

## Arbeitsrecht

### ■ Änderungskündigung

Eine auflösend bedingt ausgesprochene Änderungskündigung befindet sich bis zur Erklärung des Arbeitnehmers, das Änderungsangebot anzunehmen oder abzulehnen<sup>1</sup>, in einem Schwebestadium („bedingte Wirksamkeit“). Dieser Schwebestadium macht eine Kündigungsanfechtung<sup>2</sup> nach der Rechtsprechung<sup>3</sup> und herrschenden Lehre<sup>4</sup> unzulässig. OGH 22.2.2011, 8 ObA 57/10f.

### ■ Entlassung I

Es ist immer nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, ob die vorzeitige Auflösung eines Dienstverhältnisses gerechtfertigt war. Es handelt sich dabei um keine „erhebliche Rechtsfrage“<sup>5</sup>, die der OGH entscheiden könnte (Ausnahme: Fälle unvertretbarer Fehlbeurteilung durch die zweite Instanz)<sup>6</sup>. OGH 22.2.2011, 8 ObA 47/10k.

### ■ Entlassung II

Eine Entlassung ist gerechtfertigt, wenn ein Dienstnehmer über einen längeren Zeitraum privat für seine Bekannten und Verwandten gegen Entgelt Reparaturarbeiten an Kraftfahrzeugen durchgeführt und dadurch seinem Dienstgeber geschäftlich Konkurrenz gemacht hat<sup>7</sup>. OGH 22.2.2011, 8 ObA 47/10k.

### ■ Abfertigung

Die Verpflichtung zur Zahlung einer Abfertigung<sup>8</sup> entfällt, wenn sich die persönliche Wirtschaftslage des Dienstgebers soweit verschlechtert hat, dass ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung zum Teil oder zur Gänze billigerweise nicht zugemutet werden kann<sup>9</sup>. Die Behauptungs- und Beweispflicht für das Vorliegen dieser Voraussetzung trifft den Dienstgeber<sup>10</sup>. OGH 22.2.2011, 8 ObA 8/11a.

### ■ Austritt

Die aktuelle und relevante Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung berechtigt den Dienstnehmer zum vorzeitigen Austritt. Eine solche Gefahr kann auch durch ein schädliches Arbeitsklima oder durch eine nicht beseitigte Konfliktsituation im Arbeitsumfeld entstehen. OGH 25.1.2011, 8 ObA 82/10g.

## Lauterkeitsrecht

### ■ Fruchtanteil

Der mündige Konsument erwartet von einem als „Waldbeeren Fruchtschnitte“ bezeichneten Produkt weder die Verwendung ganzer Früchte noch ein – im Verhältnis zu anderen Zutaten – Überwiegen von Waldbeeren. Es reicht, dass bei einer Fruchtschnitte von 40 g rund 10 g Waldbeeren verwendet werden. OGH 15.2.2011, 4 Ob 228/10y.



## Markenrecht

### ■ „MAX“

Personennamen können grundsätzlich als Marke eingetragen werden<sup>11</sup>. Sie sind grundsätzlich unterscheidungskräftig, selbst wenn sie verbreitet sind<sup>12</sup>. Ihnen fehlt die Unterscheidungskraft nur insoweit, als sie zugleich Sachangaben für die damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen sind. Die Auffassung des Rekursgerichts, dem Zeichen „MAX“ (hier: für Baumaterialien) fehle als üblicher Vorname die Unterscheidungskraft, trifft daher nicht zu. OGH 16.2.2011, 17 Ob 20/10f.

### ■ „Amadé“

Eine Markenverletzung liegt vor, wenn ein anderer ein gleiches oder ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr (und nicht nur im privaten Bereich<sup>13</sup>) verwendet. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Verwendung objektiv geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern und nicht eine andere Zielsetzung bei objektiver Betrachtung „eindeutig überwiegt“. OGH 16.2.2011, 17 Ob 19/10h.

## Patentrecht

### ■ Schutzzertifikat I

Das Gericht kann im Verfahren wegen einer Patentverletzung als Vorfrage prüfen, ob das Patent gültig besteht (wenn der Beklagte eine Gegenbescheinigung anbietet). Diese Grundsätze gelten auch für das Schutzzertifikat. Die Prüfung kann im Sicherungsverfahren aber nur mit dessen Mitteln und in dessen Grenzen vorgenommen werden. OGH 16.2.2011, 17 Ob 5/11a.

### ■ Schutzzertifikat II

Das ergänzende Schutzzertifikat ist zwar formell als eigenes Schutzrecht ausgestaltet, bezweckt aber nur eine Verlängerung der Patentlaufzeit für bestimmte zulassungspflichtige Produkte<sup>14</sup>. Die Aufhebung einer wegen (drohender) Verletzung des Patents erlassenen einstweiligen Verfügung kann daher nicht schon deshalb begehrt werden, weil das Patent abgelaufen ist. OGH 16.2.2011, 17 Ob 5/11a.

## Privatstiftung

### ■ Widerruf

Das Widerrufsrecht des Stifters ist nicht übertragbar, der Stifter kann sich aber bei dessen Ausübung vertreten lassen<sup>15</sup>. Das gilt für alle Rechte („Gestaltungsrechte“) des Stifters<sup>16</sup>. Es ist nicht zwischen den dem Stifter bereits aufgrund des Gesetzes zustehenden Rechten und den Rechten, die sich der Stifter erst in der Stiftungserklärung vorbehält, zu unterscheiden. OGH 28.1.2011, 6 Ob 240/10b.

### ■ Genehmigung

Für Angelegenheiten, die sich nur mittelbar auf das Vermögen des Stifters auswirken könnten<sup>17</sup>, ist keine pflegschaftsbehördliche Genehmigung erforderlich. Entscheidend ist, ob ein Geschäft zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört oder nicht (im letzteren Fall ist eine gerichtliche Genehmigung erforderlich)<sup>18</sup>. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an. OGH 28.1.2011, 6 Ob 240/10b.

## Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“)

### ■ Gebühren I

Die gebührenrechtliche Warnpflicht des Sachverständigen gilt auch im Kartellverfahren. Der Sachverständige ist dabei nicht nur zu einer ersten Bekanntgabe der voraussichtlichen Kosten verpflichtet. Er muss auch warnen, wenn sich zeigt, dass er diese Kosten zu gering geschätzt hat. OGH 7.2.2011, 16 Ok 7/10.

### ■ Gebühren II

Der Gebührenanspruch des Sachverständigen entfällt in dem Umfang, in dem er seine Warnpflicht verletzt hat. Das gilt nicht nur für die Gebühr für die Mühewaltung, sondern auch für sonstige Teile des Gebührenanspruchs, wie zB die Reisekosten. OGH 7.2.2011, 16 Ok 7/10.

---

# Zivilverfahren

## ■ Revisionsrekurs.

Der Beschluss des Erstgerichts, eine Klagsänderung oder Klagsausdehnung nicht zuzulassen, kann mit Rekurs angefochten werden. Die Entscheidung des Rekursgerichts, die den Beschluss des Erstgerichts bestätigt, kann nicht mehr angefochten werden. Der Revisionsrekurs an den OGH ist „jedenfalls unzulässig“<sup>19</sup>. OGH 24.2.2011, 6 Ob 8/11m.

<sup>1</sup> Und längstens bis zum Ablauf der für diese Erklärung gesetzten Frist.

<sup>2</sup> § 105 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG).

<sup>3</sup> OGH 30.6.1994, 8 ObA 216/94.

<sup>4</sup> ZB *Gahleitner in Cerny / Gahleitner / Preiss / Schneller*, ArbVG4 (2009) § 105 Anm 2.

<sup>5</sup> Und zwar „wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist“, § 502 Abs 1 Zivilprozessordnung (ZPO).

<sup>6</sup> RIS-Justiz RS0106298; RS0105955 [T3]; RS0103201.

<sup>7</sup> Er hat darüber hinaus über Jahre hinweg „in nicht unerheblichem Umfang“ ohne Wissen des Beklagten unter dessen Namen Ersatzteile für diese Privatgeschäfte eingekauft. Im Fall einer steuerlichen Betriebsprüfung hätte der Beklagte dadurch selbst in den Verdacht geraten können, Schwarzgeschäfte durchgeführt zu haben.

<sup>8</sup> § 23 Abs 2 AngG.

<sup>9</sup> 9 ObA 27/98 f = SZ 71/64. Diese Bestimmung soll verhindern, dass der Arbeitgeber, der sein Unternehmen infolge einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation auflösen will oder muss, durch hohe Abfertigungsansprüche seiner Arbeitnehmer in seiner Existenz bedroht und möglicherweise in den Konkurs getrieben wird, RIS-Justiz RS0028505.

<sup>10</sup> RIS-Justiz RS0028514.

<sup>11</sup> § 1 Markenschutzgesetz (MSchG).

<sup>12</sup> EuGH 23.3.2010, C-236-238/08 – *Google / Louis Vuitton*, Rdn 50; EuGH 16.9.2004, C-404/02 – *Nichols / Registrar of Trade Marks*, Rdn 30.

<sup>13</sup> EuGH 12.11.2002, C-206/01 – *Arsenal Football Club / Matthew Reed*, Rdn 40.

<sup>14</sup> Für eine Dauer, die dem staatlichen Zulassungsverfahren (zB bei Arzneimitteln) entspricht.

<sup>15</sup> OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03 m.

<sup>16</sup> Daher kann es für den Stifter auch durch seinen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden. Oberndorfer / Leitner, Die Geschäftsunfähigkeit des Stifters aus dem Blickwinkel des Sachwalters und anderer Stiftungsorgane, ZfS 2010, 99.

<sup>17</sup> Hier: die Abberufung des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund.

<sup>18</sup> § 154 Abs 3 ABGB.

<sup>19</sup> Im Sinn des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO; RIS-Justiz RS0039426, RS0044535.



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 Werbeagentur GmbH

**Tipp!**

Inhouse Seminar 92  
Mittwoch, 4.5.2011, 17:00 Uhr

**Im Dschungel des MRG -  
der Mieter im gemachten Nest?**

Referent:

**Dr. Stephan Größ**

Die Inhouse-Seminare sind kostenlos und finden in  
unserer Kanzlei statt. Anmeldungen erbeten  
bis jeweils 3 Werktage vor dem Seminar an [office@kwr.at](mailto:office@kwr.at).

Sie finden diesen Newsletter  
auch als Download unter [www.kwr.at](http://www.kwr.at)