Gründung der AG durch

die Gründer (erster Aufsichtsrat) oder durch die Hauptversammlung. Dem Aufsichtsrat gehören mindestens drei, höchstens jedoch zwanzig Personen an. Abgesehen davon, dass nur voll handlungsfähige natürliche Personen zum Aufsichtsratsmitglied bestellt werden können, normiert das AktG keine besonderen Qualifikationsmerkmale, doch finden sich solche in Sondergesetzen (z.B. im Bankwesengesetz). Von wenigen Ausnahmen abgesehen, ist der Aufsichtsrat als zentrales Kontrollorgan konzipiert, während dem Vorstand die Vertretung und Geschäftsführung der AG obliegt. Zu den Aufgaben des Aufsichtsrats zählen etwa die Bestellung des Vorstandes, dessen Beratung und Überwachung sowie die Feststellung des Jahresabschlusses.

Die Überwachung des Vorstandes ist nach den Bestimmungen des AktG nicht nur als bloße Nachkontrolle der Geschäftsleitung ausgestaltet, sondern umfasst vergangene, laufende sowie künftige Geschäftsgebarung gleichermaßen. Zur Überwachung bereits abgeschlossener Geschäftsvorgänge gehören etwa die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts, der Berichte des Vorstandes sowie die Einsichtnahme in die Bücher der AG. Aufgrund seiner Überwachungstätigkeit hat der Aufsichtsrat insbesondere auch darüber zu wachen, dass vom Vorstand ein der Tätigkeit und dem Geschäftsumfang der AG adäquates Compliance-System eingerichtet ist. Seine Überwachungsfunktion übt der Aufsichtsrat insbesondere aufgrund der vom Vorstand erteilten Informationen aus. Neben den periodisch zu erstattenden Jahres- und Quartalsberichten hat der Vorstand dem Aufsichtsrat auch anlassbezogen über Umstände zu berichten, die für Rentabilität oder Liquidität der AG von erheblicher Bedeutung sind. Eine weitere wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats liegt in der Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses (Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung), der ihm vom Vorstand vorzulegen ist. Die Prüfung des Jahresabschlusses umfasst eine Rechtmäßigkeits- (Gesetzmäßigkeit sowie Richtigkeit) sowie eine Zweckmäßigkeitsprüfung (Bilanzpolitik). Die Prüfung des Aufsichtsrats ist als Nachkontrolle ausgestaltet, zumal ihr regelmäßig die Vorarbeit des Abschlussprüfers durch dessen Prüfungsbericht vorausgeht. Sofern dabei begründete Zweifel an der Richtigkeit auftreten, hat der Aufsichtsrat eine vertiefte Prüfung vorzunehmen.

Oberste Handlungsmaxime des Aufsichtsrats ist das Wohl des Unternehmens. Diesem Leitgedanken folgend, haben die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben sorgfältig, eigenverantwortlich und weisungsfrei, sowohl im Verhältnis zum Vorstand als auch zum Aufsichtsratsvorsitzenden auszuüben. Aufgrund gesetzlicher Anordnung haftet der Aufsichtsrat (ähnlich wie der Vorstand) im Falle einer Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen einer Innenhaftung grund-



**„Es könnte zu einer persönlichen und unbeschränkten Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern kommen.“**

sätzlich nur der AG. Allerdings ist in gewissen Sonderfällen eine persönliche und unbeschränkte Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber Gesellschaftsgläubigern bzw. Anlegern möglich, so etwa bei einer Schutzgesetzverletzung. Schutzgesetze sind abstrakte Verbote, die ein bestimmtes Verhalten aufgrund seiner Gefährlichkeit jedenfalls verbieten.

Um das Augenmerk wieder auf die Wirecard AG und die Commerzialbank Mattersburg zu richten: Die strafgesetzlichen Bestimmungen (§ 163a Strafgesetzbuch – StGB) betreffend die vorsätzlich unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen der Aktiengesellschaft, wie etwa die vorsätzlich falsche Darstellung des Jahresabschlusses, sind nach ständiger Rechtsprechung des OGH als Schutzgesetze zugunsten der Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft zu qualifizieren (5 Ob 146/11y). Diese Bestimmungen gelten auch für den Aufsichtsrat. Demgemäß könnte es in beiden Fällen zu einer persönlichen und unbeschränkten Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern kommen, sofern sich diese an der Verfälschung des Jahresabschlusses etwa aufgrund unzureichender Prüfung beteiligt haben. Dafür reicht es schon aus, dass sie etwa eine Verfälschung einer die Vermögens, Finanz oder Ertragslage der Gesellschaft betreffende oder eine für die Beurteilung der künftigen Entwicklung der Vermögens, Finanz oder Ertragslage bedeutsame wesentliche Information ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden haben.

#### Info

## Versicherung für Aufsichtsräte

**Es gibt für Aufsichtsräte die Möglichkeit, sich durch eine Directors & Officers (D & O) – Versicherung gegen allfällige Haftungsrisiken abzusichern. Allerdings umfasst der Versicherungsschutz regelmäßig keine Deckung für vorsätzlich strafgesetzwidrig verursachten Schäden. Darüber hinaus kann es auch vorkommen, dass die Versicherungssumme zur Deckung des entstandenen Schadens nicht ausreicht. Und: selbst wenn Versicherungsschutz vorhanden ist: vor einer allfälligen Freiheitsstrafe schützt auch die beste D & O-Versicherung nicht.**

# Gewährleistungsausschluss im privaten Gebrauchtwagenhandel

**ZIVILRECHT.** In den vergangenen Jahren sind zahlreiche Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zum Thema Gewährleistungsausschluss bei Gebrauchtwagenkäufen im Privatbereich ergangen. Trotz Vereinbarung eines umfangreichen Gewährleistungsausschlusses tendiert die Rechtsprechung im Zweifel zu einer restriktiven Auslegung.

*Für einen Autokauf zwischen Privatpersonen sollte stets ausdrücklich im Kaufvertrag festgehalten werden, ob die Verkehrs- und Betriebssicherheit des Fahrzeuges zugesichert wird oder nicht.*

Foto: flickr/JOHN LLOYD

Nach gesicherter Rechtsprechung erstreckt sich ein umfassend abgegebener Gewährleistungsverzicht grundsätzlich auch auf solche Mängel, die normalerweise vorausgesetzte Eigenschaften betreffen, aber nicht auch auf arglistig verschwiegene Mängel und auf das Fehlen ausdrücklich oder schlüssig zugesicherter Eigenschaften.

Die Reichweite eines vertraglichen Gewährleistungsverzichts ist im Einzelfall durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Gerade bei Gebrauchtwagen sind altersbedingte Mangel-

erscheinungen üblich und werden von den Käufern auch für gewöhnlich in einem gewissen Rahmen hingenommen. Die Rechtsprechung meint, dass im Falle eines Kaufs beim gewerblichen Gebrauchtwagenhändler die Verkehrssicherheit und Betriebssicherheit als schlüssig zugesichert gilt, soweit im Vertrag nichts anderes geregelt ist.

In einem unlängst zu beurteilenden Fall (8 Ob 111/19k) hat der Oberste Gerichtshof zur Frage Stellung genommen, ob eine – von der Rechtsprechung beim gewerblichen Händler angenommene schlüssige Zusicherung der Verkehrs- und Betriebssicherheit auch beim Gebrauchtwagenkauf zwischen zwei Privatpersonen anwendbar ist. Die Parteien haben im Kaufvertrag zur Gewährleistung folgendes vereinbart:

„Das Fahrzeug wurde besichtigt und Probe gefahren. Der Zustand des Fahrzeuges ist mir bekannt und wird hiermit akzeptiert. Für das Fahrzeug wird vom Verkäufer keine weitere Garantie oder Gewährleistung übernommen. Beide Teile verzichten auf die Anfechtung dieses Vertrages, aus welchem Titel immer.“

Das gegenständliche Fahrzeug, ein VW-Transporter mit Erstzulassung 2007, wies einen Kilometerstand von 304.000 auf. Der Verkäufer teilte dem Käufer ausdrücklich mit, dass das Motorlager kaputt sei und die Servopumpe einen Defekt aufweise. Der Turbolader sei angeblich nach Auskunft des Vorbesitzers einmal getauscht worden, dies könne der Verkäufer jedoch nicht bestätigen. Zwei Wochen nach Übergabe des Autos traten eine defekte Zylinderkopfdichtung und ein Turboschaden zu Tage. Eine weitere Woche später erlitt das Fahrzeug einen Getriebeschaden.

Der Oberste Gerichtshof stellte in seiner Entscheidung klar, dass die von der Rechtsprechung aufgestellte Vermutung der Verkehrs- und Betriebssicherheit des Fahrzeuges prinzipiell nur beim Erwerb eines Gebrauchtfahrzeuges von einem gewerblichen Gebrauchtwagenhändler anzuwenden sei. Im Falle des Autokaufes zwischen zwei Privatpersonen komme es hingegen auf die Auslegung der konkreten Vereinbarung unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände des Kaufvertragsabschlusses an. Ob eine Eigenschaft danach als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte.

Wenn bereits als geschuldete Leistung ein Gebrauchtfahrzeug mit einem kaputten Motor-



lager und einer defekten Servopumpe, welche beide als schwere Mängel im Sinne der Prüf- und Begutachtungsstellenverordnung (PBStV) zu qualifizieren sind, geschuldet ist und daher alleine aufgrund dieser Mängel keine Verkehrs- und Betriebssicherheit gegeben ist, umfasst der vertraglich vereinbarte Gewährleistungsausschluss auch den Getriebedefekt, mit dem bei Fahrzeugen dieses Alters und Kilometerstand zu rechnen ist.

Für einen Autokauf zwischen Privatpersonen sollte daher stets ausdrücklich im Kaufvertrag festgehalten werden, ob die Verkehrs- und Be-

triebssicherheit des Fahrzeuges zugesichert wird oder nicht. Die von der Rechtsprechung entwickelte Vermutung der Verkehrs- und Betriebssicherheit ist zwischen zwei Privatpersonen nicht anwendbar. Die konkrete Reichweite des Gewährleistungsausschlusses ist jedoch stets im Einzelfall anhand des Vertrages und der Umstände des Fahrzeugkaufes zu beurteilen.

## VwGH im Dienste der Auftraggeber

**VERGABESRECHT.** Das Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG) bietet Auftraggebern ein ausgeklügeltes System an Vergabeverfahren zur Auftragsausschreibung. Zentraler Dreh- und Angelpunkt für die Verfahrenswahl ist der geschätzte Auftragswert (§ 13 BVerG). Der Auftragswert bestimmt, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich des Oberschwellenbereichs fällt und daher unionsweit auszuschreiben ist oder doch nur im Unterschwellenbereich österreichweit bekanntzumachen ist.

Darüber hinaus bestimmt der Auftragswert, ob eine Direktvergabe von Aufträgen ohne Durchführung eines aufwändigen Verfahrens zulässig ist. Direktvergaben sind bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro möglich (§ 46 Abs 2 BVerG iVm § 1 Z 3 SchwellenwerteVO, bis 31. Dezember 2020).

Vor diesem Hintergrund hat sich der VwGH in einer erst kürzlich ergangenen Entscheidung zum wiederholten Male um Klarstellung der komplexen Regelungen zur Auftragswertberechnung bemüht (VwGH 4. Mai 2020, Ra 2018/04/0200). Im gegenständlichen Fall hatte ein Auftraggeber unter anderem gesonderte Lieferaufträge für einzelne Hygieneartikel wie Papierhandtuchrollen, Lufterfrischer sowie Flüssigseife direkt vergeben, zumal der Auftragswert für jeden einzelnen Hygieneartikel unter 100.000 Euro lag. Ein Konkurrent des Auftragnehmers brachte daraufhin Feststellungsanträge beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) zur Bekämpfung der Auftragsvergabe ein. Er brachte vor, der Auftraggeber habe den geschätzten Auftragswert nicht vergaberechtskonform ermittelt. Die Direktvergabe der Aufträge sei rechtswidrig gewesen, bei richtiger Ermittlung wäre ein Bieterwettbewerb mit vorheriger Bekanntmachung auszuschreiben gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht gab den Feststellungsanträgen nicht statt, weshalb sich der Konkurrent an den VwGH wandte.

Dort argumentierte der Anfechtungswerber im Wesentlichen, das jährliche Entgelt für die Beschaffung sämtlicher Hygieneartikel (Papiertücher, Flüssigseife etc) sei zusammenzurechnen, zumal es sich um ein einheitliches Vergabevorhaben handle und nicht um einzelne Verfahren. Aufgrund des so ermittelten Auftragswerts sei eine Direktvergabe unzulässig, zumal die maßgeblichen Schwellenwerte bei Zusammenrechnung überschritten seien. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH verdeutlichte der VwGH, dass für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes mittels funktionaler Betrachtungsweise zu untersuchen sei, ob ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt (EuGH 15.03.2012, RS C574/10, Kommission/Deutschland). Dabei seien unterschiedliche Gesichtspunkte wie örtlicher Zusammenhang, gemeinsamer Zweck, gemeinsame Planung oder etwa das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten miteinzubeziehen. Weiters sei auch zu berücksichtigen, ob die einzelnen Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Der VwGH bekräftigte die Entscheidung des BVwG, derzufolge keine Gleichartigkeit der Leistungen vorgelegen sei. Flüssigseife und Papiertücher bestünden aus unterschiedlichen Stoffen und würden aufgrund unterschiedlicher Fertigungsmethoden produziert, es liege daher kein einheitliches Vergabevorhaben vor. Ebenso wenig würden die Hygieneartikel einem einheitlichen Verwendungszweck dienen. Die Direktvergabe sei daher zulässig gewesen.

Ungeachtet dieser auftraggeberfreundlichen Entscheidung ist in der Praxis bei der Auftragswertermittlung dennoch Vorsicht geboten. Die Rechtsprechung des VwGH zum einheitlichen Vergabevorhaben ist sehr einzelfallbezogen, wie auch die erörterte Entscheidung zeigt. Eine juristisch fundierte Auftragswertermittlung ist das beste Mittel gegen unliebsame Feststellungsverfahren.



*„Die Rechtsprechung des VwGH zum einheitlichen Vergabevorhaben ist sehr einzelfallbezogen“*

# Unzulässige Verwendung eines GPS-

**ARBEITSRECHT.** Viele Arbeitnehmer in Österreich erhalten von ihrem Dienstgeber ein Dienstfahrzeug zur Verfügung gestellt. Eine Vielzahl von Außendienstmitarbeitern oder Mitarbeitern im Homecare Pflegebereich ist auf das Dienstfahrzeug angewiesen, das oft auch für Privatfahrten verwendet werden darf. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergeben sich (neben abgabenrechtlichen Fragen) eine Fülle von Rechtsfragen. Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat nunmehr in der Entscheidung 9 ObA 120/19s zur Frage Stellung genommen, wie weit die Kontrollrechte des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Dienstfahrzeugen reichen und ob bei einer Rechtsverletzung dem Dienstnehmer ein immaterieller Schadenersatzanspruch zusteht.

Der beklagte Arbeitgeber hatte im Dienstfahrzeug eines Außendienstmitarbeiters ohne dessen Kenntnis und Zustimmung ein GPS-Ortungssystem eingebaut. Eine Betriebsvereinbarung über diese GPS-Ortung gab es auch nicht, zumal im Betrieb gar kein Betriebsrat existierte. Dieses Ortungssystem konnte die GPS-Daten rund um die Uhr an den Arbeitgeber übertragen. Das Fahrzeug, das der Kläger auch privat nutzen durfte, wurde vom Beklagten auch in der Freizeit geortet. Zudem konnte das GPS-System auch den Batteriepegel überwachen und erkennen, wann die Zündung eingeschaltet wird. Diese Daten konnten vom Geschäftsführer, dem Vertriebsleiter, dem Produktionsleiter und der Innendienstleiterin jederzeit über das Internet angesehen werden. Die Beklagte nutzte das GPS-Ortungssystem nicht zur strategischen Vertriebssteuerung. Den mehrmaligen schriftlichen und mündlichen Aufforderungen des Mitarbeiters, die



*Darf der Dienstgeber Angestellte mittels GPS-System im Dienstfahrzeug überwachen?*

Foto: flickr/ Mic



# Ortungssystems im Dienstfahrzeug

Überwachung zumindest in der Freizeit zu unterlassen, kam der Arbeitgeber nicht nach. Die GPS-Ortung brachte für den Dienstnehmer erhebliche Unannehmlichkeiten. Oft wurde er von seinem Vorgesetzten angerufen und gefragt, warum er so spät von daheim weggefahren sei. Aufgrund der ständigen Ortung und weil er nicht der Kontrolle seines Privatlebens durch den Dienstgeber unterliegen wollte, fuhr der Mitarbeiter auch nicht mit dem Dienstfahrzeug, sondern mit einem anderen Auto auf Urlaub.

Gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer durch den Betriebsinhaber, sofern diese Maßnahmen bzw. Systeme die Menschenwürde berühren, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats. Korrespondierend dazu normiert § 10 Abs 1 AVRAG, dass die Einführung und Verwendung von Kontrollmaßnahmen und tech-



*„Die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer durch den Betriebsinhaber bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.“*

nischen Systemen, welche die Menschenwürde berühren, unzulässig sind, es sei denn, diese Maßnahmen werden durch eine Betriebsvereinbarung i.S.d. § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG geregelt. Ist in einem Betrieb kein Betriebsrat eingerichtet, ist die Zustimmung jedes einzelnen betroffenen Arbeitnehmers notwendig.

Der OGH entschied, dass der Arbeitgeber mit dem GPS-Ortungssystem eine technische Maßnahme zur dauernden Kontrolle seines Vertriebsmitarbeiters eingeführt habe. Solche Kontrollen seien außerhalb der Dienstzeit jedenfalls unzulässig, während der Arbeitszeit berührten sie jedenfalls die Menschenwürde, weil damit die vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachte Privatsphäre kontrolliert worden sei. Diese Kontrollmaßnahme hätte daher zu ihrer Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglichen Zustimmung des Klägers bedurft.

Durch die Verwendung des GPS-Ortungssystems im Dienstfahrzeug des Klägers während dessen Arbeitszeit (und Freizeit) habe der Dienstgeber rechtswidrig und schuldhaft (vorsätzlich) in die Privatsphäre des Klägers, nämlich seinen höchstpersönlichen Lebensbereich, eingegriffen.

Als Folge obiger Schlussfolgerungen sprach der OGH (erstmalig) dem Dienstnehmer einen immateriellen Schadenersatz für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch rechtswidriges GPS-Tracking bei privat nutzbaren Dienstwagen zu, da er in Anbetracht der Intensität und des Ausmaßes der Kontrolle die Verletzung der Privatsphäre des Klägers als erheblich einstufte. Dem Arbeitnehmer wurden 2.400 Euro (400 Euro pro Monat) zugesprochen.

Der auf §§ 16, 1328a ABGB gestützte Schadenersatzanspruch hat möglicherweise auch Auswirkungen auf die erst am Anfang stehende Entwicklung eines Ersatzes nach Art 82 DSGVO für Datenschutzverletzungen.

## Info

### Privatsphäre kontrolliert

Die Menschenwürde wird von einer Kontrollmaßnahme oder einem Kontrollsystem dann „berührt“, wenn dadurch die vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachte Privatsphäre kontrolliert wird. Von der Privatsphäre abgesehen, kann aber auch durch die Kontrollintensität der Arbeitsleistung und des arbeitsbezogenen Verhaltens des Arbeitnehmers eine Berührung der Menschenwürde bewirkt werden, und zwar vor allem dann, wenn diese Kontrolle in übersteigter Intensität organisiert wird und jenes Maß überschreitet, das für Arbeitsverhältnisse dieser Art typisch und geboten ist. Andererseits verlangt das „Berühren“ der Menschenwürde keine solche Eingriffsdichte, die bereits als „Verletzung“ anzusehen wäre. Durch § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers vielmehr der schmale Grenzbereich zwischen den die Menschenwürde verletzenden (und damit ohnehin sittenwidrigen) Maßnahmen und den die Menschenwürde überhaupt nicht tangierenden Maßnahmen des Betriebsinhabers geregelt werden.

# Eigentum verpflichtet: Die Bauwerkshaftung

**BAURECHT.** Die in § 1319 ABGB geregelte „Bauwerkshaftung“ ist ein stets wiederkehrendes Thema, zumal ein Gebäudebesitzer unter bestimmten Voraussetzungen für Schäden in sehr weitem Umfang einzustehen hat. Verursachen Teile des Gebäudes durch Einsturz oder Ablösen einen Schaden oder wird jemand dadurch verletzt, so ordnet § 1319 ABGB die Haftung des Gebäudebesitzers an, wenn dieser nicht beweist, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet hat.

Diese verschärfte Haftungsbestimmung beruht darauf, dass Bauwerke eine besondere Gefahrenquelle darstellen (können).

Als Besitzer eines Bauwerkes ist derjenige anzusehen, der in der Lage ist, durch erforderliche Vorkehrungen eine vom Gebäude ausgehende Gefahr rechtzeitig abzuwenden. Es sind darunter also zum einen jene Personen zu verstehen, die verpflichtet sind, für die Instandhaltung des Gebäudes auf eigene Rechnung zu sorgen, in erster Linie natürlich der Eigentümer. Zum anderen kann dies aber auch ein Mieter oder ein Wohnungseigentümer sein. Während einer Bauführung kann auch bis zur Übergabe des Bauwerkes der Auftragnehmer Besitzer und damit nach § 1319 ABGB haftbar sein.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie sich der Hauseigentümer überhaupt freibeweisen kann. Nach dem Gesetzeswortlaut könnte nämlich schon der bloße Schadenseintritt bedeuten, dass die entsprechende Sorgfalt nicht eingehalten wurde. Ein Freibeweis wäre somit nahezu unmöglich. Soweit möchte der Gesetzgeber aber auch wieder nicht gehen: es sind vom Besitzer solche Vorkehrungen zu treffen, die nach der Auffassung des Verkehrs vernünftigerweise erwartet werden können, um eine Haftung auszuschließen. Zur Frage, wie weit sich diese Haftung erstreckt bzw., wie man einer möglichen Haf-



*„Ein Besitzer eines Bauwerks muss im Vorfeld alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um der Gefahr einer Haftung gemäß § 1319 ABGB entgegen zuwirken.“*

tung nach § 1319 ABGB entgegen kann, hat der Oberste Gerichtshof in einer jüngst ergangenen Entscheidung abgesprochen (OGH 5 Ob 118/19t).

Im Anlassfall ist die Beklagte Eigentümerin eines Hauses, von dem sich ein Zierstück des Gesimses löste und aus etwa 15 Metern Höhe die vorbeigehende Klägerin im Kopfbereich traf. Der Oberste Gerichtshof hat dazu entschieden, dass die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfaltspflicht die Erkennbarkeit oder die Voraussehbarkeit der Gefahr voraussetzt. Im gegenständlichen Fall wurde vom erstinstanzlichen Gericht festgestellt, dass auch eine jährliche Sichtkontrolle keine Beschädigung oder mangelnde Festigkeit des Zierelements hätte erkennen lassen. Für die Beklagte bestand nach Ansicht des OGH somit kein Anlass, weitere Maßnahmen zur Verhinderung des Schadens zu setzen. Die Haftung wurde daher verneint und der Beklagten ist somit der Freibeweis gelungen.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Besitzer eines Bauwerkes im Vorfeld

## Neue Richtlinie für

**EU-RECHT.** Die zuständigen Gremien der Europäischen Union haben sich rund zwei Jahre nach dem ersten Entwurf für einen sogenannten „New Deal for Consumers“, auf eine Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern, geeinigt.

Diese Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, ein System für Verbandsklagen einzuführen, um die Kollektivinteressen der Verbraucher vor Verstößen gegen das Unionsrecht zu schützen. Davon umfasst sind sowohl Unterlassungsklagen als auch Abhilfemaßnahmen. Als Verbandsklage wird die Klage von Vereinen oder Verbänden bezeichnet, mit der diese nicht die Verletzung eigener Rechte geltend machen, sondern solche der Allgemeinheit.

Die Zielsetzung dieser Richtlinie ist es, dass Verbrauchern in allen Mitgliedstaaten zumindest ein Verfahren mit gewissen Standards zur Verfügung steht, um damit wirksame und effiziente Verbandsklagen auf nationaler und Unionsebene zu ermöglichen. Dies vor allem deshalb, weil die vorhandenen Verfahren derzeit unionsweit unterschiedlich geregelt sind und ein unter-



alle erforderlichen Maßnahmen treffen müssen, um der Gefahr einer Haftung gemäß § 1319 ABGB entgegenzuwirken. Die gebotene Sorgfalt ist nur dann verletzt, wenn die Gefahr erkennbar oder voraussehbar war. Das bedeutet allerdings auch, dass Gebäudeeigentümer ihre Häuser regelmä-

***Gebäudeeigentümer müssen ihre Häuser regelmäßig einer Kontrolle unterziehen.***

Foto: flickr/Martin.Fisch

Info

## Umfassende Haftung

Die Haftung des Eigentümers gemäß § 1319 ABGB trifft nicht nur bei Einsturz oder Ablösung von Teilen eines Gebäudes, sondern auch von Teilen eines auf einem Grundstück aufgeführten „Werkes“ zu. „Werk“ ist jeder künstliche Aufbau. Darunter fällt auch beispielsweise ein Gerüst, eine elektrische Leitung, eine Ankündigungstafel, ein Zaun, ein Geländer, ein Schranken, ein Flugdach, ein Kanal. Auch eine schlecht sichtbare Absperrkette wurde unter den Werksbegriff subsumiert. Sogar auf Bäume wurde die Haftung nach § 1319 ABGB schon analog angewendet! Die Rechtsprechung lässt hier sehr weitgehende Interpretationen zu.

ßig einer Kontrolle zu unterziehen haben, ob nicht irgendwelche Bestandteile locker sind und eine Gefahr darstellen können.

## EU-weite Verbandsklagen

schiedliches Maß an Verbraucherschutz bieten.

Vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Verstöße von Unternehmern gegenüber Verbrauchern gegen die in Anhang 1 zur Richtlinie angeführten Vorschriften des Unionsrechts umfasst (insgesamt derzeit 59 Unionsrechtsakte), darunter auch relevante Bereiche wie Finanzdienstleistungen, Versicherungen, Telekommunikation, Datenschutz oder Reiserecht. Die Richtlinie enthält zudem auch eine sogenannte „Öffnungsklausel“, wonach die Mitgliedstaaten befugt sind, dem Anwendungsbereich weitere Rechtsakte unterfallen zu lassen.

Die Richtlinie gibt bestimmten, von den Mitgliedstaaten benannten qualifizierten Einrichtungen die Möglichkeit, zukünftig Verbandsklagen zu erheben. Für diese „qualifizierten Einrichtungen“ sieht die Richtlinie eigene Kriterien vor, die diese Organisationen erfüllen müssen (zB Verfolgung von Verbraucherinteressen, kein Erwerbsszweck, wirtschaftliche Unabhängigkeit). Diese Kriterien sind jedoch lediglich auf grenzüberschreitende Verbandsklagen anwendbar. Grenzüberschreitend sind Verbandsklagen

dann, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Einrichtung ansässig ist, erhoben werden. Für innerstaatliche Verbandsklagen dürfen die Mitgliedstaaten die Kriterien im Einklang mit ihren nationalen Rechtsordnungen selbst aufstellen und besteht hier (unter anderem) ein gewisser Interpretations- und Handlungsspielraum zur Frage, ob solche „qualifizierte Einrichtungen“ auch Rechtsanwälte sein können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass diese Richtlinie erstmals die europaweite Einführung von Verbandsklagen vorsieht. Damit verbunden soll es zu einer Steigerung der individuellen Interessen von Verbrauchern und des kollektiven Rechtsschutzes kommen. Es bleibt abzuwarten, wie diese Vorgaben in nationales Recht umgesetzt werden und welche Veränderungen sich daraus für das österreichische Recht ergeben. Den Mitgliedstaaten bleiben nach Inkrafttreten der Richtlinie 24 Monate Zeit für die Umsetzung der Vorgaben in nationales Recht. Weitere sechs Monate später sind diese dann anzuwenden. „mitRECHT“ wird weiter informieren.

# Kaufverträge müssen wasserdicht sein!

Ihr Rechtsanwalt  
sorgt dafür, dass  
Ihr Vertrag keine  
undichten Stellen  
hat. Nehmen Sie  
rechtzeitig Kontakt  
mit Ihrer Rechtsanwältin oder Ihrem  
Rechtsanwalt auf.  
Informieren Sie sich unter:  
[www.kosch-partner.at](http://www.kosch-partner.at)



**KOSCH & PARTNER**  
RECHTSANWÄLTE