



Partner von  
Eurojuris International,

EU-weite Kooperation  
von Rechtsanwälten

September 2011

14. Jahrgang

Klientenzeitschrift der Rechtsanwaltskanzlei

**KOSCH & PARTNER**

RECHTSANWÄLTE GMBH

mit **RECHT**

Foto: Neumann



VERSCHÄRFT

# Nichtraucherschutz

Neue Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes

KOSCH & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE GMBH

**WIENER NEUSTADT**

Dr. Jörg BEIRER  
Dr. Roman KOSCH  
Dr. Dieter JEDLICKA  
Dr. Michael LENTSCH  
Mag. Dieter ELSINGER  
Mag. Nicole PANIS-MARKOM  
Mag. Thomas DE JONG

A-2700 Wr. Neustadt  
Hauptplatz 32  
Tel. +43/26 22/27 041  
Fax +43/26 22/27 041-215  
office@kosch-partner.at  
www.kosch-partner.at

**WIEN**

Dr. Gerhard SCHILCHER  
Mag. Rainer RADLINGER  
Univ.-Prof. Dr. Christian RABL  
Mag. Diana-Maria WHITE, LL.M.  
MBA

A-1010 Wien  
Stubenring 18  
Tel. +43/1/513 23 44  
Fax +43/1/513 23 44-415  
wien@kosch-partner.at  
www.kosch-partner.at

**EISENSTADT**

Mag. Gerwald HOLPER

A-7000 Eisenstadt  
Hauptstraße 27  
Tel. +43/26 82/217 10  
Fax +43/26 82/217 10-715  
eisenstadt@kosch-partner.at  
www.kosch-partner.at

**Sprechstelle  
SALZBURG**

Univ.-Prof. Dr. Christian RABL

A-5020 Salzburg  
Sigmund-Hafner-Gasse 1  
(Keine Zustelladresse)  
Tel. +43/662/23 84 00

KOSCH & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE GMBH  
FN 262152v  
Landesgericht Wiener Neustadt  
Kammerzugehörigkeit:  
Rechtsanwaltskammer NÖ  
DVR 0414026  
UID-Nr.: ATU65377825



EINGETRAGENE TREUHÄNDER



PARTNER DER  
RECHTSANWÄLTE  
EUROJURIS INTERNATIONAL

**Eurojuris** • internationales Anwaltsnetzwerk

# Liebe Klientinnen und Klienten!

**A**uf der Titelseite unserer Zeitschrift „mitRecht“ finden Sie links oben das Markenzeichen „Eurojuris“. Vielleicht haben Sie schon gefragt, was „Eurojuris“ eigentlich ist. Dazu einige Informationen:

Die österreichische Teilorganisation namens Eurojuris International Austria (www.eurojuris.at) ist seit der Gründung von Eurojuris International (www.eurojuris.net) Mitglied. Eurojuris ist das größte europäische Netzwerk von ungefähr 5.000 unabhängigen Rechtsanwältinnen, etabliert in ca. 650 Rechtsanwaltskanzleien, welche primär in allen größeren Städten in Europa, aber auch weltweit beheimatet sind. Es handelt sich in der Regel um klassische Mittelstandskanzleien (mit durchschnittlich fünf bis acht Partnern). Die Rechtsanwaltskanzleien werden anhand von hohen qualitativen Standards ausgewählt. Der Mandant darf keine „Nummer“ sein, welche in einer Kanzlei ständig von einem anderen Sachbearbeiter betreut wird. Jede Kanzlei muss die zügige und vertrauliche Bearbeitung von Mandaten sicherstellen, muss Fremd-

sprachenkenntnisse besitzen und über eine ausreichende Haftpflichtversicherung verfügen, was sonst vor allem in südeuropäischen Ländern nicht immer der Fall ist. In Österreich besteht Eurojuris aus zwölf Kanzleien mit insgesamt ungefähr 50 Rechtsanwältinnen. Nicht nur die österreichischen Rechtsanwältinnen pflegen den juristischen Wissensaustausch, auch international finden zumindest zweimal jährlich Meetings in Seminarform statt, wo sich durchschnittlich jeweils 300 teilnehmende Rechtsanwältinnen aus ganz Europa fortbilden, aber auch die ständige Aufrechterhaltung des Eurojuris-Netzwerkes pflegen. Genau das ist der ganz entscheidende Unterschied zu allen anderen Netzwerken: Man kann das ganz gut mit „seinem“ Versicherungsvertreter vergleichen: Die günstigste Versicherung ist nicht immer die beste Versicherung. Die beste Versicherung ist jene, in der man einen Versicherungsvertreter mit persönlicher Betreuung hat, welcher dann, wenn es wirklich darauf ankommt eine Versicherungsleistung zu erzielen, diese auch versicherungsintern durchsetzt. Bei Eurojuris ist das ähnlich. Durch die ständige Weiterbildung der 5.000 Mitglieder, entstehen länderübergreifende Kontakte, welche dann einen unersetzbaren Wert darstellen, wenn man sich für einen Mandanten an eine andere, außerhalb von Österreich liegende, Eurojuris-Kanzlei wendet. Eine bevorzugte Behandlung Ihrer Interessen ist auf diese Weise garantiert. Die eigenen Erfahrungen der



**DR. JÖRG BEIRER**

letzten Jahre, welche mit ausländischen Eurojuris-Kanzleien gemacht wurden, zeigen, dass der verbrieft hohe Qualitätsstandard keine Worthülse sondern ein Faktum ist.

Wenn Sie also einmal Rechtsprobleme in einem anderen europäischen Staat haben, wenden Sie sich ruhig an unsere Kanzlei. Wir verfügen über die nötigen Auslandskontakte, um gemeinsam mit einem hochqualifizierten Anwalt vor Ort Ihre Rechtsprobleme zu lösen. ■

**INHALT**

- Über das Ausbeuten fremder Leistungen Seite 4
- Bagatellgrenze bei Glückspielabgabe Seite 5
- Weisungsgebundener Tankstellenpächter Seite 6
- Verbesserter Nichtrauchererschutz Seite 7
- Besicherung von Krediten Seite 8
- Schadenersatzansprüche bei Vereitelung des Besuchsrechts Seite 9
- Von Zinsen und Zinseszinsen Seite 10

Foto: (c) Neumar



**NICHTRAUCHERSCHUTZ:** Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in jüngster Zeit in mehreren

Entscheidungen mit dem Nichtrauchererschutz in Betrieben des Gastgewerbes auseinandergesetzt.

SEITE 7



**SCHADENERSATZANSPRÜCHE:** Bei Vereitelung des Besuchsrechts.

SEITE 9



**ZINSEN** sind das Entgelt für die Nutzung von Kapital und gehören zum alltäglichen Wirtschaftsverkehr. Zahlreiche gesetzliche Bestimmungen regeln die Berechnung sowohl vereinbarter als auch gesetzlicher Zinsen. Nicht immer ist die Methode der Berechnung hinlänglich bekannt.

SEITE 10

Kopieren • Abkupfern, Nachahmen

## Über das Ausbeuten fremder Leistungen

**I**n einem kürzlich entschiedenen Fall (4 Ob 110/10 w) hatte der Oberste Gerichtshof über das Nachahmen des Titels einer volkstümlichen Sendung von „Radio Tirol“ („Musiktruch'n“) durch einen Tiroler Privatsender („U1 Musigtruchn“) zu entscheiden. Dabei wies er auf die generelle Unzulässigkeit der Ausbeutung fremder Leistungen eines Mitbewerbers nach den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ausdrücklich hin.

Wer ohne eine eigene gewichtige Leistung das Produkt eines Mitbewerbers in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so dem Geschädigten mit dessen eigener „mühevoller und kostspieliger Leistung“ selbst Konkurrenz zu machen, verhält sich rechtswidrig und damit unlauter im Sinne des UWG. Dabei ist jedoch nach Ansicht

des Höchstgerichtes zu beachten, dass die bloße Anlehnung an eine fremde Leistung und die Ausnutzung eines guten Rufes nicht stets verwerflich ist. Vielmehr muss zur objektiven Rufausbeutung etwas Anstößiges hinzutreten. Dazu zählen etwa die vermeidbare Herkunftstäuschung, etwa das Erschleichen des fremden Arbeitsergebnisses oder sein Erlangen durch Vertrauensbruch, das systematische Nachahmen, um den Mitbewerber zu behindern, und das Ausbeuten des guten Rufes eines fremden Erzeugnisses. Für die Feststellung der Lauterkeitswidrigkeit ist das gesamte Verhalten des die Leistung Übernehmenden zu berücksichtigen.

Unlauter verhält sich etwa, wenn der Nachahmende seinem Produkt ohne ausreichenden Grund gerade die Gestaltungsform des Erzeugnisses eines Mitbewerbers gibt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorruft. Verwechslungsgefahr setzt dabei aber natürlich voraus, dass dem nachgeahmten Produkt wettbewerbliche Eigenart und eine gewisse Verkehrsbekanntheit zukommt. „Wettbewerblich eigenartig“ ist ein Erzeugnis dann, wenn es bestimmte Merkmale oder Gestaltungsformen aufweist, die es im Geschäftsverkehr gegenüber gleichartigen Erzeugnissen unterscheidbar macht. „Verkehrsbekanntheit“ setzt ein Erinnerungsbild, ein geistiges Fortleben im Gedächtnis des Publikums voraus.

Im entschiedenen Fall sah es nun das Gericht als erwiesen an, dass die Volksmusiksendung „Musiktruchn“ einen hohen Bekanntheitsgrad (58 Prozent der 500 befragten Radiohörer über 35 Jahre, 64 Prozent bei den über 55-jährigen) aufweist. Der Titel sei nach Ansicht des Höchstgerichtes damit untrennbar mit dem Radioprogramm „Radio Tirol“ verbunden. Dass der Titel auch mit dem ehemaligen Moderator der Sendung in Verbindung gebracht werden mag, ändere daran nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes nichts. Der Privatsender, bei welchem der Moderator nunmehr die Musiksendung „Musigtruchn“ moderiert, habe dies dennoch zu unterlassen. Dem Privatsender stünden nämlich unbeschränkte Möglichkeiten offen, die Musiksendung ohne verwechselbaren Titel zu senden. Ganz offensichtlich und in bewusster Nachahmung habe der Privatsender den Titel geführt und damit das Publikum getäuscht. Damit nutze der Privatsender die über Jahrzehnte mit Kosten und Mühe geschaffene Bekanntheit der von „Radio Tirol“ finanzierten Musiksendung aus, um ihr mit ihrer Radiosendung Konkurrenz zu machen. ■



**FÜR UNENTGELTLICHE PREISAUSSCHREIBEN entfällt die Steuerpflicht ab September 2011, wenn die Steuer den Betrag von 500 Euro im Kalenderjahr nicht überschreitet.**

Glückspielabgabe • auch für unentgeltliche Preisausschreiben

## Bagatellgrenze

**M**it Jahresbeginn führte der Gesetzgeber eine neue Steuerpflicht auch für unentgeltliche Preisausschreiben ein. Für diese benötigt man auch weiterhin dann keine behördliche Bewilligung, wenn zur Wahrung der Gewinnchance die bloße Beantwortung einer Frage oder etwa das Absenden einer Teilnahmekarte genügt, die Spielteilnahme also kostenlos ist. Unentgeltliche Preisausschreiben unterliegen jedoch einer (ermäßigten) Glücksspielabgabe von 5 Prozent der in Aussicht gestellten Gewinnpreise.

Die Abgabenschuld entsteht dabei im Zeitpunkt des Zu-

standekommens des Spielvertrages. Die Glücksspielabgabe für Preisausschreiben ist vom Abgabenschuldner selbst für jedes Monat zu berechnen. Die Gebühr müsste bis zum 20. des Folgemonats an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuer und Glücksspiel abgeführt werden.

### Abgabenänderungsgesetz

Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2011 (BGBl I Nr. 76/2011) wurde diese Bestimmung jedoch bereits wieder novelliert und einerseits eine Bagatellgrenze, andererseits eine Verwaltungsentlastung eingeführt. Diese gelten nunmehr für Preisausschreiben ab dem 1. September 2011:

Für unentgeltliche Preisausschreiben ab September 2011 entfällt die Steuerpflicht, wenn die Steuer den Betrag von 500 Euro im Kalenderjahr nicht überschreitet (Höchstgrenze der ausgepreisten Gewinne

sohin 10.000 Euro/Kalenderjahr). Die Abgabenschuld entsteht jetzt erst mit dem Ende des Kalenderjahres der Veröffentlichung des Gewinnspiels. Die Abgabenschuld ist bis zum 20. Jänner des Folgejahres samt Unterlagen bekannt zu geben und zu entrichten. Das Formular zur Abrechnung der Glücksspielabgabe finden Sie auf der Website des Finanzministeriums unter [www.bmf.gv.at/Service/Anwend/Form-DB/\\_start.asp](http://www.bmf.gv.at/Service/Anwend/Form-DB/_start.asp).

Glückshäfen, Juxauspielungen und Tombola-Spiele unterliegen übrigens ebenfalls nicht dem Glücksspielmonopol (keine Konzessionspflicht), solange das zusammengerechnete Spielkapital solcher Auspielungen desselben Veranstalters 4.000 Euro im Kalenderjahr nicht übersteigt und mit der Auspielung keine persönlichen Interessen des Veranstalters oder Erwerbszwecke verfolgt werden. In diesem Fall entfällt auch die Glücksspielabgabe.

• Ausgleichsanspruch • eines Tankstellenpächters

# • Weisungsgebundener • Tankstellenpächter

**D**ass einem Tankstellenpächter nach Beendigung seines Vertrages Ausgleichsansprüche nach dem Handelsvertretergesetz zustehen, hat der Oberste Gerichtshof schon vor einigen Jahren judiziert. Nun hat das Oberlandesgericht Linz entschieden, dass auch für den sogenannten „Folgemarkt“ (Tankstellenshop, Trafik, Café, etc.) unter bestimmten Umständen handelsvertreterrechtliche Ausgleichsansprüche gebühren.

• Ein Tankstellenpächter, der wegen Pensionsantritts seinen Pachtvertrag aufkün-

digte, klagte einen großen österreichischen Mineralölkonzern auf Bezahlung eines Ausgleichsanspruches nach dem Handelsvertretergesetz. Er habe durch viel eigenen Fleiß, eigene Werbeaktivitäten und großes Engagement während seiner Zeit als Tankstellenbetreiber den Jahresliterumsatz an Treibstoff und den Shopumsatz um bis zum zehnfachen angehoben, habe Stammkunden für die Tankstelle gewonnen und diese gut gehende Tankstelle samt Stammkunden bei Pensionsantritt an den Mineralölkonzern zurückgegeben. Dieser wollte ihm jedoch nur den Ausgleichsanspruch für den Treibstoffverkauf von rund 40.000 Euro zugestehen.

Der Tankstellenpächter klagte und bekam nun Recht: Das Gericht entschied, dass ihm aufgrund des Umstandes, dass er vollkommen in das Betriebssystem des Mineralölkonzerns eingebunden war, auch für die Umsätze des Tankstellenshops (samt Zigarettenverkauf) ein Ausgleichsanspruch zusteht. Der Pächter war zwar auf dem Papier selbstständiger Tankstellenbetreiber, in Wirklichkeit wurde ihm aber alles exakt vorgegeben: Öffnungszeiten, Lieferanten, Preise, Abrechnungssystem. Sogar wie die einzelnen Waren im Shop zu platzieren waren, wurde ihm diktiert.

Darüber hinaus musste er sich des vom Mineralölkonzern empfohlenen Steuerberaters bedienen, er musste Umsatzzahlen, Bestandsdaten, Kundenforderungen regelmäßig dem Konzern bekanntgeben. Selbst die Größe der Gläser, in welchen der Tankstellenpächter Getränke ausschenken durfte, wurde ihm diktiert. Verstöße gegen das „System“ konnten durch Abmahnungen und im Wiederholungsfall durch Kündigung des Vertrages geahndet werden.

Der Argumentation des Tankstellenpächters, er sei durch diese vollständige Eingliederung in Wirklichkeit weisungsgebunden und damit einem Handelsvertreter gleichgestellt gewesen, folgte nun das Oberlandesgericht Linz und sprach dem Tankstellenpächter insgesamt 200.000 Euro an Handelsvertreter-Ausgleichsanspruch zu (OLG Linz, 12 Ra 13/11k). ■



RAUCHER UND NICHTRAUCHERBEREICH: Gute Entlüftung genügt nicht.

Neue Entscheidungen • des Verwaltungsgerichtshofes

# Nichtraucherschutz

**D**er Verwaltungsgerichtshof hat sich in jüngster Zeit in mehreren Entscheidungen mit dem Nichtraucherschutz in Betrieben des Gastgewerbes auseinandergesetzt.

Das Tabakgesetz sieht bekanntlich spezielle Regelungen für den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie vor (§13a TabakG): Grundsätzlich gilt auch im Gastgewerbe ein generelles Rauchverbot. Die Einrichtung eines eigenen Raucherraumes ist aber möglich, wenn es sich nicht um den „Hauptraum“ der Gaststätte handelt.

Weitere Voraussetzung: Die Gaststätte muss über mindestens zwei Räume für die Verabreichung von Speisen und Getränken verfügen.

Mindestens die Hälfte der Verabreichungsplätze muss

sich außerhalb des Raucherraumes befinden.

Es muss gewährleistet sein, dass Tabakrauch nicht in rauchfreie Räumlichkeiten dringt.

Was gilt als (rauchfreier) „Hauptraum“? Der Verwaltungsgerichtshof weist in seinen Erkenntnissen zunächst darauf hin, dass im Tabakgesetz selbst eine gesetzliche Definition des Begriffes „Hauptraum“ fehlt. Nähere Aufklärung bietet aber die Regierungsvorlage zum Tabakgesetz: „Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als „übergeordnet“ eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dafür auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts“.

Der „Hauptraum“ eines Gaststättenbetriebes ist sohin nach Ansicht des Höchstgerichtes

nicht pauschal zu bestimmen, sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung immer aufgrund der konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gaststätte zu beurteilen. Im entschiedenen Fall war für den Verwaltungsgerichtshof die flächenmäßige Größe, die leichtere Zugänglichkeit durch den Eingangsbereich und das gästepfreundliche Tageslicht des Hauptraumes entscheidend.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes wurde im Tabakgesetz auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der gesamte Hauptraum dem Rauchverbot unterliegt. Auch eine effektive Lüftungsanlage kann nichts daran ändern, dass der Hauptraum selbst nicht in einen Raucherbereich und einen Nichtraucherbereich getrennt werden kann. Der Argumentation der Gastwirtin, die Lüftungsanlage gewähre einen besseren Schutz als eine bauliche Abtrennung des Hauptraumes, erteilte das Höchstgericht eine Abfuhr und bestätigte die verhängte Geldstrafe.

Sicherungszeessionen • und elektronische Buchhaltung

# Eine Never-ending-story

**D**ie Frage der Besicherung eines Kredits ist so alt wie das Kreditwesen selbst. Regelmäßig scheitert die Verpfändung beweglicher und unbeweglicher Sachen in der Praxis, weshalb Forderungen des Kredit-Schuldners gegen seine eigenen Schulden im Wege der Sicherungszeession an den Gläubiger abgetreten werden können.

Die Ausgestaltung ist vielfältig, Hauptanwendungsfälle sind: Mantelzeession: Das ist ein Rahmenvertrag, der eine Zeessionsverpflichtung des Schuldners begründet. Die in der Mantelzeessionsvereinbarung genannten Forderungen sind durch weitere Rechtsakte einzeln abzutreten.

Globalzeession: Überwiegende praktische Bedeutung hat die Globalzeession, bei der sämtliche im Vertrag hinreichend bestimmten (gegenwärtigen und zukünftigen) Forderungen sofort abgetre-

ten werden. Im Gegensatz zur Mantelzeession werden bestehende Forderungen mit Abschluss der Zeessionsvereinbarung und zukünftige Forderungen mit deren Entstehen abgetreten.

Zu ihrer Gültigkeit müssen sicherungsweise Forderungsabtretungen für Gläubiger des Kreditnehmers jedoch leicht und sicher feststellbar sein, es muss also ein Mindestmaß an Publizität gegeben sein. Dieser Publizitätsakt ist entweder die Drittschuldnerverständigung oder die Setzung eines Buchvermerks (=Vermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten, aus welchem die Abtretung erkennbar ist). Der OGH konkretisierte die Voraussetzungen im Laufe der Zeit weiter: so wurde als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Buchvermerks die Aufnahme in die OP-Liste gefordert, die bloße Anmerkung in den Kundenkonten reicht nicht aus.

Nach Klärung des Inhalts des Buchvermerks führen elektronische Buchführungsprogramme zu weiteren Problemen, nämlich der nachträglichen Abänderung bzw Entfernung des Buchvermerks, was in einem Spannungsverhältnis zu § 190 Abs 4 UGB steht, der eine Nachvollziehbarkeit von Änderungen in der Buchführung vorschreibt. Eine Entscheidung des OGH (3 Ob 155/10f) klärte nun auch diese Frage. Zum Nachweis der Ungültigkeit einer Sicherungszeession, weil der entsprechende Vermerk nicht „veränderungsresistent“ war und die durchge-

fürten Änderungen nicht nachvollziehbar waren, änderte ein Masseverwalter den gesetzten Buchvermerk nachträglich („zediert an Asterix“). Die Klage des Masseverwalters wies der OGH letztlich ab und verwies in seiner Entscheidung auf die allgemeinen Regeln des Pfandrechts, dass eine nachträgliche Beseitigung der Zeichen nicht die anfängliche Unwirksamkeit der Verpfändung bedeutet; nichts anderes kann für gesetzte Zeessionsvermerke in Geschäftsbüchern gelten. Die mögliche spätere spurlose Löschung des Buchvermerks macht die Sicherungszeession nicht unwirksam; sollte es jedoch später tatsächlich zu einer Löschung kommen, wird die Sicherungszeession – genau wie jede andere Verpfändung, bei der die Publizität nicht mehr gegeben ist – unwirksam.

Diese Entscheidung präzisiert und vereinfacht die Erfordernisse an Zeessionsvermerke in handelsüblichen Buchhaltungsprogrammen, und ist der (vorläufig) letzte Stand einer Entwicklung, die vor nunmehr mehr als 80 Jahren ihren Anfang nahm. Manche Entwicklungen dauern eben. ■



Foto: Neumayr



**SCHADENERSATZ  
für vereiteltes  
Besuchsrecht?**

**SCHADENERSATZANSPRÜCHE** • bei Vereitelung des Besuchsrechts

## Kontakt abgelehnt

**W**enn ein Elternteil mit seinen Kindern nicht im gleichen Haushalt wohnt und das Einvernehmen zwischen den Elternteilen nicht das Beste ist, leidet häufig das Kindeswohl darunter.

Dies ist insbesondere bei Scheidungen oder nach Auflösung von Lebensgemeinschaften der Fall. Das Gesetz gewährt Eltern grundsätzlich ein Recht auf persönlichen Umgang mit ihren Kindern. Sofern sich die Eltern über die Ausübung dieses Rechtes nicht einigen können, hat das Gericht mittels Beschluss festzusetzen, zu welchen Zeiten der nichthaushaltszugehörige Elternteil seine Kinder besuchen darf (gerichtliche Besuchsrechtsregelung).

Derartige Beschlüsse sind aufgrund der Eigenart des Familienrechtes, das immer als oberstes Gebot das Kindeswohl vor Augen hat, jedoch nicht mit herkömmlichen Mitteln exekutierbar. Verweigert

der Elternteil, mit dem das Kind im gemeinsamen Haushalt lebt, trotz gerichtlicher Besuchsrechtsregelung den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil oder beeinflusst er das Kind in einer Weise, dass es von sich aus den Kontakt zum anderen Elternteil ablehnt, kann dieser sein Besuchsrecht nicht mit Zwangsgewalt (Gerichtsvollzieher, Polizei) durchsetzen. De facto kommt es dann oft dazu, dass eine Entfremdung zwischen dem nichthaushaltszugehörigen Elternteil und dem Kind eintritt, die ihre Ursache im rechtswidrigen Verhalten desjenigen Elternteiles hat, in dessen Haushalt das Kind wohnt.

Der OGH hatte vor kurzem einen Fall zu entscheiden (4 Ob 8/11x), in dem ein Vater, der den Kontakt zu seinem Sohn deshalb verloren hatte, weil die Mutter, bei der das Kind lebte, dieses derartig beeinflusst hatte, dass das Kind selbst schließlich jeglichen Kontakt zum Vater ablehnte. Der Vater klagte seine Ex-Gattin auf Schadenersatz, da er aufgrund des verlorenen Kontaktes zu seinem Sohn an schweren Schlafstörungen, chronischer Ungewissheit, Albträumen und depressiven Verstimmungen leide.

Es handle sich hierbei um seelische Schmerzen mit Krankheitswert, wofür er Schmerzensgeld in Höhe von 9.000 Euro begehrte. Daneben machte er noch Rechtsanwaltskosten und Sachverständigengebühren geltend.

Die Unterinstanzen hatten die Klage des Vaters abgewiesen und vertraten die Ansicht, dass ein Schadenersatzanspruch im gegenständlichen Fall aus rechtlichen Gründen ausscheidet. Der Oberste Gerichtshof hob diese Entscheidungen auf und trug dem Gericht I. Instanz auf, zu klären, ob die Mutter tatsächlich derartig erheblich auf den Sohn einwirkte, dass dieser den Kontakt zum Vater verweigerte und sprach aus, dass für den Fall, dass der Vater dadurch tatsächlich krankheitswertige Gesundheitsbeeinträchtigungen erlitten hätte, dem Grunde nach ein Schadenersatzanspruch durchaus zu Recht bestehen würde.

Gestützt wird diese Entscheidung auf § 145b ABGB, der es Eltern gebietet, zur Wahrung des Kindeswohles alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen u.a. zum andern Elternteil beeinträchtigen würde. ■

vereitelt

Foto: Neumar

Zinsen • Entgelt und Schadenersatz

# Von Zinsen und Zinseszinsen

**Z**insen sind das Entgelt für die Nutzung von Kapital und gehören zum alltäglichen Wirtschaftsverkehr. Zahlreiche gesetzliche Bestimmungen regeln die Berechnung sowohl vereinbarter als auch gesetzlicher Zinsen. Nicht immer ist die Methode der Berechnung hinlänglich bekannt.

Die gesetzlichen Bestimmungen unterscheiden zwischen Zinsen als Entgelt und Verzugszinsen (im Wesentlichen: Schadenersatz). Das manchmal im Bestandverhältnis als Zins bezeichnete Entgelt hat damit nichts zu tun. Zinsen werden in Prozenten des Kapitals pro Zeiteinheit berechnet. Der Beginn des Fristenlaufes ist vom fristauslösenden Ereignis abhängig. Grundsätzlich beginnt der Zinsenlauf am gleichen Tag des Ereignisses. Eine Ausnahme bilden Verzugszinsen. Bei ihnen beginnt der Zinsenlauf erst am Folgetag. Dies gilt seit kurzem auch für beiderseitige Unternehmergeschäfte.

Die Berechnung der Zinsen kann auf zwei Arten („31/365-Methode“ oder „30/360-Methode“) erfolgen. Die erste Methode ist für den Schuldner etwas günstiger, die Zinsen ergeben sich aus der Anzahl der tatsächlichen Kalendertage dividiert durch 365. Bei der zweiten Berechnungsmethode (im Bankwesen üblich) wird jeder Monat zu 30 Tagen gerechnet, dafür nur durch 360 dividiert. Die beiden Methoden führen zu einem ähnlichen Ergebnis, allerdings bei sehr hohen Forderungen können die Unterschiede erheblich sein. Welche Methode mangels Vereinbarung Anwendung findet, ist höchstgerichtlich noch nicht völlig geklärt.

Die Höhe des gesetzlichen (Verzugs-)Zinssatzes hängt vom jeweiligen Rechtsgeschäft ab. Im allgemeinen Zivilrecht beträgt der Zinssatz 4 Prozent pro Jahr, im Wechsel- und Scheckrecht 6 Prozent. Bei zweiseitigen Unternehmergeschäften beträgt der Zinssatz 8 Prozent-Punkte über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank, das sind derzeit bis Jahresende 0,38 Prozent (gesamt also 8,38 Prozent). Damit wird auch eine Straffunktion verfolgt. Im

UN-Kaufrecht (anwendbar bei Fällen mit Auslandsbezug im Fall eines beiderseitig unternehmensbezogenen Warenkaufs) ist die Höhe des Zinssatzes nicht ausdrücklich festgelegt und daher Vereinbarungssache, subsidiär Sache des grundsätzlich anwendbaren nationalen Rechts.

Die Höhe von Zinsen kann von den Parteien grundsätzlich frei vereinbart werden. Grenzen bilden die Vorschriften über Wucher. Die Judikatur nimmt derzeit die Wuchergrenze bei mehr als etwa 18 Prozent pro Jahr an.

Zinseszinsen, also Zinsen von Zinsen, sind ausdrücklich gesetzlich geregelt. Diese können nur verlangt werden, wenn deren Verrechnung ausdrücklich vereinbart wurde oder vom Tag der Streitanhängigkeit, also wenn von einer Geldforderung fällige Zinsen eingeklagt werden.

Auch beim Kontokorrent kommt es zum Entstehen von Zinseszinsen. Die Zinsen werden zum Kapital zugeschlagen und neu verzinst. Die Höhe der Zinseszinsen beträgt 4 Prozent pro Jahr. Dieser Prozentsatz wird auch im Unternehmensrecht herangezogen.

Vinkulierungen • Aufgriffs- und Ausschlussrechte

## Verfremdungsschutz

**F**ür Geschäftsanteile bestehen unterschiedliche Vorschriften der Übertragung. GmbH-Anteile (in der Praxis der wichtigste Fall) sind unter Beachtung der Formpflichten grundsätzlich frei übertragbar.

Die Vertragspraxis hat früh erkannt, dass Übertragungsbeschränkungen vor allem in personalistisch gestalteten Gesellschaften wegen der Nähebeziehungen zwischen den Gesellschaftern untereinander und zur Gesellschaft unabdingbar sind. Im Vordergrund steht der so genannte Verfremdungsschutz. Bei Personengesellschaften ist mangels anderer Regelung im Vertrag die Zustimmung aller Gesellschafter Voraussetzung für eine Übertragung. Eintrittsrechte, aber auch Mehrheitsbeschlüsse über die Erweiterung des Gesellschafterkreises können vorgesehen werden.

Beschränkungen der Übertragungsmöglichkeiten im GmbH-Recht werden unter dem Begriff Vinkulierung zusammengefasst. In der Praxis wird die Übertragung entweder an die Zustimmung

aller Gesellschafter oder zumindest einer (qualifizierten) Mehrheit derselben oder an die Zustimmung der Geschäftsführer, welche für die Gesellschaft zustimmen, geknüpft. Vinkulierungen sind nicht im Firmenbuch eintragbar, sie wirken jedoch auch ohne entsprechende Publizität in einem öffentlichen Register absolut, d.h. diese Bestimmungen sind gegen jedermann durchsetzbar.

### Aufgriffsrecht

Unter einem Aufgriffsrecht versteht man – gleichsam das begriffliche Gegenteil zur Vinkulierung – ein durch einseitige Willenserklärung ausübbares Gestaltungsrecht, welches bei Eintritt eines bestimmten vordefinierten Ereignisses einer oder mehreren Personen das Recht eröffnet, den Geschäftsanteil eines Mitgesellschafter ganz oder zu den vordefinierten Teilen gegen eine im Rahmen der Abfindungsregelungen bestimmbare Gegenleistung zu erwerben. Als Aufgriffsfälle sind in der Regel denkbar der Tod eines Gesellschafter, der Verlust seiner Eigenberechtigung oder im Bereich etwa der freien Berufe (vor allem Ziviltechniker) der Verlust der Berufsberechtigung. Wenn gesellschaftsvertraglich nichts vereinbart ist, gebührt dem aufgrund einer Aufgriffsregelung ausscheidenden Gesellschafter ein Entgelt in Höhe des Verkehrswerts. Im Gesellschaftsvertrag kann allerdings vorgesehen werden, dass der ausscheidende Gesellschafter Abschläge vom Verkehrswert hinzunehmen hat. Die in die-

sem Zusammenhang üblicherweise zu findende Vertragsbestimmung wird als Buchwertklausel bezeichnet, d.h. der ausscheidende Gesellschafter erhält nur den in den Büchern der Gesellschaft zu findenden Wert seines Anteiles, also in der Regel ohne Berücksichtigung des Firmenwerts.

Knüpfen Aufgriffsrechte den Ausschluss des Gesellschafters an bestimmte objektive Umstände (etwa den Tod des Gesellschafters), so kann im Gesellschaftsvertrag auch vorgesehen sein, dass Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden können. Ohne vertragliche Grundlage ist dies im Recht der GmbH nicht durchsetzbar.

Ähnliche Bestimmungen bestehen auch für Personengesellschaften, wobei die gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich den Ausschluss eines Gesellschafters bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorsehen.

Seit Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform ist strittig, ob in Gesellschaftsverträgen wirksam vereinbart werden kann, dass für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht oder gar ein Ausschlussrecht gegen den insolventen Gesellschafter zusteht. Diese Frage ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. ■

ZUGESTIMMT



„Das Essen ist schlecht  
und der Strand ist verdreckt.  
Aber wenigstens sind die Bauarbeiter  
im Hotel ganz nett.  
Viele Grüße aus dem Urlaub.“

Vertrauen ist gut. Anwalt ist besser.  
[www.kosch-partner.at](http://www.kosch-partner.at)

**KOSCH & PARTNER**  
RECHTSANWÄLTE GMBH