

# newsletter

2 / 2010

## editorial

LIEBE LESERINNEN UND LESER!

Wenn unsere Kanzlei auch heuer wieder zur „AUSTRIAN LAW FIRM OF THE YEAR“ gekürt wurde – diesmal vom international renommierten Anwaltsreferenzwerk „Chambers“ – so haben wir das zum ganz überwiegenden Teil Ihnen, unseren Klienten, zu verdanken. Denn Sie haben uns vertraut und uns daher mit herausfordernden Mandaten betraut. Und Sie haben sich bei der Befragung durch die detailliert recherchierenden Redakteure offenbar zufrieden über unsere Beratungsleistungen geäußert.

Waren bei der vorjährigen Auszeichnung durch IFLR (International Financial Law Review) vor allem unsere Aktivitäten in den Bereichen M&A sowie Bank- und Kapitalmarktrecht im Fokus, so stand bei der heurigen Auszeichnung durch Chambers mehr unsere Leistung als „Full Service Firm“ im Vordergrund. Chambers würdigte also auch die Arbeit unserer Experten in den anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts, unter anderem im Arbeitsrecht, Immobilienrecht, Zivilprozess- und Schiedsrecht, Insolvenzrecht, Wettbewerbs- und Steuerrecht sowie in IT/IP und den vielen anderen

Rechtsgebieten, bei denen Sie auf unsere Unterstützung zählen können.

Beides ist uns auch gleichermaßen wichtig: Die Teilnahme an den anspruchsvollen M&A- und Kapitalmarkttransaktionen und eine hochqualitative Servicefunktion auch in allen anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Und damit dieses Qualitätsniveau auch gehalten werden kann, bilden sich unsere Experten laufend fort, publizieren und tragen regelmäßig bei Seminaren vor. Bei dieser Gelegenheit auch herzlichen Dank für Ihre rege Teilnahme an unseren Seminarveranstaltungen, die immer größeres Interesse finden, sodass inzwischen so mancher Seminartermin wiederholt werden muss.

Wir versprechen Ihnen, dass wir die Auszeichnung unserer Kanzlei vor allem als Ansporn dafür verstehen, unsere Leistungen auch in Zukunft mit der von Ihnen erwarteten Qualität – und wenn es uns gelingt, gerne auch noch darüber hinaus – zu erbringen.

Ihr  
THOMAS ANGERMAIR



- 2 VERTRAGSKLAUSELN IM VISIER DER KONKURRENZ
- 4 VERANLAGUNG VON LIQUIDITÄT
- 6 AUSSCHREIBUNGSPFLICHT FÜR RETTUNGSDIENSTE
- 7 RECHTSSCHUTZ GEGEN STAATLICHE BEIHILFE
- 8 LÖSBARKEIT VON VORSTANDSVERTRÄGEN
- 10 URLAUBSHÖLLE STATT FERIENPARADIES

# VERTRAGSKLAUSELN IM VISIER DER KONKURRENZ

Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) kann einen Wettbewerbsverstoß darstellen. Dies haben vor kurzem der Oberste Gerichtshof (OGH) und nahezu zeitgleich auch der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) entschieden. Künftig werden Unternehmer daher auch das „Kleingedruckte“ ihrer Konkurrenten kritisch prüfen. Denn sollten sie feststellen, dass diese unerlaubte AGB verwenden, können sie sich mit Unterlassungsklagen gegen ihre Mitbewerber zur Wehr setzen.



Etwa einen Monat später stellte auch der BGH (I ZR 34/0 vom 31.3.2010) für die Rechtslage in Deutschland klar, dass die Verwendung einer unwirksamen Vertragsklausel einen Wettbewerbsverstoß darstellen kann. Im konkreten Fall bot der Beklagte als gewerblicher Verkäufer bei eBay ein gebrauchtes Telefon zum Kauf an. Im Angebot war ein Gewährleistungsausschluss vorgesehen. Die Käuferin – gleichzeitig eine Konkurrentin des Beklagten – erwarb das Telefon und nahm den Verkäufer anschließend auf Unterlassung in Anspruch, Telefonartikel an Verbraucher unter Ausschluss der Gewährleistung zu verkaufen. Der BGH hielt fest, dass der Gewährleistungsausschluss gegenüber Verbrauchern nicht wirksam sei. Der gleichwohl in dem Angebot bei eBay enthaltene Gewährleistungsausschluss stelle auch einen Wettbewerbsverstoß des beklagten eBay-Verkäufers dar.

## Richtungsweisende Entscheidungen

Der Entscheidung des OGH (4 Ob 99/09a vom 23.2.2010) lag die Klage eines Mobilfunkdienstleisters gegen einen Konkurrenten zu Grunde. Der Kläger beanstandete die AGB eines Konkurrenten, der seine Geschäftskunden damit zur Zahlung eines Deinstallations-Entgelts bei Vertragsbeendigung verpflichtete, und begehrte Unterlassung. Der OGH folgte der Argumentation des Klägers zum Teil und hielt die beanstandeten Klauseln teilweise für gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Besonders hervorzuheben ist aber eine andere Aussage des OGH in diesem Urteil: Der OGH qualifiziert die Verwendung unzulässiger AGB als unlautere Handlung im Sinne des UWG. Der Einsatz der unzulässigen Vertragsklauseln im geschäftlichen Verkehr verschaffe dem AGB-Verwender eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht bessere Position und führe zu einer wirtschaftlichen Verbesserung des AGB-Verwenders zu Lasten seiner Konkurrenten. Daher kann der AGB-Verwender auch von einem Konkurrenten auf Unterlassung geklagt werden.

## Branchenübergreifende Bedeutung

Beide Höchstgerichte lassen eine Unterlassungsklage eines Konkurrenten gegen den Verwender unwirksamer AGB zu. Nicht nur Kunden als unmittelbar betroffene Vertragspartner und bestimmte Verbände, wie z.B. der VKI, können künftig gerichtlich gegen den Verwender unzulässiger AGB vorgehen, sondern auch dessen Konkurrenten. Wie die beiden höchstgerichtlichen Entscheidungen zeigen, sind ganz unterschiedliche Branchen betroffen: vom

eBay-Gebrauchtwarenhändler bis zu großen Mobilfunkdienstleistern. Vergleichbare Konkurrentenklagen könnten künftig aber auch bei Reiseunternehmen, im Finanzdienstleistungsbereich (inkl. Versicherungen), im E-Commerce und darüber hinaus ganz allgemein in sämtlichen Branchen auftauchen, in denen Unternehmer beim Vertragsabschluss mit Kunden vorgefertigte AGB bzw. Vertragsklauseln zum Einsatz bringen. Wie die oben genannte OGH-Entscheidung zeigt, sind Verträge mit Geschäftskunden (B2B) grundsätzlich ebenso betroffen wie mit Verbrauchern (B2C).

#### Prüfung im Einzelfall erforderlich

Allerdings darf die Unwirksamkeit einer bestimmten AGB-Klausel nach dem Zivilrecht nicht mit einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht gleichgesetzt werden. Ein Wettbewerbsverstoß liegt nur vor, wenn noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind: So ist gesondert im Wettbewerbsrecht zu prüfen, ob die Verwendung der betreffenden Klausel auf einer unvertretbaren Rechtsansicht basiert. Dem AGB-Verwender musste also bereits beim Einsatz der AGB im Geschäftsverkehr mit Kunden erkennbar sein, dass eine bestimmte Klausel gesetz- oder sittenwidrig ist (z.B. auf Grund eines klar entgegenstehenden Gesetzeswortlauts). Weiters muss die Verwendung der unzulässigen Klausel geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern erheblich zu beeinflussen. Hier ist vor allem der konkrete Inhalt der unzulässigen Klausel zu betrachten.

Liegen diese spezifischen wettbewerbsrechtlichen Voraussetzungen nicht vor, steht dem Konkurrenten auch kein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der betreffenden Klausel im geschäftlichen Verkehr zu – und zwar

auch dann nicht, wenn die Klausel zivilrechtlich gesetz- oder sittenwidrig und daher unwirksam ist.



#### Schadenersatz?

Neben Unterlassungsansprüchen sieht das UWG auch Schadenersatzansprüche als Sanktion vor. Diese setzen jedoch ein Verschulden des AGB-Verwenders voraus. Der Einsatz unwirksamer AGB im Geschäftsverkehr muss also subjektiv vorwerfbar sein. Liegt diese zusätzliche Voraussetzung vor, könnten Konkurrenten künftig gegen den AGB-Verwender auch Schadenersatzklagen erheben. Knackpunkt dürfte dabei jedoch der Umstand sein, dass der Schaden des Konkurrenten meist schwer nachweisbar sein wird.



**Alexander Schopper**

ist Of Counsel bei DORDA BRUGGER JORDIS. Er ist auf Gesellschaftsrecht, Zivilrecht und Insolvenzrecht spezialisiert.

**alexander.schopper@dbj.at**

## BEST OF THE BEST 2010

Am 19.10.2010 wurden im Rahmen von BEST OF THE BEST die besten Studienleistungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien ausgezeichnet. Für die feierliche Ehrung stellte der OGH den Festsaal im Justizpalast zur Verfügung, der sonst der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist. Die Feier fand im Beisein von OGH-Präsidentin Irmgard Griss und Dekan Heinz Mayer statt.

Das beste Gesamtstudium im Studienjahr 2009/2010 absolvierte Wendelin Moritz. Platz 2 belegte Christian Büttner, gefolgt von Josef Schmidt auf dem dritten Platz. Die Universität Wien ermittelte und prämierte außerdem die besten Leistungen in den einzelnen Studienabschnitten sowie das beste Doktoratsstudium.



W. Moritz, C. Büttner, J. Schmidt, S. Polster

Hauptsponsoren von BEST OF THE BEST sind auch heuer wieder DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte, die dieses Ranking seit seiner Premiere im Jahr 2005 finanziell unterstützen und den Ausgezeichneten auch Praktikumsplätze anbieten.

dorda brugger jordanis – in kürze

NEUES ZUR  
ANLAGEBERATERHAFTUNG

Der OGH hat vor kurzem zwei interessante Fragen zur Anlageberaterhaftung geklärt:

Einerseits befasste sich der OGH mit der Berechnung des Schadens für Anleger und hielt dazu Folgendes fest: Hätte der Anleger bei korrekter Beratung die Papiere verkauft, so sei für die Berechnung des Schadens zu eruieren, wie der Anleger den Verkaufserlös verwendet hätte. Bei der Berechnung des Schadens ist daher nicht von einer fixen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auszugehen, sondern zu berücksichtigen, wie sich die alternative Veranlagung des Anlegers entwickelt hätte.

Andererseits kann der geschädigte Anleger keinen Schadenersatzanspruch stellen, der sich an der Differenz zwischen dem derzeitigen Wert der Papiere und dem für den Erwerb aufgewendeten Betrag orientiert, solange er die Papiere nicht verkauft hat. Es besteht ja noch die Möglichkeit, dass sich der Wert der Papiere verändert. Der Anleger kann aber den Anlageberater auf Schadenersatz Zug um Zug gegen Herausgabe der Papiere klagen.

OGH 11.3.2010, 4 Ob 28/10m



## VERANLAGUNG VON LIQUIDITÄT ALS KONZESSIONSPFLICHTIGER WERTPAPIERHANDEL?

**Der gewerbliche Handel mit Wertpapieren – ob nun auf eigene oder fremde Rechnung – ist ein Bankgeschäft, für das eine Konzession nach dem Bankwesengesetz (BWG) erforderlich ist, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt. Wer Bankgeschäfte ohne die dafür erforderliche Konzession betreibt, begeht eine mit bis zu EUR 50.000 zu bestrafende Verwaltungsübertretung – vorausgesetzt die Tat fällt nicht in die Zuständigkeit der Gerichte. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) vor kurzem bestätigt.**

### Der Anlassfall

Die Finanzmarktaufsicht (FMA) verhängte über eine AG, welche zwar als Wertpapierfirma, jedoch nicht nach dem BWG konzessioniert ist, eine Verwaltungsstrafe, weil das Unternehmen mit Wertpapieren gehandelt hatte, ohne über eine Konzession für den Wertpapierhandel nach § 1 Abs 1 Z 7 BWG zu verfügen. Die betroffene AG argumentierte, dass die Transaktionen für das Privatvermögen der AG getätigt worden seien (wobei die Umschichtung von Wertpapieren durch Einschaltung von Banken noch zur privaten Vermögensverwaltung gehöre), sie sich für den An- und Verkauf einer konzessionierten Bank bedient habe und überdies kein gewerblicher Handel erfolgt sei, weil Aktien für Beteiligungszwecke erworben worden waren. Der VwGH schloss sich im Frühjahr dieses Jahres (GZ: 2007/17/0208) keinem dieser Argumente an und bestätigte die von der FMA verhängte Geldstrafe.

### Gewerblichkeit des Handels

Die Gewerblichkeit ist ein entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines Bankgeschäfts. Unter „gewerblich“ im

Sinne des BWG versteht der VwGH jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht fehlt, dabei Gewinne zu erzielen. Nachhaltig ist eine Tätigkeit dann, wenn mehrere Handlungen gleicher Art gesetzt werden. Im vorliegenden Fall bejahte der VwGH das Vorliegen der Gewerblichkeit aufgrund der Anzahl der getätigten Wertpapiergeschäfte.

### Keine Ausnahme „für das Privatvermögen“

Die Abgrenzung, dass der Handel, soweit er für das Privatvermögen erfolgt, kein Bankgeschäft darstellt, erfolgte nach dem Willen des Gesetzgebers zwar zur Klarstellung, doch verursachte diese auch Rechtsunsicherheit. Der VwGH hält zwar ausdrücklich fest, dass nicht jeder Erwerb von Wertpapieren durch juristische Personen als konzessionspflichtige Tätigkeit zu werten ist, doch bestätigt er die Ansicht der FMA, derzufolge bei juristischen Personen ein Erwerb für das Privatvermögen nicht in Betracht kommt. Die Ausnahme von der Konzessionspflicht kommt somit nur natürlichen, nicht aber auch juristischen Personen zugute.



### Abgrenzung zwischen Handel und Veranlagung

Die FMA grenzt den Handel von der Veranlagung dahingehend ab, dass Veranlagung vorliegt, wenn eine Beteiligung von mehr als 20 % erworben wird, oder aber die Wertpapiere dem Geschäftsvertrieb durch eine dauernde Verbindung gewidmet werden, wenn die Beteiligung 20 % nicht erreicht. Da beim Erwerb von Wertpapieren aus der Natur des Gegenstandes eine objektive Zweckbestimmung nicht mit Sicherheit möglich ist, zieht der VwGH die subjektive Widmung als letztlich entscheidendes Abgrenzungskriterium heran. Demnach sei entscheidend, ob Wertpapiere im Anlage- oder aber im Umlaufvermögen gehalten werden. Wenn Aktien nur über eine kurze Zeitspanne gehalten werden und in der Bilanz des Unternehmens als Umlaufvermögen aufscheinen, so ist laut VwGH keine Dauerbesitzabsicht an den Aktien gegeben und es wird (konzessionspflichtiger) Wertpapierhandel betrieben.

Die Unterscheidung von Anlage- und Umlaufvermögen ist allerdings genauso strittig wie die Abgrenzung zwischen Veranlagung und Handel. Das UGB definiert die Begriffe in § 198 UGB nur sehr knapp: Demnach sind als Anlagevermögen Gegenstände auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Als Umlaufvermögen sind Gegenstände auszuweisen, die nicht bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Mehr sagt das Gesetz dazu nicht. Auch hier ist es den Kommentaren und der Rechtsprechung überlassen, im Einzelfall zu entscheiden, was Anlage- und was Umlaufvermögen ist.

### Konzessionspflichtiger Handel trotz Einschaltung einer konzessionierten Bank

Dem Argument, die betroffene AG habe sich zur Umsetzung ihres Vorhabens einer Bank bedient und nur diese hätte den Effektenhandel betrieben, wurde entgegengehalten, dass nach dem

Börsegesetz nur Börsemitglieder an der Börse mit Wertpapieren handeln dürfen und dies nicht ausschließt, dass auch Nicht-Börsemitglieder Handel im Sinne des BWG betreiben können. Dies wurde auch aus der oben erwähnten Ausnahme für den Handel für das Privatvermögen abgeleitet, denn aus dieser Bestimmung wurde der Schluss gezogen, dass der Handel für das Privatvermögen möglich sein müsse.

### Folgen dieser Entscheidung

Die Entscheidung des VwGH hat weitreichende Auswirkungen. Denn bei Unternehmen, die über ausreichend bzw. überflüssige Liquidität verfügen, ist es üblich, diese nicht gering verzinst auf dem Konto zu belassen, sondern zu besseren Konditionen in Wertpapiere zu veranlagen. Da dies allerdings in der Regel nicht „dauerhaft“ erfolgt, sondern nur bis ein Liquiditätsbedarf zum Verkauf der Positionen führt, besteht hier die Gefahr der Annahme eines Bankgeschäfts. Es wäre daher dringend eine Klarstellung durch den Gesetzgeber oder den VwGH bzw. VfGH erforderlich, dass eine gewöhnliche Veranlagung überschüssiger Liquidität keiner Konzession bedarf.

**Andreas Zahradnik / Barbara Cervenka**  
Barbara Cervenka ist Rechtsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.



**Andreas Zahradnik**

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Bank- und Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht und Umstrukturierungen.

**andreas.zahradnik@dbj.at**

# RETTUNGSDIENSTE IN DEN „FÄNGEN“ DES VERGABERECHTS: EUGH BESTÄTIGT AUSSCHREIBUNGSPFLICHT

**Aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 29.4.2010 ist nunmehr unzweifelhaft: Rettungsdienste sind ausschreibungspflichtig! Für zahlreiche öffentliche Auftraggeber war dies bislang nicht selbstverständlich. Vielmehr dürften freihändige Auftragsvergaben an die „üblichen Verdächtigen“ gängige Praxis gewesen sein. Und dies war vergaberechtlich unzulässig.**

Krankentransportleistungen unterliegen als Dienstleistungsaufträge dem Vergaberecht. Überwiegt bei der konkret auszuschreibenden Leistung das Medizinische, so liegt eine nicht prioritäre Dienstleistung vor, bei deren Beschaffung dem Auftraggeber ein großer Freiraum zukommt, solange ein angemessenes Maß an Transparenz gewahrt wird. Überwiegt hingegen die Transportleistung, handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag, der grundsätzlich öffentlich auszuschreiben ist. In einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat sich diese – bereits im Jahr 1998 durch den EuGH bestätigte – Rechtsauffassung anscheinend nicht durchgesetzt. Aus diesem Anlass kam es zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland (EuGH 29.4.2010, Rs C-160/08).

Leistungen immer wieder an dieselben Auftragnehmer vergeben wurden, ohne zuvor unionsweit ausgeschrieben worden zu sein. Deutschland begründete die Nichteinhaltung des Vergaberechts damit, dass die Organisation öffentlicher Krankentransportleistungen öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegen würde. Außerdem sei die den Leistungserbringern übertragene Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden. So könnten die Erbringer von Krankentransportleistungen etwa auf das Vorfahrtsrecht und damit verbunden auf den Einsatz von Blaulicht und Einsatzhorn zurückgreifen.

Blaulicht, Einsatzhorn und Vorfahrtsrecht waren nach Ansicht des EuGH nicht ausreichend, um die Leistungserbringung als hoheitlich und damit als vom Vergaberecht ausgenommen einzustufen. Krankentransportleistungen sind somit, wenn der Schwellenwert von EUR 193.000 überschritten wird, europaweit auszuschreiben. Dadurch können Leistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten – dies werden oftmals auch private Rettungsdienste sein – vom Auftrag Kenntnis erlangen und sich darum bewerben. Damit öffnete der EuGH einen weiteren abgeschotteten Markt für den Wettbewerb. Ob mit dem Wettbewerb der gewünschte Erfolg (günstigere Preise bei gleichbleibender Qualität) eintritt, wird zu beobachten sein.

## Immer wieder dieselben Auftragnehmer

Ausgangspunkt waren Beschwerden privater Rettungsdienste bei der Europäischen Kommission gegen die in vier deutschen Bundesländern vorherrschende Praxis, wonach Rettungsdienst-



### **Bernhard Müller / Irene Mayr**

*Irene Mayr ist Rechtsanwaltsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.*



**Bernhard Müller**

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Vergaberecht, öffentliches Wirtschaftsrecht, Umweltrecht sowie Infrastruktur und Finanzierungen.

**bernhard.mueller@dbj.at**

# VERKAUFSPROZESSE: EFFEKTIVER RECHTSSCHUTZ GEGEN BEIHILFE



**Verkauf der Staat Unternehmen oder Grundstücke, muss der Kaufpreis mit dem tatsächlichen Wert übereinstimmen. Andernfalls liegt eine verbotene staatliche Beihilfe vor, die den Wettbewerb verfälschen könnte, und deren Durchführung bis zu einer etwaigen Genehmigung durch die EU-Kommission unwirksam ist. Dies hat der OGH erst vor kurzem wieder bestätigt. Primärer Adressat des beihilfenrechtlichen Durchführungsverbots ist der Staat als Beihilfengeber.**

bot, d.h. der Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot, ist eine unlautere Handlung nach § 1 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), die Unterlassungsansprüche von Mitbewerbern begründen kann. Apropos Mitbewerber: Das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Kaufinteressenten war nicht immer so klar. Im „Bank Burgenland“-Fall bedurfte es erst einer Klarstellung durch den OGH (4Ob133/08z), dass zwischen den Bietern im Verfahren ein Wettbewerbsverhältnis bestand. Sowohl Erst- als auch Berufungsgericht waren noch der Ansicht, dass das Interesse am Erwerb der Aktien der Bank Burgenland allein kein Wettbewerbsverhältnis begründete.

Im jüngst ergangenen Urteil im „Forstrevier“-Fall (4Ob154/09i) bestätigte der OGH diese Rechtsansicht: Die Klägerin (die übergangene Bieterin) sei spätestens mit dem Erwerb der Liegenschaft in den Wettbewerb mit der regionalen Bietergemeinschaft getreten, die unter Verstoß gegen das Beihilfenverbot den Zuschlag erhielt. Außerdem hätte schon das Legen eines Kaufanbots ein „Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis“ begründet.

Der OGH stellte darüber hinaus ein strittiges Thema klar: Unlauterkeit in der Form des Rechtsbruchs liegt grundsätz-

lich nur dann vor, wenn das beanstandete Verhalten nicht mit guten Gründen auch so ausgelegt werden kann, dass es vertretbar ist. Ausnahmsweise kommt es nach Ansicht des OGH bei einem Verstoß gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot nicht darauf an, dass eine unvertretbare Rechtsansicht vorliegt. Denn es stünden dem „übergangenen Bieter“ bei einer Beihilfengewährung keine Verfahren außer jenes nach UWG zur Verfügung, um (Unterlassungs-)Ansprüche gegen den Beihilfengewährer und -empfänger effektiv geltend zu machen.

Damit stehen effektive Mittel zur Verfügung, um die Überprüfung vorgesehener Beihilfen zu erzwingen.

**Bernhard Müller / Irene Mayr**  
*Irene Mayr ist Rechtsanwaltsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.*



**Bernhard Müller**

ist Partner bei DORDA BRUGGER JORDIS und Experte für Vergaberecht, öffentliches Wirtschaftsrecht, Umweltrecht sowie Infrastruktur und Finanzierungen.  
**bernhard.mueller@dbj.at**

Was also tun, wenn man sich als Kaufinteressent übergangen fühlt, weil der Staat an einen anderen Bieter verkaufte, obwohl dieser nicht den höchsten Kaufpreis bot? So geschehen im „Bank Burgenland“-Fall und jüngst beim Verkauf eines Forstreviers in Oberösterreich. In beiden Fällen fand ein Bieterverfahren statt. Verkauft wurde aber nicht an den „Bestbieter“, weil „regionale Interessen“ im Vordergrund standen.

Übergangene Bieter stehen in solchen Fällen nicht wehrlos da: Der Verkauf an einen Bieter, der nicht den Höchstpreis



# LÖSBARKEIT VON VORSTANDSVERTRÄGEN BEI VORZEITIGER ABBERUFUNG

**Selbst wirtschaftlich erfolglose Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften (AG) erhalten bei vorzeitiger Abberufung oft hohe Abfindungszahlungen. Dies könnte bei vorausschauender Vertragsgestaltung vermieden werden, wie der Oberste Gerichtshof (OGH) vor kurzem in einer Entscheidung zur Zulässigkeit sogenannter Koppelungsklauseln bestätigte.**

chend schwerer Entlassungsgrund. Damit wäre der Vertrag für seine gesamte restliche Laufzeit „auszuzahlen“.

## **Verknüpfung von Mandats- und Vertragsdauer**

Eine Koppelungsklausel schafft hier Abhilfe. Sie ermöglicht es, den Vertrag bei jeder wirksamen Mandatsbeendigung, auch im Falle einer zulässigen Abberufung, automatisch zu beenden.

In der Literatur war die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer solchen Verknüpfung bisher umstritten. In einer aktuellen Entscheidung (1 Ob 190/09m) nahm der OGH dazu erstmals ausführlich Stellung. Koppelungsklauseln seien grundsätzlich zulässig, hinsichtlich ihrer Wirkung sei jedoch nach den Umständen der Beendigung des Mandats zu differenzieren: Werde dem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen und liege kein

## **Vorstandsmandat und Vertrag**

Der Aufsichtsrat kann Vorstandsmitglieder vor Ablauf ihrer Funktionsperiode aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung abberufen. Wichtige Gründe sind hier etwa grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur Geschäftsführung oder – in der Praxis häufig, weil verschuldensunabhängig – Entziehen des Vertrauens durch die Hauptversammlung, solange die Gründe dafür nicht offensichtlich unsachlich sind. Beendet ist der Vorstandsvertrag damit aber noch nicht. Als (maximal auf fünf Jahre) zwingend befristeter Vertrag kann er nur aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden, sofern nicht Abweichendes vereinbart ist. Nun ist aber der „wichtige Grund“ für eine Vertragsauflösung nicht deckungsgleich mit jenem für eine Abberufung. Insbesondere bei Entzug des Vertrauens fehlt meist ein hinrei-





schuldhaftes Verhalten vom Gewicht eines Entlassungsgrundes vor, so ende der Vertrag – entgegen dem Wortlaut der Koppelungsklausel – nicht sofort mit Abberufung, sondern erst nach Ablauf der Frist, die das Gesetz für eine ordentliche Kündigung vorsehe. Für den Vorstandsvertrag, der ein freier und kein „echter“ Dienstvertrag ist, sei dabei auf die Fristen der §§ 1159ff ABGB zurückzugreifen, was in den meisten Fällen zu einer vierwöchigen Frist führen wird. Wird die Frist nicht eingehalten, gebühre dem Vorstandsmitglied für deren fiktive Dauer eine „Kündigungsentschädigung“ in Höhe des vertraglichen Entgelts, so der OGH.

#### Fazit

Eine Koppelungsklausel kann also das finanzielle Risiko der AG bei vorzeitiger Abberufung des Vorstandsmitglieds erheblich reduzieren, nämlich auf das Einhalten einer regelmäßig vierwöchigen „Kündigungsfrist“ bzw. Bezahlen einer entsprechenden „Kündigungsentschädigung“. Alternativ zur Koppelungsklausel könnte die AG freilich auch eine Kündigungsmöglichkeit im Falle einer Abberufung mit dem Vorstandsmitglied vereinbaren. In welche Richtung auch immer Sie hier tendieren – wir stehen Ihnen dabei gerne zur Seite.

**Thomas Angermair / Wolfgang Kinner**  
Wolfgang Kinner ist Rechtsanwaltsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.



**Thomas Angermair**

ist Partner und Leiter des Arbeitsrecht-Teams bei DORDA BRUGGER JORDIS.

[thomas.angermair@dbj.at](mailto:thomas.angermair@dbj.at)

## AUSTRIAN LAW FIRM OF THE YEAR 2010

Das international renommierte Anwaltsreferenzwerk Chambers Europe hat DORDA BRUGGER JORDIS zur „Austrian Law Firm of the Year 2010“ gewählt. Diese begehrte Auszeichnung wurde im Rahmen der Chambers Europe Awards for Excellence in London verliehen. Bei diesem internationalen Wettbewerb ermittelt eine Jury aus Wirtschaftsrechtjournalisten die besten international tätigen Anwaltskanzleien, die sich im vergangenen Jahr durch besonders



bemerkenswerte Leistungen ausgezeichnet haben. Dazu gehören laut Chambers hervorragende Arbeit, bedeutendes strategisches Wachstum und exzellente Betreuung der Klienten.

## BUNDESVERGABEGESETZ-NOVELLE 2009

Bernhard Müller und Irene Mayr sind Autoren des Fachbuchs „Bundesvergabegesetz-Novelle 2009“, das im Verlag LexisNexis erschienen ist. Das Buch gewährt einen Überblick über die Änderungen durch diese Novelle und setzt sich detailliert mit ihren Regelungsschwerpunkten auseinander. Vor allem hinsichtlich der neu eingeführten

Vertragsnichtigkeit geben die Autoren wertvolle Hinweise, die es dem Rechtsanwender erleichtern, sich in der komplexen Materie des Vergaberechts zu rechtzufinden.



## UNTERNEHMENSKAUF IN DER KRISE

Christian Dorda hat den Fachbeitrag „Unternehmenskauf in der Krise - Ausgewählte Fragen an der Schnittstelle Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Zivilrecht“ verfasst. Der Artikel wurde in der Festschrift für Friedrich Rödler zum 60. Geburtstag



(Linde Verlag, 2010) publiziert, einem reichhaltigen Band mit Beiträgen führender Praktiker zu aktuellen und praxisrelevanten Themen des europäischen Steuerrechts.

# URLAUBSHÖLLE STATT FERIENPARADIES?

**Was tun, wenn das erhoffte Ferienparadies nicht hält, was der Veranstalter versprochen hat? Welche Ansprüche können Reisende gegenüber Fluglinien oder Reiseveranstaltern durchsetzen? Neben üblichen Ärgernissen wie Flugausfällen, Verspätungen und Kofferverlust standen heuer insbesondere auch Naturkatastrophen – etwa der Vulkanausbruch in Island oder die Ölpest im Golf von Mexiko und im Roten Meer – im Mittelpunkt von Auseinandersetzungen. Im Folgenden werden mögliche Ansprüche anhand neuester Entscheidungen aufgegriffen und erläutert.**



## **Stornierte Rückflüge**

Die Fluglinien haben in der Vergangenheit eine eigenwillige Strategie entwickelt, um Hin- und Rückflüge gemeinsam zu vermarkten: Diese kosten in Kombination weit weniger als getrennt zu buchende Einwegflüge, weshalb Fluggäste oft das Paket statt nur den benötigten Hin- oder Rückflug buchen. Das Problem dabei: Wird der Hinflug nicht angetreten, stornieren die Fluglinien den Rückflug mit dem Argument des nicht in Anspruch genommenen Pakets. Das Handelsgericht Wien hat mittlerweile klargestellt, dass diese Praxis sittenwidrig ist (HG Wien 1.3.2010, 1 R 197/09f): Es muss jedem

Reisenden freistehen, welche der gebuchten und bezahlten Flüge er auch tatsächlich in Anspruch nimmt. Er ist nicht verpflichtet, sämtliche gebuchten Flüge auch tatsächlich anzutreten.

## **Überbuchung, Annullierung und Verspätung von Flügen**

Nach der EU-Fluggastrechte-Verordnung 261/2004 hat die Fluglinie bei Überbuchung oder Annullierung die Kosten für Verpflegung und Unterkunft, Beförderung zur Unterbringung sowie die Kosten für zwei Telefonate, Faxe oder E-Mails zu übernehmen. Ist ein Flug verspätet, stehen diese Ansprüche nur zu, wenn die Verspätung mehr als zwei

Stunden beträgt. Dauert die Verspätung abgesehen von höherer Gewalt mehr als fünf Stunden, ist der Reisende berechtigt, auch die Erstattung des Flugpreises zu verlangen.

## **Ausgleichsleistung**

Zusätzlich hat der Fluggast im Fall der anderweitigen Beförderung oder Annullierung einen Anspruch auf Auszahlung einer Ausgleichsleistung von bis zu EUR 600 (unabhängig vom ursprünglichen Ticketpreis), je nach Entfernung und Dauer der Verspätung durch die anderweitige Beförderung. Erfolgt der Flugausfall wegen höherer Gewalt und hat die Gesellschaft alle zumutbaren Maßnahmen getroffen, um das Ereignis zu verhindern, entfällt die Ausgleichszahlung. Gleiches gilt, wenn der Fluggast mindestens 14 Tage vor Abflug über die Verlegung informiert und ihm ein Ersatzangebot gemacht wurde. Die Zeiten des Ersatzfluges müssen sich in einem bestimmten zeitlichen Rahmen abhängig vom Zeitpunkt der Mitteilung an den Fluggast bewegen, andernfalls gebührt die Ausgleichsleistung.

## **Ansprüche bei Hurrikan-Warnung**

Ein aufgrund der Wetterkapriolen immer häufigeres Thema sind Wirbelstürme: Bei Buchung einer Pauschalreise in ein Hurrikan-Gebiet ist der Reiseveranstalter (subsidiär das Reisebüro als Vermittler und Erfüllungsgehilfe) verpflichtet, den Kunden über eine saisonbedingt erhöhte Gefahr aufzuklären. Ausreichend ist aber schon die Aushandigung eines Kataloges über das Urlaubsziel, in dem ein entsprechender Hinweis enthalten ist. Wurde eine Warnung unterlassen und tritt ein Hurrikan auf, haftet der Veranstalter für etwaige Zusatzkosten sowie für die entgangene Urlaubsfreude (OGH 29.9.2009, 4 Ob 130/09k): Selbst wenn die Hurrikangefahr für



den Urlaubsort allgemein bekannt ist, muss ein durchschnittlicher Reisender über die Dauer und Details des Wetterphänomens nicht Bescheid wissen.

### **Ölpest und sonstige Unannehmlichkeiten**

Der Wegfall der Bademöglichkeit etwa als Folge einer Ölkatastrophe ist bei Buchung einer Badereise jedenfalls ein wesentlicher Mangel. Der Reisende kann wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage kostenlos vom Vertrag zurücktreten, wenn die Reise noch nicht angetreten wurde. Andernfalls besteht ein Preisminderungsanspruch. Wichtig ist, den Missstand zu protokollieren und den Reiseveranstalter vor Ort zu kontaktieren. Ein zumutbares Umbuchungsangebot des Reiseveranstalters (vergleichbarer Reisezeitraum und Preis) muss der Reisende aber akzeptieren.

Schadenersatzansprüche gegen den Reiseveranstalter bestehen in dieser Konstellation nicht, außer er hat die Umstände trotz Kenntnis verschwiegen. Weichen andere Reiseleistungen von der Beschreibung des Arrangements ab, kann der Reisende Gewährleistungsansprüche geltend machen, aber auch Schadenersatz (etwa für entgangene Urlaubsfreude) verlangen, wenn das

Verschulden beim Veranstalter lag. Die „Wiener Liste“ in der Zeitschrift für Verkehrsrecht (ZVR 2010, 188) gibt basierend auf der Rechtsprechung einen guten Überblick, welcher Missstand zu welchen Rückvergütungen berechtigt. Der OGH hat in einer aktuellen Entscheidung neben der Preisminderung keinen zusätzlichen Schadenersatz für entgangene Urlaubsfreude zugesprochen (OGH 30.6.2010, 3 Ob 92/10s), da das Empfinden der Reisenden nicht über bloße Unlustgefühle hinausgegangen sei (Hotel lag nicht direkt an der Partymeile). Das steht freilich im Gegensatz zu einer kurz davor ergangenen Entscheidung, in der die Ansprüche noch parallel gewährt wurden (OGH 17.6.2010, 2 Ob 45/10x – Hochzeitsreise nach Ägypten): Es wird hier wohl auf die Art und Schwere der Reisemängel ankommen. Im konkreten Fall lagen Reisemängel vor, die zu einer Preisminderung von 40 % berechtigten. Daneben wurde Schadenersatz für entgangene Urlaubsfreude in Höhe von EUR 560 gewährt.

### **Verlust, Zerstörung oder Beschädigung von Reisegepäck**

Je nachdem, ob der Flug im Rahmen einer Pauschalreise oder direkt bei der Fluglinie gebucht wurde, ist der Reise-

veranstalter oder die (sowohl vertragliche als auch ausführende) Fluglinie für das Gepäck verantwortlich. Bei aufgegebenem Gepäck besteht die Haftung verschuldensunabhängig, bei Handgepäck nur, wenn die Fluglinie den Verlust oder die Beschädigung verschuldet hat. In jedem Fall sind Ersatzansprüche nach dem Übereinkommen von Montreal (auch bei Verspätung) auf umgerechnet etwa EUR 1.170 limitiert (EuGH 6.5.2010, C-63/09). Mit diesem Betrag sind sowohl materielle als auch immaterielle Schadenersatzansprüche abgegolten. Werden höherwertige Gegenstände im Reisegepäck transportiert, sind sie bei Gepäckaufgabe anzugeben. Das kann freilich Zuschläge auslösen.

### **Axel Anderl / Ines Sieder**

*Ines Sieder ist Rechtsanwaltsanwältin bei DORDA BRUGGER JORDIS.*



**Axel Anderl**

ist Partner und Leiter des IT-, IP- und Media-Desk bei DORDA BRUGGER JORDIS.

**axel.anderl@dbj.at**

DORDA BRUGGER JORDIS. DIE SEMINARE.

# DIE SEMINARE.

**DORDA  
BRUGGER  
JORDIS**

Bei unseren hauseigenen Seminaren präsentieren Ihnen unsere Anwälte und externe Experten aktuelle Rechtsentwicklungen – praxisbezogen und auf den Punkt gebracht. Die Klientenseminare finden in der Konferenzzone unserer Kanzlei statt. Wenn Sie teilnehmen möchten, kontaktieren Sie bitte Annelie Homan-Pichler, T: (+43-1) 533 47 95–77 oder [seminare@dbj.at](mailto:seminare@dbj.at)

<b>6.10.2010</b>	Bernhard Müller, Irene Mayr, Michael Sachs (Vorsitzender des Bundesvergabeamts)	BUNDESVERGABEGESETZ-NOVELLE 2009 Meilenstein, reine Makulatur und was dazwischen liegt ...
<b>13.10.2010</b>	Florian Kreamlehner, Andreas Zahradnik, Christoph Brogyányi	INSIDERHANDEL UND MARKTMANIPULATION Rechtslage und aktuelle Entwicklungen
<b>20.10.2010</b>	Thomas Angermair, Wolfgang Kinner	MANAGERDIENSTVERTRÄGE RICHTIG GESTALTEN Koppelungsklauseln, variable Vergütungssysteme und andere aktuelle Rechtsentwicklungen
<b>3.11.2010</b>	Christoph Brogyányi, Bernhard Rieder	VON KAPITALERHALTUNG ZU STIMMVERBOTEN UND SYNDIKATSVERTRÄGEN Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht
<b>23.11.2010</b>	Andreas Zahradnik, Felix Hörlberger	COMPLIANCE OFFICER – SÜNDEBOCK? Arbeit im Spannungsfeld zwischen Kontrolle und persönlicher Haftung
<b>24.11.2010</b>	Veit Öhlberger, Xiaojun Zhang (Wirtschaftsagentur Wien), F. Peter Mitterbauer (MIBA AG)	HERAUSFORDERUNG CHINA – AUFSTIEG MIT DEM DRACHEN? Tipps für Geschäftsanbahnung, Vertragsgestaltung und Strukturierung von Beschaffung & Absatz

Unsere Anwälte treten aber auch als Referenten bei Seminaren anderer Veranstalter auf. Bitte erwähnen Sie bei der Anmeldung, dass Sie von unserer Kanzlei informiert wurden. Einige Veranstalter geben dann einen Rabatt bei der Teilnahmegebühr.

## UNSERE ANWÄLTE ALS REFERENTEN BEI EXTERNEN VERANSTALTUNGEN:

<b>16.10.2010</b>	Christian Dorda	AUFSICHTSRATS-Akademie: Auswahl/Bestellung & Abberufung des Aufsichtsrats und des Vorstands	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>
<b>8.11.2010</b>	Alexander Schopper	Fremdwährungskredite - Umwandlung und Haftungsfragen	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>
<b>8.-10.11.2010</b>	Axel Anderl	Praxislehrgang IT-Security	<i>IIR – Institute for International Research</i>
<b>9.11.2010</b>	Walter Brugger	Europäisches Wirtschaftsrecht	<i>KB Fachseminare</i>
<b>10.11.2010</b>	Andreas Zahradnik	Insiderhandel und Marktmanipulation	<i>ARS – Akademie für Recht und Steuern</i>
<b>16.-17.11.2010</b>	Felix Hörlberger	Cash Management - Cash Pooling	<i>IIR – Institute for International Research</i>
<b>22.-23.11.2010</b>	Stefan Artner	Immobilien Due Diligence	<i>IIR – Institute for International Research</i>
<b>29.-30.11.2010</b>	Axel Anderl	IT!L in der Praxis	<i>IIR – Institute for International Research</i>
<b>1.-2.12.2010</b>	Andreas Zahradnik, Alexander Schopper	Praxiswissen Compliance Management	<i>IIR – Institute for International Research</i>

## impressum

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger: DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Dr-Karl-Lueger-Ring 10  
Für den Inhalt verantwortlich: Thomas Angermair, Bernhard Rieder / Redaktionsteam: Thomas Angermair, Annelie Homan-Pichler, Bernhard Rieder · Fotos: Michael Loizenbauer, Annelie Homan-Pichler, LexisNexis, Linde Verlag, Uniport · Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.