



EDITORIAL

LIEBE LESERIN NEN,
LIEBE LESER!

Wir freuen uns Ihnen mit der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters drei „Neuzugänge“ in unserer Kanzlei vorstellen zu können:

Frau Mag. Stefanie Schurich hat bereits in mehreren Rechtsanwaltskanzleien und auch in unterschiedlichen Funktionen in der Wirtschaft und im Kulturmanagement - zuletzt in Salzburg - gearbeitet.

Frau Dr. Sigrid Grassner hat ein LL.M.-Studium an der Columbia University in New York absolviert und danach das „bar exam“ abgelegt. Zuletzt war sie Universitätsassistentin im Zivilrecht. Sie stellt sich bei Ihnen mit einem Beitrag über „Whistleblowing Hotlines“ vor und behandelt die Anforderungen aus arbeitsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht.

Unser dritter Neuzugang ist Herr Mag. Raimund Schüller. Er hat bisher in österreichischen Großkanzleien schwerpunktmäßig in den Bereichen Kartell- und Vergaberecht sowie im öffentlichen Wirtschaftsrecht gearbeitet. In seinem ersten Beitrag für unseren Newsletter behandelt er gemeinsam mit Petra Rindler die Bundesvergabegesetz-Novelle 2012, die Entlastungen für Auftraggeber und Auftragnehmer bringt.

Sind Sie auch schon einmal Opfer einer „Abzocke“ mit Eintragungsangeboten geworden? Frank Reiser erläutert die wett-

bewerbsrechtlichen und strafrechtlichen Implikationen dieser „Erlagscheinwerbung“.

Kinderspielplätze sind beliebte Tummelplätze für unsere Kleinsten und Kommunikationszentren für deren Eltern. Mit den Sicherheitsvorschriften und Haftungsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung von Spielplätzen beschäftigt sich Manfred Wiener.

Wilfried Opetnik behandelt gemeinsam mit Stefanie Schurich einen Dauerbrenner des Bauvertragsrechtes und kommentiert eine aktuelle Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Prüf- und Warnpflicht.

Zu guter Letzt geht es im Beitrag von Cornelia de Waal um Reisen. Trotz bevorstehender Urlaubszeit geht es aber nicht um Urlaubsreisen sondern um Ansprüche bei einer Dienstreise.

Ich hoffe die Lektüre unseres Newsletters wird Ihnen wieder interessante Anregungen bringen. Bitte nehmen Sie Kontakt mit uns auf, wenn Sie Fragen zu einem der Beiträge haben. Wir freuen uns auf Ihre Reaktionen und Anmerkungen und wünschen Ihnen einen schönen, erholsamen Sommer und von keinerlei Enttäuschung oder Ärger getriebene (Urlaubs-)Reisen.

■ Hannes Pflaum

INHALT

02
**WHISTLEBLOWING HOTLINES
IN ÖSTERREICHISCHEN
UNTERNEHMEN**

04
**BUNDESVERGABEGESETZ
NOVELLE 2012 - ENTLASTUNG
FÜR AUFTRAGGEBER UND
AUFTRAGNEHMER**

06
**ABZOCKE MIT EINTRAGUNGS-
ANGEBOTEN - UNLAUTERER
WETTBEWERB UND BETRUG**

07
**ERRICHTUNG VON SPIELPLÄTZEN
SICHERHEITS- UND HAFTUNGS-
FRAGEN**

09
**UNTERLASSUNG DER
PRÜFUNG VOM AUFTRAGGEBER
BEIGESTELLTER PLÄNE**

10
**WENN EINER EINE REISE TUT...
WELCHE ANSPRÜCHE BESTEHEN
BEI EINER DIENSTREISE?**

WHISTLEBLOWING HOTLINES IN ÖSTERREICHISCHEN UNTERNEHMEN ANFORDERUNGEN AUS ARBEITSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT



In den USA und Großbritannien bereits weit verbreitet, überlegen in jüngster Zeit auch immer mehr österreichische Unternehmen sog. „Whistleblowing-Hotlines“ (im Folgenden: WB-Hotline) zu installieren. Der englische Begriff „whistleblowing“ bedeutet „aufdecken“ oder „verpfeifen“. Wie der Name also bereits verrät, handelt es sich bei WB-Hotlines um Hotlines, durch welche die Mitarbeiter eines Unternehmens zur Aufdeckung von das Unternehmen betreffenden Missständen beitragen sollen.

Ein solches Verfahren zur Meldung von Missständen im Unternehmen führt zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Neben Daten wie Namen, Alter und der Stellenbeschreibung fallen darunter mitunter auch Informationen über die Gewerkschaftszugehörigkeit, politische Meinungen, den Gesundheitszustand oder auch strafrechtlich relevantes Verhalten. Diese Daten werden gesammelt, registriert und gespeichert. Da es sich hier mitunter um sensible und strafrechtlich relevante Daten handelt, unterliegt ein solches Meldesystem strengen Auflagen durch die Datenschutzkommission (im Folgenden: DSK) und muss bei dieser angemeldet und von dieser genehmigt werden. Vor der Implementierung einer WB-Hotline

ist aus datenschutzrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht vor allem auf folgende Punkte Bedacht zu nehmen:

EINHOLUNG DER ZUSTIMMUNG DER ARBEITNEHMER

Grundsätzlich ist die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen, welche die Menschenwürde berühren, nur zulässig, sofern diese Maßnahmen mit Zustimmung der Arbeitnehmer geschehen (§ 10 Abs 1 AVRAG iVm § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG). Ob die Einrichtung einer WB-Hotline eine die Menschenwürde berührende Maßnahme darstellt, die der vorherigen Zustimmung der Arbeitnehmergemeinschaft bedarf, wurde bisher durch die Judikatur nicht geklärt. In der Literatur wird jedoch darauf abgestellt, ob die WB-Hotline im Unternehmen regelmäßig beworben wird und die Mitarbeiter auf diese Weise gezielt zur Wachsamkeit aufgefordert werden. Ist dies der Fall, muss vor Einführung der WB-Hotline die Zustimmung der Arbeitnehmerschaft eingeholt werden. Gemeint ist hier die Zustimmung des Betriebsrates. Besteht kein Betriebsrat, so ist die Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers erforderlich! Eine derartige Vereinbarung muss schriftlich erfolgen und auf bestimmte Dauer ab-

geschlossen werden (§ 10 Abs 2 AVRAG). Es empfiehlt sich diese Vereinbarung bereits in den Dienstvertrag aufzunehmen.

ANMELDUNG BEI DER DATENSCHUTZKOMMISSION

Die beabsichtigte Implementierung einer WB-Hotline muss beim Datenverarbeitungsregister der DSK angemeldet werden (§ 17 DSGVO). Primär müssen bei der Anmeldung Angaben zum Zweck der Hotline gemacht werden und es muss begründet werden, weshalb dieser angestrebte Zweck mit keinem „gelinderen Mittel“ als der Hotline erreicht werden kann. Die DSK hält die Einführung einer WB-Hotline nur für einen sehr eingeschränkten Bereich für legitim. Zulässig ist grundsätzlich der Zweck der Bekämpfung von Missständen im Bereich der Rechnungslegungskontrolle und der Wirtschaftsprüfung. Darüber hinausgehende Kontrollzwecke genehmigt die DSK nur dann, wenn sie mit dem tatsächlichen Unternehmensgegenstand in unmittelbare Verbindung gebracht werden können.

VORABKONTROLLE DURCH DIE DATENSCHUTZKOMMISSION

Wird die Übermittlung oder Überlassung

von personenbezogenen Daten ins Ausland beabsichtigt, was insbesondere bei internationalen Unternehmen der Fall ist, bei denen Daten vom österreichischen Tochterunternehmen an das im Ausland ansässige Mutterunternehmen weitergeleitet werden sollen, ist mitunter eine zusätzliche Genehmigung durch die DSK erforderlich (§ 13 DSG). Im Zuge einer Vorabkontrolle überprüft die DSK, ob die österreichischen und EU-rechtlichen Datenschutz-Standards gewahrt werden.

Grundsätzlich zulässig ist die Datenübermittlung in EWR-Mitgliedstaaten, die Schweiz, Kanada, Argentinien, Guernsey und die Insel Man. Die Datenübermittlung in die USA ist nur dann zulässig, wenn sich das US-amerikanische Unternehmen der sog „Safe Harbor“ Vereinbarung unterworfen hat. Bei der Datenübermittlung an Unternehmen in anderen Ländern bzw. an Unternehmen, die sich der „Safe Harbor“ Vereinbarung nicht unterworfen haben, muss eine Genehmigung der DSK gem § 13 DSG eingeholt werden.

UMSETZUNG DER WB-HOTLINE

Nach bisher ergangenen Entscheidungen der DSK müssen vor allem nachfolgende Punkte bei der Umsetzung einer WB-Hotline beachtet werden:

- Vor Einführung der Hotline muss ein WB-Hotline-Beauftragter im Unternehmen ernannt werden und eine Einschulung betreffend datenschutzrechtliche Bestimmungen erfolgen. Dem Mitarbeiter muss für die Bearbeitung der Meldungen ein räumlich abgetrennter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden.
- Um das Recht auf Schutz der eigenen Daten so wenig wie möglich auszuhöhlen, ist die Weiterleitung von Informationen nach außen, wie bspw. an die Muttergesellschaft, nur dann zulässig, wenn es sich um schwerwiegende Verfehlungen, die Führungskräfte betreffen, handelt. (DSK 5.12.2008, K178.274/0010-DSK/2008). Hier macht die Weiterleitung auch Sinn, um einer „Vertuschung von oben“ vorzubeugen.

- Zwar müssen anonyme Meldungen zugelassen werden und muss auf Wunsch des meldenden Mitarbeiters dessen Anonymität gewahrt werden, doch dürfen – um intrigantem Verhalten und Mobbing durch Mitarbeitern vorzubeugen - anonyme Meldungen durch den Arbeitgeber nicht gefördert werden (DSK 25.02.2009, K178.301/0003-DSK/2009).

- Auch muss der Arbeitgeber den in einer Meldung beschuldigten Arbeitnehmer über die ihm vorgeworfenen Anschuldigungen informieren. Wer die Anschuldigungen getätigt hat, braucht bzw. darf – insbesondere, wenn der Melder anonym bleiben will - dem Beschuldigten aber nicht mitgeteilt werden (DSK 25.02.2009, K178.301/0003-DSK/2009).

- Die gemeldeten Daten müssen spätestens zwei Monate nach Beendigung der Untersuchung gelöscht werden (DSK 25.02.2009, K178.301/0003-DSK/2009).

■ *Siegrid Grassner*





BUNDESVER- GABEGESETZ NOVELLE 2012

ENTLASTUNG FÜR AUFTRAGGEBER UND AUFTRAGNEHMER

Am 1. April 2012 trat die mit dem BGBl I Nr.10/2012 veröffentlichte Novelle des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006) in Kraft. Mit der Novelle wurden vor allem Vereinfachungen der Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich im Hinblick auf die Umsetzung der Verwaltungsreform eingeführt. Zum Überblick die wichtigsten Änderungen:

DIREKTVERGABE

Generell wird der Schwellenwert für Direktvergaben von € 40.000,00/60.000,00 auf € 50.000,00/75.000,00 (der zweite Wert betrifft den Sektorenbereich) erhöht. Diesen geänderten Werten kommt jedoch bis 31.12.2012 praktisch keine Bedeutung zu, da aufgrund der letzten Schwellenwertverordnung noch bis 31.12.2012 die Möglichkeit besteht, Leistungen bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,00 ohne ein formelles Vergabeverfahren zu vergeben. Deshalb beträgt die Wertgrenze für die Direktvergabe weiterhin € 100.000,00 (wir haben bereits in unserem letzten Newsletter über die Schwellenwerte im Einzelnen berichtet).

Bei der - bereits bisher bekannten - Direktvergabe ist neu, dass nicht nur unverbindliche Preisauskünfte sondern auch verbindliche Angebote eingeholt werden können.

Die Vergabe bei einer Direktvergabe erfolgt nun auch mittels Zuschlag, wodurch der bisher geringe Rechtsschutz bei der Direktvergabe erweitert wird: Wie bisher kann bei einer vergabewidrigen Direktver-

gabe neben der Bekämpfung der Wahl des Vergabeverfahrens nur die Unrechtmäßigkeit im Nachhinein festgestellt werden. Durch die Novelle kann nun auch eine einstweilige Verfügung bei der Direktvergabe erlassen werden, um den Abschluss zu untersagen. Wird trotzdem ein Zuschlag erteilt, so ist dieser absolut nichtig. Da jedoch der Antrag innerhalb von sieben Tagen ab Kenntnis einer unzulässigen Direktvergabe gestellt werden muss, ist es fraglich, ob dieses Rechtsschutzsystem in Zukunft oft zur Anwendung kommen wird: In der Vergabepaxis ist es äußerst selten, dass der Auftragnehmer von einer Direktvergabe vor deren Abschluss überhaupt Kenntnis erlangt.

EINFÜHRUNG EINES NEUEN VERFAHRENS: DIREKTVERGABE MIT VORHERIGER BEKANNTMACHUNG

Die Novelle führt die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung neben der bestehenden Direktvergabe als neues Vergabeverfahren ein. Dieses Verfahren kann bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis € 130.000,00/200.000,00 und bei Bauaufträgen sowohl im klassischen Bereich - als auch im Sektorenbereich bis € 500.000,00 angewendet werden. Mit der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung werden die Vorteile einer möglichst formfreien Vergabe mit der unionsrechtlich gebotenen Transparenz verbunden, wodurch gerade bei grenzüberschreitenden Teilnahmen im Vergabeverfahren die Grundsätze des Vergaberechts (Öffent-

lichkeit, Nachprüfbarkeit) gemäß der ständigen EuGH-Rechtsprechung auch für wertmäßig kleinere Aufträge sichergestellt werden.

Generell hat die Bekanntmachung u.a. Informationen zum öffentlichen Auftraggeber sowie zum Leistungsgegenstand und -ort zu enthalten. Es steht dem öffentlichen Auftraggeber frei, abgestimmt auf seine Bedürfnisse ein ein- oder zweistufiges Verfahren zu wählen. Neu ist bei dieser Direktvergabeart, dass der Auftraggeber Auswahl- bzw. Zuschlagskriterien festlegen muss; anders als im herkömmlichen zweistufigen Verfahren, kann der öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung der Kriterien, mit denen er ein Angebot auswählt, unternehmens- als auch angebotsbezogene Kriterien vermischen.

Der öffentliche Auftraggeber ist auch verpflichtet, den Unternehmen, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben bzw. ein Angebot gelegt haben, unverzüglich nach Zuschlagserteilung mitzuteilen, welchem Unternehmen der Zuschlag erteilt wurde.

VEREINFACHUNG DER NACHWEISE

Bisher war geregelt, dass der Auftraggeber vom Zuschlagsempfänger im Rahmen einer beabsichtigten Vergabe ab einem Auftragswert von € 120.000,00/250.000,00 bei Bauaufträgen und € 80.000,00/150.000,00 bei Liefer-

und Dienstleistungsaufträgen selbst bei Vorliegen einer Eigenerklärung jedenfalls die festgelegten Nachweise verlangen muss. Aufgrund der Novelle ist die Vorlage der Nachweise vom Zuschlagsempfänger nunmehr erst bei Aufträgen im Oberschwellenbereich sowohl im klassischen Bereich als auch im Sektorenbereich zwingend geboten.

NEUREGELUNG DES SCHADENERSATZES

Durch die Neufassung der entsprechenden BVergG-Bestimmungen wird nunmehr ein Schadenersatzanspruch nicht mehr an eine „schuldhafte Verletzung“ von Vergaberechtsvorschriften geknüpft, sondern an einen im österreichischen Schadenersatzrecht bisher nicht gebräuchlichen Begriff; nämlich daran, ob der Verstoß gegen die Vergaberechtsbestimmungen „hinreichend qualifiziert“ ist. Die Erläuterungen in der Regierungsvorlage geben Aufschluss, wie dieser Begriff zu verstehen ist: Demnach soll ein hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß vorliegen, wenn das handelnde Organ die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat (vgl. EuGH 5.3.1996, Rs C 46/93 und C 48/93). Zur Beurteilung, ob ein derartiger Rechtsverstoß vorliegt, muss nun der Umfang des zustehenden Ermessensspielraums und das Maß an Klarheit und Genauigkeit der letzten Vorschrift beachtet werden.

Hinsichtlich der Höhe des Schadenersatzes gibt es keine Neuerungen; aufgrund der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit wurden die Regelungen über den Vertrauensschaden, der den Ersatz der Kosten der Angebotserstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren umfasst und bei einem Rechtsverstoß jedenfalls zusteht, und über den Ersatz des Erfüllungsinteresses („entgangenen Gewinn“), der jedoch den Nachweis voraussetzt, dass dem betreffenden Bieter der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, getrennt gefasst. Gegen beide Schadenersatzansprüche kann sich der öffentliche Auftraggeber weiterhin mit dem Antrag auf Feststellung zur Wehr setzen, dass der Bieter keine echte Chance

auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.
ZUSAMMENFASSUNG

Durch die Novelle des BVergG wird der administrative Aufwand von Unternehmen im Bereich von kleineren bis mittelgroßen Aufträgen erheblich reduziert, da die Möglichkeit des Verzichts auf Nachweise hinsichtlich der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auf den gesamten Unterschwellenbereich erweitert wurde.

Durch die neu eingeführte Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung hat der öffentliche Auftraggeber ein weiteres Beschaffungsinstrument zur Auswahl. Gerade die gesetzliche Verankerung der Möglichkeit, nun auch bei der Direktvergabe verbindliche Angebote von mehreren Marktteilnehmern einzuholen, wird sicherlich zur Entlastung der staatlichen Haushalte beitragen.

Durch den eingeführten Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes im Rahmen des Schadenersatzrechtes wird ein neuartiger Begriff eingeführt. Schadenersatz kann nach der neuen Regelung nur zugesprochen werden, wenn die vergaberechtliche Bestimmung, gegen welche verstoßen wurde, die Verleihung von Rechten an Bewerber/Bieter bezweckt, der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

Mit Einführung dieses Begriffs in das Vergaberecht wird der Einfluss der Auftraggeberseite auf den österreichischen Gesetzgeber spürbar: War die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen bereits vor der Novelle ein eher mühsames Unterfangen (bevor überhaupt ein Zivilverfahren angestrebt werden kann, ist ein vorgeschaltetes Vergabeverfahren erforderlich, welches nicht selten erst durch den Verwaltungsgerichtshof als letzte Instanz entschieden wird), so wird die Durchsetzung von Schadenersatzforderungen für Auftragnehmer nunmehr zusätzlich erschwert, weil die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadenersatz an zusätzliche Kriterien

geknüpft werden, die aufgrund fehlender Rechtsprechung dazu zum jetzigen Zeitpunkt schwer abschätzbar sind.

Es bleibt daher abzuwarten, wie die österreichischen Gerichte diesen Begriff interpretieren werden und ob diese Regelung letztendlich den EU-Vorgaben entspricht.

■ *Petra Rindler*

■ *Raimund Schüller*



„ABZOCKE“ MIT EINTRAGUNGSANGEBOTEN UNLAUTERER WETTBEWERB UND BETRUG

Gemäß § 28a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist es verboten, „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für Eintragungen in Verzeichnisse, wie etwa Branchen-, Telefon- oder ähnliche Register, mit Zehlscheinen, Erlagscheinen, Rechnungen, Korrekturangeboten oder ähnlichem zu werben oder diese Eintragungen auf solche Art unmittelbar anzubieten, ohne entsprechend unmissverständlich und auch graphisch deutlich darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot handelt“. Diese auf Initiative der Wirtschaftskammer bereits im Jahr 2000 eingeführte wettbewerbsrechtliche Regelung konnte jedoch nicht verhindern, dass die sogenannte „Erlagscheinwerbung“ (in Deutschland sagt man dazu „Adressbuchschwindel“) auch heute noch eine beliebte Masche von - wie sie in der Umgangssprache heißen - „Abzock-Firmen“ darstellt. Gerade auch in letzter Zeit sei es nach einer Meldung des „Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb“ vom 1.3.2012 (www.schutzverband.at) wieder ganz massiv zu derartigen Aussendungen gekommen. Erlagscheinwerbung ist dabei nur ein Oberbegriff für unterschiedliche Erscheinungsformen entsprechend „getarnter“ Eintragungsangebote in Branchenverzeichnisse, Adressverzeichnisse etc. Bei der Erlagscheinwerbung im engeren Sinn handelt es sich um irreführende Aussendungen, denen bereits ein Zahlschein angeschlossen ist, meist unter Vortäuschung eines offiziellen bzw. behördlichen Schreibens betreffend eine Eintragung in Verzeichnisse wie beispielsweise das Firmenbuch. Häufig wird auch zur Zahlung durch Banküberweisung aufgefordert und auf eine angebliche Bestellung verwiesen. Eine gerade auch in jüngerer Zeit beliebt gewordene Abzockmasche ist die sogenannte Korrekturabzugswerbung. Hierbei handelt es sich um formularähnliche Schreiben mit

Bezeichnungen wie „Branchenregister“, „Branchenbücher“, „Firmenverzeichnis“ oder ähnlichem, die zur Korrektur oder Ergänzung von teilweise bereits vorausgefüllten, aber absichtlich fehlerhaft bzw. unvollständig gehaltenen Betriebsdaten auffordern und mit dieser Gestaltung eine schon bestehende, aber inkorrekte „offizielle“ Eintragung vortäuschen. Meist sind derlei Schreiben noch zusätzlich mit Hinweisen wie „Wichtig!“ oder fiktiven Fristen versehen. Tatsächlich handelt es sich dabei aber um Angebote zur Eintragung in unbekannte Branchenverzeichnisse, die - wenn man „Glück“ hat - meist irgendwo im Internet zu finden sind. In Wahrheit also kein sehr nützlicher „Service“ (vgl. zu den einzelnen Erscheinungsformen der Erlagscheinwerbung ausführlich Seidelberger in ÖBl 2010, 244).

Für Betroffene kommen Rechnungen solcher „Abzock-Firmen“, die teilweise sogar zu monatlichen Zahlungen bei einer Mindestvertragslaufzeit von mehreren Jahren und automatischer Vertragsverlängerung auffordern, dann meist aus heiterem Himmel. Die Vorgehensweise der „Abzocker“ ist perfide. Häufig haben die Betroffenen nämlich tatsächlich einen Vertrag unterschrieben, bei dem aber der private Angebotscharakter geschickt verschleiert



wurde - der Vertrag wird den Betroffenen unter Vortäuschung eines amtlichen Schreibens also quasi „untergejubelt“. Einen graphisch hervorgehobenen, deutlichen Hinweis darauf, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot handelt (wie von § 28a UWG gefordert), lassen derartige Aussendungen gerade vermissen, würde das eigentliche „Geschäftsmodell Abzocke“ ja ansonsten nicht funktionieren. Die „Abzocker“ spekulieren bei ihren Aussendungen insbesondere auf die Autoritätsgläubigkeit gegenüber öffentlichen Registern, zudem darauf, dass ihre Schreiben bei der Schnelligkeit und Hektik des Geschäftsverkehrs nicht genau gelesen werden. Hinweise darauf, dass es sich um ein privates Vertragsangebot handelt, verstecken sich, wenn überhaupt, im leicht zu übersehenden „Kleingedruckten“.

Dass es sich bei derartigen Angeboten schlicht um wettbewerbswidrige Geschäftspraktiken handelt hat der OGH bereits mehrfach betont. Schon vor Inkrafttreten des § 28a UWG hat die Judikatur derartige „Werbemaßnahmen, die zufolge ihrer Tarnung als solche dem Umworbene gar nicht erkennbar sind“ als sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG eingestuft (vgl. ÖBl 1989, 74 mwN.). Zu § 28a UWG sind in den letzten Jahren sodann einige Entscheidungen ergangen, die sich vor allem mit dem Umstand befassen, dass Betroffene bei näherer bzw. ruhiger Betrachtung der Aussendungen deren bloßen Angebotscharakter eigentlich hätten erkennen müssen. Insbesondere seit seiner Entscheidung vom 21.10.2003 (4 Ob 173/03z) fordert der OGH ausdrücklich einen strengen Maßstab bei der Beurteilung der Irreführungseignung solcher Angebote. Daher handelt unlauter, „wer im Zusammenhang mit der Anbahnung einer neuen Geschäftsbeziehung unter Verwendung von Zahlscheinen oder ähnlichen Drucksorten wirbt, ohne in einer

jeden Zweifel ausschließenden Weise darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot handelt“. Damit wurde die noch in der Entscheidung 4 Ob 267/02x vertretene Auffassung, ein Werbeschreiben falle nicht in den Anwendungsbereich des § 28a UWG, wenn dem Erklärungsempfänger der private Angebotscharakter eines Schreibens bei näherer Befassung hätte bewusst sein müssen, verworfen. In der recht aktuellen Entscheidung OGH 21.6.2011, 4 Ob 45/11p („Branchenregister-Werbeformular“), die sich konkret mit einer Korrekturabzugswerbung befasste, hat das Höchstgericht weiters ausdrücklich festgehalten, dass Aussendungen jedenfalls dann nicht detailliert studiert werden müssen, wenn diese durch ihre Gestaltung nur eine Datenergänzung vortäuschen. Abgesehen von den wettbewerbsrechtlichen Verstößen, die im Wesentlichen auf eine Verpflichtung zur Unterlassung derartiger Geschäftspraktiken hinauslaufen, können solche „Geschäftsmodelle“ aber auch von

strafrechtlicher Relevanz sein. Hatten entsprechende Strafanzeigen in der Vergangenheit noch zu keiner Anklage durch die Staatsanwaltschaft geführt, ist nunmehr jedenfalls „Hoffnung“ in Sicht. Wie der Schutzverband in seiner Pressemeldung vom 1.3.2012 ebenfalls mitteilt, stehe aktuell eine Anklage beim Landesgericht St. Pölten bevor. Auch sei es bereits zur Verurteilung eines 24-jährigen Deutschen am Landesgericht Innsbruck wegen schweren gewerbsmäßigen Betrugs gekommen.

Abgesehen von der wettbewerbs- und strafrechtlichen Beurteilung ist natürlich auch die Frage der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit entsprechend irrtümlich erteilter Aufträge von Interesse. Ohne an dieser Stelle ausführlich auf die rechtlichen Feinheiten einzugehen bedeutet eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit nicht zwangsläufig die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit entsprechender Verträge. Vielmehr kommt es maßgeblich auf eine Einzelfallprüfung

anhand der einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen an, kann ein Gericht doch auch zu dem Schluss kommen, dass eine entsprechende Eintragung im Einzelfall vielleicht sogar erwünscht war. Das Handelsgericht Wien zeigte in seiner Entscheidung vom 28.6.2004, 50 R 2/04g allerdings keine Gnade gegenüber „Abzockern“ und wies deren geltend gemachte Zahlungsansprüche gegen zahlreiche betroffene Unternehmen sogar wegen Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte ab.

Bei versehentlich geleisteten Zahlungen bleibt neben einer Strafanzeige meist nur die gerichtliche Rückforderung. Die „Abzock-Firmen“ verstehen sich allerdings nicht nur gut darin ihre Offerten zu verschleiern, sondern lassen oftmals auch deren Sitz im Dunklen, der sich zudem – mit Fingerzeig auf mein Heimatland Deutschland – häufig im Ausland befindet.

■ *Frank Reiser*

ERRICHTUNG VON SPIELPLÄTZEN SICHERHEITS- UND HAFTUNGSFRAGEN

Kinderspielplätze als beliebte Tummelplätze der Kleinsten aber auch als Treff- und Sammelpunkt junger Eltern und somit als Kommunikationszentren an sich erfüllen eine wichtige soziale Funktion. Allerdings verunglücken jährlich mehr als 8.000 Kinder auf österreichischen Kinderspielplätzen. Im folgenden Beitrag werden die sich aus der Wiener Bauordnung ergebende Verpflichtungen zur Errichtung und Ausstattung von Kinderspielplätzen, die Anforderungen an die Sicherheit von Spielgeräten sowie die sich daraus ergebenden Haftungsfragen behandelt.

PFLICHT ZUR ERRICHTUNG

Nach der Wiener Bauordnung sind bei der Errichtung von Wohngebäuden mit mehr als 15 Wohnungen der Eigentümer des Gebäudes sowie der Grundeigentümer verpflichtet, mindestens einen Spielplatz für Kleinkinder im Alter bis zu 6 Jahren (Kleinkinderspielplatz) im Freien anzulegen. Werden in Wohngebäuden bzw. in Wohnhausanlagen mehr als 50 Wohnungen errichtet, besteht zusätzlich die Verpflichtung einen Spielplatz für Kinder und Jugendliche im Alter ab 6 Jahren (Kinder- und Jugendspielplatz) in einem der Anzahl

und Größe der Wohnungen entsprechenden Ausmaß im Freien anzulegen. Der Kleinkinderspielplatz ist unmittelbar auf dem Bauplatz in Sicht- und Rufweite möglichst aller Wohnungen anzulegen. Kleinkinderspielplätze dürfen grundsätzlich ein Ausmaß von 30 m², Kinderspielplätze ein Ausmaß von 500 m² nicht unterschreiten. Von der Verpflichtung zum Anlegen von Kleinkinderspielplätzen sowie von Kinder- und Jugendspielplätzen kann auf Antrag durch die Behörde Abstand genommen werden, wenn deren Errichtung auf demselben Bauplatz in Folge seiner baulichen Ausnutzbarkeit nicht zumutbar ist.

ANFORDERUNGEN UND SICHERHEITSVORSCHRIFTEN

Alle Spielplätze und die auf ihnen aufgestellten Turn- und Klettergeräte müssen baulich so ausgestaltet sein, dass sie sicher und gefahrlos benutzt werden können. Nähere Vorschriften über die bauliche Beschaffenheit und Ausgestaltung der Kleinkinderspielplätze und Kinderspielplätze sind in der sogenannten Spielplatzverordnung getroffen worden. Kleinkinderspielplätze und Kinderspielplätze sind so anzulegen, dass sie gegen starken Wind, übermäßige Staubbelastigung, übermäßige Sonneneinstrahlung und vor Immissionen geschützt sind. Spielplätze und Spielgeräte sind so einzurichten, dass sie für altersgerechtes Spielen nach kinderpsychologischen und pädagogischen Gesichtspunkten geeignet sind. Kleinkinderspielplätze müssen eine Einrichtung zum Spielen mit Sand aufweisen. Spielgeräte wie Turn-, Klettergeräte und dergleichen müssen den Anforderungen der §§ 8, 9 und 10 der Spielplatzverordnung entsprechen. Auf Kleinkinderspielplätzen sind auch Sitzgelegenheiten für Erwachsene in ausreichender Anzahl aufzustellen. Kinderspielgeräte sind unter Bedachtnahme auf die Sicherheit und Gesundheit der Kinder nach den Erfahrungen und Regeln der technischen Wissenschaften herzustellen, aufzustellen und zu warten. Diesen Erfordernissen ist entsprochen, wenn die entsprechenden ÖNORMEN eingehalten werden. Dasselbe gilt für die Fundierung bzw. Verankerung von Kinderspielgeräten im Boden. Den Eigentümer eines Wohngebäudes treffen Reinhaltungs- und Überwachungs- bzw. Instandhaltungspflichten. Ist ein Hausverwalter bestellt, ist dieser für die Einhaltung der Pflichten an dessen Stelle verantwortlich.

Die Spielplatzverordnung ist nach deren § 13 nur auf Kleinkinderspielplätze und Kinderspielplätze, die in Erfüllung der entsprechenden Verpflichtung der Bauordnung für Wien errichtet worden sind, anzuwenden. In jedem Fall treffen den Errichter bzw. Betreiber eines Spielplatzes aber sog. Verkehrssicherungspflichten, die

in der Regel auch nicht durch Warnhinweise („Benützung auf eigene Gefahr – Eltern haften für ihre Kinder“) ausgeschaltet werden können. Er hat dafür zu sorgen, dass Spielplatz und Spielgeräte den anwendbaren Bestimmungen genügen und regelmäßige Inspektionen durchgeführt werden.

Spielgeräte müsse so beschaffen sein, dass mit ihrer sachgemäßen Benützung keine erheblichen Gefahren verbunden sind (keine Holzabsplitterungen, keine scharfkantigen Rissbildungen, keine vorspringenden Schrauben, keine morschen Teile). Bei Spieleinrichtungen, die Höhenunterschiede haben und zum Klettern oder Abspringen anreizen, ist vor allem auch der Bodenbeschaffenheit besonderes Augenmerk zu widmen. Rasen eignet sich nur eingeschränkt als Untergrund, da er intensiver Nutzung nicht standhält. Durch hohe Benutzungsfrequenz kann es um die Geräte herum mit der Zeit zu starken Bodenverdichtungen kommen, die dazu führen, dass die Erde hart wie Beton wird. Abhilfe können Rindenschnitzelaufgaben, Rundkieschichten oder moderne Fallschutzplatten schaffen. Die möglichen Bodenarten für Aufprallflächen im Fallraum von Geräten wurden in Abhängigkeit von den zulässigen freien Fallhöhen in der ÖNORM EN 1177 festgelegt. In der ÖNORM EN 1176 sind regelmäßige Inspektionen für Spielplätze festgelegt (visuelle Routineinspektion wöchentlich bis täglich, operative Inspektion alle ein bis drei Monate, jährliche Hauptinspektion). Die jährliche Hauptinspektion muss von Sachkundigen für Spielplatzgeräte durchgeführt werden.

VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHT UND HAFTUNGSFRAGEN

Für das Ausmaß der Verkehrssicherungspflichten ist unter anderem entscheidend, ob nach den Erfahrungen des täglichen Lebens eine naheliegende und voraussehbare Gefahrenquelle besteht. Beim Aufstellen eines Klettergerüsts für Kinder auf einem dafür nicht geeigneten Untergrund wurde dies bereits angenommen. Naturgemäß birgt die Benutzung der auf einem Kinderspielplatz aufgestellten Spielgeräte ein Ri-

siko in sich, dass auch durch noch so sorgfältige Beaufsichtigung der Kinder und Ausführung der Spielgeräte nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Absolut sicher können Spielgeräte, die dem Bewegungsdrang und der Abenteuerlust von Kindern Raum geben, nie sein; andererseits sollte die Errichtung und Erhaltung von Spielplätzen nicht an einem übertriebenen Sicherheitsbedürfnis und an einer Überspannung der Sorgfaltspflicht ihrer Betreiber scheitern. So stellte der OGH zusammenfassend fest, dass die Judikatur generelle Richtlinien für die Ausgestaltung von Spielplätzen und Spielgeräten, die über den Hinweis auf die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten hinaus gehen, wohl nicht geben kann, vielmehr muss in jedem einzelnen Fall abgewogen werden, ob in der konkreten Situation ein Sorgfaltsverstoß vorliegt. Anhaltspunkte dafür vermag die Rechtsprechung jedenfalls zu geben. Welche Sicherungsmaßnahmen allerdings zumutbar und erforderlich sind, hängt stets von den Umständen im Einzelfall ab.

■ *Manfred Wiener*



UNTERLASSUNG DER PRÜFUNG VOM AUFTRAGGEBER BEIGESTELLTER PLÄNE HAFTUNG DES AUFTRAGNEHMERS?



Wie weit die Prüf- und Warnpflicht eines Werkunternehmers gehen kann, der vom Werkbesteller Pläne beigestellt bekommt, anhand derer das Gewerk ausgeführt wird, zeigt die kürzlich ergangene Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 137/11t auf.

Der Werkunternehmer war mit der Lieferung und Montage der Heizungs-, Kühlungs- und Lüftungsanlage beauftragt und erhielt hierfür vom Werkbesteller Pläne beigestellt, die dieser durch ein Fachplanungsbüro erstellen ließ. Gemäß Werkvertrag war der Werkunternehmer verpflichtet, die vom Fachplaner erstellte technische Planung sowie die Berechnungs- und Planunterlagen, die Ausführungs-, Werkstatt- und Freigabepläne zu prüfen. Der Werkunternehmer hielt sich an die beigestellten Pläne und führte das Gewerk auf dieser Grundlage aus.

Nach erfolgter Errichtung zeigte sich, dass die hergestellte Anlage zu gering dimensioniert war und die vorgegebenen Leistungsparameter nicht gewährleisten konnte. Daraufhin verweigerte der Werkbesteller unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit der Anlage die Bezahlung des Werklohnes. Der Werkunternehmer hielt

dem entgegen, dass er die Anlage plankonform errichtet habe, eine Warnpflichtverletzung nicht vorliege und in jedem Fall dem Werkbesteller ein Mitverschulden treffe, weil der Fachplaner ihm zuzurechnen sei.

Unter Hinweis auf die zwischen den Parteien des Werkvertrages konkret vereinbarte Prüfung der beigestellten Pläne hielt der Oberste Gerichtshof fest, dass der Werkunternehmer vertraglich verpflichtet gewesen sei, den Werkbesteller zu warnen, wenn sich aus der Prüfung die Untauglichkeit der beigestellten Pläne ergäbe, zumal eine isolierte Prüfpflicht ohne Warnhinweis sinnlos wäre. Obwohl die teilweise Untauglichkeit des Gewerks auf den vom Werkbesteller beigestellten Plänen beruhte, minderte dies in diesem Fall nicht einen allfälligen Ersatzanspruch des Werkbestellers. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Werkunternehmer nicht generell für sämtliche Kosten haftbar gemacht werden kann, die zur Herstellung einer funktionierenden Anlage erforderlich sind, sondern er haftet nur für den Vertrauensschaden. Durch die Verletzung der vertraglich übernommenen Warn- und Prüfpflicht hat der Werkunternehmer jenen Schaden

zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass nicht gleich eine ausreichend dimensionierte Anlage hergestellt wurde, nicht aber für jene Kosten einzustehen, die bei einer rechtzeitigen Warnung sowieso angefallen wären.

In der vorliegenden Entscheidung prüfte das Höchstgericht insbesondere, inwieweit der Werkbesteller für die von ihm übergebenen Pläne einzustehen hat. Aufgrund der vertraglichen Regelungen kam es zu dem Schluss, dass der Werkunternehmer explizit zur Prüfung der Pläne verpflichtet gewesen sei und daher zu haften habe. Für die Praxis bedeutet dies, dass man als Werkunternehmer tunlichst darauf achten sollte, dass der Werkbesteller vertraglich verpflichtet ist, fachgerecht ausgearbeitete Pläne beizustellen, weil in diesem Fall ein Mitverschuldenseinwand bei untauglichen Plänen erhoben werden kann. Der Werkbesteller wiederum sollte vertraglich festlegen, dass ihn keine Pflicht zur Beistellung tauglicher Pläne trifft, sondern es vielmehr dem Werkunternehmer allein obliegt, die übergebenen Pläne, Berechnungsunterlagen etc. zu prüfen.

■ Wilfried Opetnik
■ Stefanie Schurich

WENN EINER EINE REISE TUT ... WELCHE ANSPRÜCHE BESTEHEN BEI EINER DIENSTREISE?



Werden Arbeitnehmer auf Dienstreisen geschickt, so führt dies zu verschiedenen finanziellen Forderungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Dienstgeber.

WANN LIEGT EINE DIENSTREISE VOR?

Eine Dienstreise liegt dann vor, wenn ein Arbeitnehmer im Auftrag des Arbeitgebers entweder seinen Dienstort zur Durchführung von Dienstverrichtungen verlässt oder so weit entfernt von seinem ständigen Wohnort arbeitet, dass ihm eine tägliche Rückkehr nicht zugemutet werden kann. Dies kann sowohl einen Einsatz im Inland als auch im Ausland bedeuten. Keine Dienstreise liegt vor, wenn Arbeitnehmer aufgrund ihres ständigen Aufgabenbereichs ihre Arbeitsleistung an verschiedenen Orten erbringen, wie dies etwa bei Handwerkern der Fall ist.

FINANZIELLE ANSPRÜCHE DER ARBEITNEHMER

Bei einer Dienstreise im Inland steht dem Arbeitnehmer neben der üblichen Entlohnung als steuerfreier Betrag Tages- und Nächtigungsgeld für den Verpflegungs- und Nächtigungsaufwand zu (§ 26 Einkommensteuergesetz 1988 - EstG). Tagesgeld gebührt einem Arbeitnehmer aus Anlass einer Dienstreise, die länger als drei Stunden dauert. Pro 24 Stunden steht ein steuerfreier Betrag von höchstens € 26,40 zu. Das sind für jede angefangene Stunde (ab der vierten Stunde) somit maximal € 2,20. Wird dem Arbeitnehmer im Zuge der Dienstreise ein Arbeitessen bezahlt, ist das Tagesgeld um € 13,20 zu kürzen. Als Nächtigungsgeld steht Arbeitnehmern - sofern nicht ein höherer Betrag nachgewiesen wird - ein steuerfreier Pauschalbetrag von € 15,00 für den Nächtigungsaufwand einschließlich Frühstück zu.

Weiters steht ein (ebenfalls steuerfreier) Ersatz der Reisekosten zu, wobei bei Verwendung des eigenen PKWs durch den Arbeitnehmer ein Kilometergeld in Höhe von € 0,42 pro Kilometer, bei der Verwendung anderer Verkehrsmittel die tatsächlichen Aufwendungen zu ersetzen sind. Bei Verwendung des eigenen PKWs durch den Arbeitnehmer ist ein Fahrtenbuch zu führen, in dem der Arbeitnehmer alle Fahrten im Zuge der Dienstreise samt Angabe von Datum, Ausgangs- und Zielpunkt, Zweck der Fahrt und gefahrene Kilometer angibt.

Führt eine Dienstreise des Arbeitnehmers ins Ausland, so sind die speziell normierten Auslandskostensätze zu beachten. Diese sind anhand der Verordnung der Bundesregierung über die Festsetzung der Reisezulagen für Dienstverrichtungen im Ausland (dzt aktuell idF BGBl II 434/2001) differenziert nach dem Zielland zu ermitteln. Aktuell betragen die Auslandsreisekostensätze zwischen € 18,10 und € 47,30 pro Tag. Bei einem bezahlten Arbeitessen pro Tag kommt es bei Auslandsdienstreisen zu keiner Kürzung der Tagessätze.

REISEZEIT ODER ARBEITSZEIT?

Für die Entlohnung ist relevant, wie die Zeit, die der Arbeitnehmer vom Dienstort abwesend ist, zu bewerten ist. Handelt es sich um normale Arbeitszeit oder um (passive) Reisezeit? (Passive) Reisezeit liegt immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer über Auftrag des Arbeitgebers vorübergehend seinen Dienstort verlässt, um an einem anderen Ort seine Arbeitsleistung zu erbringen, sofern der Arbeitnehmer nicht selbst den PKW lenkt oder während der Reisebewegung (als Beifahrer oder in Bahn oder Flugzeug) keine Arbeitsleistung zu erbringen hat (§ 20b Abs 1a Arbeitszeitgesetz - AZG).

Erbringt der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung, wie etwa ein Aktenstudium während einer Bahnfahrt, so handelt es sich um Normalarbeitszeit. Bei (passiven) Reisezeiten können die Höchstgrenzen der Arbeitszeit überschritten werden, ohne dass dafür spezielle Höchstgrenzen geregelt sind (§ 20b Abs 2 AZG). Dies führt dazu, dass auch längere Reisezeiten durch die arbeitsrechtlichen Höchstgrenzen nicht beschränkt werden. Nach § 10a Arbeitsruhegesetz (ARG) ist eine Reisebewegung während der Wochenend- und Feiertagsruhe zulässig, wenn diese zur Erreichung des Reiseziels notwendig oder im Interesse des Arbeitnehmers gelegen ist. Bei Entsendung ins Ausland ist jedoch auf allfällige zwingende Vorschriften des Empfangsstaates zu achten.

Die arbeitsrechtlichen Gesetzesbestimmungen regeln die Bezahlung der Reisezeit nicht ausdrücklich. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer mangels gegenteiliger Vereinbarung Anspruch auf volle Entgeltzahlung, wenn die Reisezeit in die für den Arbeitnehmer geltende Normalarbeitszeit fällt. Sofern Überstunden anfallen,

besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Zahlung von Überstundenzuschlägen. Für passive Reisezeit, also eine tatsächliche Reisetätigkeit, in welcher der Arbeitnehmer nicht arbeitet, kann einzelvertraglich ein wesentlich niedrigeres Entgelt oder sogar Unentgeltlichkeit vereinbart werden.

FAZIT

Im Falle einer Dienstreise stehen dem Arbeitnehmer Tages- und Nächtigungsgelder sowie ein Fahrtkostensatz bzw. Kilometergeld zu. Einzelvertragliche Vereinbarungen hinsichtlich der Entlohnung von passiven Reisezeiten und der Behandlung von Überstunden während der Reisezeit sind empfehlenswert.

■ *Cornelia de Waal*



IMPRESSUM

**Herausgeber,
Medieninhaber und Verleger:**
PFLAUM KARLBERGER
WIENER OPETNIK
Rechtsanwälte
Nibelungengasse 1, 1010 Wien
Telefon (+43-1) 587 63 68
Telefax (+43-1) 586 78 08
eMail pkp@pkp-law.at
UID-Nummer ATU10519401

Für den Inhalt verantwortlich:
Manfred Wiener

Gestaltung:
drevseiterweiter GmbH
www.drevseiterweiter.at

Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.