



# Lexikon

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

BAU- UND BAUVERTRAGSRECHT

## COVID-19 BEDINGTE MEHRKOSTEN UND DEREN NACHWEIS

Der OGH hat sich in einer jüngst ergangenen Entscheidung erstmals mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit einem Bauunternehmen durch Covid-Schutzmaßnahmen Mehrkosten zustehen (OGH vom 21.12.2021, 6 Ob 136/22a, [www.ris.bka.gv.at/jus](http://www.ris.bka.gv.at/jus)). Darin stellte er auch klar, wie detailliert der Auftragnehmer – unabhängig von Covid-Maßnahmen – Mehrkostenforderungen geltend zu machen hat, hier bezogen auf einen ÖNORM B 2110-Vertrag.

### Sachverhalt

Die Beklagte beauftragte die Klägerin im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung mit Schlussbrief vom 30.01.2020 mit Bauarbeiten an einer Brücke. Am 16.03.2020 ist in Österreich das Gesetzespaket zur Eindämmung der Corona-Krise in Kraft getreten, wodurch für Baustellen und auch andere Wirtschaftsbereiche einschneidende Auflagen galten. Für die hier beauftragten Bauarbeiten hieß dies unter anderem, dass ein Mindestabstand von 1 Meter zwischen Personal am Ort der beruflichen Tätigkeit sowie bei der An- und Abreise im Fahrzeug einzuhalten war, stündliches Händewaschen und Einsatz einer entsprechenden Covid-19 bedingten Arbeitsausrüstung erforderlich war und auf der Baustelle Desinfektionsmittel und die regelmäßige Desinfektion von sanitären und sozialen Einrichtungen (Toilette, Unterkunft, Mannschaftscontainer) gefordert war. Die Klägerin machte vor diesem Hintergrund Mehrkosten von rund € 30.000,00 für Schutzmasken, Einbett- statt Zweitbettzimmer, Desinfektionsmittel, kollektivvertraglich vorgeschriebene Aufzahlungen für den Arbeitslohn und Leistungsabfall geltend.

Das Erstgericht wies mit Teilurteil das auf die Covid-19 bedingte Mehrkostenforderung beziehende Klagebegehren samt Zinsen wegen Unschlüssigkeit ab. Das Berufungsgericht hob das Teilurteil auf, verwies die Rechtsache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück und erklärte den Rekurs an den OGH für zulässig. Das Erstgericht habe, so das Berufungsgericht, die Unschlüssigkeit der Klage zu unrecht verneint.

Der OGH erachtete den dagegen erhobenen Rekurs für zulässig und stellte das Teilurteil des Erstgerichts wieder her. Er begründete dies im Wesentlichen wie folgt:

### Risikozuordnung von Covid-19 bedingten Mehrkosten

Werden Werkunternehmer in Folge von Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen, durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt gemäß § 1168 Abs. 1 letzter Satz ABGB eine angemessene Entschädigung. Während das ABGB das Risiko der neutralen Sphäre allgemein dem Auftragnehmer zuordnet, werden in der Literatur für die Zuweisung der Gefahrtragung bei Störungen wegen „höherer Gewalt“ aufgrund der Covid-19-Pandemie verschiedene Ansätze diskutiert. Wie die Rechtslage nach dem § 1168 ABGB ist, ließ der OGH bewusst offen. Im hier vorliegenden Fall war nämlich unstrittig die speziellere (vertragliche) Regelung in der vereinbarten ÖNORM B 2110 anzuwenden. Diese ordnet unter Punkt 7.2.1 der Sphäre des Auftraggebers unter anderem Ereignisse zu, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind. Demnach sind die Folgen der Pandemie bei Anwendung der ÖNORM B 2110 grundsätzlich der Sphäre des Auftraggebers zugewiesen.

### Maßstab für die Behauptungslast

Für eine erfolgreiche Durchsetzung der Mehrkostenforderungen ist der Werkunternehmer sowohl für das Vorliegen eines „Zeitverlusts“ im Sinne einer nicht seiner Sphäre zuzurechnenden Behinderung bzw. Erschwerung als auch für die Folgen

eines „Zeitverlusts“ (die „Verkürzung“) beweispflichtig. Demnach muss der Werkunternehmer nicht nur unter Beweis stellen, dass die Umstände, die den Zeitverlust herbeigeführt haben, aus der Sphäre des Bestellers stammen, sondern zudem auch den Umstand behaupten und beweisen, der zu Mehrkosten geführt hat.

Auch hinsichtlich der Frage, was konkret der Bezugsgrund der Nachteilsbehauptung bzw. des Nachteilsnachweises ist, legte sich der OGH in diesem Urteil fest: Demnach bedarf es einer entsprechenden klägerischen Behauptung der Mehrkosten als Verkürzung bzw. eines Nachteils; es kann etwa nicht lediglich darum gehen, die Preisvereinbarungen für den Verzögerungszeitraum fortzuschreiben. Ausdrücklich hält der OGH in der zitierten Entscheidung auch fest, dass abstrakte Berechnungen, die auf einem bauwirtschaftlichen Gutachten ohne Bezug zu konkreten Bauvorhaben basieren, den Erfordernissen für die gebotene Nachweisführung nicht entsprechen.

### Ausblick

Die Ausführungen des OGH sind für sämtliche Mehrkostenforderungen von Relevanz. Den Auftragnehmer trifft die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich konkret entstandener Mehrkosten. Im Prozess muss demnach konkretes Vorbringen erstattet werden, welches auch zu beweisen ist. Eine gute Dokumentation hilft demnach bei der Geltendmachung von Mehrkostenforderungen.

vm



DR. VOLKER MOGEL

BAU- UND BAUVERTRAGSRECHT

GEISTIGES EIGENTUM,  
WETTBEWERBS- UND MEDIENRECHT

ZIVIL- UND UNTERNEHMENSRECHT

## FREIHEITERSITZUNG BEI DER DIENSTBARKEIT EINES BAUVERBOTES

**Negative Dienstbarkeiten, wie die Dienstbarkeit eines Bauverbotes oder auch die Servitut, nicht höher zu bauen, aber auch eine sogenannte AussichtsDienstbarkeit, nach der auf dem dienenden Grundstück nichts unternommen werden darf, um dem Servitutberechtigten die Aussicht ganz oder teilweise zu entziehen, sind in der Rechtspraxis längst anerkannt und kommen immer häufiger zur Anwendung.**

**Der Oberste Gerichtshof (OGH) hatte jüngst über die Frage der Freiheitsersitzung bei der Dienstbarkeit eines Bauverbotes zu entscheiden (OGH 25.01.2023, 8 Ob 74/22y, [www.ris.bka.gv.at/jus](http://www.ris.bka.gv.at/jus)).**

### Sachverhalt

In dem vom OGH beurteilten Sachverhalt hatten sich die Eigentümer einer Liegenschaft dazu verpflichtet, ihr Grundstück als Lagerplatz in Benützung zu nehmen und niemals in Bauplätze umzuwandeln. Sie gaben darauf basierend im Rahmen eines Kaufvertrages ihre ausdrückliche Zustimmung zur Einverleibung der Dienstbarkeit der Unterlassung der Bauführung auf ihrem Grundstück.

Die dienende Liegenschaft wurde in weiterer Folge tatsächlich als Lagerplatz benützt, zudem wurden auf ihr aber diverse Baulichkeiten errichtet, unter anderem rund zwei Jahre nach Abschluss der Dienstbarkeitsvereinbarung ein Lagerraum und ein Lagerschuppen sowie rund neun Jahre nach Abschluss der Dienstbarkeitsvereinbarung eine Abstellhalle und rund 14 Jahre nach Abschluss der Dienstbarkeitsvereinbarung eine Betonmischanlage.

Die zum Zeitpunkt der Klageeinbringung neue Eigentümerin der dienenden Liegenschaft wollte darauf basierend gerichtlich feststellen lassen, dass für die Liegenschaft keine Dienstbarkeit der Nichtverbauung mehr bestehe, da Freiheitsersitzung eingetreten wäre.

### Rechtliche Beurteilung durch den OGH

Entsprechend der Bestimmung des § 1488 ABGB verjährt das Recht der Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch, wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte durch drei aufei-

einanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend macht (Freiheitsersitzung). Auf die Geltendmachung der Freiheitsersitzung kann im Voraus nicht verzichtet werden. Entsprechend dem OGH unterliegen auch Servituten, die nur ein Unterlassen zum Gegenstand haben (negative Servituten), der Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB und verjähren demnach, wenn auf dem dienenden Grundstück der Verpflichtung aus dem Dienstbarkeitsvertrag entgegen gehandelt, von den Eigentümern des herrschenden Grundstücks dagegen aber über den Zeitraum von drei Jahren nicht eingeschritten wird.

Bei der verfahrensgegenständlichen Dienstbarkeit des Bauverbotes handelt es sich um eine solche negative Dienstbarkeit. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt fanden jedenfalls Bautätigkeiten auf der dienenden Liegenschaft statt. Gegen diese Bautätigkeiten ist der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks aber nicht innerhalb von drei Jahren ab Errichtung eingeschritten. Die Voraussetzungen für eine Freiheitsersitzung liegen damit vor.

Vom OGH war darüber hinaus zu prüfen, inwieweit diese Freiheitsersitzung aufgrund der verschiedenen Bebauungen teilweise oder zur Gänze eingetreten ist. Für positive Dienstbarkeiten, wie etwa eine Wegedienstbarkeit, sprach der OGH bereits wiederholt aus, dass die Freiheitsersitzung – je nach dem Umfang der Nichtausübung – auch bloß eine Einschränkung der Dienstbarkeit bewirken kann. Der OGH geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Annahme einer nur teilweisen

Freiheitsersitzung bei Verletzung einer negativen Servitut des Bauverbotes oder der Servitut nicht höher zu bauen, zur Folge hätte, dass in solchen Fällen eine gänzliche Freiheitsersitzung überhaupt nie stattfinden könne. Es könne nämlich immer noch höher oder noch beschwerlicher gebaut werden. Das würde aber eine gänzliche Freiheitsersitzung praktisch unmöglich machen. Der OGH vertritt deshalb die Ansicht, dass die wie auch immer geartete Bebauung eines Grundstücks entgegen einem bestehenden Bauverbot eine ungeteilte Servitutsverletzung im Sinne der Bestimmung des § 1488 ABGB darstellt und der Servitutsberechtigte, möchte er das Servitut nicht nach drei Jahren verlieren, gehalten ist, gegen diese gerichtlich vorzugehen.

Abschließend weist der OGH darauf hin, dass dem Servitutsberechtigten im Falle der Gleichgültigkeit einer konkreten Bebauung die Möglichkeit offen stünde, mit dem Servitutsverpflichteten eine entsprechende Einschränkung des Bauverbotes zu vereinbaren. Ohne eine solche Vereinbarung führt die Akzeptanz des bauverbotswidrigen Zustands über mehr als drei Jahre ohne Erhebung einer Klage aber zum Rechtsverlust nach § 1488 ABGB.

sb



**MAG. STEPHAN BERTUCH**

IMMOBILIENRECHT

BAU- UND  
BAUVERTRAGSRECHT

SCHADENERSATZ- UND  
GEWÄHRLEISTUNGSRECHT

STEIRISCHES JAGDRECHT,  
STRAFRECHT, ARBEITSRECHT

## ZUM MAKLERGESETZ-ÄNDERUNGSGESETZ (MAKLERG-ÄG)

Nach einiger Verzögerung wurde das MaklerG-ÄG (BGBl. I Nr. 24/2023, [www.ris.bka.gv.at/bgbl](http://www.ris.bka.gv.at/bgbl)) im Nationalrat beschlossen und wird nun am 01.07.2023 in Kraft treten. Damit wird insbesondere das „Erstauftraggeberprinzip“ für die Vermittlung von Mietverträgen über Wohnräume im Maklergesetz Eingang finden. Das bedeutet, dass künftig derjenige die Maklerprovision bezahlen muss, der die Leistung des Maklers auch veranlasst hat. Die vom Vermieter in Auftrag gegebenen Vermittlungen sind daher künftig nur mehr von diesem zu bezahlen. Einen Provisionsanspruch gegen den Mieter hat der Makler nur dann, wenn er aufgrund eines Maklervertrages selbst für den Wohnungssuchenden tätig wird und er ihm eine Wohnung vermitteln kann, hinsichtlich derer er noch nicht mit der Vermittlung beauftragt war.

Mit dem MaklerG-ÄG kommt es nicht nur zu einer Entlastung der Mieter, sondern auch zu einer Verbesserung der Transparenz. So sind Vertragsabschlüsse künftig schriftlich oder auf einem dauerhaft verfügbaren Datenträger zu dokumentieren.



MAG. PAMINA MAIER

## ZUR NICHTIGKEIT DER BESTELLUNG EINES GEWERBERECHTLICHEN GESCHÄFTSFÜHRERS BEI MANGELNDER TÄTIGKEIT IM BETRIEB

Die Gewerbeordnung verlangt vom gewerberechtlichen Geschäftsführer, sich im Betrieb „entsprechend zu betätigen“. Insbesondere muss der gewerberechtliche Geschäftsführer eine selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis wahrnehmen, um den Betrieb ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren. Eine Gesellschaft, die ihren gewerberechtlichen Geschäftsführer davon befreit, verstößt gegen § 39 GewO 1994. Im Gegenzug hat der untätige gewerberechtliche Geschäftsführer für die bloße „Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung“ auch keinen Entgeltanspruch.



Nunmehr wurde der OGH (OGH 18.11.2022, 6 Ob 182/22s, [www.ris.bka.gv.at/jus](http://www.ris.bka.gv.at/jus)) mit der Frage konfrontiert, ob eine Vereinbarung zur Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers nichtig sein kann, wenn bereits im Vorhinein klar ist, dass dieser den darin vorgesehenen Verpflichtungen nicht nachkommen wird. Der OGH bejahte dies: Für die Auslegung eines Vertrages ist nämlich primär der übereinstimmende Parteiwille heranzuziehen. Selbst der objektive Erklärungswert eines Vertrages verliert seine Bedeutung, wenn sich die Parteien, wie hier, über einen anderen Inhalt einig sind. Gegenständlich war es daher zu keiner wirksamen Bestellung gekommen.

MAG. DANIEL GREINER

## ZU DEN UNABDINGBAREN SICHERSTELLUNGSBLIEGENHEITEN DES WERKBESTELLERS (§ 1170B ABGB)

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 15.03.2023, 3 Ob 28/23y (OGH 15.03.2023, 3 Ob 28/23y, [www.ris.bka.gv.at/jus](http://www.ris.bka.gv.at/jus)) zu den für den aushaftenden Werklohn zu leistenden Sicherstellungen eines Werkbestellers Stellung genommen. Der Ausgangspunkt dieser Entscheidung war, dass eine gewöhnliche GmbH – die zugleich die Tochtergesellschaft der Werkbestellerin war – der Werkunternehmerin in derselben Höhe des vereinbarten Haftrücklasses eine Sicherungsgarantie abgab. Die Werkunternehmerin akzeptierte die Sicherstellungsurkunde der Werkbestellerin nicht, kündigte den Werkvertrag auf und klagte den in Höhe des Haftrücklasses aushaftenden Werklohn ein. Ungeachtet des bestehenden Haftrücklasses bestätigte der OGH den wirksamen Vertragsrücktritt und verneinte in diesem Fall die Sicherungsgarantie als taugliches Sicherungsmittel, da die vorliegende Sicherungsgarantie einer gewöhnlichen GmbH nicht jene Rechtsposition vermitteln könne, die eine Bank- oder Versicherungsgarantie vermitteln könne.



MAG. MICHAEL KIRSCHNER

## WIEDERVERLEIHUNG VS. EUROPARECHT



Wasserbenutzungsrechte, z. B. für ein Wasserkraftwerk, sind i. d. R. befristet. Sie erlöschen zu einem bestimmten Zeitpunkt. Jedoch kann gem. § 21 Abs. 3 WRG frühestens fünf Jahre und spätestens sechs Monate vor Ablauf der Bewilligungsdauer ein Ansuchen um Wiederverleihung des bereits ausgeübten Wasserbenutzungsrechtes gestellt werden. Geschieht das, hat der bisherige Wasserberechtigte unter bestimmten Umständen Anspruch auf Wiederverleihung des Rechtes. Für die Dauer des Wiederverleihungsverfahrens bleibt die Bewilligung aufrecht.

Ob die Regeln über die Wiederverleihung im Einklang mit Europarecht stehen, hatte kürzlich der Verwaltungsgerichtshof zu klären. Ja, war seine Antwort in der Entscheidung vom [26.01.2023, Ra 2020/07/0068](#). Anlass dafür war ein steirischer Fall, in dem ein italienisches Unternehmen die Wiederverleihung des Wasserbenutzungsrechtes für den Bestand und Betrieb eines fremden Wasserkraftwerkes angestrebt hatte. Es war daher nicht „bisher Berechtigter“ i. S. d. § 21 Abs. 3 WRG, der allein die „Wiederverleihung“ beanspruchen kann. Wasserberechtigt war ein anderes Unternehmen, das damit auch keineswegs einverstanden war.

Das italienische Unternehmen war – wie der VwGH bestätigte – nicht berechtigt, einen Wiederverleihungsantrag für ein Recht zu stellen, das ihm gar nicht zusteht. Wie der VwGH seine Entscheidung begründete, ergibt sich aus deren Volltext im RIS des Bundes (siehe [www.ris.bka.gv.at/vwgh](http://www.ris.bka.gv.at/vwgh)) und auch aus einer Glosse dazu, die demnächst in der Zeitschrift „Recht der Umwelt“ im Verlag Manz erscheint.

**DR. GERHARD BRAUMÜLLER**

## INSIDE KCP



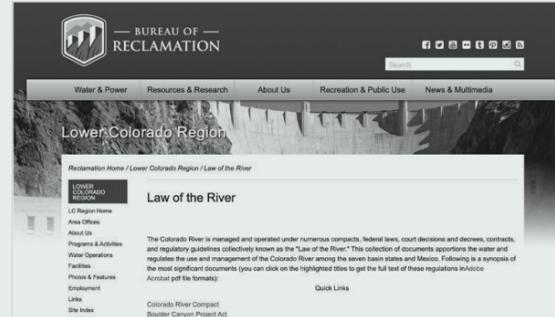
### Mag. Pamina Maier

verstärkt seit November 2022 das Rechtsanwaltsanwärtenteam der Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwältinnen GmbH & Co KG. Sie absolvierte das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz und konnte bereits während ihres Studiums erste Berufserfahrungen sammeln.

Im Rahmen ihrer Diplomarbeit setzte sie sich mit den rechtlichen Grenzen der Parteienfinanzierung in Österreich und Deutschland auseinander. Nach

einem Praktikum in einer kärntner Rechtsanwaltskanzlei und Absolvierung ihrer Gerichtspraxis im Sprengel des Oberlandesgerichtes Graz fand Mag. Pamina Maier unmittelbar den Weg in unsere Kanzlei. Seither beschäftigt sie sich überwiegend mit Fragestellungen aus dem allgemeinen Zivil- und Unternehmensrecht.

## TIPPS & LINKS



### The Law of the River

Wie komplex Wasserrecht auch anderswo sein kann, zeigt dieser Link, über den eine Zusammenstellung der für den Colorado-River maßgeblichen Gesetze, Übereinkommen und Gerichtsentscheidungen abrufbar ist.

Der rund 2.300 km lange Fluss entspringt in den Rocky Mountains in Colorado und mündet in den Golf von Kalifornien, allerdings direkt nur, wenn er noch genügend Wasser führt, ansonsten versickert er schon vor seiner Mündung ins Meer. Er durchfließt u. a. den von ihm geschaffenen Grand Canyon und ist für die Wasserversorgung und die Elektrizitätserzeugung in den US-Bundesstaaten Utah, Nevada, Arizona und Kalifornien von erheblicher Bedeutung und dementsprechend einem enormen Nutzungsdruck ausgesetzt.

### 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](mailto:office@kcp.at).