



Partner von  
Eurojuris International,

EU-weite Kooperation  
von Rechtsanwälten

Jänner 2019

22. Jahrgang

Klientenzeitschrift der Rechtsanwaltskanzlei



proksch & partner

— rechtsanwälte —

mit **RECHT**

Foto: Neumayr



## Kein generelles Gebührenverbot

Banken müssen allerdings Entgelte für Bankomatabhebungen „im Einzelnen“ aushandeln.

Seite 9

proksch & partner  
— rechtsanwälte —

Dr. Richard  
PROKSCH  
Dr. Edmund  
ROEHLICH  
Mag. Birgit  
LINDER,  
Dr. Michael  
PROKSCH  
Mag. Bertram  
EISNER  
Mag. Adrian  
PROKSCH

1030 Wien,  
Am Heumarkt 9

Tel 01/713 46 51  
Fax 01/713 84 35

E-Mail:  
office@proksch.at  
Internet:  
www.proksch.at



Das Alte • und das Neue Testament

# Liebe Klientinnen und Klienten!

**W**eihnachten und Jahreswechsel bieten Gelegenheit, vor- und zurückzublicken, Resümee zu ziehen und Vorsätze zu fassen. In diesem Sinne danken wir Ihnen zu allererst für Ihre Kooperation und Ihr Vertrauen und wünschen Ihnen ein frohes und gesundes Neues Jahr 2019.

Weihnachten und Jahreswechsel bieten aber auch Gelegenheit, an letzte Dinge zu denken, wozu zweifellos der sogenannte „Letzte Wille“ gehört. Mit den vor nunmehr zwei Jahren in Kraft getretenen Erbrechtsbestimmungen hat sich viel geändert, und ist möglicherweise der Bedarf zu testieren größer geworden, da für viele Menschen die mangels eines Testaments im Ablebensfall eintretende gesetzliche Erbfolge nicht ihrem wahren letzten Willen entspricht. Das mit viel medialem Rummel eingeführte „Erbrecht des Lebensgefährten“ ist ohne Testament völlig zahnlos geblieben, während das Ehegattenerbrecht sogar ausgedehnt wurde. Dem sogenannten „Pflegervermächtnis“ wird in Zukunft vermehrte Bedeutung zukommen. Beispiele: verstarb jemand vor dem 1. Jänner 2017 und hinterließ

einen Ehepartner und eine Schwester, so erbte von Gesetzes wegen der Ehepartner zwei Drittel und die Schwester ein Drittel des Nachlasses; bei Ableben nach diesem Stichtag erbt der Ehepartner alles. Lebensgefährten werden bereits bei Vorhandensein eines Neffen, einer Nichte bzw. Cousin oder Cousine komplett verdrängt und erben nichts. Sowohl Geschwister als auch Lebensgefährten haben aber ein Anrecht auf ein Pflegervermächtnis, wenn sie die verstorbene Person gepflegt haben. Wertmäßig nicht allzu umfangreiche Verlassenschaften können durch dieses in der Praxis aufgezehrt werden, sodass den Erben nichts mehr bleibt. Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist allerdings im Gesetz sehr willkürlich festgelegt, einer Schwiegermutter etwa, die die verstorbene Person gepflegt hat, steht ein solches Pflegervermächtnis nicht zu.

Von großer Bedeutung sind in der Praxis auch die sogenannten Anrechnungsbestimmungen und Gestaltungsmöglichkeiten: welche Geschenke und sonstige Vorempfangen sich zukünftige Erben – vor allem Kinder – auf ihr Erbteil anrechnen lassen müssen, kann weitgehend vereinbart bzw. letztwillig angeordnet werden. In jedem Schenkungsvertrag sollte darauf Bedacht genommen werden.

Schließlich wurden die Formvorschriften für Testamente erheblich verschärft, sodass man unbedingt professionelle Hilfe in Anspruch nehmen und seinen Letzten Willen hinterlegen und registrieren lassen sollte. Bereits



DR. EDMUND ROEHLICH

errichtete Testamente sollten sowohl auf ihre Gültigkeit als auch auf die Richtigkeit und Aktualität ihres Inhalts überprüft und gegebenenfalls neu aufgesetzt werden. Liegen sie nicht auf oder sind sie nicht greifbar, sollte unbedingt neu testiert werden. Man kann Testamente beliebig oft erneuern bzw. widerrufen; es gilt immer das jüngste. Dieses sollte aktuell sein und den tatsächlichen Letzten Willen enthalten.

Wir beraten und unterstützen Sie dabei gerne. ■

**INHALT**

- Vereinsmitglied auf Lebzeiten?** Seite 4
- Das Ende für UBER in Wien?** Seite 5
- AirBnB Grenzen gesetzt** Seite 6
- Vorsicht bei Sim-Karten** Seite 7
- Änderungen im Registergesetz** Seite 8
- Recht rätselhaft** Seite 8
- Kein generelles Gebührenverbot für Bankomaten** Seite 9
- Was ist eine „Wirkliche Übergabe“** Seite 10
- Unternehmensübertragung bei einer GmbH** Seite 11

Foto: flickr/www.auditecatalog.com



**DER BEREITS LÄNGER** währende Rechtsstreit zwischen den Wiener Taxiunternehmen und

dem amerikanischen „UBER“- Unternehmen ist wieder um eine rechtliche Anekdote reicher.

**SEITE 5**



**DERZEIT BENÖTIGEN VERBRAUCHER**

noch „Subscriber Identity Module“ (SIM-Karten), um zu telefonieren. Daher findet die Entscheidung des EuGH nun Beachtung, deren Ausgangspunkt bereits im Jahr 2012 lag: Damals hatte nämlich die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde Geldbußen gegen die Mobilfunkanbieter Wind Telecomunicazioni und Vodafone Omnitel verhängt.

**SEITE 7**



**BANKEN MÜSSEN ENTGELTE** für Bankomatabhebungen „im Einzelnen“ aushandeln.

**SEITE 9**



• **Ausschluss** • im Vereinsrecht

# Mitgliedschaft auf Lebzeiten?

**E**in Verein lebt von seinen Mitgliedern. Doch nichts ist endgültig, auch nicht die Vereinsmitgliedschaft. Anders gesagt: Auch das Vereinsrecht kennt Rechtsbehelfe, um sich von unliebsamen Mitgliedern, – auch gegen deren Willen –, zu trennen, Stichwort: Vereinsausschluss.

Das Vereinsgesetz (VerG) hat für vereinsinterne Queren nicht viel übrig, sondern nimmt die Vereinsgründer in die Pflicht. Diese haben in den Statuten zwingend Bestimmungen über Erwerb und Beendigung der Mitgliedschaft vorzusehen (§ 3 Abs 2 Z 5 VerG). Dabei sind sie weitgehend autonom, sodass es denkbar viele Ausschlussvarianten gibt.

Allen voran sollten die Gründer klären, welches Vereinsorgan dafür zuständig sein soll. Prädestiniert sind etwa die Mitgliederversammlung („Generalversammlung“, Organ gemeinsamer

Willensbildung) oder das Leitungsorgan (der „Vereinsvorstand“). In einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung hat sich der OGH zum Zusammenspiel der beiden beim Ausschluss geäußert (6 Ob 213/17t). Die Statuten ordneten an, dass der Vorstand für einen Ausschluss zuständig sei. Allerdings hatte die Generalversammlung schon zuvor einen Beschluss gefasst. Konziliant gelangte der OGH zum Schluss, der Vorstand habe den Beschluss bei der endgültigen Entscheidung zum Ausschluss zu berücksichtigen. Der Beschluss indiziere, dass Ausschlussgründe vorliegen würden, umzusetzen sei der Beschluss aber nur, sofern der Vorstand zum gleichen Ergebnis gelange. Das wirft die Frage auf, welches Verhalten überhaupt einen Ausschlussgrund verwirklicht. Die Gründer können in den Statuten explizite Ausschlussgründe nennen, regelmäßig finden sich dazu allerdings auslegungsbedürftige Generalklauseln (zB „grobe Verletzung von Mitgliedspflichten“). Im Wesentlichen sollte ein Ausschluss aber nur wegen eines wichtigen Grundes möglich sein, der allein im Verhalten des Mitglieds begründet ist und dem Verein die weitere Mitgliedschaft objektiv unzumutbar macht. Er bedarf also einer sachlichen Begründung. Diesbezüglich hat der OGH klargestellt, dass bloß unliebsames Verhalten, wie etwa heftige Kritik an der Vereinsführung, nicht zwingend schon ein wichtiger Grund ist (7 Ob 153/17a). Ähnlich zur arbeitsrechtlichen Entlassung

hat der Verein Ausschlussgründe unverzüglich nach Bekanntwerden geltend zu machen, andernfalls verliert er sein Ausschlussrecht. Auch muss das unliebsame Mitglied Gelegenheit haben, sich vor der Beschlussfassung zu den Ausschlussvorwürfen zu äußern und zu verteidigen (6 Ob 213/17t). Allerdings genügt bereits die faktische Möglichkeit des Mitglieds zur Äußerung zu bekannten Ausschlussgründen, eine formelle Aufforderung zur Rechtfertigung ist nicht zwingend notwendig (1 Ob 152/06v).

Zu guter Letzt ein Blick über den vereinsrechtlichen Teller rand: Bei eingetragenen Personengesellschaften (OG, KG, GmbH & CoKG) ist ein Ausschluss aus wichtigem Grund schon von Gesetzes wegen möglich, geltend zu machen durch Klage der übrigen Mitglieder gegen das auszuschließende Mitglied. Sinngemäßes gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR). Hingegen gibt es bei der GmbH ohne explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht ohne Weiteres die Möglichkeit, Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen. ■

Wettbewerb • mit Taxigewerbe

## Das Ende für UBER in Wien?

**D**er bereits länger währende Rechtsstreit zwischen den Wiener Taxiunternehmen und dem amerikanischen „UBER“-Unternehmen ist wieder um eine rechtliche Anekdote reicher.

Doch davor kurz zur Ausgangssituation: Die Beklagte „UBER“ betreibt eine elektronische Vermittlungsplattform, auf der registrierte Personen durch das Nutzen einer Smartphone-App Beförderungsdienste in Anspruch nehmen können. Diese Beförderung wird üblicherweise von Mietwagenunternehmen übernommen, die mit dem US-Unternehmen zusammenarbeiten. Dabei hebt UBER die Entgelte für die Fahrten direkt beim Kunden ein und leitet diese nach Abzug einer Vermittlungsbüher an die Mietwagenunternehmer weiter. Durch diese Vorgehensweise und weil

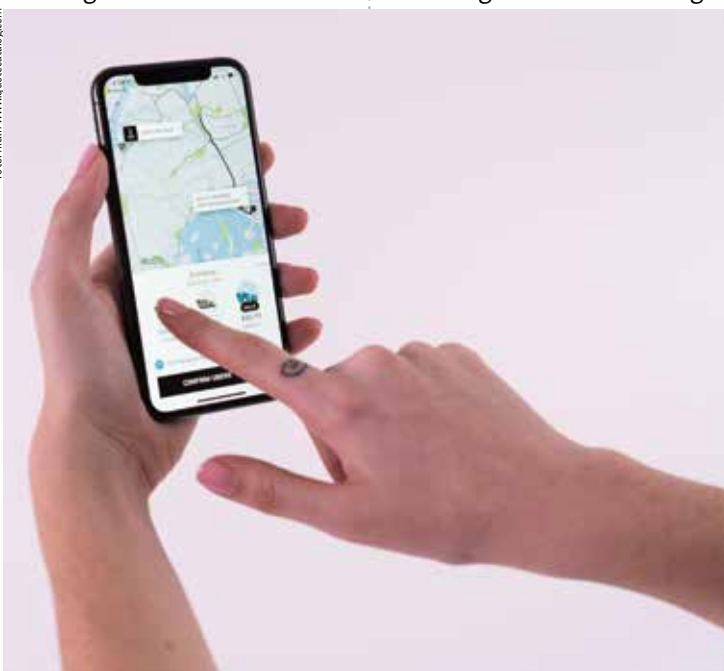
UBER über keine Gewerbeberechtigung verfügt, gelten die durch die Landesregierung festgelegten Taxitarife für das Unternehmen nicht, weshalb die Fahrten sehr billig angeboten werden können. Dies ermöglicht UBER einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den etablierten Wiener Taxiunternehmen.

Die Mietwagenunternehmen, welche mit UBER kooperieren, unterliegen allerdings ebenso wie Taxiunternehmen der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung (WRLBO). Gemäß § 36 Abs 3 dieser Betriebsordnung muss einer Aufnahme von Fahrgästen an einem beauftragten Abholort eine „in der Betriebsstätte des Gewerbetreibenden eingegangene Bestellung“ zugrunde liegen. Dies gilt auch für die Aufnahme eines Kunden während einer „Leerfahrt“, also der bloßen Rückkehr des Fahrers zur Betriebsstätte. Somit ist eine spontane Aufnahme von Personen untersagt. Es hat alleine der Unternehmer die Entscheidung zu treffen, ob die Mietwagenfahrt durchge-

führt wird oder nicht und ob ein Fahrauftrag an den Fahrer weitergeleitet wird. Dieser Auftrag muss dabei verpflichtend von der Betriebsstätte des Unternehmers ausgehen. Hier liegt auch das Problem der Vermittlung durch die UBER-App: Der Fahrer wird vom Vermittlungssystem direkt über den eingelangten Auftrag informiert und so obliegt es auch diesem, zu entscheiden, ob er die Fahrt antritt oder nicht. Der Unternehmer erhält bloß die Information, dass der Fahrer eine Fahrt angenommen hat, ihm obliegt jedoch nicht die aktive Entscheidung über deren Durchführung. Die potentielle Möglichkeit des Widerspruchs der Auftragsannahme entspricht den vorgegebenen Anforderungen nicht. Hinzu kommt, dass sich die Fahrer zwischen der Beendigung eines Transports und der Durchführung eines neuen Transports unzulässigerweise nicht auf die Rückfahrt zur Betriebsstätte des Mietwagenunternehmers begeben.

Der Oberste Gerichtshof stützte sich in seiner Entscheidung (4 Ob 162/18d) auf den eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs 3 WRLBO und entschied, dass durch die Verwendung der UBER-App die Mietwagenpartner der Beklagten (UBER) als Verkehrsdienstleister gegen die geltenden Vorschriften des Mietwagen-Gewerbes verstoßen. Da UBER aufgrund seines Vermittlungssystems zu den Normverstößen seiner Mietwagenpartner in Wien beiträgt, ist das amerikanische Unternehmen als Gehilfin anzusehen. Daher ergingen entsprechende einstweilige Verfügungen und Geldstrafverfügungen. Ob jedoch ein neues innovatives Beförderungssystem aufzuhalten ist, darf bezweifelt werden. ■

Foto: iStock.com/alexander



**UBER**  
hat einen Wettbewerbsvorteil gegenüber herkömmlichen Taxiunternehmen..

• **Höchstgericht** • klärt „Untervermietung“

# AirBnB Grenzen gesetzt

**D**ie kurzzeitige Untervermietung von Wohnungen oder einzelnen Zimmern an Touristen zu oft hohen Preisen über Online-Plattformen wie AirBnB erfreut sich seit einigen Jahren großer Beliebtheit. Diese Praxis stößt jedoch zumeist auf Unmut der Vermieter und beschäftigte nun in einer vielbeachteten Entscheidung den Obersten Gerichtshof (7 Ob 189/17w).

Das Höchstgericht bestätigte in seinem Urteil die Kündigung von Mietern einer über 200 Quadratmeter großen Altbauwohnung im 1. Wiener Gemeindebezirk. Die Mieter hatten die Wohnung bzw. Teile davon ständig auf einer Buchungsplattform im Internet zur kurzzeitigen Untervermietung an Touristen zu hohen Mietkosten angeboten und auch laufend untervermietet. Bereits im Jahr 2014 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis mit der Begründung, dass die Mieter die Wohnung gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung Dritten überlassen und sie nicht zur Befriedigung ihrer eigenen Wohnbedürfnisse verwenden würde. Gemäß Mietrechtsgesetz (MRG) besteht für den Vermieter die Möglichkeit, ein Mietverhältnis aufzukündigen, wenn der Mieter den Mietgegenstand gegen eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung verwertet. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass

der Mieter unter Ausnützung des Mieterschutzes einen unverhältnismäßigen Gewinn aus der Untervermietung erzielt.

Für die Beurteilung der „Verhältnismäßigkeit der Gegenleistung“ kommt es, so der OGH, auf die kürzeste Untermietperiode an. Das Entgelt, welches der Mieter für die Untervermietung für diese Periode – im vorliegenden Fall war dies ein Tag – fordert, ist mit den Aufwendungen, die dem Mieter selbst für dieselbe Periode erwachsen, zu vergleichen. Nicht erforderlich ist es dagegen, dass der Untermietererlös insgesamt pro Monat den monatlich zu entrichtenden Hauptmietzins unverhältnismäßig übersteigt. Für eine zulässige Untervermietung darf das geforderte Entgelt nicht um mehr als 100 Prozent höher sein als die dem Mieter anfallenden Kosten. Geht das Entgelt über diesen Betrag hinaus, liegt eine unverhältnismäßige Gegenleistung vor und der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4, 2. Fall MRG ist erfüllt. Dabei reicht bereits die Überschreitung für eine eintägige Untervermietung, um eine Unverhältnismäßigkeit darzustellen.

Im vorliegenden Fall ermittelte der OGH die Aufwendungen der Mieter mit insgesamt 122 Euro pro Tag. Diesem Betrag wurde ein Erlös von 350 Euro bis 425 Euro pro Tag aus der Untervermietung an Touristen gegenübergestellt. Folglich wurden die anfallenden Kosten um ca 190 Prozent bis zu 250 Prozent überstiegen. Die Kündigung durch die Vermieterin erfolgte somit im konkreten Fall zu Recht.

Diese Entscheidung des OGH könnte richtungswei-

send sein, zumal das Höchstgericht bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit einen sehr strengen Maßstab anlegt. Für die jeweiligen Rechtsfolgen einer Untervermietung ist im Einzelfall zu prüfen, ob es sich um ein Mietverhältnis im Voll- oder Teilanwendungsbereich des MRG handelt. Ist das MRG nur zum Teil anwendbar, kann ein Verbot der Untervermietung vertraglich vereinbart werden.

Eine weitere Problematik der privaten Untervermietung zu touristischen Zwecken stellt das Verhältnis zu Hoteliers dar, welche sich durch die Präsenz von privaten Untervermietungen einer starken Konkurrenz ausgesetzt sehen. Sie bringen vor, dass für Vermietungen über AirBnB oder ähnliche Online-Plattformen derzeit keine Ortstaxe abgeführt wird. Der Gesetzgeber arbeitet momentan an einem Gesetzesentwurf für österreichweit einheitliche Rahmenbedingungen, durch welche Vermietungen über Plattformen wie AirBnB bei der Einhebung der Ortstaxe nicht bevorzugt werden sollen. ■

vermietet

• Vorinstallierte Daten • fallen unter aggressive Geschäftspraktiken

## Vorsicht bei Sim-Karten

**D**erzeit benötigen Verbraucher noch „Subscriber Identity Module“ (SIM-Karten), um zu telefonieren. Daher findet die Entscheidung des EuGH nun Beachtung, deren Ausgangspunkt bereits im Jahr 2012 lag: Damals hatte nämlich die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (kurz: AGCM) Geldbußen gegen die Mobilfunkanbieter Wind Telecomunicazioni (jetzt: Wind Tre) und Vodafone Omnitel (jetzt: Vodafone Italia) verhängt.

Diese Unternehmen hatten bestimmte Dienste auf ihren SIM-Karten vorinstalliert, aktiviert und Kunden in Rechnung gestellt. Bei diesen sogenannten „Always-on“ Anwendungen mussten die Verbraucher ausdrücklich die Abschaltung besagter Dienste verlangen, sonst liefen die Verrechnungen der Dienste weiter.

Im Zuge des innerstaatlichen italienischen Instanzenzuges beantragte schließlich der Consiglio di Stato (Stadttrat, Italien) ein Vorabentscheidungsverfahren, um die Auslegung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zu erfragen. Insbesondere wollte der italienische Stadtrat wissen, ob das fragliche Verhalten der Telefonanbieter als „aggressive Geschäftspraktik“ iSd der Richtlinie 2005/29 anzusehen ist.

Der EuGH entschied nun am 13. September 2018 (1007/16/AS, EuGH C 54/17, 55/17), dass

die Richtlinie dem Ziel einer Verbraucherschutzniveaus diene, weil sich ein Verbraucher im Vergleich zu einem Gewerbetreibenden in einer unterlegenen Position befindet. Besonders im Bereich der mobilen Kommunikation herrscht ein großes Ungleichgewicht zwischen der technischen Kompetenz der Parteien. Weiters stützt der Gerichtshof seine Argumentation darauf, dass die Inanspruchnahme eines Dienstes die freie Entscheidung des Verbrauchers sein muss. Diese Prüfung obliegt dem nationalen Gericht. Im konkreten Fall wurden die Kunden der Mobilfunkanbieter jedoch weder über die Kosten der vorinstallierten Dienste noch über die konkrete Deaktivierung eben jener aufgeklärt. Auch ist von einem durchschnittlichen Verbraucher nicht das technische Können zu erwarten, um diese Dienste selbstständig zu deaktivieren.

Schlussendlich kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein Fall der Lieferung unbestellter Ware oder Dienstleistung vorliegt und daher die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zur Anwendung kommt. Es liegt eine aggressive Geschäftspraktik unter anderem auch deshalb vor, weil den Verbrauchern die Möglichkeit genommen wurde, über die tatsächlichen Dienste der SIM-Karten Kenntnis zu erlangen. Das Argument der Telekommunikationsunternehmen, der Benutzer habe die Möglichkeit, die Dienste selbst abzuschalten, wies der EuGH mit der Begründung zurück, dass eben jene technischen Fähigkeiten bei Verbrauchern nicht vorausgesetzt werden. Gleichzeitig stellte der Europäische Gerichtshof auch fest, dass die Richtlinie über unlautere

Geschäftspraktiken nicht mit der Universaldienstrichtlinie kollidierte. Letztgenannte Richtlinie beauftragt die Telekommunikationsunternehmen, in den Verträgen den Verbrauchern bestimmte Informationen mitzuteilen, die erstgenannte Richtlinie 2005/29 regelt hingegen unlautere Geschäftspraktiken, wie die „Lieferung einer unbestellten Ware oder Dienstleistung“.

Die Entscheidung des EuGH stärkt die Stellung der Verbraucher. Die Verbraucher müssen frei darüber entscheiden können, welche Dienste sie in Anspruch nehmen, so die Luxemburger Richter. ■



**EUGH STÄRKT RECHTE** der Handynutzer.



• Änderungen • im Registergesetz

# Wirtschaftliches Eigentum

**Z**um zweiten Mal hat der Gesetzgeber nunmehr im Rahmen des 2. Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 das Bundesgesetz über die Einrichtung eines Registers der wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften, anderen juristischen Personen und Trusts (Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz – WiEReG) novelliert.

Neu sind insbesondere die Definition des wirtschaftlichen Eigentümers, die Vereinfachung der Meldung und die vorangehende Androhung von Zwangsstrafen

vor deren Verhängung. Die meisten Änderungen sind mit 01.08.2018 in Kraft getreten, § 5 Abs 5 WiEReG mit 01.10.2018.

Was gleich bleibt, ist der Schutzzweck des Gesetzes: Die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Dazu dient ein eigenes Register, in welchem bestimmte Daten von wirtschaftlichen Eigentümern von Rechtsträgern zu hinterlegen sind.

Der „wirtschaftliche Eigentümer“ in personam wird nicht nur anhand seiner Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft (etwa Aktien) dingfest gemacht, es wird auch auf den Anteil seiner Stimmrechte abgestellt (mehr als 25 %). Auch neu ist die Definition des subsidiären wirtschaftlichen Eigentümers, Personen der obersten Führungsebene des Rechtsträ-

gers. Diese sind zu registrieren, wenn nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten keine natürliche Person als wirtschaftlicher Eigentümer ermittelt werden kann. Bei Änderungen von Beteiligungs- und/oder Kontrollverhältnissen ist aber der jeweilige Rechtsträger verpflichtet, sofern infolge dieser Änderung eine natürliche Person als wirtschaftlicher Eigentümer festgestellt werden kann, dies dem Register zu melden.

Neu sind auch die Regelungen zur Befreiung von der Meldepflicht nach § 6 WiEReG, wenn sämtliche Gesellschafter natürliche Personen sind. Dies betrifft etwa Offene Gesellschaften oder Kommanditgesellschaften. Zunächst werden diese Personen automatisationsunterstützt aus dem Firmenbuch in das Register implementiert. Wenn aber eine andere natürliche Person wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne des § 2 WiEReG ist – sohin eine natürliche Person, die nicht automatisch vom Firmenbuch in das Register übernommen wurde – fällt die Meldebefreiung weg.

Etwas zurückhaltender sind die Regelungen zur Zwangsstrafe gemäß § 16 Abs 1 WiEReG. War bislang die Verhängung einer Zwangsstrafe bei Verletzung der Meldepflicht umgehend möglich, sieht die Neuregelung vor, dass eine Zwangsstrafe zunächst unter einer zu setzenden Frist von drei Monaten anzudrohen ist, sohin die Meldung binnen dieser Frist straffrei nachgeholt werden kann.

Es wird sich weisen ob die zweite Novellierung des WiEReG zur Vermeidung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung beiträgt – der eingeschlagene Weg scheint aber der richtige zu sein. ■

## Recht rätselhaft

**J**uristische Begriffe sind oft nicht für jeden Laien verständlich. Darum will „mit Recht“ in jeder Ausgabe rechtliche Begriffe erraten lassen.

• Was ist ein „Trödelvertrag“?

1. Eine Vereinbarung zwischen dem unterhaltsberechtigten Kind und seinen unterhaltsverpflichteten Eltern bzw. Elternteil, wonach dem Unterhaltsberechtigten aus wichtigen Gründen eine über die vom OGH für den Verlust der Unterhaltsansprüche judizierte Altersgrenze hinausgehende Studiendauer zugesagt wird, während der das unterhaltsberechtigte Kind seine Unterhaltsansprüche nicht verliert.
2. Ein Vertrag, mit welchem der Eigentümer einer Sache diese einem Händ-

ler zum Verkauf zu einem festgelegten Preis übergibt, mit der Vereinbarung, dass der Händler innerhalb einer festzusetzenden Frist die Sache entweder zurückgibt oder den Preis bezahlt. Nach Ablauf dieser Frist entfällt das Wahlrecht des Händlers und er muss den Preis bezahlen und die Sache behalten.

3. Vertrag zwischen einer Kommune (Stadt, Gemeinde) und einem fahrenden Händler über die Aufstellung von Verkaufsständen in Innenstadtzonen zur Abhaltung von – zeitlich befristeten – Märkten.

Antwort: 2



Bankomat • Rechtslage geklärt

## Kein generelles Gebührenverbot

**Auf Antrag von rund 500 österreichischen Geldinstituten hat sich der VfGH mit den Bestimmungen des Verbraucherzahlungskontogesetzes (VZKG), welches im Jahr 2017 unter dem Schlagwort „Verbot der Bankomatsgebühren“ eingeführt wurde, befasst. Die Geldinstitute haben die Bestimmungen in §§ 4 Abs 2 und 4a VKZG angefochten.**

§ 4 Abs 2 VZKG schreibt den Banken vor, allfällige Entgelte mit den Kunden „im Einzelnen“ auszuhandeln. § 4a VZKG verpflichtet die Banken, ihre Kunden von Gebühren zu befreien, die ein unabhängiger Drittanbieter von Geldausgabeautomaten beansprucht.

Der Vorgabe in § 4 Abs 2 VZKG, dass Banken Entgelte für Bankomatabhebungen „im Einzelnen“ aushandeln müssen, attestierte der VfGH die Verfassungskonformität. Diese Bestimmung stellt keine Verletzung des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums der Banken dar. In dem Erkenntnis heißt es dazu wörtlich: „Es ist nicht unverhältnismäßig, wenn kontoführenden Zahlungsdienstleistern die Pflicht auferlegt wird, Verbrauchern tatsächlich mehrere Zahlungskontotarifmodelle anzubieten, um das Erfordernis des ‚im Einzelnen Aushandelns‘ nach der Judikatur zu erfüllen.“

§ 4a VZKG verletzt hingegen die Geldinstitute im Grundrecht auf Unversehrtheit ihres Eigentums und wird daher als verfassungswidrig aufgehoben.

Gemäß § 4a VZKG konnten unabhängige Drittanbieter Entgelte für Bargeldbehebungen frei festsetzen, mit denen in der Folge die kartenausgebenden Zahlungsdienstleister belastet wurden, ohne dass eine Vertragsbeziehung mit unabhängigen Drittanbietern bestanden hat. Dies bedeutete ein Kostenrisiko der betroffenen Zahlungsdienstleister, zumal für diese in aller Regel nicht vorhersehbar war, wie häufig und in welchem Umfang Verbraucher Bargeldbehebungen bei Geldausgabeautomaten von unabhängigen Drittanbietern tätigen werden. Die automatische Wei-

terverrechnung von Drittanbietern an Banken, wie es das 2017 novellierte Verbraucherzahlungskontogesetz vorgesehen hat, ist daher aus Sicht des VfGH verfassungswidrig. Banken sind somit nicht verpflichtet, ihre Kunden von Gebühren unabhängiger Drittanbieter zu befreien. Die heimischen Banken müssen daher nicht mehr für beliebig festgesetzte Entgelte von jeglichen Drittanbietern, die ihre Geräte in Österreich aufstellen, aufkommen.

Die Aufhebung des § 4a VZKG wurde mit Veröffentlichung des Erkenntnisses (G 9/2018) im Bundesgesetzblatt wirksam.



**BANKEN MÜSSEN ENTGELTE** für Bankomatabhebungen „im Einzelnen“ aushandeln.

Schenkung • was ist eine „Wirkliche Übergabe“

## Geschenkt oder nicht?

**D**as wahre Geschenk besteht nicht in dem, was gegeben oder getan wird, sondern in der Absicht des Handelnden“, sinnierte der Philosoph Seneca vor gut zwei Jahrtausenden. Er ahnte nicht, dass er mit diesem Gedanken auch prägnant einen der Grundsätze des Schenkungsrechts umreißt, wie eine erst kürzlich veröffentlichte Entscheidung des OGH zeigt (2 Ob 122/17f).

Eine Erblasserin hinterließ unter anderem ein Wertpapierdepot. Zwei Monate nach ihrem Ableben, allerdings noch vor Einantwortung, kam es zur Realisierung der Hälfte des Depots durch eine Bekannte der Erblasserin. Diese war von der Erblasserin noch vor deren Ableben als Mitinhaberin des Depots eingesetzt worden. Schließlich kam es zur Einantwortung der Verlassenschaft an eine Tierchutzorganisation als Testamentserbin. Die Organisation verlangte daraufhin von der Mitinhaberin des Depots die

Rückzahlung des Erlöses aus dem Wertpapierverkauf. Sie brachte vor, die von der Mitinhaberin behauptete Schenkung sei nicht wirksam, zumal weder eine wirkliche Übergabe erfolgt noch ein Notariatsakt errichtet worden sei. Mangels Schenkung sei das Depotrealisat an die Erbin zurückzubezahlen. Die Beklagte entgegnete, dass die Einräumung der Mitinhaberschaft am Depot zu Lebzeiten der Erblasserin freilich eine wirkliche Übergabe im Sinne des Gesetzes sei, die Schenkung sei formgültig und sei ihr zumindest die Hälfte des Depots geschenkt worden.

Obwohl das Schenkungsrecht in den §§ 938 ff ABGB seit seinem Inkrafttreten 1812 weitgehend unverändert ist, hatte der OGH die Frage, ob eine wirkliche Übergabe eines Depots bzw eines Bankguthabens bereits durch die Begründung einer Mitinhaberschaft, die dem Mitinhaber eine alleinige Verfügungsbefugnis über das Depot/Guthaben einräumt, für eine wirkliche Übergabe ausreicht, noch nicht (eindeutig) beantwortet. Der OGH stellte daher mit verstärktem Senat noch einmal die Grundsätze des Schenkungsrechts klar. Eine wirkliche Übergabe diene in erster Linie dem Übereilungsschutz: Erst die

Übergabe verpflichte den Geschenkgeber, nicht das bloße Versprechen. Die Formvorschrift der wirklichen Übergabe sei so zu verstehen, dass der Geschenkgeber zusätzlich zum Schenkungsversprechen noch einen Akt setzen müsse, der nach außen trete und den Schenkungswillen manifestiere (um auf Seneca zurückzukommen). Die Einräumung einer Mitinhaberschaft an einem Bankguthaben bzw einem Wertpapierdepot, verbunden mit einer alleinigen Verfügungsberechtigung, sei ein solcher Akt. Hingegen sei es für eine formgültige Schenkung nicht notwendig, dass die alleinige Inhaberschaft eingeräumt werde.

Wesentlich sei, dass ein Schenkungswille des Geschenkgebers festgestellt werden könne. Bei Einräumung einer Mitinhaberschaft sei ein solcher Wille zumindest auf eine Schenkung der Hälfte des Guthabens gerichtet. Dass die Erblasserin selbst verfügungsberechtigt geblieben sei, schade einer wirklichen Übergabe nicht, sodass die Klage abzuweisen war. ■

• Mehrheitsverhältnisse • bei Beschlussfassung

## Unternehmensübertragung bei einer GmbH

**E**ine GmbH-Unternehmensübertragung, also eine Übertragung bzw. Veräußerung des wesentlichen Geschäftsbetriebs einer GmbH an einen Dritten, bedarf der Zustimmung der Dreiviertelmehrheit der Generalversammlung.

Dies ist zwar im GmbH-Gesetz nicht ausdrücklich normiert, jedoch wird eine analoge Anwendung des § 237 Abs 1 Aktiengesetzes angenommen, weil eine GmbH im Vergleich zu einer AG personalistischer aufgebaut ist, das Mitspracherecht der Gesellschafter geschützt werden muss und somit der Sinn der Regelung des Aktiengesetzes auch auf die GmbH anwendbar ist.

In der Entscheidung des OGH in 6 Ob 38/18h wurde

der Meinung eines Minderheitsgesellschafters (47,5% Beteiligung) gefolgt, welcher einen Unternehmensverkauf mit dem Argument beanstandet hatte, dass, wie oben erwähnt, für die Veräußerung der wesentlichen Elemente der GmbH eine Dreiviertelmehrheit notwendig ist. Nach § 42 Abs 4 GmbHG gibt es die Möglichkeit, die vorläufige Umsetzung eines angefochtenen Gesellschafterbeschlusses durch eine einstweilige Verfügung zu verhindern, sofern ein drohender unwiederbringlicher Nachteil für die Gesellschaft und nicht bloß für den anfechtenden Gesellschafter selbst bescheinigt werden kann. Dem anfechtenden Gesellschafter wird somit einstweiliger Rechtsschutz geboten, damit ein möglicher Prozesserfolg nicht unterlaufen wird. Unwiederbringlichkeit liegt vor, wenn die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht tunlich ist, kein Geldersatz geleistet werden kann bzw. der Schaden nicht adäquat ersetzt wird.

Nach der vorliegenden Entscheidung des OGH ist es weiters auch nicht ausgeschlossen, dass solch eine einstweilige Verfügung nicht nur gegen die Gesellschaft selbst, sondern auch gegen den Geschäftsführer erlassen werden kann. Da die Gesellschaft sowieso nur durch ihre Organe handeln kann, ist eine gesonderte einstweilige Verfügung gegen den Geschäftsführer meist nicht notwendig, jedoch könnte man damit das Gebot der Unterlassung verstärken und eine vereinfachte Vollstreckung ermöglichen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine

Veräußerung des kompletten Unternehmens einschließlich des Kundenstocks, welcher unter Wert verkauft wurde. Außerdem ist mit der Veräußerung des Unternehmens der Verlust eines günstigen Bestandszinses für das Geschäftslokal verbunden. Somit liegt eindeutig die Bescheinigung einer möglichen Gefährdung vor.

Weiters ist es wichtig zu beachten, dass ein Gesellschafter, dessen Stammeinlage zumindest ein Zehntels des Stammkapitals beträgt, gemäß § 48 Abs 1 GmbHG Ansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer geltend machen kann, sofern die Verfolgung dieser Ansprüche durch einen Beschluss der Gesellschafter abgelehnt oder ein darauf zielender Antrag nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist. Daher normiert § 48 Abs 1 GmbHG Minderheitenrechte der Gesellschafter, um deren Mitspracherecht zu gewährleisten. ■

veräußert

Der Klügere  
gibt nicht immer  
nach.

Stehen Sie zu Ihrem Recht!  
Infos unter: [www.proksch.at](http://www.proksch.at)

Ihr Rechtsanwalt. Für jeden Fall.



proksch & partner

— rechtsanwälte —