



KARASEK WIETRZYK Rechtsanwälte GmbH  
IZD Tower, Wagramer Straße 19, 1220 Wien

# Aktuelles vom Obersten Gerichtshof

September 2010

Die Entscheidungen im vollen Wortlaut: <http://www.ris.bka.gv.at>

Impressum:

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH,  
Wagramer Straße 19/19, 1220 Wien,

FN 246828h HG Wien

Foto: Daniel Gebhart

Design: [www.ideas4you.at](http://www.ideas4you.at) WerbeagenturGmbH

In dieser Ausgabe:

- Arbeitsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Gewerblicher Rechtsschutz
- Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“)
- Zivilrecht

## Arbeitsrecht

### ■ Dienstjubiläum

Die Vertragsbediensteten der niederösterreichischen Gemeinden (hier: Klosterneuburg) haben nach 40 Jahren Anspruch auf eine „Jubiläumsbelohnung“ in der Höhe von 400 % ihres letzten Monatsgehalts<sup>1</sup>. Dass diese Jubiläumsbelohnung von einem Mindestalter von 61,5 Jahren abhängt, ist keine Diskriminierung weiblicher Dienstnehmer, die nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) bereits früher pensionsberechtigt sind und – wenn sie dieses Recht in Anspruch nehmen – keine Jubiläumsbelohnung erhalten. OGH 30.6.2010, 9 ObA 117/09 k.

### ■ Abfertigung

Bei einem Dienstverhältnis, das nach dem 31.12.2002 begründet wurde, kann kein Anspruch auf eine „Abfertigung alt“<sup>2</sup> mehr entstehen<sup>3</sup>. Eine dennoch vereinbarte „Anrechnung“ von „Vordienstzeiten für die Abfertigung“ kann im Einzelfall als eigenständige Zusage einer freiwilligen Abfertigung zu verstehen sein. Eine solche Zusage führt aber nur zu einem vertraglichen Anspruch, der nicht – wie die gesetzliche Abfertigung – von der Insolvenz-Entgeltsicherung<sup>4</sup> erfasst wird. OGH 19.5.2010, 8 Obs 2/10 t.

### ■ Kündigungsanfechtung I

Ein Arbeitnehmer kann seine Kündigung vor Gericht anfechten, wenn sie sozial ungerechtfertigt und der Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Unternehmen beschäftigt ist. Die Kündigung ist dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie für den Gekündigten eine größere soziale Härte darstellt als für andere Arbeitnehmer derselben Tätigkeitssparte. Der Gekündigte muss für eine solche Tätigkeit „fähig und willens“ sein<sup>5</sup>. OGH 11.5.2010, 9 ObA 69/09 a.

### ■ Kündigungsanfechtung II

Nach der Rechtsprechung ist zwischen der formellen Frist zur Kündigungsanfechtung (prozessualen Frist<sup>6</sup>) und dem materiellrechtlichen Anfechtungsrecht zu unterscheiden<sup>7</sup>. Das materiellrechtliche Anfechtungsrecht steht zunächst dem Betriebsrat und erst nach einer Woche dem Gekündigten zu<sup>8</sup>. Der Gekündigte kann aber schon während dieser Woche die Anfechtungsklage erheben. Es reicht, wenn ihm das materiellrechtliche Anfechtungsrecht zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zusteht<sup>9</sup>. OGH 11.5.2010, 9 ObA 26/10 d

<sup>1</sup> § 24 Abs 3 NÖ Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz (NÖ GVVG).

<sup>2</sup> § 23 f Angestelltengesetz (AngG).

<sup>3</sup> § 46 Abs 1 Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG).

<sup>4</sup> § 1 Abs 4a IESG.

<sup>5</sup> § 105 Abs 3 Z 2 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG).

<sup>6</sup> RIS-Justiz RS0052033.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0052033.

<sup>8</sup> RIS-Justiz RS0102517.

<sup>9</sup> ZB OGH 22.12.2004, 8 Ob A127/04 s.

## Gesellschaftsrecht

### ■ Kapitalerhöhung

Werterhaltende Verfügungen über Sach- und Bareinlagen aus einer Kapitalerhöhung (hier: Verkauf der Sacheinlage vor Anmeldung der Kapitalerhöhung) sind zulässig. Dem erhöhten Nennkapital muss aber im Zeitpunkt der Anmeldung ein der Sacheinlage entsprechender Wert im Gesellschaftsvermögen gegenüber stehen. Wurden die als Sacheinlage vereinbarten Gesellschaftsanteile verkauft ist der Kaufpreis (und dessen freie Verfügbarkeit) bei Anmeldung der Kapitalerhöhung durch eine Bankbestätigung nachzuweisen. OGH 24.6.2010, 6 Ob 108/09 i.

### ■ Geschäftsführer

Das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) enthält besondere Schutzvorschriften für „Verbraucher“. Nach ständiger Recht-

... Fortsetzung von Seite 1

sprechung ist ein Geschäftsführer, der eine persönliche Bürgschaft für Schulden der GmbH übernimmt, Verbraucher im Sinn des KSchG<sup>10</sup>. Dies gilt auch für einen Minderheitsgesellschafter und für einen Mehrheitsgesellschafter<sup>11</sup>, dessen Gesellschaftsbeteiligung eine bloße Finanzinvestition ist und der keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung hat<sup>12</sup>. Ein Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist jedenfalls kein Verbraucher im Sinn des KSchG<sup>13</sup>. OGH 24.6.2010, 6 Ob 105/10 z.

<sup>10</sup> RIS-Justiz RS0065238.

<sup>11</sup> OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06 b.

<sup>12</sup> RIS-Justiz RS0121109.

<sup>13</sup> RIS-Justiz RS0116313.

## Gewerblicher Rechtsschutz

### ■ Wiederholungsgefahr

Eine Unterlassungsklage setzt in der Regel Wiederholungsgefahr voraus<sup>14</sup>; Wiederholungsgefahr wird vermutet, wenn der Beklagte bereits eine Rechtsverletzung begangen hat. Bietet er im Verfahren aber einen vollstreckbaren Vergleich an, entfällt diese Vermutung. Voraussetzung ist, dass der Vergleich alles beinhaltet, was der Kläger durch ein stattgebendes Urteil erlangen könnte. Fordert der Kläger (berechtigterweise<sup>15</sup>) auch eine Urteilsveröffentlichung, wird die Vermutung der Wiederholungsgefahr nur dann beseitigt, wenn der Beklagte die Vergleichsveröffentlichung auf seine Kosten anbietet<sup>16</sup>. OGH 21.6.2010, 17 Ob 3/10 f.

### ■ Vorabentscheidung<sup>17</sup>

Der Inhaber einer Marke darf nach Auffassung des EuGH<sup>18</sup> einem anderen verbieten, mit einem gleichen oder ähnlichen Schlüsselwort – wie zB die „Adwords“ von Google<sup>19</sup> – Werbung für gleichartige Waren oder Dienstleistungen im Internet zu machen. Es reicht, dass aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem Dritten stammen. Eine Vorabentscheidung des EuGH bindet sowohl das vorliegende Gericht als auch alle anderen Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben<sup>20</sup>. OGH 21.6.2010, 17 Ob 3/10 f.

### ■ Vertragsbruch

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verbietet unlautere Geschäftspraktiken (vor der UWG-Novelle 2007<sup>21</sup>: sittenwidriges Verhalten) im Wettbewerb<sup>22</sup>. Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte die Beteiligung an einem fremden Vertragsbruch gegen das UWG verstoßen. Es genügte, dass der Dritte den Vertragsbruch bewusst förderte oder sonst aktiv dazu beitrug<sup>23</sup>. Die UWG-Novelle 2007 hat an dieser Rechtslage nichts geändert. OGH 8.6.2010, 4 Ob 214/09 p.

<sup>14</sup> Es reicht – theoretisch – auch eine Begehungsgefahr, also die Gefahr, der Beklagte werde eine rechtswidrige Handlung erstmalig begehen, RIS-Justiz RS0037456.

<sup>15</sup> Anm: Fordert der Kläger die Urteilsveröffentlichung unberechtigterweise, ist die Klage wegen des Wegfalls der Wiederholungsgefahr abzuweisen, zB OGH 30.11.1987, 4 Ob 395/87.

<sup>16</sup> RS0077985.

<sup>17</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entscheidet unter anderem über die Auslegung des EG-Vertrags. Die Gerichte der Mitgliedstaaten können dem EuGH dazu Fragen vorlegen, der sie im so genannten Vorabentscheidungsverfahren beantwortet, Art 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), vor dem 1.12.2009: Art 234 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag).

<sup>18</sup> EuGH 25.3.2010, C-278/08 – *BergSpechte / trekking* at Reisen.

<sup>19</sup> Innerhalb der Google-Suchergebnisse sind die Adwords-Textanzeigen durch die Spaltenüberschrift „Anzeigen“ (rechte Spalte) von den nichtkommerziellen Suchergebnissen abgegrenzt, [http://de.wikipedia.org/wiki/Google\\_AdWords](http://de.wikipedia.org/wiki/Google_AdWords).

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0111726.

<sup>21</sup> BGBl I 2007/79.

<sup>22</sup> § 1 UWG.

<sup>23</sup> RIS-Justiz RS0107766.

## Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“)

### ■ Diskriminierung

Das Nahversorgungsgesetz verbietet die Diskriminierung (unterschiedliche Behandlung) von „Wiederverkäufern“<sup>24</sup>. Die Vereinbarung eines variablen Preises mit einer relativ geringen Anpassungsspanne von +/- 2 EUR bzw +/- 5 EUR pro Festmeter Holz ist keine Diskriminierung. Die konkrete Preisgestaltung ist nachvollziehbar, weil sie als Einschätzung der weiteren Preisentwicklung anzusehen ist. OGH 9.6.2010, 16 Ok 1/10.

### ■ Flüssiggas

Das Kartellgesetz<sup>25</sup> verbietet den Missbrauch

einer marktbeherrschenden Stellung. Am Flüssiggasmarkt in Österreich besteht ein Handelsbrauch, nach dem die Vermietung von ortsfesten Flüssiggastanks mit einer Verpflichtung des Mieters, das dafür notwendige Flüssiggas ausschließlich beim Vermieter zu beziehen, verbunden werden kann. Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Flüssiggaslieferanten liegt bei einer solchen Koppelung des Mietvertrags mit der Alleinbezugsvereinbarung nicht vor. Dies gilt auch dann, wenn die Bindung fünf Jahre beträgt<sup>26</sup>. OGH 8.6.2010, 4 Ob 214/09 p.

<sup>24</sup> § 2 NVG.

<sup>25</sup> § 5 KartG.

<sup>26</sup> RIS-Justiz RS0106037.

## Zivilrecht

### ■ Liegenschaftserwerb I

Beim Erwerb eines Einfamilienhauses kann ein natürlich gewachsener Untergrund erwartet werden, wenn der Verkäufer nicht auf eine andere, besondere Bodenbeschaffenheit hinweist. Die Reichweite eines vereinbarten Gewährleistungsverzichts ist durch Auslegung zu ermitteln. Ein Gewährleistungsverzicht umfasst jedenfalls nicht zugesicherte Eigenschaften. Eine solche Zusicherung kann auch schlüssig erfolgen. OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10 h.

### ■ Liegenschaftserwerb II

Nach dem Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz<sup>27</sup> muss ein „Ausländer“ im Sinne dieses Gesetzes<sup>28</sup> für den Erwerb einer Wiener Liegenschaft eine Genehmigung der Ausländergrundverkehrsbehörde einholen. Dabei handelt es sich um eine zulässige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber den Angehörigen der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Drittland, das nicht Mitglied der Europäischen Union ist<sup>29</sup>. OGH 22.6.2010, 5 Ob 90/10 m.

<sup>27</sup> Wiener Landesgesetzblatt 1998/11.

<sup>28</sup> Das sind – vereinfacht gesagt – natürliche Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft und juristische Personen und Personengemeinschaften, die ihren Sitz nicht in Österreich haben. Zu den Ausnahmen für Angehörige der Europäischen Union vgl § 3 Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz.

<sup>29</sup> Art 64 Abs 1 AEUV.