

# mitRECHT

Juni 2020

23. Jahrgang



## Wer darf wann, wo fliegen lassen?

Die rechtlichen Voraussetzungen des Drohnenflugs.  
Seite 8

*Foto: flickr/  
Open Grid Scheduler / Grid Engine*

Klientenzeitschrift der Rechtsanwaltskanzlei



URBANEK & RUDOLPH  
RECHTSANWÄLTE



Partner von Eurojuris International,  
EU-weite Kooperation von  
Rechtsanwälten

# Liebe Klientinnen und Klienten!

**EDITORIAL. Als wir Ihnen unsere vergangene Klientenzeitung übermittelt haben, hätte sich niemand vorstellen können, dass kurze Zeit später ein einziges und völlig neues Thema unser Leben beherrschen wird, nämlich SARS-CoV-2 bzw. Covid-19, der Erreger der „Corona-Pandemie“.**

Was Ende 2019 noch eine wissenschaftliche Randnotiz war, hält uns seit der Woche 11 des Jahres 2020 fest im (Würge-)Griff. Die seit damals verordneten Maßnahmen führen nicht nur dazu, dass in unserem Alltag nichts mehr ist wie früher. Die Maßnahmen betreffen auch und vor allem unser öffentliches Leben, unsere Wirtschaft, unsere Gesellschaft und Kultur, unser Rechtssystem, ja unser gesamtes Gemeinwesen.

Einige Branchen haben Hochbetrieb, andere stehen vollkommen still. Überall sind jedoch Menschen und Schicksale betroffen und gilt es, die Dinge nicht nur hinzunehmen, sondern anstehende Probleme zu lösen, Entwicklungen zu optimieren und Möglichkeiten zu ergreifen.

Wir Rechtsanwaltskanzleien sind selbst intensiv von dieser Krise betroffen, indem wir einerseits unseren Mandanten im Zusammenhang mit neuen Unterstützungs- und Überbrückungsmöglichkeiten (Hilfsfonds, Kurzarbeit, Stun-

dungen, Fixkostenzuschüsse, Überbrückungskredite mit Haftungen der öffentlichen Hand u.v.m.) unter die Arme greifen, andererseits aber auch selbst je nach Spezialisierung mit Auftragsrückgängen und mit dem „Stillstand der Rechtspflege“ zu kämpfen haben. Viele Kanzleien haben auch selbst von der Möglichkeit der Kurzarbeit Gebrauch gemacht. Auch die Arbeit im Home-Office war für viele von uns Neuland.

Nun beginnt im Rahmen einer vielfach so bezeichneten „neuen Normalität“ vieles, so auch die Tätigkeit der Gerichte, wieder anzulaufen. Unterbrochen gewesene Fristen haben am 1. Mai 2020 neu zu laufen begonnen, Gerichtsverhandlungen werden wieder durchgeführt, erforderlichenfalls – wie auch Vertragsverhandlungen, Haupt- und Generalversammlungen – mit Videokonferenzen samt „Fernbeglaubigungen“. Somit kehrt auch in fast allen Rechtsanwaltskanzleien wieder Normalbetrieb ein.

Sobald der erste Schock vorbei ist, werden sich mehr Rechtsfragen und Aufgaben stellen als je zuvor. Manche Experten prophezeien ein massives „Unternehmenssterben“. Auch die Corona-Maßnahmen selbst werden zu hinterfragen sein, von der Bekämpfung kleinerer Polizeistrafen wegen vermeintlicher „Covid-Verstöße“ bis hin zur verfassungsrechtlichen Hinterfragung verschiedener Normen. Unmittelbare betriebliche Auswirkungen und Fragen (Bin ich zur Mietzinsminderung berechtigt? Kann ich mein durch die Krise angeschlagenes Unternehmen noch sanieren? Hafte ich für Corona – bedingte Lieferverzögerungen?) brauchen rasche und kompetente Antworten. Wir beraten und unterstützen Sie gerne!



*Dr. Andreas Rudolph*



**URBANEK & RUDOLPH**

RECHTSANWÄLTE

3100 St. Pölten  
Europaplatz 7  
T: +43 (2742) 35 35 75  
F: +43 (2742) 35 26 78

1010 Wien  
Seilerstätte 18-20  
T: +43 (1) 879 85 75  
T: +43 (1) 879 85 78

Sprechstelle  
3470 Kirchberg/W.  
Marktplatz 8  
T: +43 (2279) 27 385

Dr. Sigrid Urbanek  
Dr. Andreas Rudolph  
Mag. Katharina Kolland-Twaroch

office@wirtschaftundrecht.at  
www.wirtschaftundrecht.at

## WAS SIE WISSEN MÜSSEN

# Drei Rechts-Tipps aus Ihrer Kanzlei

### 1. Was man bei einer Vorsorgevollmacht beachten muss?

Bei Errichtung einer Vorsorgevollmacht ist es sinnvoll, auch eine Patientenverfügung zu treffen, wenn Sie bestimmte Behandlungsmethoden im Krankheitsfalle bei sich ablehnen. Auf diese Art können Sie Ihrem Vorsorgebevollmächtigtem klare Anweisungen geben. Das erleichtert ihm Entscheidungen, wenn es um Leben oder Tod geht.

### 2. Was man bei Vermietungen beachten muss?

Wenn Sie beabsichtigen, eine Eigentumswohnung über Internetplattformen kurzfristig zu vermieten, tun sie sich mit Gleichgesinnten zusammen, und vereinbaren Sie im Wohnungseigentumsvertrag, dass diese Art der Wohnungsnutzung allseits zulässig ist. Dann haben sie zumindest kein wohnungseigentumsrechtliches Problem. Allfällige andere rechtliche Beschränkungen sowie gewerberechtliche oder steuerliche Belange müssen Sie natürlich trotzdem beachten!

### 3. Was man über die Bauaufsicht wissen muss?

Die Bauaufsicht soll den Bauherren, der sie gesondert entlohnt, vor Fehlern schützen, die



grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Werkunternehmers fallen, nicht aber diesen entlasten oder gar dessen Verantwortung mindern. Der Werkunternehmer kann einen Fehler der Bauaufsicht dem Bauherrn gegenüber nicht als schadensmindernd (Mitverschulden) einwenden. Dies deshalb, da der Werkunternehmer nach dem Gesetz jedenfalls mangelfrei arbeiten muss, unabhängig davon, ob ihm eine Bauaufsicht „auf die Finger schaut“.

**Lediglich 36 Prozent aller 60 bis 69-jährigen Österreicher haben ein Testament errichtet. Eine Vorsorgevollmacht noch viel weniger.**

Foto: flickr/ Maik Meid

## Inhalt

WOHNRECHT. Der Oberste Gerichtshof hat erneut der kurzfristigen Vermietung von Eigentumswohnungen über Tourismusplattformen eine Beschränkung erteilt.

Seite 4

RECHT RÄTSELHAFT

Seite 5

ZIVILRECHT. Mit einer Vorsorgevollmacht kann man rechtzeitig selbst bestimmen, wer in welchen Lebensbereichen für den Betroffenen handeln und entscheiden darf.

Seite 6

ZIVILRECHT. Drohnen und ihre rechtlichen Aspekte.

Seite 8

ARBEITSRECHT. Rufbereitschaft außerhalb der Dienstzeit.

Seite 8

WERKVERTRAGSRECHT. Bauvertrag und Sicherstellung in Krisenzeiten

Seite 10

WERKVERTRAGSRECHT. Regressanspruch des Werkunternehmers gegen die Bauaufsicht

Seite 11



**Wer darf kurzfristig vermieten?**

Seite 4

Foto: flickr/ Open Grid Scheduler / Grid Engine

# Airbnb: Die Verlockung ist groß

**WOHNRECHT.** Jemand besitzt eine Eigentumswohnung in einer Großstadt oder in einem touristisch interessanten Gebiet, die er nicht als Hauptwohnsitz benützt. Da liegt es nahe, diese Wohnung zu vermieten. Und zwar nicht mit einem längerfristigen Mietvertrag, sondern immer nur tage- oder wochenweise mit Hilfe einer Vermietungsplattform über das Internet, beispielsweise Airbnb.

Das sichert dann, selbst wenn keine Vollaussattung erreicht wird, einen wesentlich höheren Mietzins als eine normale Wohnungsvermietung. Und es lässt auch eine teilweise Eigennutzung des Eigentümers zu. Allerdings, und das hat der Oberste Gerichtshof schon 2011 judiziert, gibt es mit dieser Art von Vermietung dann Probleme, wenn die Wohnung eben nur als „Wohnung“ und nicht als Beherbergungsbetrieb oder Ähnliches gewidmet ist. Die kurzfristige Vermietung eines



*Die kurzfristige Vermietung eines im Wohnungseigentumsvertrag als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjektes zu Fremdenverkehrszwecken ist eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung.* Foto: flickr/ Open Grid Scheduler / Grid Engine

im Wohnungseigentumsvertrag als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjektes zu Fremdenverkehrszwecken ist nach § 16 WEG eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung. Eine solche bedarf der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer oder zumindest eines zustimmenden Beschlusses des Gerichtes. Voraussetzung für einen positiven Gerichtsbeschluss ist aber, dass diese Wohnungsänderung nicht mit wesentlichen Interessen anderer Wohnungseigentümer kollidiert. Dabei kommt es auf das vom Einzelfall abhängige konkrete Ausmaß der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer an.

Unlängst hat der OGH (5 Ob 43/19p) judiziert, dass die Gefahr von Lärmbeeinträchtigungen und Beschädigungen durch anonyme Feriengäste typischerweise größer ist als bei der Nutzung durch den Wohnungseigentümer selbst oder dessen Bekannte oder Verwandte. Diese fühlen sich üblicherweise aufgrund des Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnisses zu einem nicht professionell vermietenden Wohnungseigentümer zu mehr Rücksichtnahme verpflichtet als Fremde. Insbesondere werden Menschen, die sich eine solche Eigentumswohnung in einer Feriengegend kaufen, um dem Alltag zu entfliehen und Ruhe zu haben, wie sie in einem Hotel oder hotelähnlichen Betrieb nicht zu finden ist, sehr rasch in ihren schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt sein.

Mit dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof wiederum der kurzfristigen Vermie-

tung von Eigentumswohnungen über Tourismusplattformen eine Beschränkung erteilt.

Die Folge daraus ist: Wenn man beabsichtigt, seine Wohnung über Airbnb zu vermieten, muss man zuerst die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer herbeiführen. Das ist im Nachhinein immer schwierig, insbesondere dann, wenn es sich um eine große Anlage handelt und viele Eigentümer zustimmen müssen. Was man bei solchen Anlagen nicht von vorne herein im Wohnungseigentumsvertrag vereinbart, ist im Nachhinein oft schwierig bis gar nicht mehr durchzusetzen. Auch eine Gerichtsentscheidung ist hier nicht leicht herbeizuführen, meist scheidet das auch schon an praktischen Erwägungen: Gerade Zweitwohnsitzobjekte werden oft von Nicht-Österreichern gekauft. Ein allfälliger Gerichtsantrag müsste dann vor seiner Zustellung im nicht deutschsprachigen Ausland in die jeweilige Landessprache übersetzt werden. Allein dieses Unterfangen ist schon mit hohen Kosten verbunden. Dazu kommt noch, dass man sich in einem allfälligen Prozess einer Mehrzahl von Prozessgegnern und ihren Anwälten gegenüber sieht, was im Fall eines Prozessverlustes zu erheblichen Kostenbelastungen führen kann.



*„Der Oberste Gerichtshof hat erneut der kurzfristigen Vermietung von Eigentumswohnungen über Tourismusplattformen eine Beschränkung erteilt.“*

## Recht rätselhaft: Was ist ein „Vätertausch“?

RÄTSEL. Juristische Begriffe sind oft nicht für jeden Laien verständlich. Darum will „mit Recht“ kontinuierlich rechtliche Begriffe erraten lassen.

### Was ist ein „Vätertausch“?

1. Vermutet oder weiß ein Kind, dass es nicht vom festgestellten Vater abstammt, kann es die Feststellung seiner wirklichen Abstammung bei Gericht beantragen. In einem solchen Fall hat die gerichtliche Feststellung der „neuen“ Abstammung die Wirkung, dass das Kind nicht vom bisher als Vater festgestellten Mann abstammt. Mit diesem „Vätertausch-Verfahren“ kann das Kind also eine kraft Geburt feststehende Vaterschaft beseitigen und statt dessen die Feststellung der Vaterschaft eines anderen Mannes erwirken.

2. Jeder Mensch hat die Möglichkeit, sich von einem anderen Menschen adoptieren zu lassen. Entscheidet sich jemand dafür, anstelle des leiblichen Vaters zukünftig nur noch einen

Adoptivvater als rechtmäßigen Vater anzusehen und die familiären (auch erbrechtlichen) Bande zum leiblichen Vater endgültig zu lösen, so kann er/sie dies bei Gericht in einem sogenannten „Vätertausch-Verfahren“ durch Gerichtsbeschluss legalisieren lassen.

3. Kommt es in zwei Familien mit Kindern zu einem Partnertausch, dann kann allseits vereinbart werden, dass der jeweilige Vater seine Unterhaltspflichten zukünftig nicht mehr gegenüber seinen eigenen leiblichen Kindern erfüllt, sondern an den Kindern der „neuen“ Familie. Dieser „Vätertausch“ bedarf einer gerichtlichen Entscheidung, wobei jedenfalls die Mutter und allfällige über 14 Jahre alte Kinder zustimmen müssen. Die Kinder verlieren dadurch den Unterhaltsanspruch gegen den leiblichen Vater, erhalten aber einen gesetzlichen Anspruch gegen den „Patchwork-Vater“.

*Anwort 1 ist richtig.*

# Testament. Vorsorgevollmacht.

**ZIVILRECHT.** Bei den Begriffen Testament, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung handelt es sich um rechtliche Instrumente, die bei Ableben, Verlust der Geschäftsfähigkeit oder schwerer Krankheit sicherstellen sollen, dass die eigenen Vorstellungen über die Gestaltung des zukünftigen Lebens und die Verwaltung des Vermögens auch nach dem Eintritt der besagten Ereignisse durchgesetzt werden können.

Vielfach werden Gedanken an diese zweifellos nicht sehr erfreulichen Situationen verdrängt oder zumindest immer wieder aufgeschoben. Dies belegen rezente Statistiken, wonach lediglich 36 Prozent aller 60 bis 69-jährigen Österreicher ein Testament errichtet haben. Bei Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen fällt die Anzahl noch deutlich geringer aus.

Letztwillige Verfügungen kann man in verschiedenen Formen treffen: die bekannteste und häufigste ist das Testament, aber auch mittels Schenkung auf den Todesfall oder auch nur in Form der Festlegung einer Bezugsberechtigung aus einer Lebensversicherung kann man über sein Vermögen nach dem Tod bestimmen.

Das Testament ist eine letztwillige Verfügung, die einer ganz bestimmten Form bedarf, um gültig zu sein. Es kann entweder eigenhändig oder aber fremdhändig, also in Form einer mechanisch erstellten Urkunde, verfasst sein. Das eigenhändige Testament muss von Anfang bis Schluss handschriftlich geschrieben sein, das fremdhändige Testament muss in Gegenwart von drei nicht im Testament bedachten Zeugen ausdrücklich als letzter Wille bezeichnet und dann unterfertigt werden.

Im Testament selbst kann mehr oder weniger umfangreich und genau geregelt werden, was mit dem Vermögen des Erblassers nach dem Tod passieren soll. Die einfachste Form ist, jemanden, beispielsweise den Gatten, als Erben einzusetzen („Ich setze meinen Gatten Max als Erben ein.“). Schon mit diesem kurzen Satz wird die gesetzliche Erbfolge außer Kraft gesetzt und werden allfällige sonstige gesetzliche Erben, beispielsweise die Kinder, auf den Pflichtteil verwiesen.

Möchte man zusätzlich bestimmten Personen bestimmte Vermögenswerte zukommen lassen („Mein Haus erhält mein Sohn Josef.“) so kann man dies ebenfalls im Testament festlegen. Hier beginnen dann schon die ersten Tücken: ist der nicht unerhebliche Wert des Hauses auf den Pflichtteil anzurechnen oder nicht? Und was ist,

wenn der Erblasser außer dem Haus praktisch keine anderen Vermögenswerte besitzt? Was passiert dann mit dem Erbteil des Gatten? Oder mit dem Pflichtteil anderer Kinder? Bekommen die dann gar nichts?

Aber auch ohne besondere Verfügungen stellt sich die Frage, ob der Gatte, wenn das gesamte Vermögen in Form des Hauses besteht, die Kinder, die den Pflichtteil in Geld erhalten müssen, überhaupt auszahlen kann? Und wenn ja, innerhalb welcher Zeit muss die Zahlung erfolgen? Kann man die pflichtteilsberechtigten Kinder darauf beschränken, dass sie erst nach dem zweitversterbenden Elternteil Haus und Grund bekommen?

Bedenkt man nicht, wer von Gesetzes wegen zum Erben berufen wird, bringt dies einige Risiken mit sich. Lebt man etwa seit vielen Jahren mit einer Lebensgefährtin zusammen, ohne diese als Erbin in einem Testament zu bedenken, würden vor jener sogar die Großtante/ der Großonkel oder deren Nachkömmlinge statt der Lebensgefährtin zur Erbschaft gelangen. Dauert die Lebensgemeinschaft kürzer als drei Jahre, würde der hinterbliebene Lebensgefährte sogar gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen.

All diese Fragen muss man bedenken, wenn man seinen letzten Willen so verfassen möchte, dass dann nicht nach dem Tod mehr Probleme entstehen, als man mit einer letztwilligen Verfügung verhindern wollte. Dazu bedarf es in den meisten Fällen professioneller Hilfe.

## Vorsorgevollmacht

Diese Form der rechtlichen Vorsorge betrifft den Fall des Verlustes der Geschäftsfähigkeit und dem damit einhergehenden Problem der zwingend zu bestellenden Stellvertretung in bestimmten Angelegenheiten des Rechtslebens. Ob durch Unfall, langsam fortschreitende oder plötzliche Erkrankung, es kann dazu kommen, dass man wichtige Entscheidungen nicht mehr für sich selbst treffen kann oder dass man die Folgen bestimmter Rechtshandlungen nicht mehr ausreichend einzuschätzen vermag, weil die körperlichen oder geistigen Voraussetzungen dafür, also die Geschäftsfähigkeit, verloren gegangen oder zumindest stark eingeschränkt sind. Zwar erfuhr das Erwachsenenschutzrecht durch das 2. Erwachsenenschutzgesetz 2018 eine erhebliche Liberalisierung dahingehend, dass man auch nach Bestellung eines Vertreters eigene Rechtshandlungen setzen kann, diese jedoch ebenfalls nach Ermessen des Vertreters von diesem getätigt werden können und vom Gericht in bestimmten Fällen überdies eine absolute Nichtigkeit eigener Rechtshandlungen



**„Mit einer Vorsorgevollmacht kann man rechtzeitig selbst bestimmen, wer in welchen Lebensbereichen für den Betroffenen handeln und entscheiden darf.“**

# Patientenverfügung



des Vertretenen angeordnet werden kann. Trifft man demnach keine Verfügung darüber, wer bei Verlust der Geschäftsfähigkeit für einen wichtige Entscheidungen fällen soll, kommt es zur gesetzlichen Reihenfolge der zur Vertretung zu Berufenden. Dies kann, trotz der Tatsache, dass das gesetzliche Modell zunächst nahe Angehörige beiziehen möchte, oftmals dazu führen, dass Personen beigezogen werden, die man selbst keineswegs erwählt hätte.

Mit einer Vorsorgevollmacht kann man rechtzeitig selbst bestimmen, wer in welchen Lebensbereichen für den Betroffenen handeln und entscheiden darf, wenn der Betroffene eines Tages dazu selbst nicht mehr in der Lage ist.

Überaus bedeutsam ist es daher, sich lieber früher als zu spät Gedanken darüber zu machen, wer im Falle des Falls zum Erwachsenenvertreter bestellt werden könnte. Das sollte natürlich eine Vertrauensperson sein, die auch mit der Übernahme dieses Amtes einverstanden ist. Gleichzeitig mit der Festlegung der Person können dieser auch Anordnungen „mitgegeben“ werden, an die sich diese Person dann auch halten muss.

## Patientenverfügung

Im Falle schwerer Erkrankung bietet sich die Möglichkeit, bestimmte medizinische Maß-

**Lediglich 36 Prozent aller 60 bis 69-jährigen Österreicher haben ein Testament errichtet.**

Foto: flickr/ Maik Meid

nahmen auch nach einem Verlust der Entscheidungsfähigkeit (für die behandelnden Ärzte verpflichtend) ablehnen zu können. Dadurch können Szenarien vermieden werden, in denen an einem im Falle der Erkrankung oder nach einer schweren Verletzung sämtliche erdenklichen Behandlungsmethoden angewendet werden, die man – zu Zeiten klaren Bewusstseins – stets vermeiden hätte wollen.

Um eine gültige Patientenverfügung errichten zu können, bedarf es verpflichtend eines ärztlichen Vorgesprächs und der Errichtung der Verfügung etwa durch einen Rechtsanwalt. Diese beiden Maßnahmen dienen vor allem dazu, die erforderliche Bestimmtheit der im Dokument abgelehnten Methoden und medizinischen Anwendungen genau zu erfassen. Dadurch sollen Unklarheiten bei Gebrauch beseitigt und garantiert werden, dass sich der Errichter der Verfügung auf seine festgesetzten Vorstellungen auch verlassen kann. Werden Formulierungen verwendet, die lediglich auf den Willen des Patienten hindeuten, diesen jedoch nicht ausreichend genau beschreiben, können erhebliche Probleme und Streitfragen auftreten bzw. die Verfügung selbst für unwirksam erklärt werden.

# Drohnen und ihre rechtlichen Aspekte

**ZIVILRECHT.** Drohnen „fliegen“ voll im Trend: Die unbemannten, ferngesteuerten Luftfahrzeuge erfreuen sich immer größerer Beliebtheit. Der Betrieb von Drohnen in Österreich wurde 2014 mit einer Novelle des Luftfahrtgesetzes (LFG) geregelt; die rechtlichen Grundlagen finden sich in den Paragrafen 24c bis 24l LFG. Zuständige Behörde für eine allfällige luftfahrtrechtliche Bewilligung ist die Austro Control.

*Wer darf wo fliegen lassen?*

Foto: flickr/ Steffen Voß



## 1. Benötige ich eine Bewilligung?

Nach dem Kauf einer Drohne muss festgestellt werden, ob das Gerät bewilligungspflichtig ist. Das hängt zunächst in erster Linie vom Gewicht (Bewegungsenergie) ab. Nicht bewilligungspflichtig sind Geräte, welche in die Spielzeugkategorie (bis 79 Joule Bewegungsenergie, das entspricht ca. einem Gewicht von 250 Gramm, bei einer Betriebshöhe von 30m) fallen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass Flughöhe und Geschwindigkeit so gewählt werden, dass die 79-Joule-Grenze nicht überschritten wird und durch den Betrieb keine Personen oder Sachen gefährdet werden. Eine Übersicht zu sämtlichen Drohnenkategorien und der Frage, ob man für eine Drohne eine Bewilligung benötigt, findet man auf der Internetseite der Austro Control. Verstöße gegen die Bestimmungen des Luftfahrtgesetzes werden als Verwaltungsstrafe geahndet.

## 2. Strafrechtliche Aspekte

Hier stellt sich vor allem im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Sachbeschädigung die Frage, ob es gerechtfertigt ist, eine Drohne abzuschießen, wenn diese über den eigenen Gar-

# Rufbereitschaft

**ARBEITSRECHT.** Der technische Fortschritt verändert nicht nur unser Berufsleben, sondern wirft auch zahlreiche neue Rechtsfragen auf. Nahezu jeder Dienstnehmer besitzt heutzutage ein Privathandy und immer öfter auch ein Diensthandy. In der Praxis kommt es nunmehr vor, dass Dienstgeber ausdrücklich von ihren Mitarbeitern verlangen, außerhalb der Arbeitszeiten erreichbar zu sein oder dies einfach stillschweigend voraussetzen. Gerade die Corona Krise hat die offenen Fragen verdeutlicht.

Der Oberste Gerichtshof musste sich mit dieser Problemstellung in einem besonderen Sachverhalt auseinandersetzen (OGH 25.01.2019, 8 ObA 61/18f). Ein Securitymitarbeiter in einem Objekt- und Personenschutzunternehmen musste sein Diensthandy stets aufgeladen Tag und Nacht bei sich tragen und im Falle eines Anschlages oder einer Terrorattacke einsatzbereit sein. War der Mitarbeiter mehrere Stunden lang nicht erreichbar, wie etwa bei der Sportausübung, musste er dies melden und die Genehmigung von seinem Vorgesetzten einholen. Über die Abgeltung dieser „24-Stunden Erreichbarkeit“ wurde nicht gesprochen und der Dienstvertrag enthielt auch keine diesbezüglichen Regelungen. Über Klage des Dienstnehmers auf nachträgliche Abgeltung dieser Rufbereitschaft entschied nun der Oberste



ten fliegt und dabei vielleicht sogar Personen gefilmt werden. Dazu hat das Amtsgericht Riesa (Deutschland), das ein Strafverfahren wegen Sachbeschädigung einleitete, weil ein sich von einer Drohne belästigter Grundeigentümer die Drohne mit seinem Luftdruckgewehr abschoss, entschieden, dass der „Schütze“ im Notstand war und er die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nicht anders als durch Abschuss verhindern hätte können.

Nun liegt Riesa nicht in Österreich und es stellt sich daher die Frage, wie dieser Fall nach österreichischem Recht zu beurteilen wäre. Dazu ist festzuhalten, dass die Drohnenabwehr und nötigenfalls -zerstörung über eigenem Grund nur im Rahmen der Notwehr oder des Notstands möglich wäre. Notwehr darf man ausüben, wenn man sein Eigentum, sein Leben (oder Gesundheit) oder seine Freiheit nur selbst schützen kann, weil die Verständigung eines Gerichts oder der Polizei zu spät kommen würde. Dies ist der Fall, wenn eine Drohne beispielsweise gefährliche Flugmanöver ausführt, wodurch Sachen oder Personen gefährdet werden. Wenn Personen jedoch „bloß“ gefilmt werden oder dieses befürchten – so wie in dem



**„Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch räumt dem Eigentümer eines Grundstücks auch die Verfügung den von ihm ‚beherrschbaren‘ Bereich der ‚Luftsäule‘ ein.“**

Fall in Deutschland – liegt „bloß“ ein Eingriff in die Privatsphäre vor. Die österreichischen Gerichte würden die Zerstörung des Flugobjektes aufgrund des Eingriffs in die Privatsphäre daher wohl als unangemessenes Mittel qualifizieren.

### 3. Zivilrechtlich ist die Sache klar

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) räumt dem Eigentümer eines Grundstücks auch die Verfügung des von ihm „beherrschbaren“ Bereichs der „Luftsäule“ ein. Bevor man aber zum Gewehr oder anderen Zerstörungsmitteln greift, muss man sicher gehen, dass es keine gelinderen Mittel gibt, denn in Österreich gilt grundsätzlich ein Selbsthilfeverbot (Paragraf 19 ABGB). Eine Besitzstörungs- oder eine Unterlassungsklage gegen den Piloten wäre ein taugliches Mittel, allerdings ist die Feststellung der Identität des Piloten nicht einfach, weshalb im Einzelfall zu prüfen ist, ob der Abschuss der Drohne gerechtfertigt ist. Je größer das drohende Ungemach durch die Drohne ist, desto eher ist die Selbsthilfe durch Abschuss gerechtfertigt.

## außerhalb der Dienstzeit

Gerichtshof, dass der Dienstnehmer mangels gesonderter Vereinbarung einen Entgeltanspruch hat.

Die Rufbereitschaft besteht darin, dass der Dienstnehmer für den Dienstgeber lediglich erreichbar und zum Arbeitsantritt bereit sein muss. Dabei kann der Dienstnehmer (im Unterschied zur sogenannten Arbeitsbereitschaft) seinen Aufenthaltsort selbst wählen und über die Verwendung solcher Zeiten im Wesentlichen frei entscheiden. Bei der Rufbereitschaft handelt es sich nicht um die Arbeitsleistung (Arbeitszeit im engeren Sinn) selbst, sondern um eine andere Leistung, die der Dienstnehmer nicht schon aufgrund der ihn treffenden allgemeinen Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) zu erbringen hat, sondern die ausdrücklich vereinbart und abgegolten werden muss. Auch während vereinbarter „Erreichbarkeit per Handy“ ist der Arbeitnehmer in der Bestimmung seines Aufenthalts beschränkt, weil ihn die Verpflichtung trifft, Aufenthaltsorte zu wählen, an denen er über ein von ihm ständig betriebsbereit und empfangsbereit zu haltendes Funktelefon erreicht werden kann und einsatzbereit ist. Auch diese Form angeordneter Bereitschaft des Arbeitnehmers erfüllt nach Sinn und Zweck den Begriff der Rufbereitschaft.



**„Die Rufbereitschaft besteht darin, dass der Dienstnehmer für den Dienstgeber lediglich erreichbar und zum Arbeitsantritt bereit sein muss.“**

Rechtlich irrelevant ist es, ob der Dienstnehmer während der Rufbereitschaft auch tatsächlich kontaktiert wird. Wird die Rufbereitschaft implizit vom Dienstgeber verlangt und schweigt der Dienstvertrag über die Rufbereitschaft, wird in vielen Fällen eine konkludente Ergänzung des Dienstvertrages zu bejahen sein.

Rufbereitschaften sind von der Arbeitsintensität geringer als „normale“ Arbeitszeit und daher nicht als Arbeitszeit im engeren Sinn zu qualifizieren. Einige Kollektivverträge sehen daher besondere Entgeltregelungen für die Rufbereitschaft vor. Enthält der Kollektivvertrag jedoch keine Entgeltregelung zur Rufbereitschaft, schuldet der Dienstgeber mangels anderer Individualvereinbarung ein ortsübliches angemessenes Entgelt. Dieses ist im Einzelfall durch Erhebungen in der jeweiligen Branche zu ermitteln.

Von der Frage der Entgeltspflicht ist die Frage der Zulässigkeit einer „24-Stunden Rufbereitschaft“ streng zu unterscheiden. Das Arbeitszeitgesetz und das Arbeitsruhegesetz sehen von Dienstnehmer zwingend einzuhaltende Arbeits- und Ruhezeiten vor. Verstöße gegen diese zumeist zwingenden Regelungen führen jedoch „nur“ zu Verwaltungsübertretungen des Dienstgebers, haben aber auf dessen Entgeltzahlungspflicht keine Auswirkungen.

# Bauvertrag und Sicherstellung in Krisenzeiten

**WERKVERTRAGSRECHT.** Die Covid-19-Pandemie hat das Wirtschaftsleben in vielen Sparten an die Grenzen der finanziellen Belastbarkeit gebracht. Ausreichende Liquidität ist daher das Gebot der Stunde. Das gilt freilich auch für die Bauwirtschaft, zumal der Werkunternehmer (Bauunternehmer) bei Errichtung eines Bauwerks vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen von Gesetzes wegen vorleistungspflichtig ist (§ 1170 ABGB).

Infolgedessen trägt er das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners, sodass er bei dessen Insolvenz allenfalls aushaftende Werklohnforderungen le-

*Bauen nach Corona.*

Foto: flickr/ Marco Verch

diglich im Rahmen der Insolvenzquote befriedigt erhält bzw. mangels ausreichender Insolvenzmasse allenfalls überhaupt nichts bekommt. Das fest mit dem Erdboden verbundene Baumaterial kann in solchen Fällen für gewöhnlich nicht mehr vom insolventen Vertragspartner herausverlangt werden, zumal es aufgrund untrennbarer Verbindung mit dem Grundstück des Vertragspartners auch dann in dessen Eigentum übergeht, wenn es noch nicht bezahlt ist. Ein vereinbarter Eigentumsvorbehalt hilft da wenig.

Das Zivilrecht kennt vor diesem Hintergrund einen Sicherstellungsmechanismus für den Werkunternehmer. Zeitgleich mit dem Unternehmensgesetzbuch (UGB) trat bereits Anfang 2007 die Sicherstellungspflicht des Werkbestellers bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB in Kraft. Die Regelung berechtigt den Werkunternehmer, zur Absicherung seines noch offenen Werklohnes vom Werkbesteller eine Sicherstellung in Höhe von 20 Prozent des gesamten Werklohnes zu fordern. Nach Ansicht des OGH ist diese Regelung zwingend (3 Ob 211/07m), sodass zu Lasten des Werkunternehmers auch keine abweichende vertragliche Vereinbarung zulässig ist. Bezugspunkt für die Höhe der Sicherstellung ist in der Regel der vereinbarte Werklohn, allenfalls ist auch eine nachträgliche Erhöhung zu berücksichtigen.



sichtigen. Taugliche Sicherungsmittel im Sinne des Gesetzes sind Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen. Dem Gesetzeszweck zu Folge handelt es sich also um Vermögenswerte, die rasch und günstig verwertbar sind.

Ob der Besteller eine Sicherheit zu leisten hat, liegt primär in der Entscheidungsgewalt des Werkunternehmers (§ 1170b Abs 2 ABGB). Er kann den Sicherheitserlag unter Setzung einer angemessenen Frist verlangen, wobei eine Frist von einigen Tagen reichen kann. Allerdings ist der Vertragspartner nicht zum Erlag der Sicherheitsleistung verpflichtet. Es besteht nämlich für ihn diesbezüglich bloß eine sogenannte Obliegenheit: erlegt er die Sicherheit, hat der Werkunternehmer das Werk fertig zu stellen. Erlegt er sie aber nicht, kann der Werkunternehmer seine Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. Sofern er vom Vertrag zurücktritt, behält er seinen Werklohnanspruch. Er muss sich aber anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart hat, was er durch anderweitige Verwendung erworben oder

zu erwerben absichtlich versäumt hat (§ 1168 Abs 1 ABGB). Allein aufgrund des Gesetzes gibt es also keinen klagbaren Anspruch auf Erlag einer Sicherheitsleistung durch den Besteller, das müsste gesondert zwischen den Vertragsteilen vereinbart werden.

Schließlich ist noch zu beachten, dass Verbraucher im Sinn des Konsumentenschutzgesetzes sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts von der Sicherstellungsobliegenheit ausgeschlossen sind (§ 1170b Abs 3 ABGB).

Die Kosten der Sicherheitsleistung hat im Übrigen der Werkunternehmer zu tragen, soweit sie nicht höher als zwei Prozent der Sicherungssumme jährlich sind. Darüber hinausgehende Kosten hat der Besteller zu bezahlen.

Alles in allem bietet das Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers (trotz seiner grundsätzlichen Vorleistungspflicht) auch in wirtschaftlich unwägbaren Zeiten eine sinnvolle Absicherungsmöglichkeit. Freilich ist es ratsam, eine darüber hinausgehende Sicherung mittels vertraglicher Vereinbarung zu erreichen, beispielsweise in Form einer Bankgarantie oder auch nur durch die Vereinbarung von laufenden Teilzahlungen.

## Regressanspruch des Werkunternehmers gegen die Bauaufsicht

WERKVERTRAGSRECHT. Wenn bei der Ausführung eines Bauprojektes Mängel zu Tage treten, kann sich der Bauherr grundsätzlich an den Werkunternehmer halten, und von diesem die Verbesserung, allenfalls Schadenersatz fordern. Der Bauherr kann sich aber auch an die (so er eine bestellt hat) örtliche Bauaufsicht wenden, die ihre Aufsichtspflicht verletzt hat und bei gehöriger Aufmerksamkeit die mangelhafte Ausführung erkennen hätte können. Der Bauherr kann es sich also aussuchen: Entweder klagt er den Werkunternehmer wegen mangelhafter Leistung oder er klagt die örtliche Bauaufsicht wegen unterlassener Überwachung. Er kann sogar beide klagen. Lassen sich dann die Anteile des Werkunternehmers und der Bauaufsicht am entstandenen Schaden nicht exakt feststellen, kommt es zu einer solidarischen Haftung beider. Jeder haftet also dem Bauherrn für den ganzen Schaden. Bezahlt einer der Beiden den Schaden, ist auch der andere von seiner Verbindlichkeit befreit.

Es stellt sich dann nur die Frage des internen Ausgleichs, also des sogenannten Regresses.

Das ABGB sieht einen Ausgleich von Solidarschuldern im Innenverhältnis vor, wobei sich Art und Ausmaß dieses Rückgriffsanspruchs in erster Linie nach der Schwere der Zurechnungsgründe, also nach dem Verschulden richtet. Gerade für den Werkunternehmer wurde aber bis



*„Der Werkunternehmer muss in jedem Fall mangelfrei arbeiten.“*

dato in der Vergangenheit immer wieder argumentiert, dass es für die Haftung eines Werkunternehmers für Mängel nicht darauf ankommen kann, ob der Bauherr zusätzliche Kosten für eine örtliche Bauaufsicht aufwendet oder nicht. Der Werkunternehmer muss in jedem Fall mangelfrei arbeiten. Der Umstand, dass sich der Bauherr eine Bauaufsicht leistet, soll den Werkunternehmer nicht entlasten.

In seiner Entscheidung zu 8 Ob 88/19b hat nun der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass sehr wohl ein interner Ausgleich zwischen dem Werkunternehmer und der Bauaufsicht stattfindet, wenn der Werkunternehmer zuvor dem Bauherrn den gesamten Schaden ersetzen musste. Der Werkunternehmer kann sich also grundsätzlich einen Teil seiner Kosten von der Bauaufsicht zurückholen. Allerdings, so der OGH, sei zu berücksichtigen, wen das größere Verschulden treffe. Dies wird bei mangelhafter Werkerrichtung weitaus überwiegend den Werkunternehmer treffen, der aktiv zum Entstehen des Baumangels beigetragen hat, während hingegen der Bauaufsicht „nur“ eine (passive) Unterlassung vorzuwerfen ist. Diese Abwägung kann sogar im Einzelfall dazu führen, dass die Zurechnungsgründe bei der örtlichen Bauaufsicht so gering ausgeprägt sind, dass sie im Innenverhältnis gar nicht zum Ausgleich heranzuziehen ist.

Krisen stellen  
viel Rechtsfragen.  
Wir haben die  
Antworten.

Ihr Rechtsanwalt und Ihre Rechtsanwältin  
sind nur einen Anruf entfernt.

Tel. 0 27 42/35 35 75

Oder einen Mausklick.

[www.wirtschaftundrecht.at](http://www.wirtschaftundrecht.at)

Gemeinsam schaffen wir das.

