

## ARBEITSRECHT: MOBBING AM ARBEITSPLATZ

Durch Mobbing entstehen Unternehmen jährlich große wirtschaftliche Schäden. Dies insbesondere durch die verringerte Arbeitsleistung, die höhere Fehleranfälligkeit, sowie vor allem den vermehrten Krankenständen der betroffenen gemobbten Personen. Die Folge von Mobbing können unter Umständen schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen, wie zB Depressionen sein. In rechtlicher Hinsicht ist bei Vorliegen von Mobbing am Arbeitsplatz insbesondere eine allfällige Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten durch den Arbeitgeber zu prüfen.

Der Begriff „Mobbing“ ist bis dato nicht gesetzlich definiert. Der OGH sprach jedoch in der Entscheidung 9 ObA 86/08z vom 04.08.2009 aus, dass es sich bei „Mobbing“ nach einer gängigen Definition um eine konfliktbelastete Kommunikation am Dienstplatz unter Kollegen und Kolleginnen oder zwischen Vorgesetzten und Untergebenen handelt, bei der die angegriffene Person unterlegen ist und von einer oder einigen Personen systematisch, oft und während längerer Zeit mit dem Ziel und/oder dem Effekt des Ausstoßes aus dem Dienstverhältnis direkt oder indirekt angegriffen wird und dies als Diskriminierung empfindet.

Für Mobbing ist das systematische, ausgrenzende und prozesshafte Geschehen über einen längeren Zeitraum typisch, etwa durch systematische Verweigerung jeder Anerkennung, Isolation, Zurückhaltung von Informationen, oder Rufschädigung. Eine zentrale Rolle dabei spielt die Fürsorgepflicht

des Arbeitgebers, welche insbesondere in § 18 AngG sowie § 1157 ABGB normiert ist. Im Vordergrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht steht der Schutz der physischen und psychischen Integrität des Arbeitnehmers (vgl. Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht10, 331). Darunter fällt auch der Schutz der gesamten Persönlichkeit des Arbeitnehmers (vgl. OGH 9 ObA 143/03z mwN). Mobbt der Arbeitgeber selbst, so spricht man von aktivem Mobbing. Unterlässt der Arbeitgeber, einem Arbeitnehmer beizustehen, der durch einen Arbeitskollegen oder eine dritte Person gemobbt wird, so spricht man von passivem Mobbing. In beiden Fällen verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht (vgl. ARD 6119/3/2011).

Wird nun ein Arbeitnehmer gemobbt, so ist dieser unter Umständen zum vorzeitigen Austritt aus gesundheitlichen Gründen berechtigt (vgl. insbesondere § 26 Z 1 AngG). Des Weiteren kann er unter Umständen zum Austritt wegen Tätlichkeiten, Verletzung der Sittlichkeit oder erheblichen Ehrverletzungen berechtigt sein.

Neben der Möglichkeit des vorzeitigen Austritts kann der Gemobbte unter Umständen Schadenersatzansprüche insbesondere gemäß § 1325 ABGB gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Eine ersatzfähige Gesundheitsschädigung im Sinne des § 1325 ABGB liegt bei einer psychischen Beeinträchtigung dann vor, wenn diese behandlungsbedürftig oder zumindest ärztlich diagnostizierbar und damit medizinisch fassbar ist (vgl. ARD 5711/8/2006). Bei der Bemessung



der Höhe des Schmerzensgeldes können nach der Rechtsprechung des OGH Schmerzperioden als Berechnungshilfe dienen. In der Entscheidung 9 ObA 132/10t bestätigte der Oberste Gerichtshof ein unterinstanzliches Urteil, in welchem einer gemobbten Arbeitnehmerin Schmerzensgeld in Höhe von EUR 5.900,00 zugesprochen wurde.

Zu beachten ist, dass Mobbinghandlungen auch Belästigungs- bzw. Diskriminierungstatbestände erfüllen können.

*Klaus Ganser*

## FAMILIENRECHT: NOVELLIERUNG DES KINDSCHAFTS- UND NAMENSRECHTES (KINDNAMRÄG 2013)

Mit dem KindNamRÄG 2013 wurde neben der Liberalisierung des Namensrechts, das nun auch Doppelnamen für ganze Familien ermöglicht, der Weg der Eltern zur Obsorge und die gemeinsame Obsorge neu gestaltet und verschiedene Neuerungen hinsichtlich des Kontakt-, Unterhalts- und Adoptionsrechts umgesetzt.

Wesentliche Änderungen im Überblick:

### LIBERALISIERUNG DES NAMENSRECHTS

Das neue Namensrecht tritt entgegen der meisten übrigen Bestimmungen des KindNamRÄG 2013 erst ab 1.4.2013 in Kraft und sieht verschiedene Wahlmöglichkeiten vor:

#### FAMILIENNAMEN DER EHEGATTEN

Ehegatten können gemäß § 93 ABGB nF einen ihrer Familiennamen zum gemeinsamen Familiennamen bestimmen; mangels einer solchen Bestimmung behält jeder Teil seinen bisherigen Familiennamen (nach bisherigem Recht erhielt die Frau mangels Bestimmung den Namen des Mannes).

Den Ehegatten steht weiters die Möglichkeit offen, einen aus den bisherigen Familiennamen zusammengesetzten Doppelnamen zum gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen, der durch einen Bindestrich verbunden sein muss und maximal zwei Bestandteile umfassen darf. Falls die bisherigen Familiennamen bereits aus mehreren Teilen bestehen, kann daher nur je einer davon zur Bildung des neuen Familiennamens verwendet werden.

Schließlich können Ehegatten einen ihrer Familiennamen zum gemeinsamen Familiennamen

bestimmen, während der Ehegatte, dessen Name nicht auserkoren wurde, einen Doppelnamen verwenden kann, der aus beiden Familiennamen (durch Vor- oder Nachstellen, verbunden durch einen Bindestrich) zusammengesetzt ist. Nach Auflösung der Ehe können die Ehegatten nach § 93a Abs 2 ABGB nF jeden früher rechtmäßig geführten Familiennamen annehmen.

#### FAMILIENNAME DES KINDES

Haben die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen gewählt, erhalten diesen nach § 155 ABGB auch die Kinder. Führt ein Elternteil einen Doppelnamen unter Beifügung des eigenen bisherigen Familiennamens an den gemeinsamen Familiennamen, kann auch dieser zum Familiennamen des Kindes bestimmt werden.

Wurde kein gemeinsamer Familiennamen gewählt, können die Eltern den Kindern einen ihrer Familiennamen geben oder einen aus beiden Familiennamen der Eltern zusammengesetzten Doppelnamen bilden. Mangels einer solchen Bestimmung erhalten die Kinder den Familiennamen der Mutter.

#### GLEICHBEHANDLUNG EHELICHER/ UNEHELICHER KINDER

Die Unterscheidung von ehelichen und unehelichen Kindern wurde beseitigt. Unverheiratete Mütter erhalten jedoch weiterhin mit der Geburt des Kindes (zunächst) die alleinige Obsorge für dieses (§ 177 Abs 2 ABGB).

#### GEMEINSAME OBSORGE

Sind die Eltern (vor oder nach der Geburt eines Kindes) miteinander verheiratet, so sind beide mit der Obsorge betraut. Ansonsten ist zunächst die Mutter alleine obsorgeberechtigt. Die Begründung gemeinsamer Obsorge durch Vereinbarung nicht

verheirateter Eltern wurde aber erleichtert, da entsprechende Erklärungen ab sofort vor dem Standesbeamten unter persönlicher gleichzeitiger Anwesenheit abgegeben werden können. So kann im Rahmen eines „One-Stop-Shop“ beim Standesamt Geburtsbeurkundung, Vaterschaftsanerkennung, Namensbestimmung und Obsorgeregelung erledigt werden, womit jungen Eltern der Weg zum Gericht erspart bleibt. Die Obsorgevereinbarung kann innerhalb von 8 Wochen ohne Angabe von Gründen widerrufen werden. Leben die Eltern nicht im selben Haushalt, muss ein Elternteil bestimmt werden, in dessen Haushalt sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll („Domizilelternteil“). Unzulässig bleibt daher eine Aufteilung mit etwa gleichzeitiger Betreuung beider Eltern. Die Obsorgevereinbarung bedarf keiner gerichtlichen Genehmigung, ist aber bei Kindeswohlgefährdung gemäß § 190 Abs 2 ABGB vom Gericht für unwirksam zu erklären.

### **OBSORGE BEI AUFLÖSUNG DER HÄUSLICHEN GEMEINSCHAFT**

Bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern bleiben (wie bisher) beide mit der Obsorge betraut. Sie haben aber einen Domizilelternteil, also einen Teil, in dessen Haushalt sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll, zu bestimmen. Kommt eine solche Vereinbarung nicht binnen angemessener Frist zustande, beantragt ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder die Beteiligung an der Obsorge, so sieht das Gesetz nunmehr eine Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung vor, sofern dies dem Kindeswohl entspricht. Während dieses Zeitraumes von sechs Monaten bleibt die Obsorge noch unverändert, es wird aber einem Elternteil die hauptsächliche Betreuung aufgetragen und dem anderen ein „derart ausreichendes Kontaktrecht“ eingeräumt, dass er auch Pflege und Erziehung wahrnehmen kann (§ 180 ABGB). Es soll sich zeigen, wie die Eltern mit der veränderten Situation umgehen können, welche Probleme eine Obsorge

beider Teile bereiten kann und welche Auswirkungen damit auf das Kind verbunden sind. Erst danach hat das Gericht über die Obsorgefrage zu entscheiden. Beide Eltern können aber schon bei „maßgeblicher Änderung“ der Verhältnisse eine neuerliche Entscheidung des Gerichts verlangen (§ 180 Abs 3 ABGB); eine Gefährdung des Kindeswohls ist hierfür nicht notwendig.

### **KONTAKTRECHT**

Dritten steht ein eigenes Antragsrecht auf Regelung des Kontakts zum Kind zu, sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht und ein besonderes persönliches oder familiäres Verhältnis zu ihm vorliegt.

Hinsichtlich des Kontakts zwischen Eltern und Kind kann anlässlich einer einvernehmlichen Ehescheidung die Regelung des Kontaktrechts nun nicht mehr vorbehalten werden, sondern ist gemäß § 55a EheG vorher eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen.

*Sandra Langegger*

## FAMILIENRECHT: ZWEITAUSBILDUNG UND FORTBESTAND DES UNTERHALTSANSPRUCHES

Auch wenn ein Kind bereits eine Ausbildung abgeschlossen hat, die zur Selbsterhaltung führen würde, kann diesem eine zweite Berufsausbildung zugebilligt werden. Maßgeblich für die Bejahung des Fortbestehens des Unterhaltsanspruches sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass nicht nur beim Hochschulstudium sondern auch bei anderen beruflichen Ausbildungen zumindest ein einmaliger Wechsel zu tolerieren ist. Bei einer Zweitausbildung ist das Weiterbestehen des Unterhaltsanspruches an strengere Voraussetzungen gebunden als jene, die für die Finanzierung der Erstausbildung maßgeblich sind.

Demnach kann einem Kind eine zweite Berufsausbildung dann zugebilligt werden, wenn es eine ernsthafte Neigung und besondere Eignung sowie ausreichenden Fleiß für eine derartige weitere Ausbildung erkennen lässt, es dem Unterhaltsschuldner zumutbar erscheint, dafür Leistungen zu erbringen, und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass dadurch eine nicht unbedeutende Verbesserung des künftigen Fortkommens des Kindes eintreten wird. Die Bestimmungsfaktoren bilden ein bewegliches System, das eine den jeweiligen Umständen des Einzelfalls angepasste Ausmittlung der weiterbestehenden Unterhaltspflicht ermöglichen soll.

Im Entscheid 3Ob212/12s hat der Oberste Gerichtshof das Fortbestehen des Unterhaltsanspruches eines 1992 geborenen Mädchens bejaht, das nach positivem Abschluss einer dreijährigen land- und forstwirtschaftlichen Fachschule (im Juli 2009) im November 2009 eine dreijährige Lehre für den Beruf einer Restaurantfachfrau begann. Begründet hat der OGH diese Entscheidung konkret auch damit, dass es als wahrscheinlich anzusehen ist, dass die Schaffung eines zweiten beruflichen

Standbeins in einer Branche, die nicht nur in Österreich, sondern auch international Chancen auf einen saisonunabhängigen Arbeitsplatz eröffnet, die künftige berufliche Situation des Mädchens verbessern wird.

*Christoph Luegmair*

## KARTELLRECHT: KARTELLRECHTNOVELLE IN KRAFT

Per 1.3.2013 traten die Änderungen des Kartellgesetzes (KartG) und des Wettbewerbsgesetzes (WettbG) durch das Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2012 in Kraft. Die wichtigsten Änderungen liegen in der Erweiterung der Rechte der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bei Hausdurchsuchungen (siehe auch den Beitrag „Neue Ermittlungsbefugnisse der Kartellwächter: Versiegelung, Befragungsrecht, Auskunftsbefugnisse, Datenübermittlung und Wettbewerbsmonitoring“). Die anderen wesentlichen Änderungen im Überblick:

### BAGATELLKARTELLE

Materiell rechtlich wird vor allem die alte Bagatellregelung an die europäische Bestimmung angepasst. Somit sind in Zukunft gewisse wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (i) zwischen Wettbewerbern mit einem gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 10% und (ii) Nicht-Wettbewerbern mit einem gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15% erlaubt. Nunmehr sind allerdings immer sog. Kernbeschränkungen, d.h. Preisabsprachen, Einschränkungen der Erzeugung und Aufteilungen von Märkten und Kunden verboten.

### MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

Die Novelle erweitert auch den Begriff der Marktbeherrschung. Somit ist diese gegeben, wenn:

#### Ein Anbieter oder Nachfrager oder zwei oder mehr Unternehmer gemeinsam:

- keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerber ausgesetzt sind;

- im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung aufgrund von (i) Finanzkraft, (ii) Beziehungen zu anderen Unternehmern, (iii) Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie (iv) Umstände, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.
- eine im Verhältnis zu Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat.

#### Ein Anbieter oder Nachfrager folgende Marktanteile erfüllt:

- Marktanteil von zumindest 30 %
- Marktanteil mehr als 5 % und maximal Wettbewerb von zwei anderen Unternehmen ausgesetzt
- Marktanteil von mehr als 5% und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehörig, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben.\*

#### Eine Gesamtheit von Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager folgende Marktanteile erfüllt:

- mit drei oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von zumindest 50%,\*
- mit fünf oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von zumindest zwei Drittel.\*

*\*) Bei diesen Tatbeständen tritt eine Beweislastumkehr ein, wonach das bzw. die Unternehmen nachweisen müssen, dass sie nicht marktbeherrschend sind.*



Außerdem wird nun der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bereits bei einer „Forderung“ von Verkaufs-/Ankaufspreisen oder anderen Geschäftsbedingungen, die sich bei einem wirksamen Wettbewerb nicht ergeben würden, erfüllt.

## ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

In der Zusammenschlusskontrolle wird zukünftig der Anmelder eine Fristverlängerung von vier auf sechs Wochen in Phase eins und von fünf auf sechs Monate in Phase zwei beantragen können. Die soll vor allem den Zeitdruck in Fällen, welche Auflagen benötigen, lindern.

## GESETZLICHER SCHADENERSATZ-ANSPRUCH

Um den durch einen Kartellverstoß Geschädigten die Durchsetzung eines etwaigen Schadenersatzanspruches zu erleichtern, wurde eine separate Rechtsgrundlage hierfür im Kartellgesetz eingefügt. Demnach ist ein solcher Anspruch auch nicht ausgeschlossen, wenn die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Außerdem sind Zivilgerichte an Feststellungen, dass eine Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, in rechtskräftigen Entscheidungen von nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission gebunden. Eine Verjährung eines solchen Schadenanspruches wird zusätzlich für die Dauer einer solchen Entscheidung (plus sechs Monate nach dessen Rechtskraft) gehemmt.

## VERÖFFENTLICHUNG VON ENTSCHEIDUNGEN

Ein weiterer Vorteil soll Geschädigten durch die nunmehr zwingende Veröffentlichung von Entscheidungen der Kartellgerichte geschaffen werden. In dieser müssen die Beteiligten, der wesentliche Inhalt der Entscheidung und die verhängten Sanktionen unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bekannt gegeben werden.

Durch die Novelle sind in Zukunft auch Feststellungsanträge auch gegenüber (i) Kronzeugen und (ii) zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen, sofern kein Verfahren beim Kartellgericht anhängig oder abgeschlossen ist, möglich.

## GELDBUSSENBEMESSUNG

Hinsichtlich der Geldbußenbemessung wurden die Milderungs- und Erschwerungsgründe konkretisiert. Somit wirken sich nun (i) eine untergeordnete Beteiligung eines Unternehmers, (ii) eine freiwillige vorherige Beendigung der Rechtsverletzung, oder (iii) ein wesentlicher Beitrag zur Aufklärung als mildernd, hingegen (i) eine Wiederholungstäterschaft oder (ii) die Rolle als Anstifter oder Urheber jedoch als erschwerend aus.

## KRONZEUGEN

Das effizienteste Instrument zur Geldbußenminimierung, die Kronzeugenregelung, wurde auch weiter ausgestaltet. Eine Befreiung einer Geldbuße ist nunmehr in zwei Fällen möglich: (i) bei Vorlage von Beweismitteln als Erster und wenn Informationen eines Kartells ausreichend sind für einen begründeten Antrag zu einer Hausdurchsuchung; oder (ii) sofern ausreichend Information für einen Hausdurchsuchungsantrag der Bundeswettbewerbsbehörde bereits vorliegt, die Vorlage von zusätzlichen Beweismitteln und Informationen ausreichend ist zur Stellung eines Geldbußenantrags.

Eine Ermäßigung einer Geldbuße für weitere Kronzeugen bei Erbringung von Informationen und Beweismitteln erfordert in Zukunft einen erheblichen Mehrwert gegenüber den der Behörde bereits bekannten Fakten.

*Christina Hummer*

## KARTELLRECHT: NEUE ERMITTLUNGSBEFUGNISSE DER KARTELLWÄCHTER: VERSIEGELUNG, BEFRAGUNGSRECHT, AUSKUNFTSBESCHEIDE, DATENÜBERMITTLUNG UND WETTBEWERBSMONITORING

Durch das Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2012, dessen Änderungen im Kartellgesetz (KartG) und im Wettbewerbsgesetz (WettbG) per 1.3.2013 in Kraft traten, wurden vor allem die Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bei Hausdurchsuchungen und der Ermittlung von Auskünften erweitert.

### AUSKUNFTSVERLANGEN

In Zukunft kann eine Erteilung von Auskünften und eine Vorlage von Unterlagen auch durch Anordnung mittels Bescheid durch die BWB selber erfolgen und mit Geldbußen bei Nichterbringung geahndet werden.

### HAUSDURCHSUCHUNGEN

Die Erweiterung der Rechte der Beamten der BWB bei Hausdurchsuchungen erfolgt in folgenden Bereichen:

- **Befragungsrechte**

Beamte können ab sofort von allen Beschäftigten des Unternehmens Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen verlangen, die mit den Ermittlungen in Zusammenhang stehen. Eine Entlassung von Angestellten aufgrund deren Erfüllung dieser Auskunftspflicht ist rechtswidrig.

- **Einsicht in elektronische Unterlagen**

Die Novelle präzisiert, dass Beamten auf Verlangen Zugang zu elektronischen Daten zu gewähren ist. Wenn notwendig, müssen hierzu auch die Passwörter bekanntgegeben werden. Die Beamten können auch Kopien herstellen oder sogar eine Anfertigung eines Datenträgers mit den Daten anfordern.

- **Einschränkung des Widerspruchsrechts**

Widerspruch gegen die Einsichtnahme oder Durchsuchung von Unterlagen darf sich nur mehr auf bestimmten, einzeln bezeichnete Unterlagen unter Berufung auf (i) eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht oder (ii) darauf, dass diese nicht vom Hausdurchsuchungsbefehl umfasst sein, beziehen. Darauf werden diese Unterlagen gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung durch die Behörde gesichert, um diese dem Kartellgericht vorzulegen.

- Sollte eine solche Bezeichnung der Unterlagen zu einer unverhältnismäßigen Verzögerung der Hausdurchsuchung führen, können auf Verlangen des Unternehmens Kategorien von Unterlagen erstellt werden, die getrennt vom Ermittlungsakt vorerst bei der BWB hinterlegt werden. Die weitere einzelne Bezeichnung der Unterlagen kann nach Hinterlegung der Unterlagen dann innerhalb einer Frist von zumindest zwei Wochen erfolgen.

- **Zufallsfunde**

Zufallsfunde während einer Hausdurchsuchung können zur Einleitung eines separaten Verfahrens verwendet werden.

- **Versiegelung**

Wie viele andere Wettbewerbsbehörden darf die BWB nun auch eine Versiegelung von Räumlichkeiten vornehmen. Ein Aufbruch eines solchen Siegels kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen sanktioniert werden.

- **Beschlagnahme von Beweismitteln**

Die BWB kann Beweismittel für die Dauer der Hausdurchsuchung beschlagnahmen, soweit



dies zur Sicherung des Ermittlungserfolges erforderlich ist.

- **Sanktionen**

Zwangsstrafen und Straf gelder dürfen bei (i) Nicht-Erteilung von Auskünften, (ii) Nicht-Vorlage von Unterlagen, oder (iii) unrichtigen, irreführenden oder unvollständigen Auskünften verhängt werden. Eine Behinderung der Hausdurchsuchung stellt Widerstand gegen die Staatsgewalt dar, welche mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, im Fall einer schweren Nötigung jedoch mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen ist.

des KSV, von Branchenverbänden oder Eurostat, Monitoringdaten von Regulatoren).

*Christina Hummer*

## DATENÜBERMITTLUNG

Zusätzlich zu Kronzeugenanträgen werden zukünftig wohl Untersuchungen anderer Behörden, nämlich von der Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten, Anstoß für Ermittlungen der BWB sein, da durch die Novelle diese Behörden nunmehr Daten an die BWB übermitteln kann, um diese in Kenntnis von Kartellverstößen zu setzen.

## GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR EIN WETTBEWERBSMONITORING

Ziel ist, durch Beobachtung der Entwicklung von Indikatoren über mehrere Jahre die Wettbewerbsintensität bestimmter Sektoren bzw. wettbewerbsrechtlich relevanter Märkte darzustellen. Solche Indikatoren können u.a. der Konzentrationsgrad, die Regulierung des Sektors und Preisentwicklungen im internationalen Vergleich und im Verhältnis zu angebots- und nachfrageseitigen Einflussfaktoren sein. Die Anzahl der Marktteilnehmer sowie Zu- und Austritte sind ebenso ein Indiz für die Situation des Wettbewerbs in einer Branche. Daten hierfür sollen aus unterschiedlichsten Quellen herangezogen werden können (z.B. Statistiken, Geschäftsberichte, Firmenbuch und Unternehmensregister, Veröffentlichungen

## ZIVILRECHT: AUSgeTrickst – ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN EINER FLUGLINIE DÜRFEN DIE BLOSS TEILWEISE INANSPRUCHNAHME EINES KOMBITICKETS NICHT GENERELL PÖNALISIEREN

Der Oberste Gerichtshof kippt in seinem Entscheid 4Ob164/12 i die „Hin- und Rückflugsklausel“ einer österreichischen Fluggesellschaft, nachdem der Verein für Konsumenteninformation (VKI) wegen der verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Unterlassungsklage erhoben hatte.

Die verwendete Klausel sah vor, dass bei Buchung eines Kombitickets (Hin- und Rückflug) ein Aufpreis zur Verrechnung gelangt, wenn dieses Kombiticket nicht in der vorgehsehen Reihenfolge eingelöst wurden.

Der Hintergrund dieser Klausel hat eine gewisse Kuriosität: Die Buchung eines Kombifluges kann günstiger sein als die eines Einzelfluges, die Begründung dafür liegt lt. Fluglinie an der längeren Mindestaufenthaltsdauer. Wer diesen Vorteil kannte, buchte ein Kombiticket, nahm dieses aber nicht vollständig in Anspruch, sondern ließ einen Teil des Tickets schlicht verfallen.

Das wollte die Fluglinie verhindern, was laut OGH grundsätzlich auch zulässig ist, aber nicht generell. Die beanstandete Klausel dient nämlich laut OGH dem legitimen Ziel der Fluglinie, den Preis jeweils entsprechend der unterschiedlichen Nachfragesituation privatautonom zu gestalten, sich damit den jeweiligen Markterfordernissen anzupassen und so jeweils den für sie besten auf dem Markt erzielbaren Preis fordern zu können. Dazu muss sie die Umgehung dieses Tarifsystems verhindern.

Die angefochtene Klausel war aber überschießend und sah Nachzahlungen auch

dann vor, wenn Kunden Flüge nur deswegen nicht nutzten, oder besser nicht nutzen konnten, weil sie krank waren, der Zubringerflug zu spät kam oder weil man die Reisepläne nachträglich änderte. Die beanstandete Klausel ist damit in einem Teil ihres Anwendungsbereichs gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 KSchG. Da eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess ausgeschlossen ist darf die Klausel generell nicht weiter verwendet werden.

### FAZIT

Die Fluggesellschaft wird ihre Geschäftsbedingungen wohl so anpassen, dass bei „höherer Gewalt“ der Aufpreis nicht zur Verrechnung gelangt, aber einer Umgehung des Tarifsystems dennoch der Riegel vorgeschoben bleibt.

*Christoph Luegmair*

## ZIVILRECHT: FITNESS-STUDIO: OGH ZU ÜBERLANGEN VERTRAGSBINDUNGEN IN FORMULARVERTRÄGEN

### „FITNESS-STUDIO“-ENTSCHEIDUNG DES OGH

In seiner Entscheidung 9 Ob 69/11d vom 29.05.2012 hat sich der Oberste Gerichtshof (OGH) über Klage der Arbeiterkammer in einem sog. „Verbandsprozess“ mit einigen Fragen zu Verträgen mit Fitness-Studios geäußert. Im Mittelpunkt stand dabei die vertragliche Festlegung einer längeren Vertragsbindung bei vergünstigten Konditionen.

### TRAININGSVERTRAG: KEIN WERKVERTRAG

Der OGH hob hervor, dass es bei der rechtlichen Einordnung eines solchen „Trainingsvertrages“ entscheidend auf die vertraglichen Umstände des Einzelfalles ankommt. Dabei ist zu beurteilen, welcher Vertragstyp nach dem Parteiwillen den „Kern des Vertragsverhältnisses“ ausmacht. Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen bestimmten Erfolg. Im Anlassfall sah der OGH den wesentlichen Inhalt des Vertrages allerdings in der dauerhaften Zurverfügungstellung von Sport- und Fitnessgeräten, wodurch der Vertrag starke mietrechtliche Merkmale erhält. Soweit Trainer beim Training korrigierend oder beratend eingreifen, weist der Vertrag auch dienstvertragliche Elemente auf. Das Fitness-Studio schuldet laut OGH aber jedenfalls keinen Erfolg, weswegen allfällige werkvertragliche Elemente nur eine untergeordnete Rolle spielen. Mit dieser Schlussfolgerung ist insbesondere den Zugriff auf § 15 Konsumentenschutzgesetz (KSchG), der für Verträge über wiederkehrende Leistungen zwingende Kündigungsbestimmungen enthält, verwehrt.

### VERTRAGSABSCHLUSS

Im Anlassfall lag ein formularmäßigen Vertrag zur

Beurteilung vor, bei dem die dem Kundenwunsch entsprechende Vertragsdauer – d.h. jener Zeitraum, für den der Kunde auf die Kündigung des Vertrages verzichtete – händisch angekreuzt wurde. Der Kunde konnte dabei zwischen Kündigungsverzichtserklärungen für 12, 24 oder 36 Monate wählen. Je länger die Dauer des Kündigungsverzichts, desto günstiger der vom Kunden zu zahlende monatliche Tarif.

### ANWENDUNG DER KLAUSELKONTROLLE NACH § 6 KSchG?

Gemäß § 6 (1) Z 1 zweiter Fall KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist.

Gemäß § 879 (3) ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Diese Regelung will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners bekämpfen, und zwar insbesondere bei der Verwendung von Allgemeinen Bedingungen.

Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 (1) Z 1 zweiter Fall KSchG bzw. gemäß § 879 (3) ABGB vorliegt, ist laut OGH eine Gesamtwertung aller einschlägigen Vertragsumstände vorzunehmen; die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags sind gegen die Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen.

Für die Anwendbarkeit des § 6 (1) Z 1 KSchG genügt es, wenn sich der Unternehmer eine längere Befristung „geben lässt“, er muss sich diese nicht besonders „ausbedingen“. Daher kommt es für den Tatbestand des § 6 (1) Z 1 KSchG nicht darauf an, ob der Verbraucher die ungültige Vertragsbestimmung einseitig und aus freien Stücken anbietet. Es spielt auch keine Rolle, ob diese Klausel im Einzelnen ausgehandelt wird.

Nach Ansicht des OGH ändert auch die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Varianten der Dauer des Kündigungsverzichts (12, 24 oder 36 Monate) nichts am Charakter dieser Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen, zumal damit das spezifische Ungleichgewicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht beseitigt werde.

Keine „Auflösung aus wichtigem Grund“ trotz Vorliegens eines Dauerschuldverhältnisses  
In der Sache selbst bemängelte der OGH vor allem die mangelnde Möglichkeit des Kunden, den Vertrag aus wichtigem Grund außerordentlich zu lösen. Damit in Zusammenhang steht die ebenfalls strittige Vertragsklausel, wonach der Kunde für den Fall der „Aussetzung“ der Mitgliedschaft (z.B. wegen Verletzungen, Schwangerschaft oder schwerer Krankheit) die Raten für die Dauer des Kündigungsverzichts weiter zu bezahlen hat; erst danach wird die Dauer der Unterbrechung in Form von beitragsfreien Monaten angerechnet. Auf eine solche „Aussetzung“ hatte der Kunde im Anlassfall im Übrigen keinen Rechtsanspruch, wird diese vom Fitness-Studio doch nur im „Kulanzweg“ gewährt.

Bemerkenswert ist, dass dem Kunden kein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund zusteht, wie dieses nach den allgemein für Dauerschuldverhältnisse geltenden Regelungen grundsätzlich anerkannt ist. Dauerschuldverhältnisse könnten nach der Rechtsprechung nämlich durch einseitige Erklärung vorzeitig aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des

Vertragsverhältnisses für einen der Vertragsteile unzumutbar erscheinen lässt. Als wichtige Gründe kommen insbesondere Vertragsverletzungen, der Verlust des Vertrauens in die Person des Vertragspartners oder schwerwiegende Änderungen der Verhältnisse in Betracht, welche die Fortsetzung der vertraglichen Bindungen nicht zumutbar erscheinen lassen. Solche Gründe müssen ein erhebliches Gewicht haben, eine derartige vorzeitige Auflösung ist daher das „äußerste Notventil“. Gründe, mit denen schon bei Abschluss des Dauerschuldverhältnisses gerechnet werden musste, oder Veränderungen, die von den Vertragsparteien offensichtlich in Kauf genommen wurden, rechtfertigen hingegen gerade nicht dessen vorzeitige Auflösung. Im Sinn der im Anlassfall vorzunehmenden „kundenfeindlichsten“ Auslegung können damit gerade jene Gründe, die in der Sphäre der Kunden liegen - wie etwa Krankheit, Verletzung, Schwangerschaft etc. - schon deshalb nicht eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund rechtfertigen, weil die Vertragspartner mit dem Auftreten solcher Gründe bereits bei Vertragsabschluss auch tatsächlich rechnen (was sich aus der oben dargestellten Regelung der „Vertragsaussetzung“ in der Mitgliedsvereinbarung ergibt).

## CONCLUSIO

Zusammengefasst betonte der OGH, dass ein Kunde im Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichts lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrags genießt. Dem steht jedoch der Umstand gegenüber, dass der Kunde ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechts aus wichtigem Grund an den Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichts gebunden ist. Darüber hinaus hat er die Mitgliedsbeiträge für diesen Zeitraum selbst dann zu zahlen, wenn er die Leistungen des Fitness-Studios aus wichtigen in seiner Person gelegenen Gründen nicht in Anspruch nehmen kann. Die Klauseln für die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts über 24 und 36 Monate sind daher laut OGH als

unangemessen lang iSd § 6 (1) Z 1 zweiter Fall KSchG anzusehen und damit ungültig.

## FAZIT

Die 12-Monats-Bindung war offensichtlich nicht klagsgegenständlich und birgt damit aus der Sicht des Fitness-Studios mit Sicherheit wenig rechtliches Risiko. Ein Kündigungsverzicht für diesen Zeitraum wird wohl als nicht unangemessen lange Vertragsbindung anzusehen sein.

Abgesehen davon stand die Entscheidung des OGH rasch unter Kritik; so wurde bemängelt, dass das Ankreuzen einer spezifischen, die Vertragsdauer betreffenden Regelung eine ausdrückliche, individuelle Willenserklärung sei, die nicht der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen unterstellt werden könne. Zudem wurde die spannende Frage aufgeworfen, ob die Unwirksamkeit einer längeren vertraglichen Bindung auch dann gegeben sei, wenn nur die ordentliche, nicht aber die außerordentliche Kündigung ausgeschlossen wird. Beides wird wohl erst in Zukunft gesichert geklärt werden.

So oder so prolongiert der OGH aber seine konsumentenfreundliche Judikatur, die zweierlei zeigt: Auch noch so einfach scheinende Sachverhalte können diffizile Rechtsprobleme in sich bergen. Und der Grundsatz „pacta sunt servanda“ („Verträge sind einzuhalten“) gilt auf den ersten Blick nicht unbedingt für Verbraucher.

*Alexander Wöß*

## ZIVILRECHT: NEUREGELUNG DES ZAHLUNGSVERZUGS AB MITTE MÄRZ 2013

### NEU: ZAHLUNGSVERZUGSGESETZ 2013

Mit dem „Zahlungsverzugsgesetz“ (ZVG) wurden neue Regelungen zu Geldschulden beschlossen. Diese Änderungen umfassen den Bereich B2B ebenso wie das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C). Betroffen sind insbesondere das ABGB, das KSchG, das UGB und das MRG. Die neuen Bestimmungen gelten in der Regel für Verträge, die ab dem 16.03.2013 abgeschlossen werden.

### GELDSCHULDEN

Geldschulden sind nunmehr grundsätzlich „Bringschulden“, d.h. am Wohnsitz oder an der Niederlassung des Gläubigers zu erfüllen. Der Schuldner hat die Wahl, den Geldbetrag zu übergeben oder zu überweisen. Ändern sich der Sitz des Gläubigers oder dessen Bankverbindung nachträglich, trägt er die dadurch bewirkte Erhöhung der Gefahr und der Kosten für die Erfüllung. Mit anderen Worten: Solche Änderungen muss der Gläubiger dem Schuldner nachweislich rasch bekannt geben. Bei einer Banküberweisung muss das Geld am Tag der Fälligkeit am Konto des Gläubigers „wertgestellt“ sein. Der Schuldner ist nur dann nicht für eine diesbezügliche Verzögerung verantwortlich, wenn die Ursache für das Unterbleiben oder die Verzögerung der Gutschrift bei der Bank des Gläubigers liegt. Anders bei Konsumenten (B2C): Dort ist es ausreichend, wenn der Verbraucher den Überweisungsauftrag am Tag der Fälligkeit seiner Schuld erteilt. Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Bekanntgabe einer Kontoverbindung; auch hier gilt im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis eine Ausnahme: Wenn eine Barzahlung nach der Natur des Vertragsverhältnisses nicht verkehrüblich ist (z.B. Kauf einer Wurstsemmel),

muss der Unternehmer dem Konsumenten eine Bankverbindung bekannt geben.

### VERZUGSZINSEN

Neu ist, dass die Verzugszinsen im Unternehmergeschäft nunmehr auf 9,2 % über dem Basiszinssatz angehoben wurden. Trifft den Schuldner am Verzug allerdings kein Verschulden, so beträgt der gesetzliche Zinssatz nur 4 %.

### ENTSCHÄDIGUNG FÜR BETREIBUNGSKOSTEN

Im Unternehmergeschäft können als Entschädigung für Betreuungskosten vom Schuldner pauschal EUR 40,00 verlangt werden. Darüber hinausgehende Aufwendungen können nur unter gewissen (strengen) Voraussetzungen begehrt werden.

### NACHTEILIGE VERTRAGSKLAUSELN UND GESCHÄFTSPRAKTIKEN

Im Unternehmergeschäft steht es den Beteiligten grundsätzlich frei, abweichende Vereinbarungen über den Zahlungstermin, die Zahlungsfrist, den Verzugszinssatz oder die Entschädigung für Betreuungskosten zu treffen. Solche Vereinbarungen sind allerdings nichtig, wenn sie den Gläubiger grob benachteiligen (was z.B. für den Ausschluss von Verzugszinsen gilt). Auch aus einer grob nachteiligen Geschäftspraktik können keine rechtlichen Wirkungen abgeleitet werden.

### MIETZINS

Im Vollenwendungsbereich des MRG hat der Mieter den Mietzins spätestens am Fünften eines Kalendermonats im Vornhinein zu entrichten. Der Vermieter hat ihm dafür ein Bankkonto zu nennen.



**Dauer von Abnahme- oder Überprüfungsverfahren**  
Die Dauer eines gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens zur Feststellung der ordnungsgemäßen Leistungserbringung darf höchstens 30 Tage dauern. Eine längere Frist kann nur vereinbart werden, wenn sie den Gläubiger nicht grob benachteiligt.

### **FAZIT / ALLGEMEINE GESCHÄFTS- BEDINGUNGEN (AGB)**

Die neuen Regelungen zum Zahlungsverzug bringen entscheidende Änderungen mit sich. Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen sind vor allem im Unternehmergegeschäft möglich, bedürfen aber einer genauen Prüfung, zumal der Gläubiger in der Regel nicht grob benachteiligt werden darf. Ansonsten können die Vereinbarungen nichtig sein. Die Überarbeitung bzw. Anpassung von AGB ist angesichts der neuen Rechtslage jedenfalls zu empfehlen.

*Alexander Wöß*