

# TE OGH 2021/6/25 8Ob103/20k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.06.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernhard Fink, Dr. Peter Bernhart, Mag. Klaus Haslinglehner, Dr. Bernd Peck, Mag. Kornelia Kaltenhauser, LL.M., Mag. Michael Lassnig, Rechtsanwälte in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei S\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Florian Mitterbacher, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen 154.082,86 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 12. August 2020, GZ 4 R 69/20d-26, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 7. April 2020, GZ 50 Cg 50/19d-22, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Teilurteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben.

Die Rechtssache wird insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die beklagte Stadtgemeinde beauftragte die Klägerin als Generalunternehmerin mit der Neuerrichtung einer Mehrzweckhalle. Dieser Vertrag wurde am 25. 11. 2008 vom Land Kärnten aufsichtsbehördlich genehmigt, Baubeginn war im September 2008. Auf Ersuchen des damaligen Bürgermeisters derBeklagten arbeitete der Geschäftsführer der Klägerin ein Konzept zur optimalen Energieeffizienz für diese Halle aus, in dem eine gegenüber dem ursprünglichen Vertrag verbesserte Eisaufbereitungsanlage vorgesehen war. Da die Beklagte über die dafür erforderlichen zusätzlichen Mittel von rund 330.000 EUR netto nicht verfügte, sollte die Finanzierung im Wege eines mit der Klägerin abzuschließenden sogenannten „Contracting“-Vertrags über eine Laufzeit von 15 Jahren erfolgen und damit gleichzeitig sichergestellt werden, dass bestimmte Betriebskosten für die Halle nicht überschritten werden. Die verbesserte Haustechnikanlage wurde tatsächlich in die im Wesentlichen bis 23. 12. 2008 fertig gestellte Halle eingebaut.

[2] Am 14. 4. 2009 unterzeichneten die Streitteile einen von der Klägerin formulierten „Energieoptimierungs- und Wartungsvertrag“. Die beklagte Gemeinde holte keine Genehmigung der Aufsichtsbehörde für diesen Vertrag ein, weil ihr damaliger Bürgermeister dies für nicht erforderlich hielt und auch die Aufsichtsbehörde auf Nachfrage diese

Ansicht vertrat. Im Zuge von Überprüfungen beanstandete die Aufsichtsbehörde das Fehlen einer Genehmigung nicht.

[3] Aufgrund dieses Vertrags leistete die beklagte Partei ab 2009 bis 2016 an die Klägerin jährliche Entgelte, insgesamt rund 982.800 EUR, wovon rund 55.000 EUR pro Jahr auf die Stromkosten entfielen. Diese Zahlungen erfolgten aus den laufenden Einnahmen der Beklagten, die dafür keine Fremdfinanzierung aufnahm.

[4] Mit Schreiben vom 30. 6. 2016 löste die beklagte Partei den „Energieoptimierungs- und Wartungsvertrag“ unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten zum 30. 9. 2016 auf und wies darauf hin, dass sie abweichend von Punkt 10. dieses Vertrags nicht die volle verbleibende „Restsumme aus den Investitionen laut Beilage abzüglich AfA“ tätigen werde. Sie erklärte sich allerdings bereit, die monatlichen Tilgungsraten des von der klagenden Partei für die Finanzierung der Investitionen aufgenommenen Bankkredits zu übernehmen. Mit Juni 2017 stellte sie auch diese Zahlungen an die klagende Partei ein.

[5] Zu diesem Zeitpunkt betrug der Buchwert der von der Klägerin getätigten Investitionen in die Mehrzweckhalle der Beklagten, die von ihr als Investitionen in fremde Betriebsgebäude verbucht und auf eine Laufzeit von 15 Jahren abgeschrieben wurden, abzüglich der bis zu diesem Zeitpunkt bereits getilgten AfA 154.082,86 EUR.

[6] Im Prozess begehrt die Klägerin, primär gestützt auf Punkt 10 des Energieoptimierungs- und Wartungsvertrags („Bei Kündigung oder Auflösung des Vertrages wird die vom Auftragnehmer getätigte Investitionssumme laut Beilage abzüglich der bereits getilgten AfA fällig“), die Zahlung von 154.082,86 EUR samt Verzugszinsen. Es handle sich um einen Dienstleistungsvertrag, der die Energielieferung, die Überprüfung und Wartung aller Anlagenteile, Monitoring-Sitzungen zur Analyse, Optimierung und Verbesserung der Anlage mit Mitarbeitern der Beklagten, laufende Justierung und Einstellung der Gebäudeleittechnik, wiederholte Unterweisung der Eismeister, Überprüfung und Unterstützung bei Fehlermeldungen und Ablauforganisation bei Schadensbehebung, punktuelle Verbesserung der Anlage sowie jährliche Mithilfe beim „Abeisen“ und „Aufeisen“ beinhaltet habe. Die Hauptleistungen der Klägerin hätten der Energieverbrauchsoptimierung samt Wartung und laufender Verbesserung der haustechnischen Anlage gedient. Für den Fall, dass eine erforderliche aufsichtsbehördliche Genehmigung von der Beklagten nicht eingeholt wurde, hafte sie aus dem Titel des Schadenersatzes. Hilfsweise stütze sich die Klage auch auf Bereicherung, weil eine Berufung auf Formvorschriften es nicht rechtfertige, dass eine Gemeinde zu ihrem Nutzen gemachte Aufwendungen kostenlos erhalte.

[7] Die beklagte Partei wandte – soweit im Revisionsverfahren noch wesentlich – ein, der Vertrag vom 14. 4. 2009 sei mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung unwirksam. Es sei der Klägerin von Anfang an bewusst gewesen, dass eine solche Genehmigung für dieses Finanzierungsgeschäft erforderlich sei. Darüber hinaus wandte sie den Klagsbetrag übersteigende Schadenersatzansprüche als Gegenforderungen ein.

[8] Das Erstgericht sprach aus, dass die Klagsforderung zu Recht und die eingewendete Gegenforderung nicht zu Recht bestehe und gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Der Energieoptimierungs- und Wartungsvertrag sei dem Typus „Contracting-Vertrag“ zur Energieversorgung zuzuordnen. Er unterliege als solcher nach den Regelungen der Kärntner Allgemeinen Gemeindeordnung (K-AGO) keiner Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde. Die eingewendeten Gegenforderungen seien verjährt und daher inhaltlich nicht mehr zu prüfen.

[9] Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Beklagten teilweise Folge. Es bestätigte, dass die Klagsforderung zu Recht und eine Gegenforderung von 94.307,38 EUR nicht zu Recht bestehen. Hinsichtlich der weiteren Gegenforderung von 72.850,09 EUR hob es das erstgerichtliche Urteil zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

[10] Das Berufungsgericht billigte die Rechtsansicht, dass der „Energieoptimierungs- und Wartungsvertrag“ keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterlag, weil die darin zu erblickende Finanzierungskomponente gegenüber dem Hauptzweck, der Optimierung und Begrenzung der laufenden Energiekosten, völlig in den Hintergrund trete. Soweit sich die Gegenforderungen der Beklagten auf die Rückerstattung von nach dem 8. 5. 2016 geleisteten vertraglichen Entgelten stütze, seien zur abschließenden rechtlichen Beurteilung noch ergänzende Feststellungen erforderlich.

[11] Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision und den Rekurs für zulässig, weil die Frage, ob ein gemischter Vertrag, der auch Elemente des Finanzierungsleasings enthält, der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach § 104 K-AGO unterliegt, in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht eindeutig

geklärt sei.

[12] Die von der Klägerin beantwortete Revision der beklagten Partei ist aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen zulässig. Sie ist im Sinn des enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

[13] 1. Die Revisionswerberin vertritt den Standpunkt, die Genehmigungspflicht nach § 104 K-AGO komme bereits dann zum tragen, wenn der zu beurteilende Vertrag auch nur Elemente enthalte, die für sich allein grundsätzlich genehmigungspflichtig wären. Mangels Erteilung einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde sei der strittige Vertrag nie rechtswirksam zustande gekommen und das Klagebegehren aus diesem Grund abzuweisen.

[14] 2. Nach § 104 Abs 1 lit a K-AGO, LGBl 66/1998 in der bei Vertragsabschluss 2009 geltenden Fassung, bedurften bestimmte Geschäfte einer Gemeinde, darunter die „Aufnahme von Darlehen und der Abschluss von Leasingverträgen, ausgenommen für Angelegenheiten der laufenden Verwaltung“ (mit hier nicht weiter relevanten Ausnahmen) der Genehmigung durch die Landesregierung. Nach Abs 5 leg cit werden genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte der Gemeinde erst mit der Genehmigung der Landesregierung rechtswirksam.

[15] 2.1. Für die Prüfung der Gültigkeit eines von einer Gemeinde abgeschlossenen Vertrags kommt es im Sinn des § 867 ABGB entscheidend auf die Bestimmungen der Gemeindeordnung an (RIS-JustizRS0014699). Vorschriften der Gemeindeordnung bringen Einschränkungen der Vertretungsmacht des zur Vertretung befugten Organs nach außen mit sich (RS0014664 [T7]).

[16] 2.2. Bedarf ein Geschäft der Zustimmung der Aufsichtsbehörde, dann ist es ohne diese Zustimmung schwebend unwirksam, außer die Mitwirkung dient – was hier nicht der Fall ist – nur internen Zwecken (Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 867 Rz 9; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 867 Rz 15; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 867 Rz 10, alle jeweils mwN).

[17] Die Funktion eines Genehmigungsvorbehalts als Mittel der präventiven Kontrolle von Rechtshandlungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist nur dann gewährleistet, wenn die Wirksamkeit des zu kontrollierenden Rechtsakts von der Erteilung der Genehmigung abhängt. Andernfalls bliebe eine Verletzung des Genehmigungsvorbehalts ohne Folgen, weil die Mittel der repressiven Verwaltungskontrolle im Fall privatrechtlicher Verträge nicht wirksam eingreifen (10 Ob 14/19k; 8 Ob 11/11t).

[18] Die in den Organisationsvorschriften von juristischen Personen des öffentlichen Rechts enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe sind auch im Außenverhältnis wirksam, sie schützen nicht zuletzt auch die Interessen der juristischen Person selbst (RS0014717).

[19] 2.3. Die Gemeindeaufsicht erfasst den gesamten eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde einschließlich der Privatwirtschaftsverwaltung. Sie ist eine Verwaltungsaufgabe, die in Hoheitsverwaltung zu erfüllen ist (Hauer in Klug/Oberndorfer/Wolny, Das Österreichische Gemeinderecht, 17. Teil, Gemeindeaufsicht [2008] Rz 5 ff).

[20] Die Genehmigung ist grundsätzlich durch Bescheid zu erteilen oder zu verweigern (Hauer aaO Rz 155). Der Bescheid ist schriftformgebunden und setzt – wie erwähnt – förmliches Verwaltungshandeln voraus (RS0112634), sodass ein Stillschweigen der Behörde nicht Bescheidcharakter haben kann.

[21] Im vorliegenden Verfahren ist kein Bescheid der Aufsichtsbehörde über die Genehmigung des Contracting-Vertrags (oder deren Versagung) ergangen. Der festgestellten, von „der Aufsichtsbehörde“ gegenüber der Gemeinde formlos erteilten Auskunft, dass keine Genehmigungspflicht bestehe, kommt nach den dargelegten Grundsätzen kein Bescheidcharakter zu. Das gilt auch für das Unterbleiben von Beanstandungen im Zuge von „aufsichtsbehördlichen Überprüfungen“, zu deren Gegenstand nichts festgestellt ist.

[22] Auf die weitergehenden Ansätze in der Rechtsprechung zu formlosen Genehmigungen (VfGH B 1033/00, VfSlg 16.159/2001, vgl auch 2Ob79/13a&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=False&SucheNachText=True" target="\_blank">2 Ob 79/13a Pkt 1 mwN) ist hier schon mangels entsprechender Grundlagen im Verhältnis zur Klägerin nicht einzugehen.

[23] 2.4. Zivilgerichte sind dann an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden gebunden, wenn diese über eine im Zivilverfahren zu prüfende Vorfrage als Hauptfrage entschieden haben (RS0109294; RS0037051 ua). Die Bindungswirkung setzt die Rechtskraft des Bescheids der Verwaltungsbehörde voraus.

[24] Liegt überhaupt kein Bescheid vor, weil – wie hier – die Gemeinde nicht um eine aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht hat, dann hat das Gericht als Vorfrage zu beurteilen, ob ein grundsätzlich der Genehmigungspflicht nach § 104 K-AGO unterliegendes Geschäft vorlag.

[25] 3. Die Vorinstanzen haben ihren Entscheidungen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (vgl. 2 Ob 182/10v) zugrunde gelegt, dass der zu beurteilende Vertrag als sogenanntes „Anlagen-Contracting“ Elemente verschiedener Vertragstypen aufweist.

[26] 3.1. Die Klägerin hat die Anlage zunächst im Rahmen eines Werkvertrags geplant. Ihre vertragliche Verpflichtung zur Energielieferung ist nach der Rechtsprechung als Kaufvertrag in Form eines Sukzessivlieferungsvertrags zu qualifizieren (RS0025878). Der zentrale Zweck, nämlich die laufende Optimierung und betragliche Limitierung des zum Betrieb der Halle erforderlichen Energieverbrauchs, weist wieder werkvertraglichen Charakter auf.

[27] 3.2. Darüber hinaus enthält der Contracting-Vertrag aber, wovon die Vorinstanzen richtig ausgegangen sind, auch Elemente eines Finanzierungsleasings. Bei diesem steht nicht die vorübergehende Verschaffung der Gebrauchsmöglichkeit des Wirtschaftsguts im Vordergrund, sondern es geht darum, dass sich der Leasingnehmer an sich für den dauernden Einsatz eines bestimmten Guts entschieden hat und der Leasinggeber bei wirtschaftlicher Betrachtung vor allem die Funktion eines Kreditgebers erfüllt (RS0020750).

[28] Die in der Eishalle der Beklagten fest eingebaute haustechnische Anlage war hier nicht nur Mittel und Werkzeug der Klägerin, um ihre laufenden Contracting-Leistungen erbringen zu können, sondern ein betriebsnotwendiger Bestandteil der Eishalle, der dementsprechend auch nach Ablauf der Vertragsdauer ohne Aufzahlung in das Eigentum der Beklagten übergehen sollte. Die Contracting-Vereinbarung verfolgte neben dem primären Ziel der Energieverbrauchsoptimierung auch den Zweck, die für die Beklagte nicht sofort leistbare höherwertige Anlage langfristig zu finanzieren.

[29] 3.3. Diese Elemente verschiedener Vertragstypen spiegelten sich im vereinbarten Bezugspreis wieder, der die Amortisation der von der Klägerin vorfinanzierten Anschaffung der Anlage, die bedungene technische Betreuung und den laufenden Energiepreis kombiniert.

[30] 3.4. Bei gemischten Verträgen ist für die Beurteilung jeder einzelnen Leistungspflicht die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift heranzuziehen (RS0013941). Das gilt um so mehr, wenn für einzelne in den gemischten Vertrag aufgenommene Leistungspflichten zwingende Bestimmungen gelten. Diese Bestimmungen sind auf die jeweils davon erfassten Leistungspflichten anzuwenden (4 Ob 180/07k). Es besteht auch kein Anlass, als Wirksamkeitsbedingung normierte aufsichtsbehördliche Zustimmungserfordernisse von dieser kombinierten Betrachtung auszuschließen.

[31] Dies führt hier zu dem Ergebnis, dass die Contracting-Vereinbarung wegen des darin enthaltenen Leasingvertrags grundsätzlich dem Genehmigungsvorbehalt nach § 104 Abs 1 lit a K-AGO unterlag. Der Senat vermag sich der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass dem Leasing-Element im gesamten Vertragswerk nur eine so untergeordnete Bedeutung zugekommen sei, dass es in der Gesamtbetrachtung zu vernachlässigen wäre, nicht anzuschließen.

[32] Nach den Feststellungen wäre eine Contracting-Vereinbarung zur Optimierung und Limitierung der laufenden Energiekosten wohl auch ohne dieses Element denkbar gewesen, wenn die Streitparteien stattdessen den Vertrag über die Errichtung der Eishalle um die gewählte bessere Haustechnikanlage erweitert hätten und sie dementsprechend schon zusammen mit den Errichtungskosten bezahlt worden wäre. Gerade weil die Beklagte dazu aber finanziell nicht in der Lage war, wurde die vorliegende Variante unter Einschluss der Finanzierungskomponente gewählt. Bei einem Investitionsvolumen von über 300.000 EUR netto, das rund 13 % der gesamten projektierten Kosten der Eishallenerrichtung entsprach und eine kreditähnliche finanzielle Verpflichtung der Gemeinde für 15 Jahre begründete, kann von einem nur nebensächlichen Vertragsbestandteil nicht gesprochen werden.

[33] 3.5. Nach § 104 Abs 1 lit a K-AGO ist eine aufsichtsbehördliche Genehmigung von Kredit- und Leasingverträgen dann nicht erforderlich, wenn es sich um Angelegenheiten der „laufenden Verwaltung“ handelt.

Welche Aufgaben konkret der laufenden Verwaltung zuzurechnen sind, die in der Kompetenz des Bürgermeisters liegt, ist in der K-AGO nicht näher ausgeführt. In den Erläuterungen zu diesem Landesgesetz werden beispielhaft Aufgaben wie insbesondere die Auszahlung von Löhnen und Gehältern an die Bediensteten der Gemeinde, die Aufnahme von vorübergehend benötigten Bediensteten, die Auszahlung von Gemeinderatsentschädigungen oder Reisekosten, die Beschaffung der notwendigen Kanzleierfordernisse, die Erneuerung kleinerer Inventargegenstände, kleinere Instandhaltungsarbeiten an Gebäuden und Einrichtungsgegenständen, die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge und der vertraglich festgesetzten Versicherungsprämien oder die Leistungen von Miet- und Pachtzinsen genannt (Neger, Kompetenz des Bürgermeisters in Ausübung der laufenden Verwaltung der Gemeinde, RFG 2018/14, 77). Unter Angelegenheiten der laufenden Verwaltung sind also vor allem wiederkehrende, regelmäßig vorkommende Verwaltungsaufgaben der Gemeinde ohne weittragende finanzielle, wirtschaftliche, politische oder ähnliche Bedeutung zu verstehen (6 Ob 146/13h mwN; VwSlg 9989A/1979 [FN 4]; Neger aaO).

[34] Der Abschluss eines Vertrags von der erheblichen und langfristigen wirtschaftlichen Bedeutung des vorliegenden Vertrags kann daher auch bei weiter Auslegung nicht unter diesen Ausnahmetatbestand subsumiert werden.

[35] 4. Zusammenfassend macht die Revision daher zutreffend geltend, dass die Contracting-Vereinbarung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft hätte. Da eine solche Genehmigung nicht vorliegt, ist der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen, sondern schwebend unwirksam, und kann die Klägerin die primär begehrte Erfüllung nicht verlangen.

[36] Die Rechtssache erweist sich damit aber noch nicht als spruchreif.

[37] In den Fällen der Unwirksamkeit eines Geschäfts wegen Fehlens besonderer Gültigkeitsvoraussetzungen nach § 867 ABGB wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit der Haftung des Rechtsträgers für culpa in contrahendo anerkannt (RS0009178; 8 Ob 11/11t mwH). Umstände, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehen, sind dem anderen Vertragspartner mitzuteilen. Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften sind verpflichtet, den Partner durch ihre Verhandlungsführer als Erfüllungsgehilfen über die Gültigkeitsvoraussetzungen des beabsichtigten Geschäfts aufzuklären, sofern diese ihrem Organ bekannt oder leichter erkennbar sind als dem Partner. Wird der Partner im guten Glauben gelassen, es bestehe keine Genehmigungsbedürftigkeit, haftet die öffentlich-rechtliche Körperschaft auf das Vertrauensinteresse, wenn die Genehmigung in der Folge nicht erteilt wird (8 Ob 11/11t mwH; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 867 Rz 14; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 867 Rz 13).

[38] Die Klägerin hat ihren Anspruch für den Fall, dass der Contracting-Vertrag einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurfte, hilfsweise auch auf eine Schadenersatzpflicht der Beklagten, die ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Einholung nicht nachgekommen sei, und auf bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gestützt.

[39] Zur Beurteilung dieser Anspruchsgrundlagen reichen die auf Grundlage einer vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten rechtlichen Beurteilung bisher getroffenen Feststellungen nicht aus. Zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung werden diese rechtlichen Aspekte mit den Parteien zu erörtern und der Klägerin Gelegenheit zur allfälligen Modifikation ihres Begehrens zu eröffnen sein.

[40] 5. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

**Textnummer**

E132369

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2021:0080OB00103.20K.0625.000

**Im RIS seit**

13.08.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

24.01.2022

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)