



EDITORIAL

LIEBE LESERINNEN, LIEBE LESER!

In unserem letzten Newsletter im Jahr 2018 haben wir für Sie wieder besonders interessante Beiträge aufbereitet, die sich unter anderem mit dem Werkvertragsrecht, dem Mietvertragsrecht und dem allgemeinen Zivilrecht befassen.

Die Qualität von Gesetzesentwürfen ist derzeit leider äußerst mangelhaft. Wir überlegen bereits, in unserem Newsletter eine ständige Rubrik mit dem Titel "Heftig kritisierte Gesetzesentwürfe" einzurichten. Diesmal berichten wir über den Entwurf zur Novellierung des Arztesgesetzes, mit dem der Ärztevorberehalt massiv erweitert werden soll, was das "Aus" für viele Gesundheitsberufe bedeuten könnte. Madeleine Buric fasst die Kritikpunkte am Entwurf zusammen.

Was Sie beim Shoppen der Weihnachtsgeschenke - oder beim Umtauschen nach Weihnachten - zu beachten haben, erläutert für Sie Iris Otrebski unter dem Titel "Augen auf beim Geschenkekauf". Vielleicht haben Sie aber zu Weihnachten oder rund um Silvester auch eine Reise geplant; in diesem Fall hoffen wir, dass das Thema "Flugannullierung und Berechtigung zum Ersatz der Kosten der Ersatzbeförderung" für Sie kein Thema wird. Falls aber doch, sollten Sie den Beitrag von Nadine Marschall gelesen haben.

Die Haftung eines Sachverständigen gegenüber Dritten ist – mit den Beispielen Energieausweis, Verkehrswertgutachten und Bestätigungsvermerk - Gegenstand des Beitrages von Petra Rindler. Anschließend informiert sie noch kurz über die wieder möglich gewordene Einsicht in das "Exekutionsregister".

Im Werkvertragsrecht befasst sich Wilfried Opetnik mit dem Sicherstellungszweck bei Kautions und Deckungsrücklass. Und im Mietrecht hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass das im Mietrecht geltende Ablöseverbot auch zwischen Mitmietern gilt; Frank Reiser kommentiert für Sie diese Entscheidung.

Wir hoffen Ihnen mit diesem Newsletter wieder eine interessante und anregende Lektüre bieten zu können. Bitte nehmen Sie Kontakt mit uns auf, wenn Sie Fragen zu einem der Beiträge haben.

Wir wünschen Ihnen schon jetzt einen schönen Jahresausklang und einen guten Start in ein erfolgreiches Jahr 2019!

Manfred Wiener ■



Gesetzgebung / Medizinrecht
Erweiterung des Ärztevorberehalts
im Arztesgesetz?
Madeleine Buric

Zivilrecht
Augen auf beim Geschenkekauf
Iris Otrebski

Reiserecht
Flugannullierung und Kosten der
Ersatzbeförderung
Nadine Marschall

**Haftung für unrichtiges Gutachten
gegenüber Dritten**
Energieausweis, Verkehrswert-
gutachten, Bestätigungsvermerk
Petra Rindler

Update: Exekutionsregister
Einsichtsmöglichkeit in Exekutions-
register
Petra Rindler

Werkvertragsrecht
Sicherstellungszweck bei Kautions
und Deckungsrücklass
Wilfried Opetnik

Mietrecht
Ablöseverbot gilt auch für Mitmieter
Frank Reiser



ÄRZTEGESETZ - ERWEITERUNG DES ÄRZTEVORBEHALTS GESTRICHEN

"AUS" FÜR VIELE GESUNDHEITSBERUFE ABGEWENDET

Der im Oktober 2018 vorgestellte Ministerialentwurf zur Novellierung des Ärztegesetzes schaffte große Rechtsunsicherheit. Der Gesetzgeber hatte eine VwGH-Entscheidung vom 26.4.2018 (Ro 2017/11/0018) zum Anlass genommen, um den in § 2 Abs 2 Ärztegesetz geregelten Ärztevorberehalt dahingehend zu erweitern, dass er nicht nur auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeiten umfasst, sondern sich auch auf komplementär- und alternativmedizinische Heilverfahren erstreckt hätte, ohne dass eine gesetzliche Definition dieser Verfahren erfolgt wäre.

Der VwGH hat im Wesentlichen ausgesprochen, dass für die Zugehörigkeit einer Tätigkeit zum ärztlichen Vorbehaltsbereich maßgebend ist, ob die angewendete Methode ein gewisses Mindestmaß an Rationalität aufweist und für die Durchführung das typischerweise durch ein Medizinstudium vermittelte umfassende Wissen erforderlich ist. Dies führe jedoch dazu, dass je unwissenschaftlicher eine Tätigkeit ist, desto weniger der gerade zu diesem Zweck normierte Arztvorberehalt greife. Unprofessionelle heilkundliche Angebote, die regelmäßig auch gesundheitsgefährdend sein können, entzögen sich sohin einer behördlichen Steuerung durch Verhängung von Verwaltungsstrafen – so die Erläuternden Bemerkungen zum ursprünglichen Gesetzesentwurf.

Die geplante Novelle zog nicht nur rege mediale Resonanz nach sich, sondern regte auch zu zahlreichen kritischen Stellungnahmen von diversen Fachverbänden und Körperschaften, wie der Arbeiterkammer, der Wirtschaftskammer, des Hebammengremiums etc. an. Drei Argumentationsstränge, die gegen eine Umsetzung dieses Ministerialentwurfes sprachen, wiederholten sich mehrfach:

1. In Österreich gibt es derzeit kein einheitliches juristisches Begriffsverständnis für Alternativ- und Komplementärmedizin, sodass der ursprünglich angedachte Gesetzeswortlaut zu unbestimmt war und einem letztlich damit zu befassenden Gericht einen zu weiten Interpretationsspielraum gelassen hätte. Es hätte jegliches alternativ- bzw. komplementärmedizinisches Angebot seine rechtliche Grundlage verlieren können.
2. Der Schutzzweck der Norm, nämlich der Schutz der Patienten, wäre verfehlt worden, da dem Wortlaut nach unprofessionelle heilkundliche Angebote ausschließlich von Ärzten hätten ausgeübt werden dürfen und damit den Anschein von Seriosität erhalten hätten. Dies hätte jedoch an einem grundsätzlich unwissenschaftlichen Vorgehen nichts geändert. Darüber hinaus wäre die Entscheidungsfreiheit der Patienten eingeschränkt gewesen, da möglicherweise entsprechende ärztliche Verordnungen für alternativ- und komplementärmedizinische Maßnahmen notwendig gewesen wären und außerdem der Bedarf zum Beispiel im Falle der Osteopathie nicht allein durch Ärzte hätte gedeckt werden können.
3. Komplementär- und alternativmedizinische Maßnahmen werden nicht nur in der Medizin, sondern zum Beispiel auch in der Psychotherapie, in der klinischen Psychologie, von Apothekern in der Homöopathie etc. eingesetzt. Werden diese Methoden ausschließlich Ärzten vorbehalten, würde dies zu einer erheblichen Einschränkung anderer Gesundheitsberufe wie beispielsweise Hebammen oder Ergotherapeuten, reglementierter Gewerbe mit Gesundheitsbezug, wie etwa Humanenergetikern, der Beherbergungsbranche sowie von Freizeit- und Sportbetrieben führen.

Die Bundesregierung hat sich diese vielfache Kritik offenbar zu Herzen genommen und die ursprünglich geplante Erweiterung gestrichen. Es gilt abzuwarten, ob neuerlich eine Adaptierung des derzeitigen Gesetzeswortlautes in Angriff genommen wird. Aufgrund der höchstgerichtlichen Judikatur scheint

eine Konkretisierung des Ärztevorbehalts nämlich notwendig und auch zweckmäßig, doch bedarf es entsprechender Legaldefinitionen, um den beabsichtigten Patientenschutz tatsächlich zu erreichen und die Tätigkeitsbereiche einer Vielzahl von entsprechend qualifizierten Gesundheitsberufen sowie Gewerbetreibenden nicht zu schmälern.

Madeleine Buric ■



ZIVILRECHT

AUGEN AUF BEIM GESCHENKEKAUF

Das Jahr neigt sich dem Ende zu, langsam macht sich Weihnachtsstimmung breit. Sie haben sich wohl auch schon überlegt, welche Weihnachtsgeschenke Sie für wen besorgen möchten. Auch im größten Einkaufsstress sind jedoch einige Dinge zu beachten, damit die Geschenke beiden Seiten Freude und keinen Ärger bereiten.

ONLINEBESTELLUNGEN

Weihnachtsgeschenke online zu bestellen und sich nach Hause liefern zu lassen ist eine bequeme Alternative zu den in der Vorweihnachtszeit oftmals mit unzähligen weiteren Geschenksuchenden überfüllten Einkaufsstraßen. Doch wer ist dafür verantwortlich, wenn das heiß ersehnte Paket während der Zustellung verloren geht oder beschädigt wird? Für Konsumenten gilt die Faustregel, dass die Gefahr für Verlust oder Beschädigung der bestellten Ware erst dann auf den Käufer übergeht, wenn das Paket an den Käufer selbst oder einen von diesem bestimmten, vom Zustelldienst verschiedenen Dritten (beispielsweise der freundliche Nachbar, der tagsüber gerne Zustellungen entgegen nimmt) ausgehändigt wird. Anderes gilt nur, wenn der Verbraucher selbst einen Beförderungsvertrag abgeschlossen hat, ohne eine der vom Onlineversandhändler vorgeschlagenen Auswahlmöglichkeiten zu nutzen, was jedoch in der Praxis selten vorkommt. In der Regel trägt daher der Versandhändler das Risiko für Verlust oder Beschädigung der Ware. Eine Beschwerde des Verbrauchers an den Zustelldienst mag in einem solchen Fall zwar als Feedback dienen, vertragliche Ansprüche des Verbrauchers gegen den Zustelldienst (dessen Vertragspartner der Verkäufer ist) bestehen jedoch keine.

UMTAUSCH

Stellt sich heraus, dass der Geschenkempfänger das so sorgsam ausgewählte Geschenk bereits lange im Regal stehen hat oder nichts damit anzufangen weiß, denkt so mancher Geschenkgeber vielleicht an einen Umtausch. Doch Achtung: Der österreichischen Rechtsordnung ist ein grundsätzlicher Anspruch auf Umtausch oder Rückgabe fremd. Eine Ausnahme hiervon stellt das 14-tägige Rücktrittsrecht bei Onlinebestellungen dar, welches Konsumenten ohne Angabe von Gründen zusteht; eine vergleichbare gesetzliche Regelung für in einem Geschäft erworbene Waren existiert jedoch nicht. Hier kann es sinnvoll sein, bereits beim Kauf mit dem Händler ein Umtauschrecht für den Beschenkten zu vereinbaren.

Viele Unternehmen bieten jedoch auch ohne explizite Vereinbarung Umtauschmöglichkeiten aus Kulanz und Kundenfreundlichkeit an, einige Onlinehändler auch über die gesetzlich vorgesehene 14-tägige Frist hinaus. Die Bereitschaft des Händlers zum Umtausch oder zur Erstattung des (vollen) Kaufpreises oder einer Gutschrift, weil die grundsätzlich mangelfreie Ware nicht den Vorstellungen entspricht, wird sich dabei vor allem nach der Warenart sowie nach dem Zustand des Artikels richten: Kaum ein Händler wird seine Freude damit haben, wenn beim umzutauschenden Buch bereits der Rücken gebrochen ist. Auch bei personalisierten Geschenken (beispielsweise eine Uhr mit einer persönlichen Gravur) wird die Umtauschbereitschaft nur sehr gering sein. Bei Medienartikeln auf Datenträgern sollte zudem die Schutzfolie unbeschädigt sein, um auszuschließen, dass von dem Datenträger bereits eine Kopie angefertigt wurde.

GEWÄHRLEISTUNG

Hiervon völlig unberührt sind selbstverständlich die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Käufers, wenn die Ware bereits bei der Übergabe mangelhaft oder defekt ist. Dann stehen dem Käufer entweder Austausch oder Verbesserung, oder – wenn dies nicht möglich ist – Preisminderung oder Wandlung

(also die Rückgabe des Artikels gegen Rückerstattung des vollen Kaufpreises) zu. Bei einer Wandlung aufgrund gewährleistungsrechtlicher Ansprüche ist darauf zu achten, dass die Rückerstattung des Kaufpreises in bar (oder gegebenenfalls als Rückbuchung auf das Konto) zu erfolgen hat – die Aushändigung von Warengutscheinen im Wert des Kaufpreises ist hingegen nicht ausreichend.

Um für den Fall der Fälle gerüstet zu sein, empfiehlt es sich, den Kassenbeleg für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aufzuheben und allenfalls auch eine Kopie hiervon anzufertigen, da das heutzutage häufig verwendete Thermopapier mit der Zeit verblasst und schon nach wenigen Monaten unter Umständen nur mehr schlecht oder gar nicht mehr lesbar ist. Bei Onlinebestellungen sollte die Rechnung selbstverständlich abgespeichert, aber auch ausgedruckt werden, um im Falle eines Datenverlustes allfällige Gewährleistungsansprüche trotzdem noch geltend machen zu können.

GUTSCHEINE

Wem das Risiko zu hoch ist, mit einem Geschenk nicht den Geschmack des Beschenkten zu treffen, greift gerne zu Geschenkgutscheinen, etwa in Form von (mit vorgegebenen oder frei wählbaren Beträgen) aufladbaren Geschenkkarten oder Gutscheinen für einen Hotel- oder Thermenaufenthalt. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Gültigkeitsdauer solcher Gutscheine häufig recht kurz angesetzt wird. Wenn diese Befristung zu kurz angesetzt ist, ist sie ungültig und die Gutscheine sind auch nach dem angegebenen Verfallsdatum einlösbar. Die Frage, welche Gültigkeitsdauer (gerade noch) zulässig ist, ist zwar nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Trotz überschrittenen Verfallsdatums sollte man dennoch keinesfalls davor zurückschrecken, die Annahme der Gutscheine oder zumindest die Rückerstattung des bezahlten Gutscheinwertes zu verlangen – andernfalls wäre das Unternehmen, für dessen Waren oder Dienstleistungen die Gutscheine gelten, bereichert. Um sich spätere Streitigkeiten zu ersparen, sollte nach Möglichkeit bereits beim Kauf der Gutscheine darauf geachtet werden, dass gar keine Gültigkeitsdauer angegeben ist. Somit sind die Gutscheine jedenfalls 30 Jahre ab Ausstellung gültig.

Aber selbst bei unbefristeten Gutscheinen sollte sich der Beschenkte mit dem Einlösen nicht zu lange Zeit lassen: Einerseits verlieren Gutscheine durch die Inflation stetig an Wert, sodass beispielsweise bei einem bereits vor mehreren Jahren bezahlten Thermenwochenende eine zwischenzeitige Verteuerung des Aufenthaltes vom Beschenkten aufgezehrt werden müsste. Andererseits besteht stets das Risiko, dass das ausstellende Unternehmen (etwa aufgrund ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklungen) in Konkurs geht. In einem solchen Fall sind auch theoretisch noch gültige Gutscheine nicht mehr von großem Wert, da im Konkursverfahren die Quote oftmals nur sehr gering ist. Der Beschenkte hat dann letzten Endes möglicherweise keine Gelegenheit mehr, sich an seinem Geschenk zu erfreuen.

Wer sich bereits vor dem Besorgen der Geschenke oder zumindest während des Einkaufens kurze Gedanken zu diesen Fragen macht, erspart sich und seinen Lieben möglicherweise nach den Feiertagen die eine oder andere unangenehme Überraschung. In diesem Sinne: Viel Erfolg beim Geschenkekauf und frohe Festtage!

Iris Otrebski ■



REISERECHT

ANNULLIERUNG DES FLUGES – WAS NUN?

Es ist ein unangenehmes Gefühl, am Flughafen zu erfahren, dass der gebuchte Flug annulliert wurde. Oft sind hiermit viele Fragen verbunden: Wie komme ich nach Hause? Schaffe ich es noch, den vereinbarten Termin wahrzunehmen? Wo werde ich heute übernachten?

Seit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (kurz: EU-Fluggastrechteverordnung) am 17. Februar 2005 wurden die Rechte der Fluggäste bedeutend gestärkt.

Im Fall einer Flugannullierung ist das Luftfahrtunternehmen verpflichtet, den Fluggästen Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 8 der Verordnung anzubieten. Die Fluggäste können zwischen nachfolgenden Varianten wählen: vollständige Erstattung der Flugscheinkosten für nicht zurückgelegte Reiseabschnitte und für bereits zurückgelegte Reiseabschnitte, wenn der bereits erfolgte Flug zwecklos geworden ist; unter Umständen auch mit einem Rückflug zum ersten Abflugort zum frühestmöglichen Zeitpunkt; andernfalls eine anderweitige Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt; und zuletzt eine anderweitige Beförderung zum Endziel zu einem späteren Zeitpunkt nach Wunsch des Fluggastes (vorbehaltlich verfügbarer Plätze).

Nun kann es sein, dass das Personal des Luftfahrtunternehmens keine akzeptable Alternative anbietet oder man überhaupt Schwierigkeiten hat, mit einer verantwortlichen Person zu sprechen. In dringenden Fällen wird der Fluggast selbständig einen alternativen Flug buchen und auf den Kosten des neu gebuchten Fluges sitzen bleiben. Einen Ersatz leistet das mit dem ursprünglichen Flug beauftragte Luftfahrtunternehmen wahrscheinlich nicht. Bestenfalls wird ein Gutschein mit einem geringen Betrag als "Entschädigung" angeboten. Doch stellt sich hier die Frage, ob die Kosten der Ersatzbeförderung in bestimmten Fällen nicht doch vom Luftfahrtunternehmen zu bezahlen sind.

Zuletzt befasste sich der Oberste Gerichtshof mit diesem Thema in seiner Entscheidung vom 29.8.2018 zur Geschäftszahl 1 Ob 133/18t. Der Sachverhalt stellte sich zusammengefasst so dar, dass dem Fluggast aufgrund einer Flugannullierung ein Rückflug am nächsten Tag am Nachmittag angeboten wurde. Die Passagierin musste jedoch spätestens am Folgetag zu Mittag in Wien sein. Als Alternative wurde ihr eine Zugverbindung (Nachtzug mit Umsteigen) angeboten. Zudem wurde sie zu dem Schalter einer anderen Fluglinie verwiesen, weil diese Fluglinie wiederum noch zwei Flüge nach Österreich am selben Abend durchführte.

Daraufhin buchte die Passagierin bei der anderen Fluglinie einen dieser Flüge nach Salzburg und fuhr mit einem Zug weiter nach Wien. Das ursprüngliche Luftfahrtunternehmen erstattete der Passagierin die Kosten des annullierten Fluges, die restlichen – die Flugscheinkosten übersteigenden - Kosten für die selbst organisierte Ersatzbeförderung von Düsseldorf nach Wien jedoch nicht.

Der Oberste Gerichtshof führte aus rechtlicher Sicht aus, dass die anzubietende anderweitige Beförderung unter vergleichbaren Reisebedingungen zu erfolgen hat. Die von dem Luftfahrtunternehmen angebotene Zugverbindung am nächsten Tag stellte keine solche Beförderung dar. Das Luftfahrtunternehmen kam seiner Unterstützungspflicht somit nicht nach und verwies die Passagierin zu einem anderen Schalter, sodass sich diese den Rückflug selbst organisieren musste. Dieses Handeln kommt der Verweigerung der Bereitstellung einer Ersatzbeförderung gleich. Das Luftfahrtunternehmen hatte es nämlich unterlassen, den letztendlich von der Passagierin selbst gebuchten Flug der anderen Fluglinie vorzuschlagen und für

diese zu buchen, weshalb sie aufgrund ihres schuldhaften Verhaltens zum Ersatz der restlichen Kosten des Fluges verpflichtet ist. Die Fluglinie musste also auch die zusätzlichen Kosten erstatten, welche den Preis des annullierten Fluges überstiegen.

Diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ist deshalb von Bedeutung, weil sie für zukünftige gleichartige Szenarien präjudiziell ist. Die Mitarbeiter von Luftfahrtunternehmen werden sich künftig voraussichtlich intensiver mit den Anliegen ihrer Passagieren auseinandersetzen und versuchen, eine akzeptable Lösung vorzuschlagen, um weitere Gerichtsverfahren zu vermeiden und im Zuge dessen nicht zur Zahlung der Kosten der Ersatzbeförderung verpflichtet zu werden.

Nadine Marschall ■



HAFTUNG FÜR UNRICHTIGES GUTACHTEN GEGENÜBER DRITTEN

ENERGIEAUSWEIS, VERKEHRSWERTGUTACHTEN, BESTÄTIGUNGSVERMERK

Medial waren in den letzten Jahren oft nur wenige Seiten umfassende "Gutachten" Thema, die nach einer eingehenden Überprüfung den Namen Gutachten nicht verdienen, für deren Verfassung manchmal aber utopisch hohe Beträge bezahlt wurden. Die Frage der Haftung stellt sich bei im politischen Umfeld erstellten "Gutachten" selten, nur in Ausnahmefällen werden solche "Gutachten" Gegenstand eines Strafverfahrens.

ENERGIEAUSWEIS

Anders verhält es sich aber im Immobilien- und Baurecht: den Verfasser von Gutachten trifft zivilrechtlich eine strenge Haftung. In einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH) aus dem Vorjahr (7Ob 38/17i) hatte ein Sachverständiger einen nicht den Regeln der Technik entsprechenden Energieausweis für ein Einfamilienhaus erstellt, welcher eine falsche Kennzahl auswies. Der Käufer der Liegenschaft klagte den Sachverständigen in der Folge auf Bezahlung jener Kosten, die für die Verbesserung des Einfamilienhauses durch eine thermische Sanierung notwendig waren, um auf jenen Heizwärmebedarf zu kommen, der im unrichtigen Energieausweis dargestellt war. Darüber hinaus forderte der Kläger Schadenersatz für den bereits bezahlten erhöhten Heizkostenbedarf in Höhe von rund € 100.000 und die Kosten für die Erstellung eines neuen Energieausweises. Der Kläger begründete dies damit, dass der falsche Energieausweis Grundlage der Kaufentscheidung des Klägers war und das Haus nunmehr nur € 100.000 anstelle der bezahlten € 190.000 wert ist.

Der OGH hat in Fortschreibung der jüngeren Judikatur ausgesprochen, dass einen Sachverständigen immer dann, wenn er damit rechnen muss, dass sein Gutachten die Grundlage für Dispositionen eines Dritten bilden werde, eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zugunsten dieses Dritten trifft. Nur folgerichtig hat der OGH daher ausgesprochen, dass der Sachverständige im gegenständlichen Fall dem späteren Käufer der Liegenschaft grundsätzlich für die Unrichtigkeit seines Gutachtens haftet und stützt sich dabei auf die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw. alternativ auf die Erstreckung von objektiv-rechtlichen Schutzwirkungen auf den Dritten.

Da nach Ansicht des OGH in dem zu beurteilenden Fall der Käufer aber auch einen Anspruch gegen die Verkäuferin auf Preisminderung hat und dieser im gegenständlichen Fall gleich hoch bewertet war wie der Anspruch gegenüber dem Sachverständigen auf Wertminderung der Liegenschaft, besteht der Anspruch des Käufers gegenüber dem Sachverständigen jedoch nur subsidiär. Der OGH hat daher die Klage gegenüber dem Sachverständigen betreffend die Wertdifferenz abgewiesen, weil der Käufer gleichzeitig auch die Verkäuferin geklagt hatte. Für die Ausstellung eines neuen richtigen Energieausweises hat der Sachverständige den Käufern jedoch sehr wohl zu haften, die Verkäuferin nach Ansicht des OGH hingegen nicht.

Was die eingeklagten Aufwendungen für die Kosten der thermischen Sanierung betrifft, hat der OGH unmissverständlich festgehalten, dass der Sachverständige dafür generell nicht haftet, weil er (anders als die Verkäuferin des Einfamilienhauses) nicht für das Erfüllungsinteresse haftet. Der spätere Käufer kann daher vom Sachverständigen auch nicht die Kosten der thermischen Sanierung zur Herstellung des im Energieausweis dargestellten Heizwärmebedarfs und auch nicht den Ersatz erhöhter Heizkosten verlangen.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre kritisiert, weil sich die Verkäufer einer Liegenschaft nicht zur persönlichen Herstellung eines Energieausweises verpflichten, sondern einen solchen nur ex lege beizubringen haben. Der Dritte, nämlich der Sachverständige, sei daher auch kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Außerdem würde der OGH in dieser Entscheidung den Unterschied zwischen den Anspruchsgrundlagen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und eigenständiger Schutz- und Sorgfaltpflichten ebenso unzulässig vermengen wie Fragen betreffend das Thema Subsidiarität. Es bleibt daher weiterhin viel Auslegungsspielraum und Betätigungsfeld für kreative Lösungsansätze und Verteidigungsstrategien in Gerichtsverfahren.

VERKEHRSWERTGUTACHTEN

Die Sachverständigenhaftung Dritten gegenüber hat der OGH aber auch schon in früheren Entscheidungen behandelt und ausgesprochen, dass eine Sachverständige als Erstellerin eines Gutachtens eine Haftung gegenüber jenen Dritten trifft, hinsichtlich jener die Sachverständige damit rechnen muss, dass ihr Gutachten die Grundlage für deren Dispositionen bilden werde. In einer älteren Entscheidung betraf dies ein Gutachten über den Verkehrswert einer Liegenschaft, welches "zur Vorlage bei der Bank" erstellt wurde. In diesem Fall musste der Sachverständigen bei Gutachtenserstellung klar sein, dass ein kreditgewährendes Institut bei seiner Darlehensvergabe auf die Richtigkeit des Gutachtens der Sachverständigen vertrauen wird. Der OGH bejahte auch in diesem Fall daher die Haftung der Sachverständigen der Bank gegenüber.

BESTÄTIGUNGSVERMERK

Ebenso wurde die Dritthaftung des Abschlussprüfers auf der Grundlage des Prüfungsvertrags als Vertrag zugunsten jener (potentiellen) Gläubiger der geprüften Gesellschaft bejaht, die durch die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks angesprochen werden sollen und daher bei ihren wirtschaftlichen Dispositionen davon ausgehen dürfen, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht ihres (potentiellen) Schuldners nach fachmännischer Ansicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen.

Fazit: Ist nach dem vereinbarten Zweck oder auch aufgrund expliziter Vereinbarung davon auszugehen, dass ein Gutachten, eine Expertise oder eine Bewertung/Berechnung nicht nur der eigenen Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht werden soll, sondern (sei es auch nur aufgrund der Natur des Gutachtensgegenstandes) auch Dritten übergeben oder bekannt gemacht wird, sollte man bei der Ausarbeitung des Gutachtens besondere Vorsicht walten lassen. In einem solchen Fall kann der Kreis der potentiell Geschädigten, denen die Sachverständigen schadenersatzpflichtig werden können, recht weit sein. Wer konkret in diesen Kreis einzubeziehen ist, hängt von der Verkehrsübung und der Art des Gutachtens ab.

Petra Rindler ■



EINSICHTSMÖGLICHKEIT IN EXEKUTIONSREGISTER

Ab 1.1.2019 besteht wieder die Möglichkeit - vor Einbringung einer (teuren) Klage bei Gericht - in das "Exekutionsregister" Einsicht zu nehmen, um zu erfahren, ob schon Exekutionsverfahren gegen den Schuldner anhängig sind und welche Vollzugsversuche bereits ergebnislos verlaufen sind. Dies soll Gläubigern helfen, die Einbringlichkeit einer Forderung besser einschätzen zu können, bevor weitere Gerichtskosten anfallen.

Eine solche Einsicht ist nur zulässig, wenn eine Forderung gegen einen Schuldner besteht und man Zweifel an der Bonität des Schuldners bescheinigen kann. Abfrageberechtigt sind – neben Gebietskörperschaften und Sozialversicherungsträgern – nur Rechtsanwälte oder Notare als Vertreter von Gläubigern. Gerne können wir eine solche Abfrage für Sie übernehmen.

Petra Rindler ■



WERKVERTRAG

SICHERSTELLUNGSZWECK BEI KAUTION UND DECKUNGSRÜCKLASS

Insbesondere bei größeren Bauprojekten oder immer dann, wenn Werkhersteller und Werkunternehmer erstmalig miteinander kontrahieren, wird schnell der Begriff "Sicherstellung" in den Vertragsverhandlungsprozess eingeführt. Der Werkbesteller ist daran interessiert, vom Werkunternehmer eine Sicherstellung für die fach- und zeitgerechte Vertragserfüllung zu erhalten (Erfüllungsgarantie). Der zur Vorausleistung verpflichtete Werkunternehmer wird seinerseits danach trachten, das Insolvenzrisiko beim Werkbesteller zu minimieren und seinen Entgeltanspruch bestmöglich abzusichern.

Er wird auf die zwingenden Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgreifen und die Beibringung von Sicherheiten fordern (Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB).

Ob eine im Auftrag des Werkunternehmers von einem Kreditinstitut ausgestellte Bankgarantie nur zur Besicherung des Deckungsrücklasses herangezogen werden oder darüber hinaus auch zur Besicherung sonstiger Ansprüche des Werkbestellers bzw. zur Besicherung des Haftrücklasses für die Dauer der vereinbarten Gewährleistungsfrist verwendet werden kann, hängt von der konkreten Vereinbarung der Vertragsparteien ab.

In der Entscheidung 6 Ob 107/17d hatte der Oberste Gerichtshof darüber zu urteilen, ob eine im Auftrag des Werkunternehmers beigebrachte Deckungsrücklassgarantie auch als Sicherstellung für die Vertragserfüllung herangezogen werden kann. Aus dem Text der Garantieerklärung ergab sich in seiner Gesamtheit durch die mehrfache Bezugnahme auf Teilrechnungen hinreichend deutlich, dass die vom Werkunternehmer beigebrachte Bankgarantie nur der Sicherung von Abrechnungsungenauigkeiten bei den Teilrechnungen dienen und den Auftraggeber vor einer Überzahlung schützen sollte (Deckungsrücklassgarantie). Im Werkvertrag selbst haben die Vertragsparteien keine konkreten Regelungen getroffen, inwieweit die Deckungsrücklassgarantie auch zur Sicherstellung für die Vertragserfüllung dient.

Zwar ist es nach Ansicht des Höchstgerichtes durchaus üblich, dass in der Baubranche und in Werkverträgen der Begriff Deckungsrücklass bzw. Deckungsrücklassgarantie so verstanden wird, wie er z.B. in der ÖNORM A 2050 näher umschrieben ist, nämlich, dass der Deckungsrücklass auch zur Sicherstellung für die Vertragserfüllung dient, sofern die Vertragserfüllung nicht durch eine Kaution abgesichert wird. Trotz dieses Verständnisses kommt es sohin auf die Umstände des Einzelfalles an, welchen Zweck der "Deckungsrücklass" für das konkrete Vertragsverhältnis verfolgt. Je nach Parteienvereinbarung kann der Begriff und somit auch der Umfang der Garantie (Sicherstellung) enger oder weiter verstanden werden. Wenn die Vertragsparteien daher keine konkreten vertraglichen Regelungen getroffen und kein bestimmtes, übereinstimmendes Verständnis über den Sicherstellungszweck haben, auch nicht ein solches im Sinne der ÖNORM A 2050, dann ist primär auf den konkreten Text der Garantieerklärung abzustellen. Dies umso mehr, als der Oberste Gerichtshof bei der Beurteilung der Formulierung von Garantieerklärungen judiziert, dass Garantieerklärungen im Zweifel eher eng auszulegen sind.

Vor diesem Hintergrund beurteilte das Höchstgericht in der oben zitierten Entscheidung die in der Garantieerklärung gewählte Formulierung einschränkend als lediglich der Sicherung von Abrechnungsungenauigkeiten dienend und gab der Klage gegen den Auftraggeber auf Rückzahlung des Garantiebetrages statt.

Für die unternehmerische Praxis bedeutet dies, dass eine klare Beschreibung zu Umfang und Zweck der vereinbarten Sicherstellungen im Vertrag vorzunehmen ist. Soll ein vereinbarter Deckungsrücklass auch zur Sicherstellung der Vertragserfüllung dienen, so ist dies ausdrücklich zu vereinbaren bzw. durch

Bezugnahme auf die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 festzulegen, sofern die Vertragserfüllung nicht durch eine gesonderte Kautionsabgabe abgesichert ist. Fehlen hingegen klare Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien zum Zweck der Sicherstellung, dann ist im Streitfall primär die (enge) Auslegung des Textes der Garantieerklärung maßgebend.

Wilfried Opetnik ■



MIETRECHT

ABLÖSEVERBOT GILT AUCH FÜR MITMIETER

Nach § 27 Absatz 1 Ziffer 1 des Mietrechtsgesetzes (MRG) sind Vereinbarungen verboten und damit ungültig, wonach ein neuer Mieter allein dafür, dass sein Vormieter den Mietgegenstand aufgibt, dem Vermieter oder seinem Vormieter eine "Ablöse" zu bezahlen hat. Zulässig sind nur solche Ablösezahlungen, für die der neue Mieter eine gleichwertige Gegenleistung erhält – zum Beispiel Zahlungen für übernommenes Mobiliar des Vormieters. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dieses Ablöseverbot für "neue Mieter", also für Personen, die wegen des noch nicht erfolgten Mietvertragsabschlusses noch keine rechtlich gesicherte Position erlangt haben und sich somit in einer gewissen "Drucksituation" befinden. Was aber gilt, wenn eine Ablösevereinbarung zwischen Mitmietern abgeschlossen wird, also zwischen Personen, die bereits gemeinsam ein Objekt angemietet haben? Mit dieser Fallkonstellation hat sich der Oberste Gerichtshof (OGH) in seiner Entscheidung vom 29.5.2018 (GZ: 4 Ob 79/18y) befasst.

Klägerin und Beklagte hatten gemeinsam einen Mietvertrag über ein Bestandobjekt in Wien zur Verwirklichung eines gemeinsamen Projektes abgeschlossen. Nachdem dieses Projekt allerdings scheiterte, schlossen die beiden Mieter eine Vereinbarung mit dem Zweck ab, der verbleibenden Mitmieterin künftig das alleinige Mietrecht an dem Bestandobjekt zu verschaffen. Nach dieser Vereinbarung sollte die beklagte Mitmieterin, die künftig den Mietvertrag alleine übernehmen wollte, der Klägerin unter der Voraussetzung, dass der Vermieter dem Ausstieg der Klägerin aus dem Mietvertrag zustimmt, einen Betrag in Höhe von € 36.000 bezahlen. Die Beklagte bezahlte aufgrund dieser Vereinbarung auch einen erheblichen Teil dieser Summe, einen Rest in Höhe von ca. € 10.000 blieb sie der ausgeschiedenen Mieterin aber schuldig, die diesen Betrag in weiterer Folge einklagte. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren der ausgeschiedenen Mieterin auch zunächst mit der Begründung statt, dass das Ablöseverbot gemäß § 27 Absatz 1 Ziffer 1 MRG in der vorliegenden Fallkonstellation nicht zur Anwendung komme. Nach der Argumentation des Erstgerichts sei die Beklagte schließlich Mitmieterin gewesen und habe damit bereits eine rechtlich gesicherte Position erlangt, womit sie nicht in den Schutzbereich des § 27 MRG falle. Das Berufungsgericht teilte diese Ansicht des Erstgerichts jedoch nicht und wies das Klagebegehren ab. Der Fall landete letztlich vor dem OGH, der sich der Ansicht des Berufungsgerichts anschloss. Für den Fall des Ausscheidens eines Mitmieters aus dem Mietverhältnis sei für die Beurteilung der rechtlich gesicherten Position nach Ansicht des OGH nicht etwa auf die Eigenschaft als Mitmieter, sondern vielmehr auf das "Alleinmietrecht" abzustellen. Im Hinblick auf dieses Recht habe die beklagte Mitmieterin, die den Mietvertrag alleine übernehmen wollte, aber vor Abschluss der Ablösevereinbarung mit der Klägerin noch keine gesicherte Rechtsposition gehabt. Um das Bestandsobjekt für sich alleine haben und behalten zu können, sei diese vielmehr dazu gezwungen gewesen, sich auf die Ablösevereinbarung mit der Klägerin einzulassen. Damit habe auch eine relevante "Drucksituation" im Sinne des § 27 MRG für die beklagte Mitmieterin vorgelegen. Selbst wenn die notwendige Zustimmung des Vermieters oder ein Weitergaberecht bestehen sollte, schließt dies das Ablöseverbot gemäß § 27 MRG nach Ansicht des OGH nicht aus (vgl. schon OGH 1 Ob 148/07g mWN; vgl. auch OGH 3 Ob 268/03y).

Der OGH stellt in seiner Entscheidung vom 29.5.2018 somit unmissverständlich klar, dass das Ablöseverbot gemäß § 27 Absatz 1 Ziffer 1 MRG auch im Verhältnis zwischen Mitmietern zur Anwendung kommt.

Frank Reiser ■



Handbuch des Ziviltechnikerrechts, 2. Auflage

Dieses nunmehr in zweiter Auflage erschienene Werk gibt einen detaillierten Überblick über alle relevanten Bereiche des Ziviltechnikerrechts. Es baut auf dem 1991 erschienenen Buch „Der Architektenvertrag“ von Pflaum/Schima auf und stellt eine wesentliche Erweiterung und Aktualisierung dieses Standardwerkes dar. Hier wurde ein aktuell überarbeitetes und um neue Kapitel ergänztes Handbuch für den Praktiker geschaffen, das auf eine übersichtliche Darstellung ebenso viel Wert legt wie auf profunde Detailinformation.

Neu gestaltete Musterverträge ergänzen die zahlreichen nützlichen Praxistipps.

Preis € 59,- | 2. Auflage | Wien 2015 | 296 Seiten | ISBN 978-3-7007-6157-0

[Erhältlich im Verlag LexisNexis](#)

IMPRESSUM

Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:

PFLAUM KARLBERGER WIENER OPETNIK Rechtsanwälte
A-1010 Wien, Nibelungengasse 1
T: +43 1 587 63 68
F: +43 1 586 78 08
E: pkp@pkp-law.at
H: www.pkp-law.at

Grundlegende Ausrichtung des Mediums:

Der Newsletter richtet sich an Mandanten der Kanzlei und sonstige an Rechtsfragen interessierte Personen.

Fotos:

Roland Unger, Andreas Buchberger, Manfred Wiener

Layout:

Christian Opetnik (pixelpoint multimedia werbe gmbh)

HINWEIS

Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit. Falls Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten wollen, können Sie sich über unsere eMailadresse datenschutz@pkp-law.at abmelden. Adressänderungen, Anregungen, Wünsche und Beschwerden richten Sie bitte an pkp@pkp-law.at.