



# LEGAL INFO

**Inhaltsverzeichnis**

**März 2017  
Ausgabe 3**

## **I. ZIVILRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN**

- 1. Zur Verjährung von erst nach Ablauf der dreißigjährigen Verjährungsfrist geltend gemachten Folgeschäden**  
OGH vom 5.8.2016; 2 Ob 116/16x Seite 2
- 2. Schadensminderungsobliegenheit und rechtmäßiges Alternativverhalten**  
OGH 31.8.2016, 2 Ob 148/15a Seite 3
- 3. Zum Entgeltanspruch des Werkunternehmers eines Bauwerks bei unterlassener Sicherstellung des Werklohns**  
OGH 27.9.2016 1 Ob 107/16s Seite 4
- 4. Kein Gewährleistungsanspruch bei Kauf einer unsanierten Wohnung wegen nicht dem Stand der Technik entsprechenden Elektroinstallationen**  
OGH 28.9.2016, 7 Ob 156/16s Seite 5

## **II. ARBEITSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN**

- 1. Anspruch auf Kündigungsentschädigung bei Selbstkündigung?**  
OGH 26.7.2016, 9 ObA 111/15m Seite 6
- 2. Einmaliges Abgehen von Provisionsvereinbarung - noch keine Betriebsübung**  
OGH 18.8.2016, 9 ObA 97/16d Seite 6
- 3. Bonuszahlung an GmbH-Geschäftsführer zulässig?**  
OGH 26.7.2016, 9 ObA 69/16m Seite 7
- 4. Fakultative Betriebsvereinbarungen: Ausschluss der Nachwirkung möglich**  
OGH 18.8.2016, 9 ObA 18/16m Seite 7

### **HINWEIS**

Dieser Newsletter beinhaltet lediglich Kurzzusammenfassungen, die keinen Anspruch auf inhaltliche Vollständigkeit erheben. Dieser Newsletter dient als Serviceleistung und generelle Information über aktuelle höchstgerichtliche Entscheidungen. Dieser Newsletter ersetzt weder die eigenständige Lektüre der zitierten Entscheidungen noch eine individuelle Rechtsberatung. Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH haftet weder für Fehler im Newsletter noch für nachteilige und/oder unrichtige Schlüsse, die aus seinem Inhalt gezogen werden.

## I. ZIVILRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

### 1. Zur Verjährung von erst nach Ablauf der dreißigjährigen Verjährungsfrist geltend gemachten Folgeschäden

OGH vom 5.8.2016,  
2 Ob 116/16x

**Themenkreis: Verjährung, Verjährungsverzicht**

In diesem Judikat setzt sich der OGH mit der Verjährung von **Folgeschäden**, die nach Ablauf der dreißigjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht wurden, auseinander.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der bei der Klägerin unfallversicherte Geschädigte wurde durch einen Autounfall im Jahr 1982 verletzt. In Folge dessen war der Verletzte auf orthopädische Schuhe angewiesen. Er lässt sich die Schuhe regelmäßig anfertigen und erhält von der klagenden Unfallversicherungsanstalt Kostenersatz hierfür.

Die Haftpflichtversicherung jenes Lenkers, der den Autounfall verschuldet hat, gab mit einem Schreiben **1984** gegenüber der Klägerin eine **Verjährungsverzichtserklärung mit Wirkung eines Feststellungsurteils** ab. Eine Verjährungsverzichtserklärung ist eine einseitige Erklärung des Schuldners, für eine bestimmte Dauer auf die Verjährungseinrede zu verzichten bzw somit gegenüber dem Geschädigten die

Verjährungsfrist zu prolongieren. Im gegenständlichen Fall bedeutete die von der Haftpflichtversicherung abgegebene Verjährungsverzichtserklärung, dass Schäden, die aus einem Unfall beim Geschädigten zukünftig entstehen werden, während der Dauer des Verjährungsverzichts, sohin 30 Jahre, **nicht verjähren**.

Die Frist von 30 Jahren nach dieser Verjährungsverzichtserklärung ist **2014** abgelaufen.

Der Verletzte ließ sich nach seinem Unfall regelmäßig orthopädische Schuhe anfertigen und erhielt von seiner Unfallversicherung hierfür Kostenersatz. Die Unfallversicherung des Verletzten bezahlte sohin die Rechnungen in den Jahren 2001 bis 2014.

Erstmals Anfang 2015 forderte die Unfallversicherung die Haftpflichtversicherung des Lenkers auf, die während 2001 bis 2014 bezahlten Rechnungsbeträge für das Anfertigen der medizinischen Schuhe des Verletzten zu übernehmen. Die Haftpflichtversicherung lehnte eine Haftung mit dem Hinweis, dass ein allfälliger Anspruch seit 2014 verjährt sei, ab. Ausgehend davon brachte die Unfallversicherung im **Juli 2015** Klage gegen die Haftpflichtversicherung wegen Zahlung der Rechnungsbeträge bei Gericht ein.

Die beklagte Haftpflichtversicherung wendete ein, dass die Ansprüche **verjährt** seien, weil die **Verjährungsverzichtserklärung mit Wirkung eines Feststellungsurteils vor mehr als 30 Jahren abgegeben worden sei**. Im Übrigen handle es sich um **wiederkehrende Leistungen**, weil der Ersatz von orthopädischen Schuhen jährlich zuerkannt worden sei, wodurch lediglich eine **dreijährige Verjährungsfrist** bestanden habe.

Das **Erstgericht** gab dem Zahlungsbegehren der klagenden Unfallversicherung nur teilweise statt und führte rechtlich hierzu Folgendes aus: Der von der Beklagten abgegebene Verjährungsverzicht im Jahr 1984 sollte nach dem Willen der Parteien die **Wirkung eines Feststellungsurteils** haben. Ein Feststellungsurteil schließt jedoch die Verjährung von Ersatzansprüche wegen künftiger Schäden, soweit es sich nicht um wiederkehrende Leistungen handelt, für die Dauer von 30 Jahren aus. Zum Zeitpunkt des Einbringens der nunmehrigen Klage sei die 30-jährige Verjährungsfrist jedoch bereits abgelaufen gewesen. Dass ein Feststellungsurteil – wie von Klagsseite vorgebracht – zur Folge hätte, dass alle künftigen Schäden erst 30 Jahre nach Fälligkeit verjähren, ist nach Ansicht des Erstgerichts der Rsp des OGH nicht zu entnehmen. Vielmehr habe der OGH in seiner Rsp festgehalten, dass bei Geltendmachung von

Folgeschäden **nach Ablauf von 30 Jahren** der ab Rechtskraft des Feststellungsurteils gerechneten Frist **wieder auf die sonst geltende dreijährige Frist des § 1489 ABGB zurückzugreifen ist**. Daraus folge nach Ansicht des Erstgerichts, dass der Verjährungseinwand hinsichtlich jener Rechnungen berechtigt sei, die länger als drei Jahre vor Klageeinbringung zurückliegen, weshalb das Klagebegehren in erster Instanz teilweise abgewiesen worden ist. Hinsichtlich der Rechnungen, die weniger als drei Jahre vor Klageeinbringung liegen, greife der Verjährungseinwand daher nicht, weshalb das Klagebegehren teilweise stattgegeben wurde.

Das Berufungsgericht schloss sich der Ansicht des Erstgerichts an.

Der mit dieser Rechtssache betraute OGH schloss sich der Rechtsansicht der beiden Vorinstanzen an und führte Folgendes dazu aus:

Ein rechtskräftiges Feststellungsurteil **schaltet die Einrede der Verjährung** – abgesehen von wiederkehrenden Leistungen – für die **Dauer von 30 Jahren aus**. Das Feststellungsurteil entfaltet seine die Verjährung ausschließende Wirkung für alle zukünftigen Ansprüche, die innerhalb der für Judikatsschulden normierten Frist erhoben werden. Somit schließt ein Feststellungsurteil die Verjährung von Folgeschäden für die Dauer von 30 Jahren ab seiner Rechtskraft aus. Bei Geltendmachung von

Folgeschäden nach Ablauf der mit 30 Jahren ab Rechtskraft des Feststellungsurteils berechneten Frist ist hinsichtlich der Verjährungsfrist von Ersatzansprüchen wieder auf die dreijährige Frist (beginnend ab Kenntnis von Schaden und Schädiger) des § 1489 ABGB zurückzugreifen.

Ausgehend davon bestätigte der OGH somit die Entscheidungen der Vorinstanzen und urteilte, dass lediglich diejenigen Rechnungen, die aus der dreijährigen Frist vor Klageeinbringung (9.7.2015) und somit nach dem 8.7.2012 datieren, **nicht verjährt** seien. Sämtliche vor diesem Zeitpunkt liegenden Rechnungen bzw Ansprüche sind jedoch bereits verjährt.

## 2. Schadensminderungsobliegenheit und rechtmäßiges Alternativverhalten

OGH vom 31.8.2016,  
2 Ob 148/15a

**Themenkreis:  
Schadensminderungsobliegenheit, Alternativverhalten, Vorteilsanrechnung**

Im vorliegenden Judikat beschäftigte sich der OGH mit der Frage, wann eine **Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit durch den Geschädigten** vorliegt, die zum Entfall seines Schadenersatzanspruchs führen.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Die Ehefrau des Klägers erlitt im Jahr 2005 in Folge eines Verkehrsunfalls mit einem Sattelzug schwere Verletzungen. Im Krankenhaus erklärte die

Geschädigte aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu den Zeugen Jehovas **mit der Verwendung von lebensnotwendigen Bluttransfusionen nicht einverstanden** zu sein. Die Klägerin verstarb am nächsten Tag. Der Ehemann der Verstorbenen forderte in weiterer Folge den Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs auf, der für das Verschulden des Lenkers des Sattelzugs einzustehen habe, zum Ersatz des Trauerschmerzensgeldes, der Begräbniskosten sowie des Schmerzensgeldes der Geschädigten auf. Der Verband lehnte die Haftung jedoch ab, weshalb der Ehemann der Verstorbenen Klage bei Gericht einbrachte.

Die beklagte Partei brachte im Verfahren im Wesentlichen vor, dass die Geschädigte aufgrund ihrer Weigerung, eine dem Stand des Wissens und der Technik der Humanmedizin entsprechende Behandlung vornehmen zu lassen, an den Folgen des Unfalls verstorben sei. Hätte sie die Behandlung akzeptiert, wäre sie daher nicht verstorben. Der Tod der Geschädigten sei daher dem Lenker des Sattelzugs **nicht adäquat zurechenbar**.

Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht wiesen die Klage des Ehemanns der Geschädigten mit der Begründung ab, dass der massive Blutverlust Todesursache der Geschädigten war und dies mit einer Bluttransfusion verhindert werden hätten können. Der Geschädigten sei daher eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen, weshalb Ersatzansprüche nicht geltend gemacht werden können. Der Kläger erhob im Berufungsverfahren auch den

folgenden Gegeneinwand: selbst wenn die Geschädigte das geforderte Alternativverhalten (hier: Zulassung der Bluttransfusion) zugelassen hätte, wäre derselbe Schaden, der vom Kläger nun eingeklagt wird, eingetreten. In einem solchen Fall hätte die Geschädigte nämlich überlebt und würde weit höhere Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten geltend machen. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht durch die Geschädigte habe somit keine Auswirkungen auf die Ersatzansprüche des Klägers, weil die Ersatzansprüche, die das Unfallopfer im Falle seines Überlebens geltend machen könnten rechnerisch gleich bzw. höher ausgefallen wären. Da im Zusammenhang mit diesem Vorbringen des Klägers höchstgerichtliche Rsp fehlt, wurde die Rechtssache dem OGH vorgelegt.

Der mit dieser Rechtssache befasste OGH hielt in seiner Entscheidung diesbezüglich Folgendes fest:

Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht liegt im Allgemeinen dann vor, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, obwohl sie – objektiv betrachtet – von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten. Die Unterlassung der Schadensminderung kann dem Geschädigten **nur vorgeworfen** werden, wenn die von ihm unterlassene und zumutbare Handlung **geeignet** gewesen wäre, **den Schaden zu verringern**. Die **Beweislast** für die **Eignung** zur

**Schadensverringerung** trifft dabei den **Schädiger**, also die beklagte Partei.

Aus Sicht des OGH steht zunächst fest, dass die Weigerung des Unfallopfers trotz ihres religiösen Motivs als **Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht** zu werten ist. Dieser Verstoß hat jedoch – so der OGH weiter – **keine Auswirkungen** auf die **Ersatzansprüche** eines Angehörigen, wenn dieser **einwendet und nachweist**, dass die **Ersatzansprüche**, die das Unfallopfer im Falle des Überlebens geltend machen hätte können (Schmerzensgeld, Heilungskosten) **rechnerisch gleich bzw. höher ausgefallen wären**. Dogmatisch handelt es sich um den Einwand, **dass derselbe Schaden auch bei dem geforderten Alternativverhalten eingetreten wäre**. Durch den Einwand und Nachweis, dass – wie gesagt – derselbe rechnerische Schaden auch im Falle eines rechtmäßigen Alternativverhaltens eingetreten wäre, kann – so der OGH weiter – der **Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht entkräftet werden**. Der Ersatzanspruch des Klägers besteht daher im gegenständlichen Fall zu Recht, obwohl die Geschädigte gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen hat.

### 3. Zum Entgeltanspruch des Werkunternehmers eines Bauwerks bei unterlassener Sicherstellung des Werklohns

OGH vom 27.9.2016,  
1 Ob 107/16s

**Themenkreis: Werkvertrag, Sicherstellungsleistung, Entgeltanspruch**

In der vorliegenden Entscheidung befasste sich der OGH mit der Frage, ob der Werkunternehmer einen Entgeltanspruch gegen den Werkbesteller hat, wenn der Werkbesteller **keine Sicherstellung** für den Werklohn erbracht hat, und in Folge dessen der Vertrag vom Werkunternehmer aufgehoben wurde.

Die Entscheidung basiert auf folgendem Sachverhalt:

Der klagende Werkunternehmer forderte eine **Zahlung zur Sicherung** des Werklohnes in der Höhe von 20% des gesamten Werklohnes. Er teilte dem beklagten Werkbesteller mit, dass bei nicht fristgerechter bzw. nicht ordnungsgemäßer Entsprechung **keine weiteren Leistungen** erbracht werden würden. Trotz Androhung dieser Rechtsfolge erbrachte der Werkbesteller nach fruchtlosem Verstreichen einer vom Werkunternehmer gesetzten Nachfrist keine Sicherstellung des Werklohns. Aus diesem Grund trat der Werkunternehmer vom Vertrag zurück und begehrte vom Werkbesteller mittels Klage, das bis dahin fällige gewordene Entgelt. Der beklagte Werkbestellers bestritt den Entgeltanspruch des Klägers und brachte vor, dass der Kläger das Sicherstellungsbegehren missbräuchlich erhoben habe, um sich seiner Verpflichtung zur vollständigen Erfüllung des Vertrags und der Haftung für die mangelhafte Vertragserfüllung zu entledigen. Die vom Kläger errichtete Anlage funktioniere nämlich nach wie vor nicht ordnungsgemäß, Mängelbehebungsversuche seien erfolglos gewesen. Der mit dieser Rechtssache betraute OGH hielt in seiner Entscheidung wie folgt fest: Mit der **vorzeitigen Auflösung** des Vertrags durch einseitige Erklärung des Unternehmers

entfällt dessen **Verpflichtung** zur **Herstellung** bzw. Vollendung des Werks. Hat der Unternehmer eine **Teilleistung erbracht**, so ist der darauf entfallene Aufwand vom Besteller zu **bezahlen, auch wenn die Teilleistung für ihn wertlos ist.**

Weist die vom Unternehmer erbrachte (Teil)Leistung jedoch Mängel auf, muss er sich bei seinem Entgeltanspruch den durch die **unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwand anrechnen lassen.**

Für den gegenständlichen Sachverhalt bedeutet dies nun Folgendes:

Die berechtigte Auflösung des Vertrags des Werkunternehmers beseitigt den **Anspruch des Werkbestellers auf Fertigstellung des Werks.** Gleichzeitig behält der Werkunternehmer seinen **Entgeltanspruch**, muss sich aber im Falle einer mangelhaft erbrachten (Teil-) Leistung den durch die unterbliebene Verbesserung erbrachten Aufwand anrechnen lassen.

Der OGH kam somit zur Ansicht, dass der Einwand des beklagten Werkunternehmers, er sei wegen mangelhafter Leistung zur Zurückbehaltung des restlichen Werklohns berechtigt, zu verwerfen ist. Vielmehr behält der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch (eingeschränkt um dessen Ersparnis), weil die Verhinderung der Ausführung des Werks dem Besteller zuzurechnen ist.

#### 4. Kein Gewährleistungsanspruch bei Kauf einer unsanierten Wohnung wegen nicht dem Stand der Technik entsprechender Elektroinstallationen

OGH vom 28.9.2016,  
7 Ob 156/16s

#### Technik, Kenntnis der Mängel

In diesem Judikat befasst sich der OGH mit der Frage, ob ein Gewährleistungsanspruch beim Kauf einer unsanierten Wohnung besteht, wenn die **Elektroinstallationen nicht dem Stand der Technik** entsprechen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger kaufte im März 2012 eine circa **70 Jahre alte, unsanierte**

**Eigentumswohnung.** Da sowohl seine Mutter als auch der Kläger selbst diese vor dem Kauf bewohnt hatten, war ihm der Zustand der Wohnung bekannt. Dem Kaufvertrag wurde ein Gutachten einer Ziviltechnikerin zugrunde gelegt, das besagt, dass sich das Haus im Zeitpunkt der Begutachtung insgesamt in einem guten Bau- und Erhaltungszustand befindet. Tatsächlich entsprachen die Elektroinstallationen jedoch nicht dem Stand der Technik und boten deshalb keinen „Personenschutz“.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger von der Beklagten, die Beklagte schuldig zu erkennen, die Mängel an den Elektroinstallationen im Bade- und Schlafzimmer in der Wohnung zu verbessern und festzustellen, dass ihm die Beklagte für alle künftigen nachteiligen Folgen aus der mangelhaften Erfüllung des Kaufvertrags hinsichtlich der Elektroinstallation im Bade- und Schlafzimmer in der Wohnung hafte.

Die Beklagte bestritt das Vorbringen und erwiderte, dass die Wohnung keine Mängel aufweise, die begehrte Verbesserung der Elektroinstallation aus dem Titel der Gewährleistung wegen des vereinbarten

Gewährleistungsausschlusses nicht zulässig sei und allfällige

Schaden- und Gewährleistungsansprüche verjährt seien, weil der Kläger bei Kauf der Wohnung Kenntnis des Zustandes derselben hatte.

**Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab.** Dies mit der Begründung, dass kein Mangel iSd § 922 ABGB vorliege, weil ein bestimmter Zustand der Elektroinstallation nicht bedungen worden sei. Schon im Angebot sei nämlich festgehalten worden, dass es sich um eine unsanierte Wohnung handle. Der Kläger durfte daher nicht davon ausgehen, dass die Elektroinstallation saniert worden sei. Die Betriebssicherheit einer derart alten Elektroinstallation könne zudem nicht als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft gewertet werden, die zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen berechtige.

Das Berufungsgericht, hingegen, gab der Berufung des Klägers Folge und hob das Ersturteil auf und führte hierzu Folgendes aus: Der Käufer könne als **gewöhnliche vorausgesetzte Eigenschaft** nach der Verkehrsauffassung erwarten, dass **eine erhebliche Gesundheitsgefährdung**, die von einer Wohnung mit einer mangelhaften Elektroinstallation ausgehe, dass diese von der Beklagten beseitigt worden sei. Da die Mutter des Klägers zum Zeitpunkt des Kaufs die Wohnung als Mieterin nutzte, sei davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger **damit schlüssig die für Leib und Leben gefahrlose Bewohnbarkeit und Nutzbarkeit der Wohnung zugesichert habe.** Die Behebung solcher Mängel an der Elektroinstallation zur Beseitigung einer erheblichen Gesundheitsgefährdung sei daher **Inhalt eines gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsanspruchs.**

**Themenkreis:  
Gewährleistung, Stand der**

Der mit dieser Rechtssache betraute OGH hat die Entscheidung des Berufungsgerichts verworfen und schloss sich der Rechtsansicht des Erstgerichts an. Folgendes hielt das Höchstgericht hierzu fest:

**Mängel** und **Alterserscheinungen**, die nach Bauart und Alter einer Wohnung mit einer gewissen **Wahrscheinlichkeit zu erwarten** sind, müssen vom Käufer **hingenommen** werden. Aus der Beschreibung des Vertragsgegenstand und seiner eigenen **Kenntnis** vom Zustand der Wohnung durfte der Kläger **nicht erwarten**, dass die Elektroinstallationen aus dem Jahr 1945 auch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahr 2012 **dem Stand der Technik entsprechen**. Es besteht daher **weder ein gewährleistungsrechtlicher Verbesserungsanspruch** noch musste der Kläger von der Beklagten über den Zustand der Elektroinstallation aufgeklärt werden.

## II. ARBEITSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

### 1. Anspruch auf Kündigungsschädigung bei Selbstkündigung?

OGH vom 26.7.2016  
9 ObA 111/15m

**Themenkreis:  
Kündigungsschädigung,  
Selbstkündigung**

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der OGH mit der Frage, ob bei einer Selbstkündigung ein **Anspruch auf Kündigungsschädigung** besteht.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger war beim beklagten Arbeitgeber als Projektleiter tätig. Mit einer E-Mail vom 30.4.2014 erklärte der Kläger seine Kündigung aufgrund der angekündigten

**verschlechternden**

**Versetzung**, welcher er nicht zugestimmt hatte. Mit seiner Klage begehrte er die Zahlung einer Kündigungsschädigung, denn laut ihm liegt ein vom Arbeitgeber verschuldeter Austrittsgrund vor; denn ihm wurde die Funktion eines Abteilungsleiters zuerst 2013 übertragen und 2014 wieder entzogen; dies ist als verschlechternde und vertragswidrige Versetzung zu verstehen. Der Beklagte wandte ein, dass der Kläger sein Arbeitsverhältnis selbst gekündigt habe und ihm schon aus diesem Grund keine Kündigungsschädigung zusteht. Darüber hinaus ist keine verschlechternde Versetzung erfolgt, daher liegt der behauptete Austrittsgrund nicht vor. Des weiteren wäre dem Kläger die **Fortsetzung seines**

**Arbeitsverhältnisses** bis zum Ende der Kündigungsfrist **zumutbar** gewesen.

Das Erstgericht wies die Zahlung auf Kündigungsschädigung ab, da die Voraussetzungen des §29 AngG nicht erfüllt sind, weil der Kläger die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses nicht unverzüglich erklärt hat.

Anspruch auf Kündigungsschädigung besteht gem. §29 AngG dann, wenn der Arbeitgeber den Angestellten **ohne wichtigen Grund** vorzeitig **entlässt** oder wenn ihn ein **Verschulden am vorzeitigen Austritt des Angestellten** trifft;

dementsprechend ist für das Bestehen dieses Anspruches die Beendigungsart entscheidend. Es ist maßgebend, dass zwischen den Vertragspartnern klar ist, dass ein wichtiger Lösungsgrund geltend gemacht wird und nicht eine gewöhnliche Kündigung vorliegt. Zusätzlich muss vom Arbeitnehmer ausgeführt werden, dass ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.

Das Berufungsgericht hob den Beschluss des Erstgerichts auf, beurteilte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger als Austritt aus wichtigem Grund und bejahte daher den Anspruch auf Kündigungsschädigung. Der Rekurs an den OGH wurde zugelassen, weil eine einheitliche Rechtsprechung dieses Thema betreffend fehlt.

Der OGH stellte die Entscheidung des Erstgerichts wieder und hielt dazu Folgendes fest:

Der Kläger hat vorgebracht, dass die erfolgte **Versetzung** durch den Beklagten einen **Austrittsgrund** iSd §26 AngG darstellt, jedoch fehlt ein Vorbringen bezüglich der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Dieses Vorbringen wäre jedoch erforderlich gewesen, um die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Austritt zu erfüllen. Da der Kläger keinen sofortigen Austritt erklärt hat, sondern nur eine Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist, ist eine Unzumutbarkeit nicht anzunehmen.

**2. Einmaliges Abgehen von Provisionsvereinbarung - noch keine Betriebsübung**  
OGH 18.8.2016, 9 ObA 97/16d

**Themenkreis: Betriebsübung,  
Provisionen**

In diesem Judikat setzt sich der OGH mit dem **einmaligen** Gewähren einer Provisionszahlung durch den Arbeitgeber, ohne einen daraus resultierenden Abgang von der getroffenen Zielvereinbarung und den darin getroffenen Bedingungen für Provisionen, auseinander.

Von besonderer Bedeutung sind konkludente Willenserklärungen bei sogenannten Betriebsübungen (od. Individualübungen). Dies sind Verhaltensweisen, die sich im Betrieb oder im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit der Zeit,

besonders durch **regelmäßige, vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen** an die Arbeitnehmer, „eingespielt“ haben. Z.B. Zusatzleistungen an die Gesamtheit der Arbeitnehmer (z.B. jährliches Weihnachtsgeschenk in Form von Gutscheinen), oder Pflichten der Arbeitnehmer (z.B. Reinigung des Arbeitsplatzes 1x pro Woche). Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass **regelmäßige gleichförmige Verhaltensweisen**, durch die ebenfalls schlüssige Zustimmung des Arbeitnehmers, **konkudent** Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge werden können. Nach der dritten vorbehaltslosen Gewährung von Leistungen des Arbeitgebers, dürfen die Arbeitnehmer diese schon als regelmäßig wiederkehrend betrachten. Es kommt aber immer auf die Umstände im konkreten Fall an. Handelt es sich um ein einmaliges oder ein auf wenige bestimmte Arbeitnehmer begrenzte wiederholte Verhaltensweise so bezeichnet man diese als Individualübung. Die Willenserklärung des Arbeitgebers ist hierbei unabhängig, da es vor allem auf den Eindruck seines Verhaltens auf die Arbeitnehmer ankommt, was diese bei sorgfältiger Würdigung seinem Erklärungsverhalten entnehmen konnten.

Bezugnehmend auf § 863 ABGB kann man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte, sondern auch durch allgemeine Zeichen, als auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit

Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund lassen daran zu zweifeln. Grundsätzlich ist die Wirkung der Handlungen oder Unterlassungen nach den Bräuchen und Gewohnheiten des redlichen Verkehrs zu bewerten. Diese Handlungen müssen **eindeutig in einer Richtung zu verstehen sein**, sie haben daher den zwingenden Schluss zuzulassen, dass die Parteien einen Vertrag schließen, aufheben oder ändern lassen wollen.

Im betreffenden Fall hat das Berufungsgericht entschieden, dass sich aus dem **einmaligen Gewähren** einer Provisionszahlung durch den Arbeitnehmer, ohne dem Vorliegen der vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für das Zahlen einer Provision, **noch kein einheitliches Abrücken** von der getroffenen Zielvereinbarung und der enthaltenen Bedingungen für die Zahlungen von Provisionen angenommen werden darf, auch wenn in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich auf eine Widerruflichkeit hingewiesen wurde.

Dieser Sichtweise hat sich auch der OGH angeschlossen und die Entscheidung des Berufungsgerichts daher nicht korrigiert.

### 3. Bonuszahlung an GmbH-Geschäftsführer zulässig? OGH 26.72016, 9 ObA 69/16m

**Themenkreis: Bonuszahlung, Einlagenrückgewähr, Fremdvergleich**

Im gegenständlichen Judikat befasst sich der OGH mit der Frage, ob Bonuszahlungen an GmbH Geschäftsführer zulässig sind oder einen Verstoß gegen die Einlagenrückgewähr darstellen.

Der Entscheidung basiert auf folgendem Sachverhalt:

Dem Kläger wurde in seiner Position als angestelltem Geschäftsführer der beklagten GmbH eine **Bonusleistung** für die „aktive Mitwirkung du Unterstützung der Gesellschafter im Rahmen der Due Diligence“ als Abgeltung des Mehraufwandes versprochen. Der dritte Teil dieser Bonuszahlung, Gegenstand der Revision, sollte **zwischen signing** und 12 Monate nach dem **closing** **augezahlt** werden, sofern **kein Gewährleistungsanspruch** eintritt.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass eine solche Zahlung einerseits gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen werde und dass der Bonus treu- und sittenwidrig sei. Denn durch die Bedingung der Auszahlung, das Nicht-Eintreten eines Gewährleistungsfalles, würde ein Anreiz geschaffen, ebensolche Gewährleistungsfälle zu vertuschen. Diese Beurteilung teilten die Vorinstanzen nicht, wodurch die Beklagte eine außerordentliche Revision beim OGH erhob.

Der OGH wies die außerordentliche Revision aus folgenden Gründen zurück:

Grundsätzlich stellt jede vermögensmindernde Leistung einer GmbH an einen Gesellschafter, außer Dividendenzahlungen und fremdübliche Austauschgeschäfte, einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §82 GmbHG und gem §52 AktG dar. Dieses Verbot unterliegt einer wirtschaftlichen Betrachtung; es ist daher ausschlaggebend, ob



das Geschäft einem **Fremdvergleich** standhält und auch mit einem Dritten geschlossen worden wäre. Leistungen an Dritte sind ebenfalls von Ausschüttungsverbot erfasst; jedoch ist ein Dritter, also im gegenständlichen Fall der klagende Geschäftsführer, der kein Gesellschafter ist, nicht Normadressat des §82 GmbHG. Eine **Rückgabepflicht** von Dritten besteht nur bei **grober Fahrlässigkeit** und bei **Kollusion**, d.h. in den Fällen, in denen ein Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte davon gewusst hat. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Bonuszahlung um eine Vergütung der Tätigkeit des Gesellschafters, die aufgrund im Eigeninteresse der Gesellschaft liegt, da ein erfolgreicher komplikationsloser Anteilsübergang gewünscht wird.

**4. Fakultative Betriebsvereinbarungen: Ausschluss der Nachwirkung möglich**  
OGH vom 18.8.2016, 9 ObA 18/16m

**Themenkreis:  
Betriebsvereinbarung,**

In diesem Judikat beschäftigt sich der OGH mit der Frage, ob ein Ausschluss der Nachwirkung fakultativer Betriebsvereinbarungen möglich ist.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Betriebsvereinbarung vom 28. November 2012 lautet wie folgt. " Diese Betriebsvereinbarung tritt mit 1. 1. 2013 in Kraft und ersetzt die bisherige 'Betriebsvereinbarung über Leistungsentlohnung' vom

19. 1. 1995. Es gelten hinsichtlich Beendigung im Weiteren die Bestimmungen des § 96 Abs 2 ArbVG, wonach eine Kündigung von jedem der Vertragspartner jederzeit unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zu jedem Monatsende schriftlich erfolgen kann. Die Vertragsparteien vereinbaren als ersten möglichen Kündigungstermin den 31. 12. 2013. Im Fall einer Kündigung entfällt das Zielgruppenprämien-Modell zur Gänze [...]. "

Das Zielgruppenprämien-Modell war in eine Quantitäts- und eine Qualitätskomponente gegliedert, Die höchste mögliche Monatsprämie eines Arbeitnehmers, setzte sich zu je 50 % aus der maximal erreichbaren Qualitäts- und der höchsten Quantitätskomponente zusammen.

Mit Schreiben vom 29. September 2015 teilte der Betriebsinhaber dem Arbeiterbetriebsrat mit, dass er die Betriebsvereinbarung über die Zielgruppenentlohnung vom 28. November 2012 sowie die dazugehörigen Ergänzungen zum 31. Dezember 2015 kündigt und dass das Zielgruppenprämien-Modell nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Gänze entfällt. Seit Jänner 2016 wurden keine Prämien im Sinn der Betriebsvereinbarung mehr ausbezahlt.

Der Antragsteller beehrte daraufhin, dass es sich bei der gegenständlichen (Zielgruppenprämien-Modell) mit Prämienkomponenten (Quantität und Qualität) um ein leistungs- und erfolgsbezogenes Prämiensystem im Sinn des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG handle. Zudem bestünde nach Erlöschen der genannten Betriebsvereinbarung durch Kündigung, bei Erfüllung der Voraussetzungen der

Prämienzahlung, weiterhin Anspruch auf Bezahlung der Prämie. Der Anspruch bleibt solange aufrecht, bis eine neue Betriebsvereinbarung oder neue Einzelvereinbarungen abgeschlossen werden. Weiters sei die Rechtswirkung einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG nach ihrem Erlöschen durch Kündigung (§ 32 Abs. 3 ArbVG), durch eine Vereinbarung zwischen dem Betriebsrat und dem Betriebsinhaber, nicht auszuschließen.

Laut § 54 Abs 2 ASGG können kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer (§§ 4 bis 7 ArbVG) im Rahmen ihres Wirkungsbereichs gegen eine kollektivvertragsfähige Körperschaft der Arbeitnehmer beziehungsweise der Arbeitgeber beim Obersten Gerichtshof einen Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen anbringen, die einen von namentlich bestimmten Personen unabhängigen Sachverhalt betreffen. Der Antrag muss eine Rechtsfrage des materiellen Rechts auf dem Gebiet der Arbeitsrechtssachen nach § 50 ASGG zum Gegenstand haben, die für mindestens drei Arbeitgeber oder Arbeitnehmer von Bedeutung ist.

Die Betriebsvereinbarung vom 28. November 2012 sei als solche gemäß § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG zu qualifizieren und daher wirke sie gemäß § 32 Abs 3 ArbVG nach.

Zum Feststellungsantrag hat der OGH im vorliegenden Fall Folgendes erwogen:

Antragsteller und Antragsgegner sind kollektivvertragsfähige Körperschaften. Gemäß § 54

Abs. 2 ASGG besteht die Möglichkeit für Kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen ihres Wirkungsbereiches gegen eine Kollektivvertragsfähige Körperschaft der Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber einen Feststellungsantrag betreffend des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen beim OGH einzubringen. Der Sachverhalt muss einen von namentlich bestimmten Personen unabhängigen Sachverhalt betreffen. Der vorliegende Feststellungsantrag, der eine Betriebsvereinbarung zum Gegenstand hat, die unstrittig mehr als drei Arbeitnehmer betrifft, ist grundsätzlich zulässig. Er ist jedoch nicht berechtigt. Ein Feststellungsantrag gemäß § 54 Abs. 2 ASGG muss jedenfalls einen Sachverhalt enthalten, der ein Feststellungsinteresse begründet. Abstrakte Rechtsfragen, wie sie in diesem Fall vorliegen, sind grundsätzlich nicht feststellungsfähig.

Zur Frage, ob die gesetzliche Anordnung der Nachwirkung gemäß § 32 Abs 3 ArbVG zwingend ist, oder ob die Partner der Betriebsvereinbarung die im Gesetz angeordnete Nachwirkung für den Fall der Kündigung in ihrer Vereinbarung wirksam ausschließen können, sind unterschiedliche Lehrmeinungen vorhanden.

Letztendlich wurde der Antrag, wonach der Oberste Gerichtshof feststellen möge, dass es sich bei der gegenständlichen Betriebsvereinbarung um ein leistungs- und erfolgsbezogenes Prämiensystem im Sinn des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG handle, ebenso wie der Anspruch auf Bezahlung der Prämie nach Erlöschen der Betriebsvereinbarung und das

Begehren, dass die Rechtswirkung einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG nach ihrem Erlöschen durch Kündigung durch eine Vereinbarung zwischen dem Betriebsrat und dem Betriebsinhaber nicht ausgeschlossen werden könne, abgewiesen.

Haben Sie Interesse an einem Gespräch, in dem einzelne oder alle der hier dargelegten Entscheidungen eingehend erörtert werden? Dann melden Sie sich bitte telefonisch oder per E-Mail bei uns:

Für Rückfragen steht Ihnen das Litigation-Team von Jarolim Flitsch jederzeit gerne zur Verfügung:



**Dr. Hannes Jarolim**

Rechtsanwalt, Partner

Tel.: +43 1 253 7000-10

E-Mail: [hannes.jarolim@jarolim.at](mailto:hannes.jarolim@jarolim.at)



**Dr. Georg Hoffmann**

Rechtsanwalt

Tel.: +43 1 253 7000-10

E-Mail: [georg.hoffmann@jarolim.at](mailto:georg.hoffmann@jarolim.at)



**Mag. Karin Zippusch**

Rechtsanwaltsanwärtlerin

Tel: + 43 4 253 7000-10

E-Mail: [karin.zippusch@jarolim.at](mailto:karin.zippusch@jarolim.at)



**Mag. Lukas Disaro**

Rechtsanwaltsanwärtler

Tel: + 43 4 253 7000-10

E-Mail: [lukas.disaro@jarolim.at](mailto:lukas.disaro@jarolim.at)

## Wir freuen uns über Feedback!

Sollten Sie keine weiteren Zusendungen unseres Legal Info wünschen, ersuchen wir um kurze Nachricht an [office@jarolim.at](mailto:office@jarolim.at).

:Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH  
Volksgartenstraße 3/2.OG  
1010 Wien  
Tel.: +43 1/253 7000  
Fax: +43 01/253 7000 43  
[office@jarolim.at](mailto:office@jarolim.at)  
[www.jarolim.at](http://www.jarolim.at)