



Lexikon

// Das Medium zur Information der Klienten und Freunde
von Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte



DR. VOLKER MOGEL, LL.M.

BAU- UND BAUVERTRAGSRECHT

GEISTIGES EIGENTUM,
WETTBEWERBS- UND MEDIENRECHT
WOHN- UND LIEGENSCHAFTSRECHT
ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT

BAU- UND BAUVERTRAGSRECHT

VERLETZUNG DER WARNPFLICHT BEI AUSSCHREIBUNGEN

In einer jüngst ergangenen Entscheidung des OGH vom 19.02.2020, 7 Ob 191/19t (www.ris.bka.gv.at/jus) wurde im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen des Bauunternehmers die Frage behandelt, ob und in welchem Ausmaß Bieter vorvertragliche Pflichten im Zusammenhang mit der Prüfung von Ausschreibungen in der Angebotsphase treffen.

Zum Sachverhalt

Ein Geologe verfasste 1996 betreffend einer Hochwasserdosieranlage ein geologisches Gutachten, in dem er dem Material der Seitenentnahmestelle die entsprechende Eignung attestierte. Die Verwendung dieses Materials lag auch dem wasserrechtlichen und dem naturschutzrechtlichen Bescheid zugrunde. Vor Errichtung der Hochwasserdosieranlage verfasste ein anderer Geologe im September 2006 ein weiteres geotechnisches Gutachten. Er ließ Schürfe im Bereich der geplanten Seitenentnahme durchführen und entnahm daraus repräsentative Bodenproben. Im Gutachten wurde festgestellt, dass die feinkornarmen Böden bei hohen Wassergehalten, wie sie bei der Erkundung angetroffen wurden, ungünstig zu verdichten sind und bei Verwendung dieses Materials daher entsprechende Maßnahmen empfohlen werden. Beide geologischen Gutachten waren Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen.

Vertraglich stand dem Auftragnehmer die Verwendung des Materials frei. Dennoch hatte er die Zustimmung des Liegenschaftseigentümers zur Materialentnahme per Angebotsabgabe vorzulegen. Im Zuge der Abtragung des Materials von der Seitenentnahmestelle stellte die Klägerin fest, dass dieses zu viele Feinteile aufwies und zu nass war. Trotz Umsetzung der laut Gutachten geforderten Maßnahmen habe die Klägerin nach Baubeginn feststellen müssen, dass das Material nicht den Anforderungen des zu errichtenden Dammes entsprach und zusätzlich noch eine Stabilisierung des Materials durchzuführen ist. Die im Zusammenhang mit der Stabilisierung des Materials angefallenen Kosten wurden nun als Mehrkosten klagsweise gegen den Bauherren geltend gemacht.

Zur Prüf- und Warnpflicht

Gemäß § 1168a ABGB ist ein Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offenerer Untauglichkeit der vom Besteller gegebenen Stoffe oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und er den Besteller nicht gewarnt hat. Eine Anweisung im Sinne des § 1168a ABGB liegt etwa auch dann vor, wenn der Besteller dem Unternehmer nicht nur das eigene Ziel, nämlich das herzustellende Werk vorgibt, sondern wenn er auch die Art der Durchführung in der einen oder anderen Richtung konkret und verbindlich vorschreibt.

Aufgrund der konkreten Ausschreibungsunterlagen ist gegenständlich nicht damit zu rechnen, dass ein Bieter den Bau nicht mit dem vom Bauherren präferierten Material anbietet und ausführt. Daraus resultiert – so der OGH weiter – zumindest ein einer verbindlichen Anweisung gleichzusetzender Sachverhalt.

Warnpflicht vor Vertragsabschluss

Eine ausdrückliche gesetzliche Prüf- und Warnpflicht besteht nach ABGB erst nach Vertragsabschluss, daher nicht für den Bieter, sondern erst für den Auftragnehmer. Laut Judikatur kann die Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB allerdings auch bereits im vorvertraglichen Stadium bestehen. Die Grundsätze der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten sind demnach auch in Vergabeverfahren auf das Verhältnis zwischen Ausschreibenden und Bietern anzuwenden. Als Besonderheit des Vergabeverfahrens besteht die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter mit dem Zweck, gerade bei der öffentlichen Auftragsvergabe den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu

ermitteln. Gerade dieser Zweck würde unterlaufen, wenn ein Bieter mit einem Angebot Bestbieter wird, obwohl er schon vorhat, nach Erhalt des Auftrags ein Nachtragsangebot für von Anfang an unvermeidlich notwendige Arbeiten zu legen. Durch das so geringer gehaltene Angebot verschafft er sich im Ausschreibungsverfahren einen nicht sachgerechten Vorteil. Dies stellt einen Fall der sogenannten culpa in contrahendo, im Besonderen eine Verletzung der Warnpflicht aus § 1168a ABGB, dar.

Unterlässt der Unternehmer die nach § 1168a ABGB geforderte Warnung, so verliert er nicht nur den Anspruch auf Entgelt, sondern hat auch den weitergehenden Schaden zu ersetzen. Als „offenbar“ im Sinne des § 1168a ABGB ist anzusehen, was vom Unternehmer bei einer von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis (§ 1299 ABGB) erkannt werden muss.

Im vorliegenden Fall reichen die getroffenen Feststellungen laut OGH nicht für eine abschließende Beurteilung der aufgeworfenen Fragen aus. Die Rechts-sache wurde daher an das Erstgericht zurückverwiesen.

Ergebnis

Im Lichte der obigen Entscheidung ist daher im Falle der Geltendmachung von Mehrkostenforderungen des Bieters für nicht im Vertrag angeführte Leistungen, die sich aus der Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der vom Auftraggeber erstellten Ausschreibung ergeben, zu klären, ob diese Fehler der Ausschreibung bereits in der Angebotsphase erkannt werden und darauf hinzuweisen gewesen wäre.

KONTRAHIERUNGSZWANG FÜR GEMEINDEN?

In bestimmten Fällen kann ein Versorgungsunternehmen der öffentlichen Hand, z. B. ein Trinkwasserversorger, einem Kontrahierungszwang unterliegen. Es kann also dazu verpflichtet sein, mit jedem, der daran interessiert ist, einen Vertrag zu gleichen Bedingungen wie mit anderen Kunden abzuschließen, den Vertragsabschluss jedenfalls nicht ohne sachlichen Grund zu verweigern. Unter sehr speziellen Voraussetzungen kann sogar eine Gemeinde dazu gezwungen werden, eine Dienstbarkeit an einem gemeindeeigenen Grundstück einzuräumen.

Sachverhalt

Folgenden Sachverhalt hatte der OGH (26.11.2019, 4 Ob 207/19y – siehe www.ris.bka.gv.at/jus) zu beurteilen: Die spätere Klägerin erwarb zwei Baulandgrundstücke. Dazwischen verläuft ein im Eigentum der dann beklagten Gemeinde stehender Streifen, ein trockenliegender Entwässerungsgraben, weder bebaubar noch befahrbar, der über keinen Anschluss an das öffentliche Gut verfügt. Die Klägerin war davon ausgegangen, dass die Gemeinde einem Erwerb einer Teilfläche ihres Grundstückes oder der Einräumung einer Servitut zustimmen werde. Sie lehnte das jedoch ab.

Die Klägerin verlangte daher, die Gemeinde dazu zu verurteilen, ihr gegen Entgelt ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht einzuräumen. Sie verfüge sonst für eines ihrer Grundstücke über keine Zugangs-, Zufahrts- und Aufschließungsmöglichkeit, die Beklagte habe die Rechteeinräumung zu Unrecht abgelehnt.

Kontrahierungszwang (Monopol und Gleichbehandlung)

Ein Kontrahierungszwang wird vor allem dort bejaht, wo die öffentliche Hand (z. B. eine Gebietskörperschaft) oder ein Unternehmer eine Monopolstellung oder eine marktbeherrschende Stellung durch Verweigerung des Vertragsabschlusses sittenwidrig ausnützt und dem Interessenten zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen. Die Pflicht zum Vertragsabschluss besteht also etwa für Versorgungsunternehmen der öffentlichen Hand (wie z. B. öffentliche Bibliotheken, Museen, Galerien, Ausstellungen oder öffentliche Verkehrsunternehmen) oder im Rahmen der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern (Daseinsvorsorge). Einen solchen „Monopolfall“ sah der OGH aber nicht als gegeben an.

Im Verhältnis zu Gebietskörperschaften, die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden, kommt aber ein weiterer Rechtsgrund für einen Kontrahierungszwang in Betracht: die Verpflichtung zur Gleichbehandlung. Die öffentliche Hand unterliegt auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Bindung an die Grundrechte (Fiskalgeltung der Grundrechte), also auch dem Gleichheitssatz, der sie zur strikten Gleichbehandlung der Teilnehmer am Rechts- und Geschäfts-

verkehr verpflichtet. Sie darf sie nicht unsachlich bevorzugen oder benachteiligen. Liegt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor, kann auch das zu einem Kontrahierungszwang führen.

Pflicht zur Servitutseinräumung?

Im Anlassfall war die Gemeinde im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig und daher an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Gleichzeitig ist zu beachten, dass auch Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten grundrechtlicher Schutz (hier) des Eigentums und der Freiheit des Liegenschaftsverkehrs zukommt, sodass sie sich auch auf die Unverletzlichkeit und die natürliche Freiheit ihres Eigentums berufen und sich grundsätzlich gegen jede Inanspruchnahme ihres Eigentums durch unbefugte Dritte zur Wehr setzen können. Daher ist eine Interessenabwägung nötig:

Nur bei einem klaren Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot würde sie zu Lasten der Gemeinde ausgehen. Auch ihr muss nämlich ein weiter Entscheidungsspielraum darüber zugewilligt werden, ob sie ihr Grundeigentum aufgibt oder mit einer Servitut belastet und es beschränkt. Nur wenn sie ihren Spielraum eklatant überschreitet, sodass sie sich geradezu willkürliches Verhalten vorwerfen lassen müsste, wäre die Grenze der Unsachlichkeit überschritten.

Die Klägerin hatte vorgebracht, dass die Beklagte anderen Eigentümern in gleichgelagerten Fällen die begehrten Dienstbarkeitsrechte eingeräumt habe und ihr die Rechte nur verweigere, um sie zu schädigen. Dazu hatten die Untergerichte in der Meinung, ein Kontrahierungszwang bestehe jedenfalls nicht, keine Feststellungen getroffen. Der OGH verwies die Sache daher zurück an das Erstgericht.

Es wird auch zu berücksichtigen haben, dass die Einräumung eines Notwegrechts Abhilfe bieten könnte. Das Argument, die Beklagte müsse als Baubehörde eine raumordnungsrechtliche Widmung respektieren, was dazu führe, dass sie die widmungskonforme Nutzung auch durch die Belastung eigener Grundstücke ermöglichen müsse, sah der OGH dagegen nicht als überzeugend an.



DR. GERHARD BRAUMÜLLER

WASSERRECHT

UMWELTRECHT
VERWALTUNGSRECHT
ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT

KOFFER WEG – MITVERSCHULDEN DES FAHRGASTS

Der OGH (24.04.2020, 7 Ob 184/19p; www.ris.bka.gv.at/jus) entschied jüngst, dass Flixbus für den Verlust von Gepäck haftet, den Fahrgast unter Umständen jedoch ein Mitverschulden daran trifft. Entgegen dem Hinweis auf der Buchungsbestätigung, kennzeichnete der Passagier den Koffer nicht mit den dafür vorgesehenen Gepäckanhängern. Der Busfahrer unterließ es, den Fahrgast beim Verladen des Koffers auf den fehlenden Gepäckanhänger aufmerksam zu machen. An der Endstation war der Koffer unauffindbar.



Nach Ansicht des OGH hätte der Fahrer dem Passagier einen Gepäckanhänger aushändigen müssen und den ungekennzeichneten Koffer nicht verladen dürfen. Der Passagier hat eine auffallende Sorglosigkeit zu verantworten, da er den Koffer nicht kennzeichnete und sich beim Fahrer um keinen Gepäckanhänger bemühte. Flixbus muss dem Passagier daher nur zwei Drittel des Schadens ersetzen. Es empfiehlt sich daher, das Gepäck auch bei Busreisen mit seinem Namen zu kennzeichnen und davon – für den Streitfall – ein Beweisfoto zu machen.

MAG. MARTIN NUNCIC

KEINE NEGATIVZINSEN BEI DARLEHEN

Bei variablen Kreditverträgen vereinbaren Banken mit ihren Kunden typischerweise Zinsgleitklauseln, die an einen Referenzzinssatz (z. B. EURIBOR) gekoppelt sind.

Sinkt der vereinbarte Referenzzinssatz ausreichend stark, würde der vereinbarte Zinssatz theoretisch negativ. Es stellt sich daher die Frage, ob Banken ihren Kunden in diesem Fall „Negativzinsen“ bezahlen müssen.

Der OGH bestätigte aber jüngst (26.02.2020, 1 Ob 16/20i; www.ris.bka.gv.at/jus) seine bisherige Rechtsprechung, wonach dies auch bei unklarem Wortlaut im Kreditvertrag nicht der Fall ist.



Der OGH begründet seine Rechtsansicht im Wesentlichen damit, dass den Parteien eines Kreditvertrags, bei dem im Regelfall die Bank Zinszahlungen vom Kunden erhält, mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht unterstellt werden kann, sie wollten das Gegenteil vereinbaren, also dass der Kunde Zinszahlungen von der Bank erhalten soll.

Er geht – im Ergebnis wohl zurecht – davon aus, dass ein Kreditgeber bei Vertragsabschluss einer Zahlungspflicht in Form von „Negativzinsen“ im Allgemeinen nicht zustimmen würde.

MAG. GEORG WIELINGER, MBL-HSG

EINE HINTERLEGUNGSANZEIGE „UNTER DER TACKN“ REICHT NICHT!

Bekanntlich sind Rückscheinbriefe dem Adressaten persönlich zuzustellen. Ist dies nicht möglich, hat der Zusteller eine Hinterlegungsanzeige zurückzulassen.

In einer jüngsten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes (18.02.2020, RA 2019/03/0156; www.ris.bka.gv.at/vwgh) wurde zur Hinterlegungsanzeige eine maßgebliche Entscheidung getroffen.



Was war geschehen? Das Zustellorgan hat den Adressaten für einen Rückscheinbrief nicht angetroffen und nach seiner Angabe die Hinterlegungsanzeige entweder unter die restliche Post gesteckt und vor der Eingangstüre abgelegt oder so unter dem Fußabstreifer platziert, dass sie deutlich sichtbar und gleichzeitig gesichert war.

Der VwGH verweist auf § 17 (Abs. 2) ZustG, wonach die Verständigung in die für die Abgabestelle bestimmte Abgabereinrichtung (Briefkasten, Hausbrieffach oder Briefeinwurf) einzulegen, an der Abgabestelle zurückzulassen oder wenn dies nicht möglich ist, an der Eingangstüre (Wohnungs-, Haus-, Gartentüre) anzubringen ist.

Mit der im vorliegenden Fall vom Zustellorgan gewählten Vorgehensweise ist nach Auffassung des VwGH die Hinterlegungsanzeige nicht in die Gewahrsame des Revisionswerbers im Rahmen einer Abgabestelle gelangt. Aus diesem Grund erfolgte die Zustellung durch Hinterlegung nicht wirksam, sodass für den Adressaten auch keine Säumnisfolgen eingetreten sind.

DR. STEPHAN MOSER, LLB

BESTANDVERTRAG ODER FAMILIENRECHTLICHES WOHNVERHÄLTNIS?

Der OGH (08.04.2020, 3 Ob 32/20g; www.ris.bka.gv.at) hatte vor kurzem in einem Rechtsstreit zwischen einem Sohn und seiner Mutter zu entscheiden, ob zwischen den beiden ein Mietvertrag vereinbart wurde oder nach wie vor ein familienrechtliches Wohnverhältnis besteht.



Der Sohn behauptete eine Mietvereinbarung, wobei anstelle einer tatsächlichen Mietzinszahlung, Arbeitsleistungen als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung vereinbart worden wären. Der Sohn nahm (ohne rechtliche Verpflichtung dazu) im Laufe der Jahre diverse Renovierungsarbeiten in den von ihm bewohnten Räumlichkeiten vor und verspachtelte auch einige Löcher in der Außenfassade des Hauses. Gelegentlich mähte er den Rasen und schaufelte (gegen Bezahlung durch seine Mutter) Schnee. Der OGH ging davon aus, dass im gegenständlichen Fall von keiner entgeltlichen Vereinbarung gesprochen werden kann und tatsächlich ein jederzeit widerrufliches, familienrechtliches Wohnverhältnis vorliegt. Ein solches Wohnverhältnis ist nicht nur dann anzunehmen, wenn eine Verpflichtung besteht, anderen Familienmitgliedern Wohnung zu geben, vielmehr gibt es zahlreiche aus dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen entspringende tatsächliche Benützungsgewährungen, die – so der OGH – rechtlich nicht geregelt, gegen den Willen des Gewährenden nicht rechtlich durchsetzbar und jederzeit widerrufbar sind.

MAG. STEPHAN BERTUCH

INSIDE KCP



Stefanie Gruber

Bereits seit Mai 2019 ist Stefanie Gruber bei Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte als Praktikantin tätig. Stefanie Gruber studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität in Graz. Sie betrachtet ihre Tätigkeit in unserer Rechtsanwaltskanzlei als perfekte Ergänzung, um neben ihrem Studium auch praktische Erfahrungen zu bekommen.

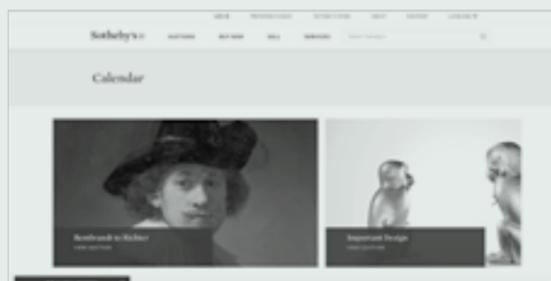
Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte ist seit Jahren Kooperationspartner der Karl-Franzens-Universität im Rahmen der Praktikumsbörse REWIPRAXIS. REWIPRAXIS bietet Studierenden exklusiv die Möglichkeit, begehrte Praktikumsplätze im öffentlich- und privatrechtlichen Bereich zu bekommen. Den Studierenden wird dabei die Gelegenheit geboten, erste Erfahrungen im Arbeitsalltag einer Rechtsanwaltskanzlei zu sammeln. Unserer Kanzlei ermöglicht dies, interessante junge Persönlichkeiten kennenzulernen und bestmöglich auch für eine künftige Zusammenarbeit zu gewinnen.

TIPPS & LINKS



<https://diro.eu/ceemes/de/kompetenzen/infocenter-corona-krise.html>

Auf der Website der DIRO, dem führenden deutschsprachigen Kanzlei-Netzwerk in Europa, dem auch Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte angehört, findet sich ein Infocenter zur Corona-Krise, beinhaltend länderspezifische Hinweise, konkrete Handlungsempfehlungen und rechtliche Analysen der veränderten Rahmenbedingungen.



<https://www.sothebys.com/en/calendar?locale=en>

Über diesen Link findet man die Termine der von Sotheby's veranstalteten Auktionen, im Rahmen derer man die Möglichkeit hat, Werke aus verschiedenen Kunstbereichen zu ersteigern.

Lexikon per E-Mail

Wenn Sie das Lexikon (auch oder nur) per E-Mail erhalten wollen, senden Sie uns eine E-Mail-Nachricht an die Adresse office@kcp.at.