



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Smart Living - Kleinwohnungen mit Extras“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Dr. iur. Klaudia Angerbauer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the de-

gree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2017 / Vienna 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt / A 992 361

Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

Universitätslehrgang lt. Studienblatt / Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.) UG2002

Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Betreut von / Supervisor:

Prof. Arch. Dipl. Ing. Michael Pech, MRICS

Prof. Dr. Helmut Ofner

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Kleinwohnung mit viel Komfort als Wohnbedürfnis und Wirtschaftsfaktor	1
1.2	Demographische und marktpolitische Entwicklung	2
1.3	Referenzobjekte	6
1.4	Forschungsfrage	8
1.5	Methodische Vorgehensweise und Aufbau der Arbeit.....	8
1.6	Prämissen und Definitionen	9
2	Gemeinschaftsbereiche	11
2.1	Gemeinschaftsbereiche als allgemeiner Teil der Liegenschaft	11
2.1.1	Ungeregelte Nutzung	12
2.1.2	Sondernutzung per Benützungregelung gem. § 17 WEG	13
2.1.3	Geltung für den Rechtsnachfolger	19
2.1.4	Geltung für den Mieter und Abgrenzung zur Hausordnung.....	19
2.1.5	Betriebs- und Erhaltungskosten	21
2.2	Gemeinschaftsbereiche als eigene WE-Objekte	24
2.2.1	Zulässigkeit der WE-Begründung	25
2.2.2	Zurverfügungstellung der Gemeinschaftsanlagen durch den Eigentümer an die übrigen Wohnungseigentümer	27
2.2.3	Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft.....	28
2.2.4	Abschluss und Ausgestaltung der Mietverträge	31
2.3	Absicherung durch spezifische Widmung	33
3	Services	37
3.1	Abgrenzung zum Beherbergungsbetrieb.....	37
3.2	Abgrenzung zum Heim.....	41
3.3	Dienstleistungsverträge.....	42
3.3.1	Vertragsüberbindung und Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft.....	43

3.3.2	Rahmen der Zulässigkeit der Vertragsüberbindung.....	45
3.4	Dilemma und Lösungsansatz.....	47
4	Rechtsbehelfe.....	49
4.1	Gewährleistung.....	49
4.1.1	Bedungene Eigenschaft.....	49
4.1.2	Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft.....	50
4.1.3	Werbeaussagen.....	51
4.1.4	Zeitpunkt des Vorliegens des Mangels.....	52
4.1.5	Ausschluss und Verzicht.....	53
4.1.6	Geltendmachung.....	54
4.2	Geschäftsirrtum.....	54
4.2.1	Anfechtung wegen Irrtum.....	54
4.2.2	Anpassung des Vertrages.....	56
4.2.3	Arglistige Irreführung.....	57
4.2.4	Geltendmachung.....	60
4.2.5	Konkurrenz zur Gewährleistung.....	60
4.3	Schadenersatz.....	60
4.3.1	Schadenersatz bei arglistiger Irreführung.....	61
4.3.2	Schadenersatz für Mangelschaden.....	61
4.3.3	Mitverschulden des Käufers.....	62
4.3.4	Geltendmachung.....	63
5	Empfehlungen.....	64
6	Literatur- und Judikaturverzeichnis.....	66
6.1	Selbständige Werke.....	66
6.2	Aufsätze.....	67
6.3	Sonstige Quellen.....	68
6.4	Judikatur.....	70

Anhangverzeichnis

Nr.	Bezeichnung
Anhang 1	Zusammenfassung (Deutsch)
Angang 2	Abstract (Englisch)

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
ao	außerordentlich
betr	betreffend
Blg	Beilage
Bsp	Beispiel
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
dzt	derzeit
E	Entscheidung
etc	et. cetera
ev	eventuell
f	der/die folgende
ff	der/die folgenden
FN	Fußnote
gem	gemäß
GesBR	Gesellschaft Bürgerlichen Rechts
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
iHv	in der Höhe von
inkl	inklusive
iSd	im Sinne des

Jud	Judikatur
krit	kritisch
lfd	laufend
lit	litera = Buchstabe
Lit	Literatur
lt	laut
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
nF	neue Fassung
Nr	Nummer
oä	oder Ähnliche(s)
Rz	Randzahl
Slg	Sammlung
sog	sogenannt
str	streitig
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	und andere
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
zT	zum Teil

1 Einleitung

1.1 Kleinwohnung mit viel Komfort als Wohnbedürfnis und Wirtschaftsfaktor

Einer der Immobilientrends der letzten Zeit ist die Tendenz zu Mikro-Appartments¹ sowie zu Serviced Apartments.²

Gründe dafür liegen einerseits im Bedarf an kleinen Wohneinheiten aufgrund der demographischen Entwicklung (siehe unter 1.2), andererseits auch in den gesteigerten Bau- und damit Wohnkosten.³ Sowohl im sozialen Wohnbau (dort auch als SMART-Wohnung im Sinne des von der Stadt Wien geförderten Wohnbaus), als auch im Luxussegment sieht man vermehrt die Rückkehr zu geringeren Wohnflächen der Wohnung im engeren Sinn – eine Reduzierung der Wohnfläche der Wohnung auf ein „Mindestmaß“ (kann das gesetzliche Mindestmaß von 30m² gemäß BO für Wien⁴ oder ein „Mindestmaß“ im funktionalen Sinn sein). Um nicht auf die Annehmlichkeiten der heutigen Zeit (bzw. auf einen allenfalls erst in der Zukunft entstehenden Bedarf) verzichten zu müssen, werden viele Lebensbereiche aus der Wohnung hinaus in die Allgemeinflächen des Hauses verlagert. Dies können sowohl Zusatzräume (Partyraum, Fitnessraum, Gärten) sowie sogar für Wohnungen notwendige Räume (Küche) umfassen. Zielgruppe können sowohl Studenten, als auch betagte Menschen sowie Expats sein. Diese Räume werden zT allen Miteigentümern/Bewohnern (zur gleichzeitigen Benutzung) zur Verfügung gestellt, zT zur ausschließlichen Benützung auf Anfrage.

Zudem wird das Anbieten diverser Gemeinschaftsanlagen und Services als attraktives und wert-(jedenfalls jedoch als preis-) erhöhender Faktor angepriesen.⁵ Im Projekt

¹ Bewusst wird hier und im folgenden der Begriff Mikro-Appartment verwendet und nicht etwa das Wort „Mikrowohnung“. Denn die Bezeichnung „mikro“ deutet auf sehr kleine Wohneinheiten – auch unter 30m² hin, wohingegen Wohnungen gemäß der BO für Wien zumindest in Wien über eine Mindestgröße von 30m² verfügen müssen. Daher wäre die Bezeichnung „Mikrowohnung“ ein Widerspruch in sich. Vgl. dazu auch die Begriffsdefinitionen unter Kapitel 1.6.

² Immobilienmagazin 13.1.2017, www.immobiliemagazin.at.

³ Der Index für Wohnhaus- und Siedlungsbau ist 2017 im Vergleich zum Vorjahr um 3% gestiegen, wobei es in den Jahren zuvor moderatere Preisanstiege gab. www.immoflash.at/20170619; Immobilien-Durchschnittspreise 2016, veröffentlicht von der Statistik Austria www.statistik.at.

⁴ Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch (Bauordnung für Wien – BO für Wien), StF.: LGBl. Nr. 11/1930, zuletzt geändert LGBl. Nr. 27/2016.

⁵ www.viertel-zwei.at; www.no10.at.

Viertel Zwei werden Mikrowohnungen mit 32m² Wohnfläche um bis zu EUR 8.400,- pro m² angeboten. Im Projekt No10 wird die teuerste Mikrowohnung mit einer Wohnfläche von 49,70 m² um EUR 18.612,- pro m² angeboten. Darüber hinaus scheinen mir Attribute wie klingende Namen für die Projekte, insbesondere in Englischer Sprache bzw. zumindest mit dem Zusatz „residence“⁶, eine eigene Homepage sowie teilweise Vermarktung in Englischer Sprache als Hinweis auf erhöhten Luxus und Suggestierung von besonderem Flair. Wohnformen, die es schon lange gibt, werden dank klugem Marketing nun anders bezeichnet und lassen sich mit Emotionen besser (und teurer) verkaufen. So wurde aus der klassischen Garconniere ein *MikroApartment*, aus dem Seniorenheim ein *betreubares Wohnen* bzw. eine *Residenz* sowie aus dem Studentenheim ein *student living* oder ein *mikroloft*,⁷ aus einer Wohngemeinschaft *shared living* bzw. *shared spaces*.

1.2 Demographische und marktpolitische Entwicklung

Die wachsende Wohnbevölkerung in Österreich ist ein wichtiger Faktor der zunehmenden Nachfrage nach Wohnungen. Die Bevölkerung ist im Zeitraum zwischen 1990 und 2010 um rund 600.000 gestiegen und weiteres Wachstum wird prognostiziert. Vor allem in die Ballungszentren, allen voran Wien, werden viele Berufstätige und Zuwanderer ihren Lebensmittelpunkt verlegen.⁸ Noch rascher als die Wohnbevölkerung nimmt in Österreich die Zahl der Haushalte zu: diese ist von 1990 bis 2010 um 25% gestiegen. Dies wird auch auf veränderte Haushalts- und Familienformen zurückgeführt. Österreichweit gibt es derzeit 37% Ein-Personen-Haushalte, in Wien leben sogar 44,7% allein in einem Haushalt.⁹

⁶ Beispielsweise „Cotton Residence“, www.cotton-residence.at, „Garden of Eden“, www.gardenofeden.at, „Imperial Living“, www.boerseplatz.at, „Parkapartments am Belvedere“, www.parkapartments.at, „No 10“, www.no10.at, „Phil’s Place“, www.phils.place, „Smart & More“, www.oesw.at.

⁷ Immobilienmagazin vom 13.1.2017 www.immobilienmagazin.at.

⁸ Dies trifft auf den gesamten deutschen Sprachraum zu. Vgl. dazu *Rodler*, Trend zur Urbanisierung immer stärker, www.immoflash.at/20170719.

⁹ www.statistik.at.

Durchschnittliche Haushaltsgröße der Hauptwohnsitzwohnungen sowie Anteil an Einpersonenhaushalten nach Bundesland und Rechtsverhältnis

Average persons per household and quota of single-person-households by provinces and tenure status of dwelling

	Hauptwohnsitzwohnungen insgesamt in 1.000	Durchschnittliche Haushaltsgröße (Anzahl der Personen)	Anteil der Einpersonenhaushalte in %
Insgesamt	3.864,8	2,22	37,0
Bundesland			
Burgenland	122,7	2,35	30,7
Kärnten	250,3	2,21	37,2
Niederösterreich	711,5	2,30	33,5
Oberösterreich	622,3	2,31	34,7
Salzburg	236,1	2,28	35,9
Steiermark	537,5	2,26	35,4
Tirol	319,5	2,29	35,2
Vorarlberg	163,1	2,34	33,2
Wien	901,9	2,01	44,7

Abbildung 1, Quelle: www.statistikaustria.at

Durchschnittliche Haushaltsgröße der Hauptwohnsitzwohnungen sowie Anteil der Einpersonenhaushalte (2006 bis 2016)

Average persons per household and quota of single-person-households (2006 to 2016)

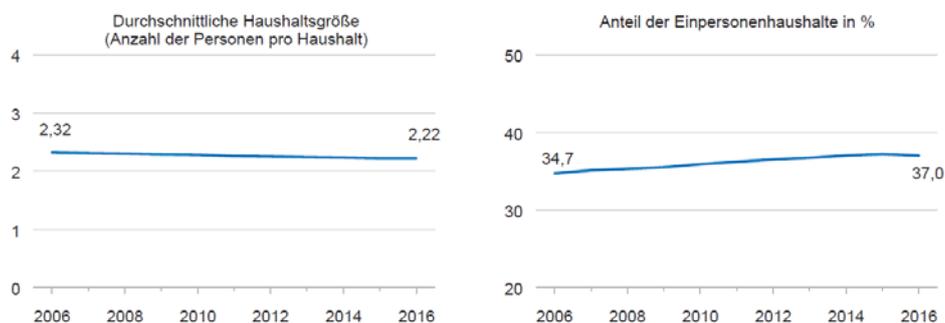


Abbildung 2, Quelle: www.statistikaustria.at

Die Gründe dafür können vielfältig sein: Gestiegen sind die Zahlen der Alleinerziehenden sowie die der freiwillig allein lebenden. „Getrennt und doch zusammen“ könnte beschrieben werden, wenn Familien bzw. Paare in unterschiedlichen Orten und Wohnungen leben. Das Auseinandergehen mit oder ohne begleitende Scheidung erfolgt zunehmend „barrierefrei“ und wird von der Gesellschaft als Normalität akzeptiert. Die Lebensformen junger Erwachsenen haben sich aufgrund verlängerter Ausbildungszeiten, verstärkter Unabhängigkeit der Frauen sowie gesteigener Mobilität stark verändert.¹⁰

¹⁰ www.gbv.at.

In den letzten 15 Jahren hat sich die Zahl der jungen Erwachsenen vor allem in den österreichischen Städten durch den Zuzug stark erhöht. Dies erhöhte auch den Druck am Wohnungsmarkt, was sich unter anderem durch einen starken Anstieg bei den Mieten seit etwa 2007 bemerkbar machte. Zudem führen gestiegene Baukosten¹¹ zu erhöhten Preisen pro umgesetztem Projekt und damit auch pro Wohnfläche.

All diese Faktoren fördern die Nachfrage und die Tendenz zum Kauf kleinerer Wohneinheiten.¹² Auch als Wertanlage werden kleinere Wohneinheiten immer beliebter, weil einerseits die gute Vermietbarkeit und somit die Rendite gewährleistet ist und weil Anleger oft eine bestimmte Summe im Kopf haben, die sie investieren möchten. Dabei sind besonders kleine, gut geschnittene Wohnungen, sehr begehrt.

Immobilien sind eine beliebte Geldanlageform: 2016 wurden in Österreich mehr als 120.000 Immobilienverkäufe im Wert von knapp 27 Milliarden Euro getätigt.¹³

Der Wohnungsneubau muss sich diesen demographischen Veränderungen anpassen. Nicht mehr nur die Schaffung von familiengerechtem Wohnraum für Paare mit Kindern steht im Vordergrund, sondern auch für junge und ältere Singles, für allein oder zu zweit Lebende, für Partnerschaften auf Distanz, für beruflich sehr mobile Alleinlebende. Dazu kommen die Veränderungen des Anspruchsniveaus. Was in der Vergangenheit als adäquate Wohnversorgung galt, genügt vielfach nicht mehr. Auch wer alleine und auf kleinem Raum wohnt, will auf die Annehmlichkeiten der modernen Wohnbauten nicht verzichten. Beim Kauf von Eigentumswohnungen liegt *compact living* – also perfekt geplante 35m² Wohnungen, die den gleichen Komfort bieten wie Wohnungen mit 50m² bis 60m², im Trend.¹⁴

Auch bei kleinen Wohnungen müssen bestimmte Wohnbedürfnisse erfüllt sein. Denn gerade in kleinen Wohnungen besteht die Gefahr von „Crowding“ bzw. „Beengungsstress“ – dem durch Enge bedingten Stress.¹⁵

¹¹ Baukosten schießen in die Höhe, www.immoflash.at 19.6.2017.

¹² Vergleiche dazu auch *Posch*, Höchste Bauintensität in Wien seit Jahren, www.immoflash.at/20170724.

¹³ www.immobiliemagazin.at, 3.3.2017 mit Verweis auf www.immounited.at; ebenso Geschäft mit Immobilien auf Rekordhoch, *Die Presse*, 1.3.2017, www.diepresse.at

¹⁴ Rustler, *Das Magazin* 01/2017.

¹⁵ *Kelz*, *Der Standard*, 13.12.2015; *Deinsberger-Deinsweger*, *Der Standard*, 14.3.2016.

Daher geht in der Wohnraumplanung der Trend zu „*shared spaces*“: Was in der Wohnung nicht mehr Platz hat – etwa Kochen für viele Gäste – wird in gemeinschaftliche Räume ausgelagert. Es wird immer genauer hingeschaut, welche Räume wirklich für die alleinige persönliche Nutzung nötig sind und daher in den eigenen vier Wänden vorhanden sein müssen und welche Räume nur temporär benötigt und fallweise dazugemietet werden können.¹⁶ Der Schwerpunkt verschiebt sich von *squared meters* zu *shared meters*.¹⁷ Freilich war dann wohl auch die gute alte Waschküche schon ein „*shared space*“ – aber mit weniger klingendem Namen.

Diese halböffentlichen Räumlichkeiten, die von einer überschaubaren Anzahl an Menschen genutzt werden, sind auch eine willkommene Abfederung der zunehmenden Vereinzelung der Gesellschaft.¹⁸

Im Zusammenhang mit der Berichterstattung oder Bewerbung derartiger Kleinwohnungen mit hohem Komfort wird häufig der Begriff „smart“ verwendet. Doch liegt diesem Begriff – anders als im Bereich der Wohnbauförderung durch die Stadt Wien – kein einheitlicher Inhalt zugrunde. Smart kann technisch, funktionell oder wirtschaftlich verstanden werden.

Auf die Technik beim Wohnen bezogen wird unter smart ein Maximum an technischem Komfort bei einem Minimum an dadurch produziertem Energieverbrauch verstanden.¹⁹ Smart kann aber auch ein Hinweis auf einen günstigen Preis oder geringe Betriebskosten sein. Am prägnantesten ist mE die Füllung des Begriffes smart mit einem effizienten, kompaktem Grundriss sowie einem Maximum an Komfort und Luxus auf kleiner Wohnfläche.

Ähnlich wird der Begriff *smart* auch im Wohnbauprogramm der Stadt Wien definiert: Bei Smart-Wohnungen steht eine hohe Alltagstauglichkeit bei gleichzeitig sehr günstigen Eigenmitteln und Mieten im Vordergrund. Dank einer intelligenten Grundrisspla-

¹⁶ Klein, aber mein – plus Zusatzraum, Die Presse, 20./21.5.2017.

¹⁷ Horx-Strathern, Zukunftsforscherin, Die Presse 25./26.3.2017.

¹⁸ Rambow, Der Standard, 13.12.2015. Dieses Thema aufgreifend wird in Wien-Leopoldau derzeit von der Wohnbaugenossenschaft Schwarzatal ein innovatives Wohnprojekt ausgeführt, bei welchem sämtlich Wohneinheiten mit komplett verglasten Wohnungseingängen zum Flur hin ein halböffentlicher Raum geschaffen werden soll.

¹⁹ www.immobiliemagazin.at, 06/2014.

nung sind diese ein Vorzeigebeispiel für kompaktes und kostengünstiges Wohnen.²⁰ Smart sollen ganze Städte und insbesondere der Verkehr werden.²¹

Im sozialen Wohnbau ist die soziale Nachhaltigkeit im Wohnbau eine der Voraussetzungen für Genehmigung durch den Grundstücksbeirat. Bei jedem im Grundstücksbeirat eingereichten Projekt muss ein Drittel der Mietwohnungen als SMART-Wohnungen errichtet werden.²²

Eine ähnliche Zielsetzung verfolgte ab dem Jahr 2011 eine Wohnbauinitiative der Stadt Wien, bei welcher als besondere Variante des frei finanzierten Wohnbaus aufgrund eines „Calls“ Darlehen vergeben wurden, welche an verpflichtende Eigenmittel- und Mietzinsobergrenzen sowie an Qualitätskriterien gebunden waren.²³

Die Idee der Kleinstwohnungen fand übrigens auch bereits Einzug in die Comic-Welt: Dagobert Duck lässt einen Investortraum wahr werden und errichtet viele Wohnungen auf kleinstem Raum. Der Erfinder Daniel Düsentrieb stattet alle Eingänge mit einer Verkleinerungstechnik aus, welche die Menschen bei Betreten der zwergenhaften Wohnung schrumpfen lässt und sie so der kleinen Wohnung anpasst.²⁴

1.3 Referenzobjekte

In folgenden Projekten, jeweils realisiert in Wien, ist die Vermarktung der Wohnungen mit Extras besonders stark ausgeprägt:

- Im „No10“, entwickelt von JP Immobilien in 1010 Wien, werden mit dem Slogan „Smart Luxury“ folgende Extras angeboten: Doorman, Party- und Dinnersalon, Kitchen Lounge, Library, Gym, Garage mit Ladestation für E-Autos. Die Preise

²⁰ www.stadt-wien.at Smart-Wohnungen gibt es ab 40m² Wohnnutzfläche. Der Finanzierungsbeitrag beträgt maximal EUR 60,- pro m² Wohnnutzfläche und die monatlichen Kosten betragen maximal EUR 7,50 pro m² Wohnnutzfläche inklusive Betriebskosten und Mehrwertsteuer.

²¹ Smart City – Stadtverkehr der Zukunft, News 16/2017, 21.04.2017.

²² www.wohnfonds.wien.at.

²³ www.wien.gv.at/bauen-wohnen/wohnbaiinitiative.html; Stadt Wien startete „Call“, www.derstandard.at, 23.03.2011.

²⁴ Mathis, Klein, smart, mikro: Wie klein ist zu klein?, Die Presse, 13./14.5.2017 mit Verweis auf Walt Disneys Lustiges Taschenbuch Nr.68.

für Wohnungen zwischen 43 m² und 54 m² betragen hier bis zu EUR 18.612,- pro m² Nutzfläche.²⁵

- “Das Hamerling”, entwickelt von der Soravia Group gemeinsam mit der ARE Austrian Real Estate Development GmbH, setzt sich aus Wohnungseigentumsobjekten im herkömmlichen Sinne und einer Seniorenresidenz zusammen, in welcher folgende Leistungen verfügbar sein sollen: Concierge, privates Restaurant mit Catering-Service, Cleaning-Service, Laundry Service. Darüber hinaus gibt es einen Fitnessbereich sowie eine Bibliothek.²⁶
- “TRIIIPLE”, projektiert von ARE und Soravia Group mit Rooftop Pool, Concierge Service, Salon mit Bibliothek, Eventküche und Barbecue Lounge.²⁷
- “Pfarrwiesengasse”, realisiert von der Buwog, bietet den Bewohnern folgende Extras: Concierge, Hochgarten, Pool, Spa&Wellness, Weinlagerabteile und Degustationsraum, Multimedia & Entertainment Room, Fitness&Relax Area, Lounge & Club Room.²⁸
- „Studio Zwei“, umgesetzte von der IC Projektentwicklung mit einer Lounge mit Bar und Video-Beamer, Dining Area mit Küche, Dachterrasse mit Grillmöglichkeit.²⁹
- „Smart & More“, ÖSW, verfügt über einen Care-Manager von „CARE-RING“, Chill out Bereich, Küche, Spielraum mit Lesecke.³⁰
- „Biotope City“, ÖSW mit Mobility Point, Kommunikations- und Begegnungszonen, Gemeinschaftsbalkone, Schwimmbad und Mieterbeeten für „urban gardening“.³¹
- “Two in One” und “Nordstar Living”, geplant und umgesetzt von der STRABAG Real Estate mit Event- und Büroraum sowie einer Gästelounge.³²
- “Herrenhauspark” und “Orchideenpark”, eines der ersten Projekte mit umfangreichen Extras in Wien, IG Immobilien³³

²⁵ www.no10.at.

²⁶ www.dashamerling.at.

²⁷ www.triiiple.at.

²⁸ www.pfarrwiesengasse23.at.

²⁹ www.viertel-zwei.at.

³⁰ www.oesw.at.

³¹ www.oesw.at.

³² www.strabag-real-estate.at.

³³ www.ig-immobilien.com.

1.4 Forschungsfrage

In welcher Rechtsform können diese Gemeinschaftsanlagen sowie die Serviceleistungen angeboten werden bzw. wie kann sich der Erwerber einer solchen Wohnung sicher sein, dass diese Gemeinschaftsbereiche und Services dauerhaft in der Form angeboten werden, die zum Kauf der Kleinwohnung (zum bezahlten Kaufpreis) veranlasst haben und wie kann sich andererseits der Bauträger/Verkäufer vor Haftungen schützen?

1.5 Methodische Vorgehensweise und Aufbau der Arbeit

Ausgehend vom Bedarf an Wohnraum bzw. der Nachfrage nach Immobilien als Investment einerseits und dem themenspezifischen Immobilienangebot andererseits werde ich versuchen darzulegen, dass es vielfältige Möglichkeiten bzw. Rechtsformen gibt, die Immobilien mit bzw. die Gemeinschaftsbereiche und Services anzubieten. Ich werde die rechtlichen Grundlagen der verschiedenen Möglichkeiten eruieren sowie die Hürden, die es zu meistern gilt bzw. Probleme, die im Laufe der Nutzung auftreten könnten. Im speziellen habe ich den Fall vor Augen, in welchem ein Käufer einer Wohnung – insbesondere eines Mikro-Appartments – diese kauft, obwohl sie aufgrund der Größe für sich allein genommen noch nicht den gewünschten Komfort bzw. die gewünschte Ausstattung aufweist, jedoch die in der Liegenschaft vom Verkäufer (zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung bzw. des Kaufvertragsabschlusses) angebotenen Gemeinschaftsräume und Services die Ausstattung der Wohnung derart komplettieren, dass das Gesamtpaket bestehend aus Kleinwohnung und Extras den Bedürfnissen des Käufers entspricht und er dafür bereit ist, die Kleinwohnung zu kaufen bzw. einen hohen Kaufpreis dafür zu bezahlen und in welchem Fall zu einem späteren Zeitpunkt (jedenfalls nach Abschluss des Kaufvertrages) diese ausstattungsrelevanten Extras dem Eigentümer der Mikrowohnung nicht mehr zur Verfügung stehen. Dies führt dann faktisch zu dem Ergebnis, dass dem Wohnungseigentümer dann jener Komfort bzw. jene Ausstattung der Wohnung verloren geht, welche den Mehrwert und den höheren Preis der Wohnung (für ihn) gerechtfertigt hat und ihn (womöglich) zur Kaufentscheidung veranlasst hat. Ich werde einerseits „mit der Brille des Beraters des Käufers“ erarbeiten, welcher Rechtsschutz bei Wegfall dieser Extras jeweils zur Verfügung stehen könnte, aber auch „als Berater auf Verkäuferseite“, wie das Immobilienprojekt bzw. die Wohnungen vom Bauträger bzw. Verkäufer beworben werden und wie die Kauf- sowie

Wohnungseigentumsverträge gestaltet werden sollten, um eine solche Haftung zu vermeiden.

1.6 Prämissen und Definitionen

Ausgangsblickwinkel dieser Arbeit sind Wohnungseigentumsobjekte, an denen Wohnungseigentum nach dem WEG begründet wurde. Die Betrachtung des reinen Mietverhältnisses bzw. der mietrechtlichen Beziehungen zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und seinem Mieter entfallen.

Die Forschungsfragen werden einerseits aus dem Blickwinkel des Wohnungseigentümers, nur nachrangig auch aus dem Blickwinkel des Mieters, beleuchtet und andererseits aus dem Blickwinkel des Projektentwicklers bzw. Bauträgers.

Zur leichteren Lesbarkeit der vorliegenden Arbeit definiere ich häufig verwendete Begriffe wie folgt:³⁴

„**Wohnung**“: Als Wohnung werden Wohneinheiten bezeichnet, welche die Kriterien des § 119 BO für Wien erfüllen und über eine Nutzfläche von mindestens 30m², eine Toilette und ein Bad sowie einen Einlagerungsraum außerhalb des Wohnungsverbandes verfügen.

„**Appartment**“ bzw. „**Apartment**“ werden Wohneinheiten (entweder in Deutscher mit zwei „pp“ oder Englischer Sprache mit einem „p“) bezeichnet, welche nicht zwingend über die in § 119 BO für Wien aufgestellten Anforderungen für Wohnungen verfügen. Es können auch Heime oder Lofts unter 30m² unter diese Bezeichnung fallen.

„**Mikroappartment**“ oder „**Kleinwohnung**“ bezeichnet kleine Wohneinheiten, unabhängig von ihrer Qualifizierung nach der jeweilig gültigen Bauordnung.

³⁴ Die hier getroffenen Definitionen entsprechen bewusst nicht zwingend den jeweiligen gesetzlichen Definitionen, soweit es gleichlautende Begriffe in Wohnrechtlichen Gesetzesbestimmungen gibt.

„**Extras**“ können entweder Gemeinschaftsanlagen bzw. Gemeinschaftsbereiche oder Services oder beides gemeinsam sein, die über das Ausmaß der notwendig allgemeinen Flächen sowie die gesetzlichen Leistungen der Hausverwaltung hinausgehen.

„**Smart**“ wird in dieser Arbeit mit den Merkmalen eines kompakten Grundrisses und der gleichzeitigen Befriedigung aller individuellen Wohnbedürfnisse bezeichnet. Auch: großes Wohnraumgefühl auf geringer Fläche mit platzsparenden Gesamtlösungen.³⁵ (Abgrenzung zu den anderen möglichen Bedeutungen von SMART – siehe Kapitel 1.2)

„**Wohnungseigentümer**“ ist in diesem Fall ein Wohnungseigentümer iSd § 2 Abs 5 WEG und zugleich jener Nutzer, aus dessen Blickwinkel (einerseits) diese Arbeit geschrieben wird.

„**Mieter**“ ist Mieter iSd MRG sowie des ABGB. Auf die Besonderheiten, welche sich in der arbeitsgegenständlichen Thematik für Mieter nach MRG bzw. ABGB ergeben, wird nur vereinzelt Bezug genommen. Mieter stellen jedenfalls nicht vorrangig den Blickwinkel dieser Arbeit dar.

„**Bauträger**“ bzw. „**Verkäufer**“ bzw. „**Wohnungseigentumsorganisator**“ sind in dieser Arbeit die Entwickler bzw. Bauherren des Projekts bzw. jene Partei, die den Kaufvertrag mit dem Kunden abschließt bzw. den wirtschaftlichen Vorteil aus dem Verkauf trägt, aber auch die bedungenen Eigenschaften zu verantworten hat. Alle drei Begriffe werden hier inhaltlich gleichgesetzt und stellen den zweiten Blickwinkel dieser Arbeit dar. Die Bezeichnung „Bauträger“ soll ausdrücklich nicht mit der Frage verknüpft sein, ob die Errichtung und der Verkauf nach dem BTVG abgewickelt werden.

³⁵ Rustler, Das Magazin, 1/2017.

2 Gemeinschaftsbereiche

2.1 Gemeinschaftsbereiche als allgemeiner Teil der Liegenschaft

Gemäß § 2 Abs 4 WEG sind allgemeine Teile der Liegenschaft solche, die der allgemeinen Benützung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Benützung entgegensteht. Sie stehen im Miteigentum aller Wohnungseigentümer im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile an der Liegenschaft. Zu unterscheiden sind notwendig allgemeine Teile (das sind jene Bereiche die zur Erreichung allgemeiner Teile oder mehrerer Wohnungseigentumsobjekte benötigt werden wie zB Stiegehäuser und Gänge sowie Freiflächen, auf deren Benützung die Wohnungseigentümer angewiesen sind sowie jene Flächen, deren Inanspruchnahme notwendig ist)³⁶ sowie allgemeine Teile kraft Widmung.³⁷ Die Gemeinschaftsbereiche, auf welche sich diese Arbeit bezieht, sind jedenfalls allgemeine Teile kraft Widmung. Die Widmung zum allgemeinen Teil der Liegenschaft ist eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Wohnungseigentümern und bedarf keiner Form, sie kann auch konkludent zustande kommen.³⁸ In der Regel erfolgt die Widmung im Wohnungseigentumsvertrag.³⁹ Eine spätere Widmungsänderung ist eine Verfügung iSd § 828 Abs 1 ABGB und kann nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer erfolgen.⁴⁰ Eine spätere Umwidmung eines als allgemeiner Teil gewidmeten und allen Wohnungseigentümern zur Verfügung stehenden Raumes zu Wohnung oder auch Geschäftsraum ist also nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer zulässig (dazu ausführlicher in Kapitel 2.3). Damit sind die Wohnungseigentümer sicher, die ursprünglich im Wohnungseigentumsvertrag als allgemeiner Teil gewidmeten Bereiche auch langfristig benützen zu können. Der Bauträger hingegen kann später nicht mehr auf die im Wohnungseigentumsvertrag als allgemeiner Teil gewidmeten Bereiche zugreifen, in dem er einseitig eine Umwidmung veranlasst und diese Bereiche anderweitig verwertet.

³⁶ Prader, WEG⁴ § 2 Fn 9.

³⁷ Würth in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ § 2 WEG 2002 Rz 12.

³⁸ Prader, WEG⁴ § 2 E 13.

³⁹ RS0101800 zu WEG 2002 § 16 Abs 2 Z 1.

⁴⁰ vgl. hierzu auch Böhm, 8 Ob 46/16x: „Persilscheine“ für Neuparifizierung und Widmungsänderungen im Wohnungseigentum zulässig, immolex 2016, 310.

Was kann als allgemeiner Teil der Liegenschaft gewidmet werden? Als gewidmeter allgemeiner Teil der Liegenschaft kommt grundsätzlich alles in Frage, was nicht für mehr als einen Miteigentümer zur Nutzung seines jeweiligen selbständigen Objekts nötig ist. Daher können sowohl Wohnungseigentumstaugliche Objekte nach § 2 Abs 1 (siehe dazu näheres unter 2.2) als auch als Zubehör nach § 2 Abs 2 geeignete Objekte gewidmete allgemeine Teile der Liegenschaft sein.⁴¹ Gemeinschaftsanlagen wie Fitnessraum, Swimmingpool, Lounge und Partyraum können wohl unter diesen Tatbestand subsumiert werden und können daher als allgemeiner Teil der Liegenschaft gewidmet werden.

Auf die Frage, ob z.B. Gemeinschaftsküchen ein notwendig allgemeiner Teil der Liegenschaft sind oder nicht, wenn zugleich die Wohneinheiten über keine eigene Küche verfügen, ist hier nicht näher einzugehen, da Wohnungen iSd WEG bzw des § 19 BO für Wien den Fokus dieser Arbeit darstellen. Die Abgrenzung zum Beherbergungsbetrieb bzw. zum Heim finden sich in den Kapiteln 3.1 und 3.2.

2.1.1 Ungeregelte Nutzung

Die Gemeinschaftsbereiche gemäß § 2 Abs 4 WEG sollen den Wohnungseigentümern gemäß § 828 Abs 1 ABGB zur allgemeinen Benützung zur Verfügung stehen. Wenn es keine Vereinbarungen oder Regeln über die Benützung der allgemeinen Teile gibt, so steht die Benützung dieser allgemeinen Teile allen Wohnungseigentümern gleichermaßen zu. Der Rechtstitel für die einem Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungsbefugnisse liegt in der Widmung, welche wiederum Grundlage des Wohnungseigentumsvertrages ist.⁴² Prinzipiell kann jeder Miteigentümer die Sache nach Willkür benützen, aber bei eingeschränkter Benützungsmöglichkeit ist der einzelne Wohnungseigentümer nicht berechtigt, bestimmte Teile der Sache allein und unter Ausschluss der anderen Miteigentümer zu benützen.⁴³ Gleiches gilt auch für Objekte, die

⁴¹ *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht³, Rz 43 zu § 2 WEG.

⁴² OGH 5 Ob290/07v bbl 2008,227/203 – bbl 2008/203 = MietSlg 60.185 = MietSlg 60.419 = MietSlg 60.428 (12).

⁴³ OGH 21.3.2006, 5 Ob 61/06s Gebrauchsrecht an allgemeinen Teilen der Liegenschaft, im-molex 2006/112; *Vonkilch*, Zur (Un-)Rechtmäßigkeit übermäßigen Gebrauchs der gemeinsamen Sache durch einen Miteigentümer, wobl 2006, 138; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 2 zu § 17 WEG; *Gamerith* in *Rummeß*³ § 828 ABGB Rz 4.

prinzipiell Wohnungseigentumstauglich sind, an denen aber kein Wohnungseigentum begründet wurde.⁴⁴

2.1.2 **Sondernutzung per Benützungsregelung gem. § 17 WEG**

Bei komplexeren Gemeinschaftsanlagen ist die Vereinbarung einer detaillierten Benützungsregelung gemäß § 17 Abs 1 WEG (Benützungsvereinbarung), mE nicht jedoch gemäß Abs 2 (gerichtliche Benützungsregelung) sinnvoll. Wenn es Gemeinschaftsanlagen gibt, die jedenfalls auch vorübergehend von einzelnen Wohnungseigentümern ausschließlich benützt werden wollen (wie zB die „private dining lounge“), so ist eine Benützungsregelung überhaupt unerlässlich. Nicht nur, um das Zusammenleben in der Hausgemeinschaft friedvoll zu gestalten, sondern auch, um die Kosten für die ausschließliche Nutzung (siehe 2.1.5) transparent nachvollziehen zu können.

Benützungsregelungen sind jedenfalls eine Angelegenheit der Verwaltung der gemeinsamen Liegenschaft, fallen jedoch weder unter die ordentliche Verwaltung noch unter § 29 Abs. 5 WEG.⁴⁵

2.1.2.1 **Welche Teile der Liegenschaft können einer Benützungsregelung unterworfen werden?**

Eine Benützungsregelung nach § 17 WEG ist nur an allgemeinen Teilen der Liegenschaft zulässig, die zudem verfügbar sein müssen. Die Vereinbarung einer Benützungsvereinbarung über notwendig allgemeine Teile der Liegenschaft (siehe 2.1) ist daher unzulässig.⁴⁶ Denkmöglich ist auch die Vereinbarung einer Benützungsregelung über nicht benützbare allgemeine Teile der Liegenschaft. Irrelevant ist hingegen, ob es sich um geschlossene Räume oder Freiflächen handelt.⁴⁷

Demnach können Dachterrassen, (Hallen- oder Frei-) Schwimmbäder, Fitnessräume und Partyräume sowie *dining lounges* jeweils einer Benützungsregelung unterworfen

⁴⁴ *Egglmeier/Gruber/Sprohar* in *Schwimann/Kodek (Hrsg) ABGB Praxiskommentar III*⁴ Rz 26 ff zu § 828 ABGB.

⁴⁵ *Prader*, WEG⁴ § 17 E 56f; *Hanel*, Nutzung der einzelnen Wohnungseigentumsobjekte sowie der allgemeinen Teile der Liegenschaft und die gemeinschaftliche Verwaltung der Liegenschaft im WEG 2002, wobl 2002, 166.

⁴⁶ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ Rz 13ff zu § 17 WEG.

⁴⁷ *Würth/Zingher/Kovanyi* Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 3 zu § 17 WEG.

werden, wenn sie als allgemeiner Teil der Liegenschaft gewidmet sind und wenn sie in der Anlage so angeordnet sind, dass sie nicht notwendigerweise einem Wohnungseigentümer zwingend als Zugang zu seiner Wohnung dienen.

2.1.2.2 Erstmalige Beschlussfassung einer Benützungsregelung

Erstmalig kann eine Benützungsregelung entweder durch eine schriftliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer (§ 17 Abs 1) oder durch gerichtliche Regelung (§ 17 Abs 2) zustande kommen.

Für die vertragliche Benützungsvereinbarung gemäß § 17 Abs 1 ist jedenfalls ein – der zwingend schriftlichen Ausfertigung vorangehender - einstimmiger Beschluss der Eigentümergemeinschaft eine Voraussetzung, um schließlich die Unterschriften aller Wohnungseigentümer auf der zwingend schriftlichen Benützungsvereinbarung zu erhalten.⁴⁸

Eine praktisch bedeutsame Frage ist, wie die Einstimmigkeit der Eigentümergemeinschaft erreicht werden kann. Insbesondere, wenn es sich um komplexe Regelungen betreffend mehrere Gemeinschaftsanlagen handelt, wo die Möglichkeiten der verschiedenen Nutzungen nicht bekannt oder sehr vielfältig regelbar sind und darüber hinaus die Kommunikation und somit Einigung zwischen den Miteigentümern schwierig ist, weil der Kontakt zueinander (noch) nicht besteht.

Prinzipiell kann ein solcher Beschluss bei der (idealerweise ersten) Eigentümerversammlung gefasst werden. Da für die Beschlussfassung über eine Benützungsregelung ein Mehrheitsbeschluss nicht ausreichend ist, sind die Anwesenheit aller Miteigentümer, die vollzählige Stimmabgabe und Befürwortung der erarbeiteten Benützungsregelung sowie schließlich die Unterzeichnung der schriftlichen Ausfertigung der Benützungsvereinbarung zum gültigen Zustandekommen erforderlich. Wenn die Hürde der vollzähligen Anwesenheit für die Beschlussfassung geschafft ist, so besteht wohl immer noch die größere Hürde, eine inhaltliche Einigung zu finden.

Eine sinnvolle Unterstützung bei diesem Unterfangen könnte ein begleiteter Prozess sein: Die ÖSW bietet in ihren Projekten „Smart & More“, „MAMA“ und „Pezzlgasse“ einen von einem Soziologen moderierten Partizipationsprozess, in welchem die Mieter

⁴⁸ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 4 zu § 17 WEG.

gemeinsam über die Nutzung der Allgemeinflächen entscheiden sollen.⁴⁹ Dieser Prozess wird in der Praxis wohl nur für die Regelung weniger komplexer Themen, wie zB die Ausgestaltung der gemeinsamen Dachterrasse mit Pflanzen uä sinnvoll sein, nicht jedoch für die Erarbeitung sehr komplexer Benützungsvereinbarungen und einer Vielzahl an Miteigentümern.

Als tatsächliche Erleichterung kann gesehen werden, wenn die Grundlage für einen Konsens zwischen den Miteigentümern nicht erst erarbeitet werden muss, sondern die Textierung der Benützungsregelung von Experten vorgefertigt wird.

Der Prozeß der Entscheidungsfindung entfällt praktisch, wenn der Bauträger die vertragliche Benützungsregelung als integrierenden Bestandteil in den Wohnungseigentumsvertrag aufnimmt. In diesem Fall findet die Beschlussfassung über die Benützungsregelung über den Umweg der Unterzeichnung des Wohnungseigentumsvertrages einschließlich der darin enthaltenen (inhaltlich wohl vom Bauträger bestimmten) Benützungsregelung statt. Die Benützungsregelung ist in diesem Fall als einstimmige Benützungsvereinbarung wirksam. Zulässig ist eine solche Aufnahme der Benützungsregelung in den Wohnungseigentumsvertrag jedenfalls.⁵⁰ Für den Bauträger ergibt sich so die Möglichkeit, aber auch die Verpflichtung als Vertragserreicher dafür zu sorgen, dass alle Miteigentümer entsprechend ihren gesetzlichen Ansprüchen, die Anlagen nützen zu können, die Möglichkeit der Benützung erhalten und andererseits, dass die Verteilung der Betriebs- und Erhaltungskosten rechtmäßig erfolgt (siehe 2.1.5). In der Praxis geben viele Bauträger bei aktuellen Bauvorhaben die Benützungsregelung im Wohnungseigentumsvertrag vor.⁵¹

Diese Vorgehensweise wird insbesondere dort sinnvoll und geradezu unerlässlich sein, wo es darum geht, die vorübergehend exklusive Benützung einzelner Gemeinschaftsanlagen zu regeln. So sollen zB „private Kitchen“, „private Dining Room“ und Behandlungsräume vom Konzept der Immobilie her jeweils exklusiv, das heißt nur von einem einzelnen Wohnungseigentümer, benützt werden können. Eine solche exklusive Be-

⁴⁹ www.oesw.at.

⁵⁰ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 4 zu § 17 WEG; vgl. auch 5 Ob 52/89 wobl 1990/43 (Call, Würth) = MletSlg 42/8; 5 Ob 117/14p EvBl 2015/19 (Brenn) = immolex 2015/17 (Cerha); Prader, WEG⁴ E 2 zu § 17.

⁵¹ Zum Beispiel beim Projekt Studio Zwei. Der Entwurf des Wohnungseigentumsvertrages einschließlich der vorgefertigten Benützungsvereinbarung wurde vor der Vermittlungsgesellschaft gesendet.

nutzungsmöglichkeit ist wohl aber nur sinnvoll, wenn der jeweils interessierte Wohnungseigentümer verbindlich die für ihn exklusive Benützung vereinbaren kann.

Beim Projekt No10 werden der Massageraum, das Gym etc über ein Intranet gebucht. Die Reservierung erfolgt nach dem Prinzip „first come, first served“. Ebenso erfolgt beim Projekt Two in One die Buchung der Sauna über ein elektronisches Buchungssystem. Diese Buchungssysteme, die allen Wohnungseigentümern zur Verfügung stehen, ermöglichen prinzipiell allen dieselben Rechte zur Benützung der Gemeinschaftsanlagen im gleichen Umfang.

Selbst wenn man zu dem Schluss käme, dass diese Art der Benützungsvereinbarung mit der vorübergehenden Möglichkeit der alleinigen Nutzung nicht allen Wohnungseigentümern exakt dieselben Benützungsrechte ermöglicht, so würde dies mE noch nicht den Grundsätzen der Benützung der allgemeinen Teile der Liegenschaft durch alle widersprechen.⁵²

Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass eine nicht genau den Miteigentumsanteilen entsprechende Aufteilung der Benützung von allgemeinen Teilen der Liegenschaft unter die Miteigentümer, wenn sie im Einvernehmen aller Miteigentümer (also durch eine Benützungsvereinbarung durch einstimmige Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung oder durch vollzählige Unterzeichnungen der im Wohnungseigentumsvertrag enthaltenen Benützungsvereinbarung) erfolgte, schlechthin nur dann rechtswirksam zustande kommen könnte, wenn die überproportional Nutzungsberechtigten den unterproportional Nutzungsberechtigten eine entsprechende Ausgleichszahlung leisten.⁵³ Dem folgend ist es also zulässig zu regeln, dass auch eine exklusive Benützung durch die Wohnungseigentümer jeweils möglich ist, ohne hierfür Ausgleichszahlungen festzulegen bzw. ohne gegen die Grundsätze des ABGB zu verstoßen, wonach prinzipiell jeder Wohnungseigentümer im Verhältnis seines Miteigentumsanteils das Recht auf Benützung der allgemeinen Teile der Liegenschaft hat.

Die Benützungsregelung muss schließlich auch noch hinreichend bestimmt sein.⁵⁴ Es muss also deutlich geregelt sein, wem welche Rechte zustehen sollen. Im Zusammenhang mit der Benützung von Gemeinschaftsanlagen wird diese Bestimmung wohl er-

⁵² Man kann es auch mit den für KFZ-Plätzen als rechtmäßig erkannten und dem Gebot einer gerechten Verteilung der Nutzungsmöglichkeit gerecht werdenden Turnuslösungen verglichen werden. Vgl. dazu *Kothbauer*, Benützungsregelungen über Kfz-Abstellplätze, immolex 2012, 54.

⁵³ *Prader*, WEG⁴ E 1 zu § 17.

⁵⁴ *Prader*, WEG⁴ E 31 zu § 17.

füllt sein, wenn in der Benützungsvereinbarung die Anlagen zweifelsfrei genannt sind, vereinbart ist, ob alle Wohnungseigentümer zugleich oder jeder jeweils nur auf Anfrage exklusiv die Anlagen benützen dürfen, wie allenfalls die Buchung erfolgen kann und schließlich, welche Kosten mit der Benützung verbunden sind und wie diese verrechnet werden. Ein Hinweis, dass auch die Verteilung der Betriebs- und Erhaltungskosten in die Benützungsvereinbarung enthalten sein muss, konnte in der Judikatur nicht gefunden werden.

Die Vorgabe einer Benützungsvereinbarung durch den Wohnungseigentumsorganisator stellt mE keine rechtsunwirksame Vereinbarung iSd § 38 WEG dar. Beim Kauf einer Eigentumswohnung sind jene Vereinbarungen gemäß § 38 WEG unwirksam, die die Nutzungs- und Verfügungsrechte des Wohnungseigentümers unbillig beschränken.⁵⁵ Die geordnete Regelung der Art und Weise der gemeinsamen Benützung der Gemeinschaftsanlagen sowie die transparente Regelung der Betriebskosten ist mE jedoch nicht nachteilig sondern kommt allen Miteigentümern gleichermaßen zugute bzw. bringt keinen unbilligen Vorteil für den Wohnungseigentumsorganisator.

Eine Benützungsregelung kann auch auf Antrag jedes einzelnen Wohnungseigentümers vom Gericht erlassen werden. Allerdings ist ein solcher Antrag darauf beschränkt, dass ein Wohnungseigentümer einen gegen alle anderen Miteigentümer gerichteten Antrag auf Rechtsgestaltung in der Form beantragt, dass ihm ein ausschließliches Benützungsrecht durch das Gericht zugewiesen wird. Eine gerichtliche Festsetzung von gleichartiger Nutzung von allgemeinen Teilen der Liegenschaft durch alle Miteigentümer ist nicht von § 17 Abs 2 WEG erfasst.⁵⁶ Für die Gemeinschaftsanlagen im Sinne der vorliegenden Arbeit ist eine Benützungsregelung durch Gericht somit nicht maßgeblich, da nicht dauerhaft einem einzelnen Wohnungseigentümer ein exklusives Benützungsrecht zugewiesen werden soll, sondern lediglich vorübergehende exklusive Nutzung möglich, aber in Summe doch eine prinzipiell gleichartige Benützungsmöglichkeit durch alle Miteigentümer gewährleistet sein soll. Bei den Gemeinschaftsanlagen, um die es in dieser Arbeit geht (wie zB dem Fitnessraum oder der dining lounge)

⁵⁵ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 1 zu § 38 WEG.

⁵⁶ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 7 zu § 17 WEG, Prader, WEG⁴ E 67 zu § 17.

ist ein solches dauerhaftes exklusives Benützungsrecht gerade nicht angestrebt.⁵⁷ Das führt zu folgender Skurrilität: verabsäumt der Bauträger, gleich beim Abverkauf der Wohnungen eine Benützungsregelung in den Wohnungseigentumsvertrag aufzunehmen und möchte später ein Wohnungseigentümer, dass eine Benützungsvereinbarung geschlossen wird, so muss er sich darum bemühen, das Einvernehmen und die Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu erlangen. Gelingt ihm das nicht – was gerade bei größeren Projekten mit vielen Wohnungseigentümern sehr wahrscheinlich der Fall ist – so kann er dennoch nicht einen Antrag gem. § 17 Abs 2 auf Erlassung einer Benützungsregelung beantragen, welche eine gleichartige Benützung durch alle zum Inhalt hat.

2.1.2.3 Änderung der Benützungsregelung

Eine bestehende Benützungsregelung kann jedenfalls jederzeit einvernehmlich durch sämtliche Wohnungseigentümer abgeändert werden.⁵⁸

Einschränkend sieht dies *Fleischmann* insofern, als seines Erachtens nach einstimmig zustande gekommene Benützungsvereinbarungen von einem Wohnungseigentümer nur wegen behaupteter Willensmängel oder wegen Verletzung der Bestimmungen des WEG über die Beschlussfassung der Miteigentümer anfechtbar seien.⁵⁹

Eine Auflösung der einvernehmlich zustande gekommenen Benützungsregelung (welche als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist) aus wichtigen Gründen muss aber jedenfalls als zulässig erachtet werden.⁶⁰ So kann jeder einzelne Wohnungseigentümer einen entsprechenden Antrag auf Abänderung der bestehenden Benützungsvereinbarung gemäß § 17 Abs 2 WEG an das Gericht stellen und muss wichtige Gründe, die eine Abänderung zwingend machen, vorbringen.⁶¹

Auf Antrag kann die Benützungsregelung (die zuvor vom Gericht festgelegt worden ist) aus wichtigem Grund durch Gericht abgeändert werden. Ob ein solcher wichtiger

⁵⁷ Hingegen bezieht sich ein Großteil der einschlägigen Judikatur auf KFZ-Abstellplätze, welche im Gegensatz dazu sehr wohl dauerhaft exklusiv benützt werden wollen. Vgl. dazu *Prader*, WEG⁴ E 79f zu § 17.

⁵⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg) Österreichisches Wohnrecht Rz 39 zu § 17 WEG.

⁵⁹ *Fleischmann*, Benützungsregelungen bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 136.

⁶⁰ In diesem Sinne 4 Ob 1518/92 MietSlg 44.053.

⁶¹ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 5f zu § 17 WEG.

Grund vorliegt ist eine Ermessensentscheidung im Einzelfall.⁶² Es gibt keine gesetzlich normierten oder von der Judikatur erarbeiteten wichtigen Gründe, die eine solche Abänderung rechtfertigen. Die hL ist der Ansicht, dass das Vorliegen eines einzelnen wichtigen Grundes genügt.⁶³ Festgestellt wurde in der Judikatur lediglich, dass ein strenger Maßstab anzulegen ist und dass dem wichtigen Grund eine Sachverhaltsänderung seit dem Abschluss der ursprünglichen Benützungsvereinbarung zugrunde liegen muss. Bloße Unentgeltlichkeit ist kein ausreichend wichtiger Grund.⁶⁴ Diese Möglichkeit der Abänderung scheint mE für die ohnehin schon überwiegend gemeinsame Benützung der Gemeinschaftsräume wenig praxisrelevant.

2.1.3 Geltung für den Rechtsnachfolger

Die Geltung einer gültig vereinbarten Benützungsvereinbarung bzw. einer gerichtlich erlassenen Benützungsregelung für Rechtsnachfolger ist unbestritten. Seit der Novelle des WEG 2002 hat eine Benützungsvereinbarung auch dann Verbindlichkeit für den Rechtsnachfolger, wenn sie nicht im Grundbuch einverleibt ist. Hingegen verlangt §828 ABGB für Objekte, an denen nicht Wohnungseigentum begründet ist, eine Einverleibung der Benützungsvereinbarung im Grundbuch als Wirksamkeitsvoraussetzung für deren Geltung auch für Rechtsnachfolger.⁶⁵

2.1.4 Geltung für den Mieter und Abgrenzung zur Hausordnung

Ob die Geltung für die Rechtsnachfolger auch analog auf Mieter anzuwenden ist, ist strittig. Mit der Einführung der Bindungswirkung der Benützungsregelung gegenüber dem Rechtsnachfolger auch ohne Ersichtlichmachung im Grundbuch hat der Gesetzgeber die grundsätzlich nur obligatorische Wirkung der Benützungsvereinbarung, die zunächst nur zwischen den jeweiligen Miteigentümern, die sie beschlossen haben,

⁶² Vgl. dazu ua OGH 5 Ob 19/14a, 25.7.2014.

⁶³ Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 6 zu § 17 mit Verweis auf Dirnbacher, WEG idF WRN 2009, 201.

⁶⁴ vgl. zu § 834 ABGB: 7 Ob 206/00w MietSlg 52.071; 3 Ob 42/03b wobl 2003/185 (Call) = MietSlg 55.067/15; 6 Ob 19/07y MietSlg 59.072; 5 Ob 69/11z MietSlg 63.465.

⁶⁵ Prader, WEG⁴ § 17.

Bindungswirkung hat,⁶⁶ schon darüber hinaus auf eine konstitutive Wirkung ausgedehnt. Aber eben ausdrücklich (nur) für den Rechtsnachfolger (also den Käufer), nicht erwähnt ist aber der Mieter. Ist das ein Versäumnis oder eine bewusste Lücke?

Im Zusammenhang mit der unbedingten Bindung von Einzelrechtsnachfolgern an eine bestehende Benützungsvorschrift auch ohne Ersichtlichmachung im Grundbuch meint Vonkilch *„Doch ist es allemal naheliegender, das Risiko der ausreichenden Aufklärung des Erwerbers eines Wohnungseigentumsobjektes über bestehende Benützungsvorschriften durch den Veräußerer ausschließlich auf deren Verhältnis zu verlagern, als dadurch die Stabilität der – oft mühsam zustande gekommenen – „inneren Ordnung“ in der Eigentümergemeinschaft zu bedrohen“*.⁶⁷ Gleiches sollte mE jedenfalls auch für den Mieter gelten, der im Vergleich zum Erwerber der Wohnung zwar nicht dieselbe Rechtsposition einnimmt und kein Mitglied der Eigentümergemeinschaft wird, das die bestehende Benützungsvorschrift gerichtlich bekämpfen könnte, doch nimmt er im Gefüge der Hausgemeinschaft dieselbe faktische Position wie alle übrigen Bewohner – egal ob Eigentümer oder Mieter – ein. Zur Wahrung der inneren Ordnung der Hausgemeinschaft wäre jedenfalls eine Bindung der Benützungsvorschrift auch für den Mieter erforderlich. Selbst wenn man keinen Anhaltspunkt findet, dass es sich nicht um eine ungewollte Lücke handelt, die man durch Auslegung oder Analogie schließen könnte, so ist die Nicht-Erstreckung der Bindungswirkung auf den Mieter insofern unproblematisch, als das aus der Benützungsvorschrift erfließende Gebrauchsrecht Gegenstand des Rechtsverkehrs und grundsätzlich auch durch Miete übertragbar ist.⁶⁸ Diese mögliche Erstreckung der Geltung der Benützungsvorschriften auf Mieter muss aber – sofern es eine Benützungsvorschrift gem. § 17 Abs 1 gibt – auch in dieser ausdrücklich erwähnt sein.⁶⁹

Würde man die Bindungswirkung der Benützungsvorschrift für den Mieter verneinen, so könnte noch mit der Hausordnung Abhilfe geschafft werden. Die Hausordnung ist eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung und kommt durch Mehrheitsbeschluss der Eigentümer zustande. Darin kann – sehr ähnlich der Benützungsvorschrift bzw. sogar noch genauer – geregelt werden, wie die Benützung der Gemeinschaftsanlagen

⁶⁶ *Fleischmann*, Benützungsvorschriften bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 136.

⁶⁷ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ Rz 40 zu § 17 WEG.

⁶⁸ OGH 5 Ob 278/00v, 24.10.2000 = EWri II/15/41; *Prader*, WEG⁴ E 91 zu § 17.

⁶⁹ *Prader*, WEG⁴ E 31 zu § 17 zu den Erfordernissen für die hinreichende Bestimmtheit einer Benützungsvorschrift.

zu erfolgen hat. So können unter anderem die zulässigen Zeiten der Benützung, die allenfalls erforderlichen Reservierungsmodalitäten sowie die Pflichten zur Reinigung bzw. Kostentragung darin geregelt werden.⁷⁰

Die beharrliche Nichteinhaltung der Hausordnung stellt einen wichtigen Kündigungsgrund gemäß §30 Abs 2 Z 1-16 MRG dar, wenn durch die Nichteinhaltung ein durch die Hausordnung geschütztes Interesse verletzt wird. So kann auch der Mieter zur Einhaltung der Hausordnung angehalten werden.

Denkbar ist auch, den Mieter ausdrücklich von der Benützung bestimmter Gemeinschaftsanlagen auszuschließen. Denn grundsätzlich ist nur davon auszugehen, dass ohne anderslautende Vereinbarung im Mietvertrag der Mieter zur Benützung jener allgemeinen Teile der Liegenschaft berechtigt ist, welche mit der Benutzung des vermieteten Bestandobjektes notwendigerweise oder nach der Verkehrsauffassung verbunden sind.⁷¹ Um Zweifel über den Umfang der dem Mieter an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft bzw. den Gemeinschaftsanlagen eingeräumten Benützungsrechte zu vermeiden empfiehlt es sich daher im Mietvertrag die Gemeinschaftsanlagen, welche mitbenützt werden können, sowie die genauen Umstände der (Mit-)Benützung genau zu regeln. Dies auch im Hinblick auf die dann auch zulässige Überwälzung der mit diesen Gemeinschaftsanlagen verbundenen und Betriebs- und Erhaltungskosten (siehe 2.1.5). Andererseits riskiert der Vermieter dann aber auch, dass der Mieter eine Mietzinsminderung geltend macht, wenn diese vom Mietvertrag umfassten Gemeinschaftsanlagen nicht zum bedungenen Gebrauch geeignet oder nicht ausreichend erhalten werden.⁷²

2.1.5 Betriebs- und Erhaltungskosten

Die Betriebs- und Erhaltungskosten werden mangels anderer Vereinbarung gemäß § 32 WEG von den Wohnungseigentümern im Verhältnis der Miteigentumsanteile, also nach den jeweiligen Nutzwerten gemäß § 2 Abs 8 WEG, getragen.⁷³ Das WEG geht also davon aus, dass alle Wohnungseigentümer dieselben Rechte zur Benützung der

⁷⁰ *Fleischmann*, Benützungsregelungen bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 136.

⁷¹ *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ Rz 26 zu § 1098 ABGB.

⁷² *Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB³ Rz 9 zu § 1096.

⁷³ RIS-Justiz RS0069987 [T22].

allgemeinen Teile der Liegenschaft haben und somit prinzipiell auch im gleichen Ausmaß bzw. eben im Ausmaß ihres Nutzwertes (der auch ihren Anteil an der gesamten Liegenschaft widerspiegelt) zu tragen sind. Denkbar – bzw. wie im folgenden zu prüfen sein wird allenfalls zwingend erforderlich - sind aber auch abweichende Regelungen betreffend die Betriebskosten – nämlich insbesondere für jene Bereiche, die zeitweise auch exklusiv genutzt werden können.

In seiner Entscheidung zu 5Ob37/03g⁷⁴ führte der OGH aus, dass Stromkosten für in Sondernutzung bzw. im Wohnungseigentum stehende Garagen und Abstellplätze keine Aufwendungen "für die Liegenschaft" sind, weil sie keine allgemeinen Teile betreffen. Dass sie trotz vorhandenen Subzählers nicht ermittelt wurden, lässt keine andere Beurteilung zu. Diesfalls ist die Höhe nach § 273 ZPO zu ermitteln.⁷⁵

Daraus kann gefolgert werden, dass eine § 32 WEG abweichende Vereinbarung zur Verteilung der Betriebskosten zwingend erforderlich ist, wenn ein dauerhaftes ausschließliches Benützungsrecht zugunsten eines Wohnungseigentümers besteht.

Stehen die Gemeinschaftsanlagen grundsätzlich allen Wohnungseigentümern zur Verfügung und wurden diese nicht (etwa in einer Benützungsvereinbarung) einzelnen Wohnungseigentümern zur ausschließlichen Benützung zugewiesen (wie etwas häufig bei KFZ-Abstellplätzen, Gartenanteilen oder auch dem Lift), so ist auch die Verteilung der Betriebs- und Erhaltungskosten nicht zwingend dem § 32 WEG abweichend zu regeln. Denn es kommt bei der Verteilung der Betriebskosten für die Gemeinschaftsanlagen nicht darauf an, in welchem Ausmaß die einzelnen Wohnungseigentümer die allgemeinen Teile der Liegenschaft tatsächlich nutzen, sondern nur darauf, dass sie jeweils dieselben Rechte und somit Möglichkeit zur Nutzung haben. Selbst bei Gemeinschaftsanlagen, die vorübergehend exklusiv genutzt werden können ist wohl jedenfalls unzweifelhaft, dass jeder Wohnungseigentümer dieselben Möglichkeiten auf Benützung dieser Gemeinschaftsanlagen hat, wenn alle nach dem Prinzip „first come, first served“ über den Concierge oder ein internes Buchungssystem das Objekt reservieren können. Daher ist mE eine § 32 Weg abweichende Vereinbarung einer Verteilung der Betriebskosten nicht zwingend erforderlich, wenn alle Wohnungseigentümer nach dem Prinzip „first come, first served“ dieselben Rechte auf Mitbenützung der Gemeinschaftsanlagen haben.

⁷⁴ wobl 2003,269/140 (*Call*) - wobl 2003/140 (*Call*) = immolex 2003,273 (*Vonkilch*) = RZ 2003,258 = Korrespondenz von *Call*, wobl 2003,354 = MietSlg 55.539 = MietSlg 55.543 = SZ 2003/35.

⁷⁵ OGH 5Ob37/03g, 08.04.2003.

Dies scheint jedenfalls unproblematisch, wenn die Wohnung vom Eigentümer bewohnt und daher auch die Gemeinschaftsanlagen von diesem benutzt werden.

Da gerade die Kleinwohnungen vielfach als Investment gekauft und vermietet werden, ist jedenfalls zu prüfen, ob die Überwälzung der Betriebskosten auf den Mieter (für den Fall der Verteilung nach Nutzwerten oder bei gesondert vereinbartem abweichenden Aufteilungsschlüssel) zulässig ist. Dies spielt insofern eine große Rolle, da bei Unzulässigkeit der Weiterverrechnung an den Mieter der Eigentümer auf den Kosten sitzen bleibt und sich sein Immobilieninvestment unter Umständen nicht mehr rechnet. Dies könnte sogar so weit gehen, dass auch die an das Finanzamt vorzulegende Prognoserechnung nicht mehr ausreichend Gewinn ausweist und der betreffende Immobilienkauf nicht ohne Umsatzsteuer gekauft werden kann.

Gemäß § 1 Abs 4 Z 3 MRG unterliegen Mietverträge in Wohnungseigentumsobjekten im Neubau nur dem Teilanwendungsbereich des MRG. Da die Kleinwohnungen im Sinne dieser Arbeit überwiegend im Neubau errichtet werden – da gerade dort die Möglichkeiten freier Raumkonzepte wesentlich grösser sind als im Altbau und im Neubau daher eher umfangreiche Gemeinschaftsanlagen konzipiert und umgesetzt werden – wird hier also vom Mietverhältnis ausgegangen, dass im Teilanwendungsbereich des MRG steht. Das bedeutet, dass für die Betriebskosten nicht der sehr eng gefasste § 21 MRG anwendbar ist, sondern § 1099 ABGB. Ebenso sind die Instandhaltungskosten nicht nach §§ 3, 8 und 10 MRG zu begleichen, sondern nach § 1096 ABGB. § 1099 ABGB beinhaltet anders als § 21 MRG keinen abschließenden Katalog an zulässigen Betriebskosten. Daher sind bei Mietverträgen, welche nur im Teilanwendungsbereich des MRG liegen, jegliche Betriebskosten an den Mieter verrechenbar, wenn dies im Mietvertrag zulässigerweise so vereinbart wurde. Zu beachten ist, dass bei der Vereinbarung der Überwälzung der Betriebskosten – wenn die betroffenen Kosten nicht ausdrücklich aufgelistet werden – doch nur jene Betriebskosten auf den Mieter überwält werden, die im Betriebskostenkatalog des § 21 MRG genannt sind.⁷⁶ Daher ist es gerade bei umfangreichen Gemeinschaftsanlagen und damit verbundenen Betriebskosten ratsam, diese Anlagen und die damit einhergehenden Kosten im Detail zu nennen. Die Erhaltungspflichten des § 1096 ABGB können ebenso auf den Mieter überwält werden. Die Miete wird dann zumeist einschließlich der Betriebs- sowie der Erhaltungskosten als Pauschalmiete verrechnet.⁷⁷

⁷⁶ Iro in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³ Rz 1 zu § 1099.

⁷⁷ Iro in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³ Rz 1 zu § 1096.

Die von § 32 abweichende Regelung des Aufteilungsschlüssels der Betriebskosten könnte zusätzlich zur Benützungvereinbarung beschlossen werden. Hierzu ist (seit dem 3.WÄG) ein einstimmiger Beschluss der Wohnungseigentümer vorausgesetzt.⁷⁸

Denkbar und sinnvoll wäre, die Kosten für die Gemeinschaftsbereiche so umzuverteilen, dass für jene Anlagen, wo eine zeitweise exklusive Nutzung vorgesehen ist und daher eine direkte Zuordenbarkeit zu bestimmten Nutzen möglich ist, die Tragung der Betriebskosten separat – nämlich nutzerbezogen – zu vereinbaren.

Im „Two in One“ wird ein pauschaler Betrag von EUR 4,- pro Stunde als Abgeltung der Betriebs- und Reinigungskosten für die Benützung der Sauna verrechnet. So ist gewährleistet, dass Betriebskosten annähernd entsprechend der tatsächlichen Nutzung erfolgen und jene Wohnungseigentümer, welche die Sauna gerade nicht benützt haben und auch nicht benützen konnten (weil sie vorab für private Nutzung reserviert wurde) auch den entsprechenden Nachteil in Form der für die konkret erfolgte Nutzung entstandenen Betriebskosten nicht tragen müssen.

2.2 Gemeinschaftsbereiche als eigene WE-Objekte

Einige Bauträger wollen Eigentümer der Gemeinschaftsbereiche bleiben und diese durch Vermietung verwerten.

Im Studio Zwei sind zwar Gemeinschaftsanlagen wie die Dachterrasse mit outdoor Küche und andere Gemeinschaftsbereiche allgemeiner Teil der Liegenschaft, an der dining lounge jedoch wurde Wohnungseigentum begründet. Dieses Objekt bleibt im Eigentum des Bauträgers bzw. einer Verwaltungsgesellschaft. Die dining lounge ist daher auch nicht Kaufgegenstand bei den jeweiligen Wohnungskaufverträgen.⁷⁹

Im Phil's Place soll das oberste Stockwerk, das 400m² große Skyloft samt Sonnendeck und Swimmingpool, welches ein eigenes Wohnungseigentumsobjekt ist, als Lounge-Treffpunkt für Veranstaltungen oder Seminare genutzt werden können.⁸⁰

⁷⁸ Prader/Malaun, Zur Frage der Bindung des Einzelrechtsnachfolgers an die Verfügungsakte im WEG, immolex 2008, 134.

⁷⁹ www.viertel-zwei.at; Entwurf des Wohnungseigentumsvertrages.

⁸⁰ www.Immobilien.DiePresse.com, 10./11.6.2017.

2.2.1 Zulässigkeit der WE-Begründung

Die gemeinschaftlich nutzbaren Bereiche einer Liegenschaft müssen aber nicht zwingend als allgemeiner Teil der Liegenschaft gewidmet werden. Grundsätzlich sind allgemeine Teile des Hauses solche, an denen kein Wohnungseigentum begründet werden kann.⁸¹ Die Begründung von Wohnungseigentum ist jedenfalls unzulässig an „zwingend allgemeinen Teilen“ der Liegenschaft – das sind z.B. Treppenhaus, Gang etc., welche ein Wohnungseigentümer benötigt, um zu seinem Objekt zu kommen. Sofern es sich also bei den jeweiligen Bereichen nicht um notwendig allgemeine Teile der Liegenschaft handelt, steht § 2 Abs 2 einer Begründung von Wohnungseigentum an den Liegenschaftsteilen nicht entgegen.⁸² An den als Gemeinschaftsbereichen angedachten Räumlichkeiten (die tatsächlich nicht von den Wohnungseigentümern benötigt werden, um zu ihren Wohnungen zu gelangen) kann also grundsätzlich auch Wohnungseigentum begründet werden. Allerdings ist noch zu prüfen, welche Räumlichkeiten wohnungseigentumsfähig sind.

Die Wohnungseigentumsfähigkeit ergibt sich aus § 2 Abs 2 WEG: Demnach kann an Wohnungen, sonstigen selbständigen Räumlichkeiten und Abstellplätzen für Kraftfahrzeuge Wohnungseigentum begründet werden.

Betreffend die Gemeinschaftsanlagen gilt es nun zu prüfen, ob diese jeweils unter den Begriff „sonstige selbständige Räumlichkeiten“ subsumiert werden können. Dazu ist dieser Begriff zunächst genauer zu erörtern.

§ 2 Abs 2 WEG selbst definiert den Begriff wie folgt: Eine sonstige selbständige Räumlichkeit ist ein baulich abgeschlossener, nach der Verkehrsauffassung selbständiger Teil eines Gebäudes, dem nach seiner Art und Größe eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt, wie etwa ein selbständiger Geschäftsraum oder eine Garage.⁸³ Aus dieser Definition ergeben sich zwei notwendige Voraussetzungen für die Wohnungseigentumstauglichkeit an sonstigen selbständigen Räumlichkeiten: die bauliche Abgeschlossenheit sowie eine selbständige wirtschaftliche Bedeutung.

Die selbständige wirtschaftliche Bedeutung ergibt sich aus der Verkehrsauffassung.⁸⁴ Sie wird umso strenger beurteilt, je kleiner das betreffende Objekt ist.⁸⁵ Einem Fitness-

⁸¹ Würth in *Rummel ABGB*³ § 2 WEG 2002 Rz 12.

⁸² Würth in *Rummel ABGB*³ § 2 WEG 2002 Rz 12 und 16.

⁸³ *Illedits* in *Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg)*, Wohnungseigentum Kompakt⁵ Rz 8.

⁸⁴ RS0082876 5Ob22/85; 5Ob2220/96y; 5Ob287/98m; 5Ob47/00y; 5Ob160/01t; 5Ob196/01m; 5Ob129/07t; 5Ob167/08g; 5Ob162/10z.

raum, einem Schwimmbad, einer dining lounge, einem Seminarraum und einer Bibliothek wird man zweifelsfrei eine selbständige wirtschaftliche Bedeutung zuordnen können, da diese auch für sich allein betrachtet einen Nutzen haben bzw. selbständig genutzt (und verwertet) werden können. Bei der Sauna wird entscheidend sein, ob sich die Prüfung der Wohnungseigentumstauglichkeit nur auf die Saunakabine im engeren Sinn bezieht oder die Sauna in ihrer Gesamtheit einschließlich der Sanitäranlagen (Duschen und Toiletten) betrachtet wird. Wenn bei erstgenannter Variante es noch fraglich sein könnte, ob ein Raum im Ausmaß von etwa 6m² geeignet sein kann, eine selbständige Räumlichkeit zu sein,⁸⁶ so wird sich diese Frage – zumindest nicht aufgrund der Größe – nicht mehr im Gesamtkontext der Sauna mitsamt dazugehörenden Nebenräumlichkeiten stellen.

Eine genauere Betrachtung des Merkmales „bauliche Abgeschlossenheit“ ist beim Schwimmbad erforderlich.

Die bauliche Abgeschlossenheit ist gemäß der Judikatur als bauliche Abgeschlossenheit nach allen Seiten zu verstehen und im Zweifel ebenso nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen.⁸⁷ Dem OGH⁸⁸ folgend gibt die Wortwahl „Raum“ gewisse Anhaltspunkte für das richtige Begriffsverständnis, auch wenn der Begriff „sonstige selbständige Räumlichkeit“ im WEG nicht definiert ist. Zweifelsfrei verfügt ein Raum nach allgemeiner Verkehrsauffassung neben den Wänden zur seitlichen Begrenzung auch über einen Boden sowie eine Decke.

Sohin ist die Begründung von Wohnungseigentum an einem Freischwimmbad unzulässig.⁸⁹ Eine widerrechtlich erfolgte Begründung an einem untauglichen Objekt wäre nichtig.⁹⁰ In seiner Entscheidung zu 5 Ob 4/06h⁹¹ hatte der OGH den Wohnungseigentumsvertrag und dessen Einverleibung ins Grundbuch für nichtig erachtet, nachdem an einem Freischwimmbad unzulässigerweise Wohnungseigentum einverleibt wurde.

⁸⁵ Vgl. dazu OGH 5Ob129/07t, 28.08.2007.

⁸⁶ So wurde vom OGH ein Lagerraum von knapp 40 m² als WE-tauglich, ein solcher von knapp 7 m² hingegen nicht als WE-tauglich bewertet. 5 Ob 2220/96y = wobl 1997, 105/24 = NZ 1997, 259/393 [Hoyer]. In seiner späteren E zu 5 Ob 47/00y = wobl 2000/128 [Call] beurteilte der OGH Magazinräumlichkeiten zwischen 1,3 und 6,5 m² als nicht WE-tauglich).

⁸⁷ RS0111284 5Ob287/98m; 5Ob47/00y; 5Ob326/99y; 5Ob160/01t; 5Ob129/07t; 5Ob167/08g; 5Ob162/10z; 5Ob138/12y; 5Ob218/13i; 5Ob141/16w.

⁸⁸ 5Ob160/01t, 27.09.2001.

⁸⁹ *Illedits* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum Kompakt⁵ Rz 4.

⁹⁰ OGH 5 Ob 129/07t, 28.08.2007.

⁹¹ 5 Ob 4/06h, immolex 2007/7.

Wenn das Freischwimmbad dennoch nicht allgemeiner Teil der Liegenschaft sein soll (wie z.B. im Phil's Place), so könnte es als Zubehör gemäß § 2 Abs 3 WEG mit einer selbständigen Räumlichkeit verbunden werden.⁹² Die Eignung als Zubehör setzt voraus, dass es von den allgemeinen Teilen der Liegenschaft aus zugänglich ist und abgegrenzt ist.⁹³ Die Widmung als Zubehör zum Wohnungseigentumsobjekt Skyloft ist daher zulässig, wenn das Schwimmbad am Dach über das allgemeine Treppenhaus erreichbar ist. Sollte das Schwimmbad hingegen ausschließlich über das Wohnungseigentumsobjekt Skyloft zu erreichen sein, so wird es wohl als Teil dieses Wohnungseigentumsobjektes gewidmet werden.

Sohin ist das Skyloft im Phil's wohl wohnungseigentumstauglich, nicht jedoch – für sich allein betrachtet – das Schwimmbad am Dach.

Die Begründung von Wohnungseigentum an der dining lounge wie im Studio Zwei, das ein separater Raum ist, erscheint jedenfalls zulässig.

2.2.2 Zurverfügungstellung der Gemeinschaftsanlagen durch den Eigentümer an die übrigen Wohnungseigentümer

Der Bauträger bleibt entweder Eigentümer an den (als eigenes Wohnungseigentumsobjekt gewidmeten) Räumen oder überträgt diese an eine ihm (gesellschaftsrechtlich bzw. wirtschaftlich) zurechenbare Betreibergesellschaft. Dieser Eigentümer – der zugleich auch Teil der Eigentümergemeinschaft bzw. Miteigentümer an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft ist - stellt diese Räume den übrigen Wohnungseigentümern zur Verfügung.

Unter der Annahme, dass die Betreibergesellschaft die Räume bzw. Anlagen (ohne gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung) nur so lange instand hält und zur Verfügung stellt, solange es für sie wirtschaftlich ist, stellen sich die Fragen, wie man entweder die Rentabilität sichern kann bzw. was passiert, wenn die Betreibergesellschaft die Räume nicht weiter zur Verfügung stellen will oder kann, sondern diese Räume einer anderen Verwendung zuführt, eine Veräußerung dieser Objekte beabsichtigt oder diese aufgrund einer (drohenden) Insolvenz des Betreibers gar zwangsweise versteigert

⁹² 5 Ob 279/00s = immolex 2001/104 [Pfiel].

⁹³ Vgl. dazu ua 5Ob270/03x immolex 2004,187 = RdW 2004,335 = NZ 2004,238 = MietSlg 55.046 = MietSlg 55.213 = MietSlg 55.221 = MietSlg 55.456 (35); 5Ob160/01t, 27.9.2001.

werden. Wie könnte vertraglich abgesichert werden, dass diese Räume bzw. Anlagen dauerhaft zur Verfügung gestellt werden?

Diese Zurverfügungstellung könnte unentgeltlich oder unentgeltlich bei Überwälzung der tatsächlich angefallenen Betriebskosten oder entgeltlich erfolgen. In jedem Fall entsteht zwischen dem Eigentümer sowie den übrigen Wohnungseigentümern ein Mietverhältnis gemäß § 1090 ABGB. Um Klarheit über den Inhalt dieser Mietverhältnisse bzw. dieses Mitverhältnisses zu haben, empfiehlt sich ein Mietvertrag in Schriftform. Neben der Frage der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Mietverträge – vor allem hinsichtlich der Dauer, den Kündigungsmöglichkeiten, dem Mietzins sowie den Betriebs- und Erhaltungskosten (vgl. dazu 2.2.4) – ist die Wahl der Vertragspartner eine entscheidende (siehe dazu ausführlich in 2.2.3). Denn sollte der Mietvertrag mit einer nicht zum Abschluss solcher Verträge berechtigten Person abgeschlossen werden, so könnten allenfalls Betriebs- und Erhaltungskosten (mangels gültigem Vertrag) nicht „wie vereinbart“ auf die Mieter überwält werden.

2.2.3 Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft

Die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft wird in § 18 Abs 1 WEG wie folgt geregelt: *Die Eigentümergemeinschaft kann in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und geklagt werden.* Die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft besteht demnach nur in Angelegenheiten der Liegenschaftsverwaltung.⁹⁴ Für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft ist also zunächst zu klären, ob der Abschluss eines solchen Mietvertrages über Räume wie z.B. einem dining room, einem Weindegustationsraum oder einem Skyloft mit Pool den Begriff der *Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft* erfüllt.⁹⁵ Abzugrenzen ist Verwaltung von einer Verfügung nach § 16 WEG.⁹⁶ Das ABGB definiert den Begriff „Verwaltung“ nicht,⁹⁷ sondern setzt

⁹⁴ 5 Ob 206/07s wobl 2008/60 (*Call*) = SZ 2008/1; RIS-Justiz RS0108020.

⁹⁵ Würth in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ Rz 2 zu § 18 WEG; Schauer in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht², Rz 4 zu § 18 WEG.

⁹⁶ Vgl. dazu *Terlitz*, Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung – eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185 (199).

ihn voraus.⁹⁸ Verwaltungshandlungen zielen darauf ab, gemeinschaftliche Pflichten zu erfüllen oder gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsguts wahrzunehmen.⁹⁹ Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie gemeinschaftliches Vorgehen erfordern, weil es um Interessen aller Gemeinschaftler geht.¹⁰⁰

Ausgehend vom ABGB gehört zur Verwaltung alles, was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes beeinträchtigen könnte. Die ordentliche Verwaltung obliegt zunächst einmal dem bestellten Verwalter, der bis zu einer (nicht rechtswidrigen) Weisung durch Mehrheitsbeschluss nicht nur entscheiden darf, sondern dies auch durch Setzung entsprechender Maßnahmen tun muss, wenn eine Untätigkeit den Interessen der Gemeinschaft widersprechen würde. Den Miteigentümern steht es aber frei einzelne Angelegenheiten durch Mehrheitsbeschluss an sich zu ziehen und dem Verwalter verbindliche Weisungen zu erteilen (sofern keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen). Folgende Maßnahmen sind unter anderem Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung gemäß § 28 WEG: Die Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft und die Behebung ernster Schäden in einzelnen Wohnungseigentumsobjekten; die Erlassung einer Hausordnung; der Abschluss und die Auflösung von Mietverträgen über allgemeine Teile der Liegenschaft (die abgesondert benützlich und verfügbar sind). Dient eine Angelegenheit oder eine Veränderung gemeinschaftlichen Interessen, kommt die Entscheidungskompetenz grundsätzlich der Eigentümergemeinschaft und damit der Mehrheit der Eigentümer zu,¹⁰¹ wohingegen eine Maßnahme, die nur der Umsetzung bloßer individueller Interessen dient, nach § 16 Abs 2 WEG der Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer bedarf.¹⁰²

Im darliegenden Fall handelt es sich bei den Räumlichkeiten, über welche ein Mietvertrag geschlossen werden soll, aber nicht um allgemeine Teile der Liegenschaft. Sogar fallen Mietverträge über Räumlichkeiten, an denen Wohnungseigentum zugunsten eines Dritten eingetragen wurde, nicht unter die Maßnahmen der ordentlichen Verwal-

⁹⁷ *Böhm in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 833 Rz 3; *Terlitz*, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung – eine dogmatische Frage von eminenter Bedeutung, wobl 2011, 185 (186).

⁹⁸ *Löcker in Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 28 Rz 13.

⁹⁹ OGH RIS-Justiz RS0109188 [T 12].

¹⁰⁰ OGH RIS-Justiz RS0109188 [T 3].

¹⁰¹ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 24 Rz 5.

¹⁰² Vgl. immolex 2005/57 (*Vonkilch*).

tung und somit kommt der Eigentümergemeinschaft hinsichtlich dieser Mietverträge auch keine Rechtsfähigkeit iSd Wohnungseigentumsgesetzes zu.

Die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft nach Wohnungseigentumsgesetz kann auch nicht durch eine im Belieben der Wohnungseigentümer stehende vertragliche Vereinbarung erweitert werden, um Maßnahmen außerhalb der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft zu organisieren.¹⁰³ (Zur Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft siehe auch Kapitel 3.3.1).

Der vermietende Eigentümer der Räume, welcher diese den Wohnungseigentümern zur Verfügung stellen will, kann also nicht mit der Eigentümergemeinschaft einen Mietvertrag abschließen, sondern er muss mit jedem einzelnen Wohnungseigentümer einen eigenen Mietvertrag abschließen.

Denkbar ist, dass die Wohnungseigentümer dann in der Wahrnehmung ihrer Rechte aus den einzelnen Mietverträgen aufgrund der gleichlautenden Mietverträge gegenüber dem Vermieter eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts iSd §§ 1175 ff ABGB bilden. Die Gesellschaft kommt automatisch durch das Verfolgen des gemeinsamen Zwecks und das Zusammenwirken der Wohnungseigentümer beim Abschließen bzw. Ausführen der jeweils gleichlautenden Mietverträge mit dem Vermieter zustande. Die Gründung der GesbR benötigt keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag; dieser kann auch mündlich oder konkludent geschlossen werden, wenn eine Willensübereinstimmung vorliegt bzw. ein gemeinsamer Zweck (Abschluss gleichlautender Mietverträge über die Gemeinschaftsanlagen, die gemeinschaftlich mitbenützt werden sollen) verfolgt wird.¹⁰⁴

Zu beachten ist, dass die Gesellschafter der GesbR jeweils solidarisch für die Schulden der Gesellschaft haften, weil die GesbR keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Der Gläubiger (Vermieter) könnte gegen jeden einzelnen Gesellschafter zur Einbringung der gesamten Mietschuld vorgehen.¹⁰⁵

¹⁰³ 5 Ob 226/14t wobl 2015/126 (*Hinteregger/Dürr*) = immolex 2015/59; *Schauer in Illeditz/Reich-Rohrwig, Wohnrecht*² § 18 WEG Rz 4 und 17; *Pittl, Erweiterung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer?*, immolex 2006, 176.

¹⁰⁴ *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*⁵ § 1175 Rz 3 ff.

¹⁰⁵ *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*⁵ § 1199 Rz 1.

2.2.4 Abschluss und Ausgestaltung der Mietverträge

Damit sichergestellt wird, dass alle Wohnungseigentümer in der Liegenschaft einen Mietvertrag über diese Gemeinschaftsanlagen abschließen und dadurch einerseits die Auslastung der Anlagen gesichert ist, andererseits aber auch alle Wohnungseigentümer zu denselben Bedingungen die Anlagen benützen können, sollte der Abschluss der Mietverträge mit der Vereinbarung der Kauf- bzw. Wohnungseigentumsverträge gekoppelt werden. Diese „Koppelung“ der beiden Rechtspositionen sollte – im Falle eines unbefristeten Mietvertrages – vor allem auch die automatische Beendigung des Mietverhältnisses für den Fall des Ausscheidens aus der Eigentümergemeinschaft umfassen.

Auf die Frage, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen eine solche Koppelung von Kauf- bzw. Wohnungseigentumsvertrag einerseits und einem Miet- bzw. Dienstleistungsvertrag andererseits zulässig ist¹⁰⁶, wird unter 3.3 näher eingegangen.

Auf diese Art können jene laufenden Betriebskosten, die nicht direkt einem Benutzer zugeordnet und gesondert in Rechnung gestellt werden können, von allen Wohnungseigentümern in gleichen Anteilen oder – je nach Vereinbarung im Mietvertrag – im Anteil ihrer Nutzwerte, getragen werden. Ohne Mietvertrag wäre eine Verteilung der Betriebskosten dieser Räume an die Wohnungseigentümer unzulässig, da nur Aufwendungen für die Liegenschaft, nicht aber für im Wohnungseigentum stehende oder für Sondernutzung zugewiesene Räume, gemäß § 32 WEG von den Wohnungseigentümern im Verhältnis ihrer Anteile zu tragen sind.¹⁰⁷ Durch die Miete, die aufgrund der unbefristeten bzw. langfristigen Mietverträge gesichert ist, kann der Betreiber die in den Kauf und fortlaufend in die Erhaltung der Gemeinschaftsanlage getätigten Investitionen erwirtschaften.

2.2.4.1 Dauer der Mietverträge

Die Vermietung könnte einerseits bereits zugleich mit dem Kauf der Wohnung mit Beginn der Laufzeit ab eben diesem auf bestimmte (längere) Dauer oder unbefristet gemäß § 1099 ABGB oder andererseits jeweils auf Anfrage bzw. Buchung „ad hoc“ nur für die (sehr kurze) Dauer des tatsächlichen Gebrauchs erfolgen. In letzterem Fall wird

¹⁰⁶ sog. „contracting“.

¹⁰⁷ 5 Ob 37/03g [keine Stromkosten für in Sondernutzung bzw. im Wohnungseigentum stehende Garagen und Abstellplätze] wobl 2003/140 [Call] = immolex 2003, 273 [Vonkilch].

es wohl aufgrund der Kurzfristigkeit keinen schriftlichen Mietvertrag geben. In diesem Fall könnte das Mietverhältnis konkludent und zu Bedingungen, die vorab für den Fall eines Mietvertrages schriftlich vereinbart wurden, zustande kommen. Bei den längeren Mietverhältnissen kommen also ein unbefristetes Mietverhältnis oder ein befristetes in Frage.

Beim unbefristeten Mietverhältnis steht dem Mieter ein ordentliches Kündigungsrecht gemäß § 1116 ABGB zu, dem Vermieter nur ein außerordentliches gemäß § 1118 ABGB.¹⁰⁸ Das bedeutet, dass der Mieter jederzeit (unter Einhaltung der Kündigungsfristen des § 560 ZPO) kündigen kann und der Vermieter somit keine gesicherte Auslastung des Objektes hat.

Ein vertraglicher Kündigungsverzicht des Mieters (ausgenommen für Kündigung aus wichtigem Grund) ist zulässig und würde die Auslastung und damit Kostendeckung des Objektes sichern, was wiederum die fortdauernde Zurverfügungstellung durch den Eigentümer wahrscheinlicher macht.

2.2.4.2 Mietzins, Betriebs- und Erhaltungskosten

Die Mietzinsbildung bei Bestandverträgen nach dem ABGB unterliegt der freien Mietzinsbildung und lediglich den allgemeinen Beschränkungen der §§ 934, 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Gemäß § 1099 ABGB kann der Vermieter sämtliche Lasten und Abgaben – also die Betriebskosten – an den Mieter überbinden. Dies kann in Form einer Pauschaliete, welche den Hauptmietzins und die Betriebskosten beinhaltet, erfolgen. Die Erhaltungskosten für das Objekt hat der Vermieter selbst zu tragen.¹⁰⁹

Wenn lediglich im Bedarfsfall jeweils einzelne Mietverträge für die Dauer der Benutzung abgeschlossen werden, trägt der Betreiber als Eigentümer dieser Räume einerseits für die gesamte übrige Zeit als Miteigentümer an der Liegenschaft die Betriebskosten für sein Objekt und anteilig entsprechend seiner Nutzwerte an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft und hat andererseits zudem kein Einkommen, das er dem

¹⁰⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1046.

¹⁰⁹ Die generelle Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter ohne Gegenleistung wird in der jüngeren Rechtsprechung als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert. Vgl. dazu OGH zu 2 Ob 73/10i JBl 2011, 175 (*Mayrhofer*) = immolex 2011/25 (*Prader und Böhm*); wobl 2012/131 (*Vonkilch und Riss*); ecolex 2013/92 (*Oberhammer*) = ecolex 2013/238 (*Wilhelm*); immolex 2015/29.

Kaufpreis der Räume gegenüberstellen könnte. Der Betreiber müsste zusätzlich zu den anteiligen Betriebskosten auch noch eine Miete in einer Höhe verlangen, die ihm zumindest die übrigen Kosten abdecken und idealerweise zusätzlich Einnahmen bringen. Je weniger die Räume gemietet werden, desto höher sollte aus Sicht des Betreibers die Miete sein. Dies könnte jedoch zu dem Effekt führen, dass die Räume dann noch weniger Auslastung haben, weil es den Wohnungseigentümern und potentiellen Nutzern zu teuer wird. Vor allem in kleineren Wohnanlagen mit einer kleinen Anzahl an Gemeinschaftsräumen bzw. –anlagen, die der Betreiber einer kleineren Anzahl an Wohnungseigentümern zur Verfügung stellt, wird diese Variante nicht langfristig halten zu können, da der Betreiber dann auch weniger Potential zum Verlustausgleich zwischen mehr und weniger ausgelasteten und von ihm zur Benützung bereit gestellten Anlagen hat und er für alle Objekte das volle Leerstandsrisiko trägt. Für die Wohnungseigentümer wäre dies zwar kurz- und mittelfristig die billigste Variante, doch ist fraglich, ob sich der Betreiber diese Option langfristig leisten will bzw. kann.

2.3 Absicherung durch spezifische Widmung

Wenn die Widmung der Gemeinschaftsanlagen (als allgemeiner Teile der Liegenschaft) sehr unspezifisch ist, sind prinzipiell mehrere Nutzungsarten zulässig. Eine im Wohnungseigentumsvertrag festgelegte Nutzungsart kann aber im Rahmen der bestehenden Widmung mit einem Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft geändert werden.¹¹⁰ In diesem Fall hätte der einzelne Wohnungseigentümer keine Chance, sich gegen die Abänderung der Nutzung durch die Mehrheit zu wehren.

Ebenso erlaubt eine unspezifische Widmung dem Eigentümer der Gemeinschaftsanlage, an welcher Wohnungseigentum begründet wurde, diese bei Bedarf (wenn sie zB unrentabel ist, weil der Eigentümer wegen der geringen Nachfrage auf den Betriebskosten „sitzen bleibt“) auch anderen Nutzungen zuzuführen (vorbehaltlich der genauen vertraglichen Vereinbarung – dazu siehe Kapitel 4).

Eine Möglichkeit der Absicherung könnte daher eine sehr spezifische Widmung des Wohnungseigentumsobjekts (welches als Gemeinschaftsanlage den Wohnungseigentümern zur Verfügung gestellt werden soll) sein.

¹¹⁰ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 24 Rz 5.

Für die Frage der Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts ist auf die privatrechtliche Einigung der Wohnungseigentümer (in der Regel im Wohnungseigentumsvertrag sowie Nutzwertgutachten) abzustellen;¹¹¹ baurechtliche oder raumordnungsrechtliche „Widmungen“ definieren die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander nicht.¹¹²

Im Falle eines Neubaus wird im Zuge der Baubewilligung die Angabe eindeutiger Raumwidmungen für sämtliche Räume eines Gebäudes durch die Baubehörde (MA 37 – Baupolizei) eingefordert. Jede Änderung der bewilligten Raumwidmung ist ebenfalls baubewilligungspflichtig gemäß §60 Abs. 1 lit. c der Bauordnung für Wien (z.B. die Änderung einer Wohnung in eine Ordination). Im Bewilligungsverfahren wird die Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungs- und Bebauungsplan durch die Baubehörde überprüft. Auch ein Umbau eines Gebäudes, durch welchen die Raumeinteilung oder die Raumwidmung grundlegend geändert wird, ist baubewilligungspflichtig. Dies kann auch dann vorliegen, wenn der Umbau nur ein Geschoß betrifft, dort jedoch die Raumnutzung grundlegend geändert wird.

Die Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts zu einer bestimmten Nutzung und das Festhalten an der dadurch definierten Nutzung gehört zu den absolut geschützten Rechten jedes Wohnungseigentümers.¹¹³

Das ausschließliche Nutzungs- und Verfügungsrecht findet dort seine Grenze, wo in die Rechte des Einzelnen oder der Gemeinschaft eingegriffen wird. Solche Berührungspunkte zeigen sich dann, wenn der Eigentümer des Wohnungseigentumsobjektes Änderungen am Objekt vornimmt. § 16 Abs. 2 WEG regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Wohnungseigentümer ein Recht auf Änderungen, einschließlich der Änderung der Widmung hat. Diese Regelung besagt jedoch lediglich unter welchen Voraussetzungen eine angestrebte Änderung genehmigungsfähig ist. Es ist nicht gesetzlich geregelt, wann eine Änderung genehmigungspflichtig ist – wann vor der Ausführung einer Änderung die Genehmigung der anderen Miteigentümer eingeholt werden muss. Bei der Frage, ob bei einer Änderung der Nutzung des Wohnungseigentumsobjektes eine genehmigungspflichtige Änderung vorliegt, kommt es darauf an, ob schutzwürdige

¹¹¹ Ris-Justiz OGH RS0120725.

¹¹² RS0120725 5Ob106/06h; 5Ob11/07i; 5Ob72/07k; 5Ob290/07v; 5Ob29/08p; 5Ob241/09s; 5Ob83/11h; 5Ob43/11a; 3Ob158/11y; 5Ob148/11t; 5Ob257/11x; 5Ob157/11s; 5Ob83/12k; 5Ob200/12s; 5Ob228/13k; 5Ob210/13p; 5Ob100/14p; 5Ob53/15b; 5Ob224/15z; 5Ob117/16s; 5Ob105/16a; 5Ob195/16m; 5Ob198/16b; 5Ob14/17w.

¹¹³ OGH 5 Ob 200/12s, 20.11.2012 (T8).

Interessen der übrigen Miteigentümer (und die Möglichkeit deren Beeinträchtigung) bestehen und ob die Grenzen der Verkehrsüblichkeit überschritten wurden.

Der Begriff der Widmungsänderung ist sehr weit auszulegen.¹¹⁴ Ob eine Änderung der Verwendung eines Wohnungseigentumsobjektes darunter fällt, ist anhand der ursprünglich von den Wohnungseigentümern im Wohnungseigentumsvertrag einvernehmlich festgelegten Zweckwidmung zu überprüfen.¹¹⁵

Die Zulässigkeit einer Widmungsänderung ist so zu beurteilen, dass man die gültige Widmung des betreffenden Objekts der beabsichtigten Verwendung gegenüberstellt.¹¹⁶

Wenn Wohnungseigentumsobjekte, welche eigentlich als Gemeinschaftsanlage den übrigen Wohnungseigentümern zur Verfügung gestellt werden sollen bzw. bis dato wurden, so liegt wohl jedenfalls ein schutzwürdiges Interesse vor, wenn durch die Änderung der Nutzung bzw. der Widmung eine andere Nutzung als die im Kaufvertrag vom Wohnungseigentumsorganisator zugesagte und von den WE gewünschte vom Eigentümer des Wohnungseigentumsobjektes angeboten wird. Soll also ein Objekt, das als „Gemeinschaftsküche“ gewidmet ist eine Umwidmung in ein Geschäftslokal erfahren (damit der Eigentümer des Objektes dieses rentabel an Dritte vermieten kann), so liegt darin jedenfalls eine Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der Wohnungseigentümer. Eine solche Änderung der Widmung ist gemäß § 16 Abs 2 WEG genehmigungspflichtig, welche der Zustimmung aller übrigen Mit- und Wohnungseigentümer¹¹⁷ oder der Genehmigung durch den Außerstreitrichter in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG bedarf.¹¹⁸

Eine einmal im Wohnungseigentumsvertrag vereinbarte und im Wohnungseigentumsvertrag sowie im Nutzwertgutachten berücksichtigte Widmung ist daher nur sehr schwer abzuändern. Die übrigen Wohnungseigentümer sind daher bei einer sehr spezifischen Widmung sowohl der Gemeinschaftsanlagen als allgemeiner Teil der Liegenschaft als auch der Wohnungseigentumsobjekte, welcher der Betreiber den Woh-

¹¹⁴ Vgl. 5 Ob 126/92 MietSlg 44.622; 5 Ob 201/13p EvBl-LS 2014/130 [Brenn]; 5 Ob 59/14h wobl 2014/78 [Etzersdorfer].

¹¹⁵ Vgl 5 Ob 73/87 MietSlg 40/16; 3 Ob 158/11y = immolex 2012/37 [Neugebauer-Her] = MietSlg 63.462.

¹¹⁶ Vgl 5 Ob 149/14v wobl 2015/43 [Vonkilch].

¹¹⁷ Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 9 zu § 16 WEG.

¹¹⁸ Vgl. OGH 3 Ob 158/11y, 08.11.2011 mit Verweis auf OGH 5 Ob 277/04b, 21.12.2004.

nungseigentümern zur gemeinsamen Mitbenützung zur Verfügung stellen soll, geschützt, da eine Widmungsänderung immer der Zustimmung aller Miteigentümer bedarf.

Aus der Sicht des Bauträgers empfiehlt es sich wiederum, zumindest die Widmung der Objekte, an denen er Wohnungseigentum begründet und die er als Gemeinschaftsanlage zur Verfügung stellt, möglichst unspezifisch zu vereinbaren, um eine möglichst vielfältige Nutzung zu rechtfertigen.¹¹⁹

Da der Bauträger wohl die Parifizierung der gesamten Liegenschaft einschließlich der Festlegung der Widmungen und Entwurf bzw. Vorlage der Kauf- und Wohnungseigentumsverträge organisiert, wird es durchaus möglich sein, dass er für die zur Vermietung angedachten Räumlichkeiten eine entsprechend neutrale Widmung vornimmt.

¹¹⁹ *Kothbauer*, Zu Nutzungsänderungen bei unspezifischer Widmung im Wohnungseigentum, *immolex* 2017, 32.

3 Services

Sogenannte „*Serviced Apartments*“ treten in vielen (Rechts-) Formen auf, die aber nicht alle in dieser Arbeit im Detail erörtert werden sollen. Im Fokus dieser Arbeit stehen (Klein-) Wohnungen, an denen Wohnungseigentum begründet wurde und welche verkauft werden und für welche einerseits die in Kapitel 2 erörterten Gemeinschaftsanlagen zur Verfügung stehen und/oder für welche nützliche bzw. komfortable Services angeboten werden. Betrachtet wird (wie bei den Gemeinschaftsanlagen gemäß Kapitel 2) das Rechtsverhältnis zwischen dem Bauträger bzw. Verkäufer und dem Käufer (als Eigennutzer) der Wohnung. Es geht dabei primär um die Frage, in welcher rechtlichen Form diese Leistungen vom Verkäufer für den Käufer eines WE-Objektes (möglichst langfristig) zur Verfügung gestellt werden kann.

In der gegenständlichen Arbeit wird die Betrachtung der *Serviced Apartments* aus der Sicht des Betreibers bzw. Vermieters aufgrund der Umfänglichkeit des Themas außer Acht gelassen.

Zur besseren Fokussierung auf das Kernthema der Arbeit erscheint jedenfalls zunächst eine Abgrenzung zu Beherbergungsbetrieben sowie zu (Studenten- und Senioren-) Heimen unerlässlich.¹²⁰

3.1 Abgrenzung zum Beherbergungsbetrieb

Serviced Apartments boomen vor allem in Wien aufgrund des starken Zuzugs und der großen Anzahl an Expats. Für Betreiber bringen solche *Serviced Apartments* für temporäres Wohnen höhere Erträge als die klassische Vermietung.¹²¹

Einer der ersten Anbieter von *Serviced Apartments* in Wien war IG Immobilien mit den *Serviced Apartments* „Orchideen Park“; später haben sie unter anderem das Projekt „Messecarree Nord“ entwickelt und umgesetzt. Auch ÖSW entwickelt unter dem Namen „room4rent“ *Serviced Apartments* mit hotelähnlichen Serviceleistungen für ein breites Publikum wie zB Pensionisten, Diplomaten, Gastprofessoren, in Scheidung

¹²⁰ Um den Umfang dieser Arbeit nicht zu sprengen, werden die Abgrenzungen zwischen Wohnung und Beherbergungsbetrieb bzw. zu Heim nur anhand der BO für Wien getroffen.

¹²¹ *Pozsogar*, Temporäres Wohnen, dauerhaft nachgefragt, www.diepresse.com 29.07.2016; *Rodler*, *Serviced Apartments* im Kommen, www.immoflash.at, 15.09.2016.

lebende, denen in den Serviced Apartments neben Komfort auch Anschluß an eine Community geboten wird.¹²²

Wenn Services angeboten werden, kommt man als Betreiber allerdings schnell in die Gewerblichkeit, was einerseits schon in der Planungs- und Bauphase wegen der spezifischen Bauvorschriften beachtet werden muss und andererseits (im Falle der Vermietung) den Entfall aus dem Mietrecht zur Konsequenz hat. Daher ist die Abgrenzung zwischen Wohnung und Beherbergungsbetrieb wichtig.¹²³

Baurechtlich ist zu beachten, dass gemäß § 121 BO für Wien *Beherbergungsstätten Unterkünfte sind, bei denen entweder für das Wohnen oder für das Wirtschaften gemeinschaftliche Anlagen vorgesehen sind*. Im Gegensatz zum Wohngebäuden gemäß § 119 BO für Wien gelten für Beherbergungsstätten andere bauliche Vorgaben.

Die Vermietung von Serviced Apartments erfolgt gemäß § 111 GewO im Betrieb eines Fremdenbeherbergungsgewerbes und die Räumlichkeiten gehören zum Gewerbebetrieb. Die Vermietung unterliegt damit nicht dem MRG oder den mietrechtlichen Normen des ABGB und damit weder den Mietzinsbestimmungen noch den Kündigungsbedingungen des Mietrechts. Bei der Inbestandgabe kommt auch kein Mietvertrag, sondern ein Beherbergungsvertrag zustande.

Der Beherbergungsvertrag ist ein Vertrag sui generis, da er im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist und Elemente sowohl des Mietvertrages, als auch des Dienst-, Werk- und Kaufvertrages enthält.¹²⁴

Vom reinen Mietvertrag, bei dem nur die Wohnmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird, unterscheidet sich der Beherbergungsvertrag durch folgende, von der Rechtsprechung erarbeitete Kriterien: Für die Abgrenzung des Beherbergungsvertrages vom Bestandsvertrag ist entscheidend, ob dem Gast neben der Wohnmöglichkeit auch Verpflegung gewährt und für seine Bedienung gesorgt wird.¹²⁵ Zu den wesentlichen Merkmalen

¹²² Zoidl, IG Immobilien setzt auf serviciertes Wohnen, www.derstandard.at, 06.10.2016; Redl/Zoidl, Wohnen mit Concierge und Fitnessraum, www.derstandard.at, 27.03.2016.

¹²³ Dies gilt auch für Vermietungen über Plattformen wie z.B. Airbnb. Vgl. dazu Maurer-Kollenz, Airbnb und Co – Kurzzeitvermietung auf dem Prüfstand, ÖVI News 01/2017.

¹²⁴ OGH RIS-Justiz RS0020600.

¹²⁵ OGH 6 Ob 77/08d EvBI-LS 2008/14 = wobl 2009,62/29 - wobl 2009/29 = MietSlg 60.580 = MietSlg 60.585; Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 1090 Rz 11.

einer Vermietung im Rahmen des Betriebs eines Beherbergungsunternehmens gemäß § 1 Abs 2 Z 1 MRG zählen nach der Judikatur die Überlassung der Räume mit bestimmten Dienstleistungen wie die Reinigung des Objektes durch den Vermieter und die Beistellung der Bettwäsche und von Geschirr, aber auch die Vereinbarung eines pauschalen Mietzinses, welcher die Kosten für Strom, Heizung und Wasser enthält.¹²⁶

Es kommt bei der Einordnung nicht darauf an, ob der Betrieb mit oder ohne Gewerbeberechtigung geführt wird.¹²⁷ Auch eine längere Dauer der Vermietung schließt eine Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 1 MRG nicht aus.¹²⁸ Für die Abgrenzung ist auch nicht von Bedeutung, ob der Mieter die Nebenleistungen in Anspruch nimmt, sondern nur darauf, ob sie vom Vermieter angeboten und üblicherweise erbracht werden.¹²⁹

Die rechtliche Einordnung hängt aber schließlich jeweils von der Vertragsgestaltung im Einzelfall¹³⁰ und von der Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls ab.¹³¹ Von einem Bestandsvertrag im Rahmen eines Beherbergungsbetriebes ist dann auszugehen, wenn das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters erkennen lässt, das – wenn auch in beschränkter Form – eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät.¹³²

¹²⁶ Vgl. OGH 7 Ob 3/11h, Zak 2011/206 S 116 - Zak 2011,116 = immolex-LS 2011/28 = EvBI-LS 2011/83 = JBI 2011,517 = ecolex 2011/200 S 516 - ecolex 2011,516 = RdW 2011/335 S 337 - RdW 2011,337 = immolex 2011,303/97 (*Klein*) - immolex 2011/97 (*Klein*) = wobl 2012,9/1 - wobl 2012/1 = MietSlg 63.248; sowie OGH 3 Ob 158/11y, immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBI 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (*Neugebauer-Herl*) - immolex 2012,115 (*Neugebauer-Herl*) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512 = Der Mieter 2012,12/Heft 3 = *Prader/Markl*, Zak 2014/620 S 323 - *Prader/Markl*, Zak 2014,323.

¹²⁷ 1 Ob 126/66 MietSlg 18.257 sowie 5 Ob 1085/94 MietSlg 46.205.

¹²⁸ OGH RIS-Justiz RS0069610.

¹²⁹ OGH RIS-Justiz RS0110431 [T1].

¹³⁰ Vgl. OGH 3 Ob 153/04b, 22.12.2004; RIS-Justiz RS0107389.

¹³¹ OGH RIS-Justiz RS0069631; RS0115001.

¹³² 5 Ob 131, 132/92 RIS-Justiz RS0069588; 1 Ob 157/98i MietSlg 50.185 = MietSlg 50.248 (34).

Die Verwertung von Wohnungen iSd § 119 BO für Wien als Serviced Apartment ist jedoch auch wegen der Wohnwidmung unzulässig;¹³³ die Nutzung einer Wohnung mit entsprechender Wohnwidmung als Beherbergungsbetrieb stellt eine unzulässige Änderung der vereinbarten Widmung dar, für welche die Zustimmung der übrigen Miteigentümer eingeholt werden müsste, sofern diese Art der Nutzung schutzwürdige Interessen der Miteigentümer verletzt oder auch nur beeinträchtigen könnte und die Grenze der Verkehrsüblichkeit überschritten wurde. Diese Änderungen gemäß § 16 Abs 2 WEG bedürfen der Zustimmung aller Mitglieder der Eigentümergemeinschaft oder der Genehmigung durch den Außerstreitrichter in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG (vgl. dazu schon unter 2.3). Gegen einen Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Änderungen einschließlich Widmungsänderungen iSd § 16 Abs 2 WEG vornimmt (wie zB ein unzulässiger Betrieb eines Beherbergungsbetriebes in einem Objekt mit Wohnwidmung), kann nach stRsp auch jeder einzelne Wohnungseigentümer mit einer Unterlassungs- bzw. Beseitigungsklage gemäß § 523 ABGB vorgehen.¹³⁴

Weiter ist zu beachten, dass für das Führen eines Beherbergungsbetriebes eine Betriebsanlagengenehmigung für die derart vermieteten Räumlichkeiten vorliegen muss. Diese kann unter anderem nur erteilt werden, wenn der Standort die entsprechende Flächenwidmung aufweist. Zudem müssen die Vorschriften betreffend die Raumhöhen, Fluchtwege, Belichtungsflächen, Zufahrts- und Umkehrwege, Parkplätze, die Emissionen und Einwände der Nachbarn beachtet werden. Zuständig in der Vollziehung sind die Bezirkshauptmannschaften bzw. Magistrate, was in Wien zur Folge hat, dass die Auslegung der z.T. unzureichend präzisen Gesetze im Ermessensspielraum von jedem Magistrat und daher in jedem Wiener Bezirk anders erfolgen kann. So besteht zB Interpretationsspielraum für die Frage, ab welcher vorgeschriebenen Mindestmietdauer beim Mieter bzw. Gast die vorgeschriebene Kenntnis von den Fluchtwegen angenommen werden kann. Dies führt in der Projektierungsphase zu großer Rechtsunsicherheit für den Projektentwickler, da unklar ist, unter welchen exakten Voraussetzungen die Betriebsanlagengenehmigung erteilt wird.

¹³³ Eine Kurzzeit-Vermietung von Wohnungen ist nur in zwei Ausnahmefällen möglich: wenn jemand wegen eines beruflich bedingten Ortswechsels für kurze Zeit eine andere Unterkunft sucht und wenn der Mieter die Wohnung als Ferienwohnung mietet und nutzt. Vgl. dazu *Horvath*, Ich bin mal kurz weg – zieh du doch bei mir ein, www.derkurier.at, 16.05.2013.

¹³⁴ OGH Ris-Justiz RS0005944 [T1]; RS0012137; RS0083156 [T15].

Hinzu kommt, dass Beherbergungsstätten bzw. Heime nur zulässig sind, wenn die entsprechende Bebauung im jeweiligen Flächenwidmungsplan vorgesehen ist.

3.2 Abgrenzung zum Heim

Die Nachfrage sowohl von Investoren als auch von Nutzern nach Heimen – die nun auch „Mikrolofts“ genannt werden - ist ebenso wachsend wie es die Ansprüche an deren Ausstattung sind.¹³⁵

Heime sind gemäß § 121 BO für Wien Gebäude und Gebäudeteile, die zur ständigen oder vorübergehenden gemeinsamen Unterbringung von Menschen bestimmt sind, die zu einer nach anderen als familiären Zusammengehörigkeitsmerkmalen zusammenhängenden Personengruppe gehören.

Nach § 1 Abs 2 Z 1 MRG fallen nicht in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes Mietgegenstände, die im Rahmen des Betriebes eines Beherbergungs-, Garagierungs-, Verkehrs-, Flughafenbetriebs-, Speditions- oder Lagerhausunternehmens oder eines hierfür besonders eingerichteten Heimes für ledige oder betagte Menschen, Lehrlinge, jugendliche Arbeitnehmer, Schüler oder Studenten vermietet werden.

Wie zu 3.1 bereits ausgeführt, lässt sich die Frage, ob ein Objekt im Rahmen eines Betriebs nach § 1 Abs 2 Z 1 MRG in Bestand gegeben wurde, immer nur unter Beachtung auf alle Umstände des Einzelfalls beantworten.

Für das Vorliegen eines Studentenheimes spricht unter anderem: das äußere Erscheinungsbild des Objektes, die ausschließliche Vergabe von Benützungs- und Gastverträgen nach den §§ 5, 5a StudentenheimG, das Vorhandensein einer Heimleitung, die auch über Schlüssel zu den einzelnen Wohneinheiten verfügt, umfangreiche Gemeinschaftseinrichtungen, ein Benützungsentgelt, das Heizung, Strom, Warmwasser, Abwasser, Heimbetriebskosten, Telefonfestnetzgrundgebühr, Internetanschluss, Möblierung, Zimmerreinigung, Satelliten-TV sowie die Nutzung der allgemeinen Studier- und Freizeiträume, der Waschküche, des Musikzimmers, des Veranstaltungsraums, der Sauna, des Fitnessraums sowie des Raucherraums beinhaltet. Ob die Mieter die zur

¹³⁵ Zoidl, Studentenheime: Assetklasse mit Partyraum, www.derstandard.at, 16.3.2016; ÖSW setzt bei zweitem WG-Haus auf „Mikrolofts“, www.derstandard.at, 14.10.2016.

Verfügung stehenden Gemeinschaftseinrichtungen tatsächlich nutzen, ist für die Qualifikation des Bestandverhältnisses irrelevant.¹³⁶

Benützungs- und Gastverträge betreffend Studentenheimplätze richten sich nach dem Studentenheimgesetz.

Für die Baubewilligung für Heime sind – wie bei Beherbergungsstätten – die Vorschriften des § 121 BO für Wien maßgeblich. So müssen nicht in jeder Wohneinheit Badezimmer und Toiletten zur Verfügung stehen und es ist nicht für jede Wohneinheit ein Einlagerraum vorzusehen.

3.3 Dienstleistungsverträge

Der Wohnungseigentumsorganisator könnte die kaufgegenständlichen Dienstleistungen selbst erbringen, wenn es sich um einfache, gewerberechtlich genehmigungsfreie Tätigkeiten handelt wie z.B. Concierge-Service. Es bedürfte keiner Beauftragung Dritter und die verpflichteten bzw. berechtigten Vertragspartner betreffend die Dienstleistungserbringung sind ident mit den Parteien des Kaufvertrages über das Wohnungseigentumsobjekt.

Leistungen, für deren Erbringung bestimmte fachliche Eignungen sowie (Gewerbe-) Berechtigungen erforderlich sind, können jedenfalls naturgemäß nicht vom Verkäufer selbst erbracht werden, sofern er über diese spezifischen Eignungen und Berechtigungen nicht verfügt. Dies wird wohl vor allem bei Leistungen im Bereich reglementierter Berufe wie z.B. Krankenpflege der Fall sein.

Denkbar und wahrscheinlich ist, dass der Verkäufer aber auch die übrigen Leistungen, welche der Concierge erbringt oder koordiniert, bzw. welche einen hohen Personal- und Sachaufwand erfordern, nicht selbst erbringt. Vielmehr kümmert sich der Bauträger in der Projektentwicklungs- bzw. Bauphase um die Einholung von Angeboten der Dienstleistungserbringer und wird schließlich mit den Dienstleistern Verträge abschließen, die er dann im Zuge des Verkaufs und der Begründung des Wohnungseigentums auf die Käufer überträgt. Die Überbindung der Dienstleistungsverträge erfolgt – unter genauer Angabe aller Details und Beilage der Verträge – im Wohnungseigentumsvertrag. Darin verpflichtet sich der Verkäufer, die entsprechenden Verträge zu schließen

¹³⁶ OGH 6 Ob 75/12s immolex 2013/9.

und an die Wohnungseigentümer zu überbinden, um so die vertraglich bedungenen Dienstleistungen für die Wohnungseigentümer erbringen zu können. Es ist also eine vertraglich bedungene Eigenschaft, dass die Wohnungseigentumsobjekte einschließlich der vertraglich zugesicherten Dienstleistungserbringung durch Dritte an die Käufer übertragen werden.

3.3.1 Vertragsüberbindung und Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft

Zunächst ist zu prüfen, wer auftraggeberseitig Vertragspartner der Dienstleistungsverträge wird bzw. ob die Eigentümergemeinschaft Rechtsfähigkeit zum Abschluss der Dienstleistungsverträge hat.

Wie bereits in Kapitel 2.2.3 näher ausgeführt, hat die Eigentümergemeinschaft nur in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft selbst Rechtsfähigkeit. Daher ist auch betreffend die gewünschten Dienstleistungen bzw. die diesbezüglichen Verträge genau zu prüfen, ob diese jeweils eine Angelegenheit der Liegenschaftsverwaltung betreffen oder nicht.

Der OGH hat zur Frage der Abgrenzung zwischen ordentlicher Verwaltung iSd § 28 und 29 und einer Veränderung im Interesse eines einzelnen Miteigentümers gemäß § 16 WEG in seiner Entscheidung zu 5 Ob 216/15y¹³⁷ Stellung bezogen: hier hat er zur Abgrenzung das Kriterium der objektiven (vernünftigen) Nutzungsmöglichkeiten herangezogen.

Eine für die gegenständliche Arbeit spannende Entscheidung hatte der OGH zum „Herrenhauspark“ zu treffen.¹³⁸ Zugrundeliegender Sachverhalt für die Entscheidung des OGH war folgender: Die Eigentumswohnungen im Projekt „Herrenhauspark“¹³⁹ waren im erstmaligen Verkauf vom Bauträger mit einem besonderen Service- und Dienstleis-

¹³⁷ Zak 2016/437 S 236 - Zak 2016,236 = immolex-LS 2016/50 = immolex-LS 2016/51 = Jus-Extra OGH-Z 6040 = immolex 2016/83 S 291 (Räth) - immolex 2016,291 (Räth).

¹³⁸ OGH 5 Ob 226/14t, 28.04.2015, Zak 2015/538 S 298 - Zak 2015,298 = immolex LS 2015/59 = OIZ 2015,26/Heft 09 = wobl 2015,311/126 (Dür) - wobl 2015/126 (Dür) = RZ 2015,210 EÜ122, 123, 124 - RZ 2015 EÜ122 - RZ 2015 EÜ123 - RZ 2015 EÜ124 = SZ 2015/39.

¹³⁹ Ein Projekt der IG Immobilien in Wien, Döbling. www.ig-immobilien.com.

tungskonzept beworben worden. Demnach sollten Mitarbeiter an sieben Tagen die Woche bei der Organisation, angefangen bei frischem Gebäck am Wochenende, über Karten für die Oper bis zum Kindermädchen oder einer Reinigungskraft, behilflich sein. Bei der Errichtung des Wohnungseigentumsvertrages wurde der Passus aufgenommen, dass „sämtliche Wohnungseigentümer zur Kenntnis nehmen, dass neben diesem Wohnungseigentumsvertrag noch eine Vereinbarung über die Durchführung des „Parkmanagements“ abzuschließen ist“. Zehn Jahre nach dem erstmaligen Abverkauf der Wohnungen wurde eine Eigentümerversammlung einberufen und abgehalten, auf deren Tagesordnung die „Beschlussfassung über die Beauftragung an Hausverwaltung, damit diese im Sinne der seit dem Bestehen der Wohnungseigentümerschaft geübten Vorgehensweise auch zukünftig sämtliche Kosten des Parkmanagements gemäß den Rechnungen dritter Unternehmen bezahlt und gemeinsam mit den sonstigen Aufwendungen für die Liegenschaft den Miteigentümern vorschreibt, wobei die Aufteilung gemäß der jeweiligen Liegenschaftsanteile zu erfolgen hat“. Der OGH hatte über die Frage zu entscheiden, ob die Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft über diese Maßnahme zulässig war bzw. ob die Entscheidung über den Vertrag über das Parkmanagement in die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft fällt.

Dazu hat er zunächst erörtert, in welchen Angelegenheiten der Eigentümergemeinschaft Rechtsfähigkeit zukommt: Die Eigentümergemeinschaft kann gemäß § 18 Abs 1 WEG in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft Rechte und Verbindlichkeiten eingehen. Die Verwaltung wird auch als Maßnahme rechtlicher und tatsächlicher Natur umschrieben, die der Erhaltung oder der Verbesserung des gemeinsamen Gutes dienen soll.¹⁴⁰ Verwaltung sei auch alles, was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes beeinträchtigen oder fördern könnte.¹⁴¹

Die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen des Parkmanagements hat der OGH schließlich nicht als Maßnahmen der Liegenschaftsverwaltung, die mit der Verwendung allgemeiner Teile der Liegenschaft in Zusammenhang stehen, qualifiziert. Damit steht seiner Ansicht nach die Durchführung derartiger Maßnahmen außerhalb der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft. Fällt die Eigentümergemeinschaft einen Beschluss über eine Sache, die keine Verwaltungshandlung darstellt, so ist der Beschluss

¹⁴⁰ OGH mit Verweis auf *Gruber/Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 833 ABGB Rz 3.

¹⁴¹ OGH ua mit Verweis auf *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht², § 18 WEG Rz 5.

aufzuheben. Die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft ist auch nicht durch Rechtsgeschäft erweiterbar.¹⁴² Gemäß *Pittl*¹⁴³ kann die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft nicht durch eine im Belieben der Wohnungseigentümer stehende vertragliche Vereinbarung erweitert werden, wenn die Durchführung einer Maßnahme außerhalb der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft liegt. Dies begründet er mit dem Zweck der Norm des § 18 WEG – der Beschränkung der Rechtsfähigkeit ex lege. Da die Liegenschaftsverwaltung mit der Teilrechtsfähigkeit untrennbar verbunden ist und auf dieser aufbaut, sei gänzlich auszuschließen, dass der Gesetzgeber gerade in diesem Bereich Änderungen kraft Vereinbarung der Wohnungseigentümer zulassen wollte.

Demnach ist – analog zu den Mietverträgen betreffend der von den Wohnungseigentümern genutzten Zusatzräumen (vgl. Kapitel 2.2.4) – zu schließen, dass die Dienstleistungsverträge nicht mit der Eigentümergemeinschaft, sondern jeweils mit den einzelnen Wohnungseigentümern zu schließen sind.

3.3.2 Rahmen der Zulässigkeit der Vertragsüberbindung

Ähnlich wie beim Abschluss der Mietverträge, ist es auch bei den Dienstleistungsverträgen wohl im Interesse aller Parteien, möglichst mit allen Wohnungseigentümern Verträge zu denselben Bedingungen zu schließen. Zudem werden die Konditionen der Dienstleistungserbringer wohl günstiger sein, wenn sie eine gleichmäßige und möglichst langfristige Auslastung vertraglich absichern können. Daher ist auch betreffend die Dienstleistungsverträge zu prüfen, ob und zu welchen Konditionen sie zulässigerweise zugleich mit dem Kauf- bzw. Wohnungseigentumsvertrag an die Käufer bzw. Wohnungseigentümer überbunden werden können, um die als „Extra“ angebotene Leistung gewähren zu können.

Ist *Contracting* zulässig bzw. unter welchen Umständen ist es zulässig?

¹⁴² *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht², § 18 WEG Rz 17.

¹⁴³ *Pittl*, Erweiterung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer? *immolex* 2016, 176.

In seiner Entscheidung zu 1 Ob 220/14f¹⁴⁴ hatte der OGH zur Frage der Wirksamkeit einer Vertragsüberbindung zu entscheiden. Zugrundeliegender Sachverhalt der Entscheidung war, dass der Wohnungseigentumsorganisator in den Kaufverträgen für Wohnungen vorsah, dass verpflichtend mit einem bestimmten Lieferanten von Energie für die Pelletsheizung ein Wärmeliefervertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren abzuschließen sei. Der OGH hatte diese Vertragsüberbindung iSd § 38 Abs 1 WEG als rechtsunwirksam beurteilt, da eine unbillige Beschränkung der den Wohnungseigentümern zustehenden Nutzungs- und Verfügungsrechte darin liege, dass sie verpflichtet wären, innerhalb einer Vertragslaufzeit von 15 Jahren ausschließlich von der betreffenden Energielieferantin Leistungen abzunehmen und daran gehindert wären, die erforderliche Nutzenergie von Dritten zu beziehen oder selbst zu erzeugen.¹⁴⁵

Dieser Entscheidung zufolge ist eine Überbindung eines Dienstleistungsvertrages auf die Wohnungseigentümer zum Zeitpunkt der Begründung des Wohnungseigentums und des Verkaufes der Wohnungen prinzipiell zulässig, wobei jedoch zu prüfen ist, ob der Vertrag die Wohnungseigentümer unbillig beschränkt.¹⁴⁶

Wenn eine solche Beschränkung iSd § 38 WEG nicht vorliegt, so ist eine Überbindung eines Dienstleistungsvertrages – zB für einen Concierge – an die Wohnungseigentümer zulässig.¹⁴⁷ ME liegt zumindest keine unbillige Beschränkung iSd § 38 WEG vor, wenn der Dienstleistungsvertrag entweder auf eine bestimmte, nicht zu lange Dauer abgeschlossen wird oder bei unbefristeter Laufzeit Kündigungsmöglichkeiten gegeben sind, sofern auch die übrigen Vertragsbedingungen nicht überwiegend nachteilig oder einschränkend für den Wohnungseigentümer sind.¹⁴⁸ Die Dienstleistungsverträge sind

¹⁴⁴ immolex 2015/35 S 127 (Prader) - immolex 2015,127 (Prader) = Zak 2015/169 S 97 - Zak 2015,97 = VbR 2015/97 S 132 - VbR 2015,132 = MietSlg 66.525 = wobl 2015,397/167 (Vonkilch) - wobl 2015/167 (Vonkilch).

¹⁴⁵ Im konkreten Verfahren lag nach Ansicht des OGH die unbillige Beschränkung iSd § 38 WEG weiters darin, dass bei einer wirksamen Vertragsübernahme weiters die Verpflichtung bestünde, die Kosten der Herstellung der Heizungsanlagen zusätzlich zum vereinbarten Fixpreis für die erworbenen Wohnungseigentumsobjekte zu zahlen, obwohl sich die Verkäuferin zur Herstellung der Gesamtanlage auf eigene Kosten verpflichtet hatte.

¹⁴⁶ Sinngemäß hat auch das LGZ Graz am 19.1.2012 zu 3 R 11/12b entschieden, dass eine Koppelung von einem Betreuungsvertrag und einem Mietvertrag im Rahmen eines „betreubaren Wohnens“ nicht sittenwidrig ist. Vgl. dazu *Tamisch*, Zur Koppelung von Mietvertrag und Betreuungsvertrag, immolex 2014/75.

¹⁴⁷ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ Rz 1 zu § 38 WEG.

¹⁴⁸ Dieses aktuelle Dilemma wurde nun auch in den Medien erörtert. Vgl. dazu *Rechberger*, Dienstmann auf juristisch schwachen Beinen, Die Presse, 30.10.2017.

schon in der Geschäftsanbahnungsphase, jedenfalls jedoch spätestens bei Kaufabschluss dem Käufer bzw. Wohnungseigentumswerber offen zu legen.¹⁴⁹

Rechtsprechung zur Frage, ob die Dauer eines Dienstleistungsvertrages schon für sich allein betrachtet ein Kriterium für die Unbilligkeit sein kann oder ab welcher Vertragsdauer ein überbundener Vertrag unbillig ist, gibt es nicht und wird wohl im Zweifel im Einzelfall zu entscheiden sein.

Ob weitreichende Kündigungsrechte (jederzeit bzw. mit kurzen Fristen) den Anbieter der Dienstleistungen ausreichend absichern bzw. motivieren, günstige Konditionen und Preise anzubieten, ist allerdings fraglich.

3.4 Dilemma und Lösungsansatz

Der Judikatur zur mangelnden Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft zum Abschluss der Dienstleistungsverträge einerseits sowie der Judikatur zum Rahmen des zulässigen Contracting andererseits folgend, ergibt sich mE folgendes Dilemma: Dienstleistungsverträge können nur jeweils einzeln auf die Wohnungseigentümer übertragen werden. Diese dürfen aber wegen des Verbots der unbilligen Benachteiligung iSd § 38 WEG keine allzu lange Laufzeit haben oder müssen jederzeit kündbar sein. Soin könnten trotz ursprünglicher Überbindung gleichlautender, unbefristeter Verträge schon nach kurzer Zeit einzelne Verträge gekündigt werden. Dies ist für den Dienstleistungserbringer wohl aufwendiger zu verwalten als einheitliche Verträge. Zudem gewähren die weitreichend kündbaren Verträge wohl zu wenig Sicherheit, um eine Auslastung der Dienstleistungen planen oder garantieren zu können. Denkbar ist, dass sich diese Unsicherheit auf den Preis der Dienstleistungen niederschlägt.

Eine Lösung aus dem Zwiespalt könnte für den Bauträger sein, lediglich die Infrastruktur für Dienstleistungserbringer in räumlicher Nähe zu den Wohnungseigentumsobjekten zu schaffen und mit dem Anbieter der Dienstleistungen zu vereinbaren, dass die Eigentümer der Wohnungseigentumsobjekte das Recht haben, die Dienstleistungen (gegen Entgelt bzw. aufgrund völlig separater Vereinbarung) zu nutzen.

Im Projekt Post Palais¹⁵⁰ werden Eigentumswohnungen (ab 45m²) sowie ein Fünfsternehotel in einem Komplex errichtet. An die Käufer der Wohnung ergeht die Zusage,

¹⁴⁹ *Rechberger*, Dienstmann auf juristisch schwachen Beinen, Die Presse, 30.10.2017.

dass sie die Einrichtungen des Hotels (Indoor-Pool, Fitness und Spa sowie Services wie den Concierge) nutzen können. Solange das Hotel im Eigentum des Verkäufers steht hat seine Zusage, die Anlagen nutzen zu können, direkte Wirkung. Aber wenn das Hotel verkauft wird, wird es de facto eine Frage des Preises sein, ob diese Extras noch zur Verfügung stehen. Denn wenn der Wohnungseigentumsorganisator, der die Zusage der Nutzungsmöglichkeit (unter Umständen zu einem ermäßigten Preis) gegeben hat, nicht mehr Eigentümer der Hotelimmobilie ist, werden die Wohnungseigentümer wohl nur noch zu marktüblichen Preisen die Einrichtungen des Hotels nutzen können. Da der Hotelier womöglich aber auf diese Auslastung durch die benachbarten Wohnungseigentümer angewiesen ist, wird es faktisch kein Problem sein.

Anders als bei Gemeinschaftsanlagen im Miteigentum, hat der Wohnungseigentümer betreffend diese Anlagen und Services keinerlei Mitspracherechte (Angebot, Instandhaltung etc).

Beim Projekt Smart & More¹⁵¹ stellt der Bauträger nur einen „Stützpunkt“ für einen Anbieter bestimmter Dienstleistungen zur Verfügung. Der Raum, in welchem der Dienstleister seine Leistungen vor Ort koordiniert oder auch anbietet, könnte als eigenes Wohnungseigentumsobjekt begründet und langfristig an diesen Dienstleister vermietet werden. Eine direkte Überbindung von Dienstleistungsverträgen vom Wohnungseigentumsorganisator an den Wohnungseigentümer bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft erfolgt auch hier nicht. Den Wohnungseigentümern bzw. auch Mietern steht es frei – wie bei der Verlängerung bzw. Neuvergabe jeglicher Dienstleistungsverträge - jeweils einen Dienstleistungsvertrag abzuschließen. Wie lange diese Services zur Verfügung stehen werden, hängt wohl unter anderem von der Anzahl der abgeschlossenen Dienstleistungsverträge bzw. derartigen Auslastung des vor Ort stationierten Care-Managers ab, liegt jedoch nicht oder nur bedingt im Einflussbereich des Wohnungseigentumsorganisator. Letztlich könnte dieser über eine entsprechend günstige Miete für den Stützpunkt des Dienstleisters die dauerhafte Verfügbarkeit dieses Services wirtschaftlich attraktiver machen.

¹⁵⁰ Ein Projekt der Soravia Group und Wertinvest, www.postpalais.at.

¹⁵¹ Ein Projekt der ÖSW, www.oesw.at. Der Einrichtung CARE-RING wird ein Raum zur Koordination ihrer Betreuungsleistungen für Menschen mit Bedürfnissen zur Verfügung gestellt.

4 Rechtsbehelfe

Im folgenden wird erörtert, welche Rechtsbehelfe dem Käufer gegen den Verkäufer zur Verfügung stehen, wenn die mit der Kleinwohnung verbundenen Extras wie Gemeinschaftsanlagen oder Services nicht mehr zur Verfügung stehen. Zugleich wird geprüft, welche Handlungen, Aussagen und Zugeständnisse des Verkäufers (und des von ihm beauftragten Maklers) die Haftungsgrundlagen bilden und – um Haftungen zu vermeiden – unterlassen bzw. klargestellt werden sollten.

4.1 Gewährleistung

Gewährleistung ist die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Mängel (Sach- und Rechtsmängel), welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist.¹⁵²

Gemäß § 922 ABGB haftet der Verkäufer für die (ausdrücklich oder schlüssig) bedungenen (vgl. 4.1.1) sowie für die im redlichen Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften¹⁵³ (vgl. 4.1.2) sowie die von ihm in öffentlichen Äußerungen oder in der Werbung gemachten Angaben¹⁵⁴ (vgl. 4.1.3).

Beim Sachmangel ist also zu prüfen, was die bedungene oder allenfalls die gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft des Kaufgegenstandes ist oder was in den Prospekten des Bauträgers versprochen war.

Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht die geschuldete Rechtsposition verschafft.¹⁵⁵

4.1.1 Bedungene Eigenschaft

Welche konkreten Eigenschaften bzw. welche Verwendungsmöglichkeit die versprochene Leistung aufweisen muss, ergibt sich aus dem (Kauf- oder Wohnungseigen-

¹⁵² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 302.

¹⁵³ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 317.

¹⁵⁴ *Reich-Rohrwig*, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 12/2015, 442.

¹⁵⁵ *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} §§ 922 Rz 14.

tums-) Vertrag samt Beilagen (wie vor allem dem Nutzwertgutachten und der Baubeschreibung). Dort werden die Maße, die Eigenschaften, die Widmungen, die Benützungrechte, die Betriebskosten und weiteres beschrieben. Darüber hinaus können zusätzlich stillschweigend sowie mündlich Vereinbarungen über bestimmte Eigenschaften getroffen worden sein.¹⁵⁶

Sollten die Eigenschaften sich nicht unstrittig aus dem Vertrag ergeben, so ist die geschuldete Eigenschaft jedenfalls im Einzelfall vom Gericht auszulegen.

Der Verkäufer haftet jedenfalls für den Mangel, wenn er die fehlende Eigenschaft ausdrücklich zugesichert oder er den Mangel arglistig verschwiegen hat; weiters, wenn er fälschlich vorgibt, dass die Sache zu einem bestimmten Gebrauch tauglich wäre oder bessere Eigenschaften als üblich aufweist (§ 923 ABGB). Es ist auch denkbar, dass sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf Eigenschaften des Kaufobjektes erstreckt, die zwar nicht ausdrücklich zugesagt wurden und auch keinen Niederschlag im schriftlichen Kaufvertrag finden, die jedoch der Natur des Geschäftes nach konkludent vereinbart wurden.¹⁵⁷ Als schlüssige Eigenschaftszusagen gelten jedenfalls jene, die im Stadium der Vertragsanbahnung vom Verkäufer (oder seinem Makler) übergebenen Prospektunterlagen und Informationsmaterial über die Wohnungseigentumsanlage (vgl. 4.1.3).

4.1.2 Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft

Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind mangels gegenteiliger Abreden ebenfalls immer stillschweigend mitvereinbart. Hier deckt sich der objektive Fehlerbegriff mit dem subjektiven Mangelbegriff. Für die Konkretisierung des Begriffes „gewöhnlich vorausgesetzt“ kommen der Verkehrsauffassung sowie der Natur des Geschäftes Bedeutung zu. Ob und wie weit es betreffend die mittlerweile sehr umfangreich angebotenen Gemeinschaftsanlagen und Services bereits eine Verkehrsauffassung gibt, ist offen.

¹⁵⁶ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ § 922 Rz 8.

¹⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, Haftungsausschluss bei Liegenschafts Kaufverträgen, NZ 12/2015, 445.

4.1.3 Werbeaussagen

Spannend im Zusammenhang mit den sehr effektiv beworbenen Kleinwohnungen mit viel Komfort sind die Literatur und die Rechtsprechung betreffend Werbeaussagen im Zusammenhang mit der Frage der Festlegung der bedungenen Eigenschaft.

In seiner Entscheidung zu 3 Ob 24/05h¹⁵⁸ stellte der OGH fest, dass auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers (Aussagen in einem Zeitungsinserat), welche der Käufer zur Kenntnis genommen hat, ohne weiteres in die Vertragsauslegung einfließen und die bedungene Eigenschaft festlegen. Dabei war ein Grundstück am Wörthersee, das tatsächlich nicht bis zur Uferlinie des Wörthersees gereicht hat, sondern dessen Seezugang nur über ein von den Österreichischen Bundesforsten zu pachtendes oder zu erwerbendes Nachbargrundstück möglich war, durch den vom Verkäufer beauftragten Makler als „Seegrundstück“ bezeichnet und inseriert. Der OGH hatte dazu ausgeführt, dass die Frage, ob die Sache dem Vertrag entspricht, danach zu beurteilen ist, was der Übernehmer auf Grund der über die Sache gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers erwarten kann. Der Veräußerer hat sodann auch dafür Gewähr zu leisten, dass die Sache der Beschreibung des Veräußerers entspricht.

In seiner Entscheidung zu 5 Ob 38/94¹⁵⁹ verlangte der OGH keine punktgenaue Einhaltung des Prospektes über eine Wohnanlage, sondern ließ auch die Ansiedelung einer Zahnarztordination in den im Prospekt als Wohnung ausgewiesenen Räumen zu. Kritisch sieht diese Entscheidung *Reich-Rohrwig*.¹⁶⁰ Seiner Ansicht nach hätte es auch der Zustimmung des Wohnungseigentümers (Käufers) bedurft (welche weder zu erlangen noch zu ersetzen gewesen wäre), wenn zum Zeitpunkt der Umwidmung der Wohnung in eine Zahnarztordination bereits Wohnungseigentum begründet gewesen wäre.

Die Bewerbung von Kleinwohnungen, deren Eigentümer bei Bedarf zur Bewirtung einer größeren Anzahl von Gästen eine dining lounge nach Buchung beim Concierge nutzen kann und er so den Komfort bzw. die Eigenschaften einer großen Wohnung hätte, obwohl er nur eine Kleinwohnung kauft, wird dann wohl demgemäß die bedungene Eigenschaft des konkreten Wohnungseigentumsobjektes so festlegen: Wohnungseigen-

¹⁵⁸ 20.10.2005.

¹⁵⁹ SZ 68/34.

¹⁶⁰ *Reich-Rohrwig*, Haftungsausschluss bei Liegenschafts Kaufverträgen, NZ 12/2015, 442.

tum an Top XY zuzüglich der Möglichkeit der (zeitweise exklusiven) Mitbenützung einer dining lounge.

So könnte sich der Käufer auf Gewährleistung wegen Vorliegen eines Mangels berufen, wenn er aufgrund der Textierung der Werbebroschüren (und auch des Kaufvertrages) der Meinung war, dass bestimmte Gemeinschaftsanlagen in seinem Miteigentum stehen und allenfalls von einer Benützungsregelung gem. § 17 WEG erfasst sind, er jedoch erst später erfährt, dass bestimmte Gemeinschaftsanlagen (wie z.B. ein dining room) nicht im Miteigentum der Eigentümergemeinschaft sondern im Alleineigentum des Bauträgers (oder einer ihm nahestehenden Betriebsgesellschaft) steht und dieser das Objekt ohne Zustimmung der Wohnungseigentümer einer anderen Nutzung zuführen und die Wohnungseigentümer von der Mitbenützung ausschließen kann.

4.1.4 Zeitpunkt des Vorliegens des Mangels

Wie eingangs unter 4.1 bereits erwähnt, ist Gewährleistung die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Mängel, welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist gem. § 924 Satz 1 ABGB grundsätzlich der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe. Der Mangel darf zwar nicht erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sein, es genügt aber, wenn der Mangel im maßgeblichen Zeitpunkt bereits latent (seiner Anlage nach) vorhanden war.¹⁶¹ Zu überlegen ist, ob der Mangel, dass eine beim Verkauf zugesagte Eigenschaft (nämlich die Verfügbarkeit von Gemeinschaftsanlagen und Services) nach einiger Zeit nicht mehr gegeben ist, ein solcher anfänglicher Mangel ist, der zum Zeitpunkt der Übergabe zumindest latent vorhanden war oder nicht. Wohl wird man mE die fehlende Absicherung, dass die Gemeinschaftsanlagen und Services dauerhaft zur Verfügung stehen, als bereits zum Zeitpunkt der Übergabe latent vorhanden qualifizieren können. Denn es wäre die Pflicht des WE-Organisators, eine dauerhaft zugesagte Eigenschaft vor dem Verkauf rechtlich abzusichern. Sohin ist eine fehlende Absicherung der dauerhaften Verfügbarkeit ein Mangel, den die Liegenschaft bereits bei der Übergabe aufweist und die Voraussetzung des § 924 erfüllt.

¹⁶¹ OGH Ris-Justiz RS0018498 [T6]; Prader, Zu Gewährleistung und Schadenersatz beim Kauf einer gebrauchten Eigentumswohnung mit mangelhafter (gefährlicher) Elektrik, immolex 2017/9, 24.

4.1.5 Ausschluss und Verzicht

4.1.5.1 Offenkundiger Mangel

Die Gewährleistung wird vom Gesetz in jenen Fällen von vornherein ausgeschlossen, in denen der Erwerber nicht schutzwürdig ist. Gemäß § 928 ABGB ist keine Gewähr für Mängel zu leisten, die zur Zeit des Vertragsabschlusses ganz offenkundig sind („in die Augen fallen“) oder aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind. Ebenso ist die Gewährleistung für Mängel dann ausgeschlossen, wenn der Mangel an sich zwar nicht in die Augen fällt, aber dem Erwerber bei Vertragsabschluss bekannt ist.

Wenn in der Tatsache ein Mangel erblickt wird, dass eine Gemeinschaftsanlage, welche allgemeiner Teil der Liegenschaft und damit der ordentlichen Verwaltung und der Mehrheitsbeschlussfassung durch die Eigentümergemeinschaft unterworfen ist und somit von der Mehrheit gegen den Willen einzelner Miteigentümer geändert werden kann, so ist zu überlegen, ob dieser Mangel ein offenkundiger Mangel gemäß § 928 ABGB sein kann und ob er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt oder ganz offenkundig war, weil der Käufer die Bestimmungen des WEG kennen musste.

Erkennbar im Sinne von offenkundig sind solche Mängel insbesondere, wenn der Käufer vor Abschluss des Kaufvertrages eine Gelegenheit zur Due Diligence-Prüfung bekam. Doch ist eine (rechtliche, wirtschaftliche und bautechnische) Due Diligence einschließlich der Prüfung der Vertragsverhältnisse (wie z.B. Hausbesorger, Facility-Management-Verträge, andere Dienstleistungsverträge sowie Bezugsverträge) nur bei mittleren und größeren Immobilien-Transaktionen üblich, nicht jedoch beim Kauf einzelner Wohnungseigentumsobjekte durch Konsumenten.¹⁶²

4.1.5.2 Vertraglicher Gewährleistungsverzicht

Ein gänzlicher oder teilweiser Gewährleistungsausschluss (bzw. –verzicht) des Käufers ist nach § 929 ABGB grundsätzlich zulässig. Dessen Reichweite ist durch Auslegung im Einzelfall gemäß § 914 ABGB nach der Absicht der Parteien und der Übung des

¹⁶² Reich-Rohrwig, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 12/2015, 447.

redlichen Verkehrs zu ermitteln. Ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss gilt jedenfalls nicht für arglistig verschwiegene Mängel.¹⁶³

Zu beachten ist, dass ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nicht das Recht des Käufers auf Anfechtung oder Anpassung des Vertrages wegen Irrtum ausschließt.

4.1.6 Geltendmachung

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung müssen vom Käufer durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln hat bei Liegenschaften gemäß § 933 ABGB binnen 3 Jahren ab Übergabe der Wohnung zu erfolgen. Wenn die Eigenschaft ausdrücklich bedungen war, so beginnt die Gewährleistungsfrist erst ab Kenntnis des Mangels zu laufen. Bei Vorliegen eines Rechtsmangels beginnt die 3-jährige Verjährungsfrist erst mit der Erlangung der Kenntnis vom Recht eines Dritten.

Der Vorteil des Rechtsbehelfes Gewährleistung ist, dass diese verschuldensunabhängig gilt.

4.2 Geschäftsirrtum

Ein Geschäftsirrtum liegt vor, wenn über den Gegenstand, also über das abzuschließende Geschäft oder über den Geschäftspartner geirrt wird.

Ein Geschäftsirrtum führt unter bestimmten Voraussetzungen zur Anfechtbarkeit oder zur Möglichkeit der Anpassung des geschlossenen Geschäftes.

4.2.1 Anfechtung wegen Irrtum

Der Irrende kann das abgeschlossene Geschäft gemäß § 871 Abs 1 ABGB unter folgenden Voraussetzungen anfechten: wenn sein Geschäftsirrtum wesentlich war und entweder vom anderen veranlasst wurde oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen musste oder rechtzeitig aufgeklärt wurde.¹⁶⁴

¹⁶³ OGH 7 Ob 575/81, JBI 1984, 432; SZ 61/162; ÖZW 1996,85 = RdU 1996, 88; 2 Ob 209/07k.

¹⁶⁴ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵ § 871 Rz 14ff.

Wesentlich ist ein Irrtum gemäß § 873 ABGB, wenn bei Kenntnis aller Umstände sicher nicht gekauft worden wäre.¹⁶⁵

Veranlassung bedeutet eine adäquate Verursachung durch aktives Tun oder Unterlassen der nötigen Aufklärung. Nicht erforderlich ist, dass der Verkäufer den Irrtum verschuldet hat. Ganz offensichtlich unrichtige Angaben, deren Überprüfung dem Irrenden leicht möglich gewesen wäre, sollen aber nicht ausreichen.¹⁶⁶ Auffallen-müssen liegt vor, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum fahrlässig nicht entdeckt hat; wenn der Irrtum für den Gegner bei verkehrsüblicher Sorgfalt erkennbar war oder er wenigstens Verdacht hätte schöpfen müssen.¹⁶⁷

Diese Anfechtungsmöglichkeit scheidet mE aus, da aufgrund der stetig steigenden Immobilienpreise (vgl. dazu 1.2) schwer erkennbar ist, warum bestimmte Preise für Liegenschaften bezahlt werden, wenn das Motiv nicht ausdrücklich genannt wird.

Die Aufklärung des Irrtums ist rechtzeitig, wenn der Käufer noch keine Disposition im Vertrauen auf das Geschäft vorgenommen hat.¹⁶⁸

Der Anfechtungsgrund der Veranlassung ist jedenfalls näher zu prüfen. Die zentrale Frage ist, ob der Irrtum (über die gesicherte, langfristige Verfügbarkeit der Gemeinschaftsanlagen und Services) vom Verkäufer veranlasst war.

Die Veranlassung des Irrtums muss nicht zwingend aus einem Tun bestehen, sondern kann auch durch Unterlassung von Aufklärung erfüllt sein.

Die Frage, welches Tun oder welche unterlassene Aufklärung einen Irrtum veranlasst haben, wird wohl jeweils eine Entscheidung im Einzelfall sein.

Wenn der Verkäufer dem Käufer anhand eines Nutzwertgutachtens oder eines Wohnungseigentumsvertragsentwurfes erklärt, dass die Gemeinschaftsanlagen eine bestimmte Widmung und Zweckbestimmung haben und es unterlässt, den Käufer über die Rechte der Eigentümergemeinschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz (insbesondere die Möglichkeiten einer Widmungsänderung) aufzuklären, so hat er womöglich

¹⁶⁵ Vgl. OGH RIS-Justiz RS0082957; so auch OGH 5 Ob 573/80, SZ 53/108, JBI 1990, 321; ecolex 1991, 318 (Wilhelm); RdW 1997, 715; RdW 2007/153.

¹⁶⁶ OGH 5 Ob 4/03d, 11.3.2003; OGH 5 Ob 207/14y, 24.2.2015.

¹⁶⁷ Der OGH hatte in seiner Entscheidung zu 3 Ob 546/94 SZ 68/35 das Vergleichen der Angebote durch den Ausschreibenden als Auffallen-Müssen qualifiziert.

¹⁶⁸ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 495ff.

beim Käufer den Eindruck erweckt, dass die Widmung (und Nutzungsmöglichkeit) der Gemeinschaftsanlagen für alle Zeiten unveränderlich sind. Dass der Verkäufer keine rechtsberatenden Aufklärungspflichten gegenüber dem Käufer hat, der ihn umfänglich über seine Rechte und Pflichten als Miteigentümer an der Liegenschaft aufzuklären hat, ist für die Frage der Veranlassung irrelevant.

Schon in der Entscheidung zu SZ 47/148 aus 1974 hatte der OGH in einem Verfahren erkannt, dass bestimmte Umstände die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes derart wesentlich verändern können, dass es eine wesentliche Abweichung vom Normalfall darstellt und diese daher zur Anpassung oder Aufhebung des Kaufvertrages berechtigen. Im zugrunde liegenden Fall hatte der Beklagte von der Klägerin eine Eigentumswohnung erworben. Der Beklagte hatte sich zum Kauf entschlossen, weil in den Plänen der Wohnanlage eine Badeanlage vorgesehen war. Unmittelbar nach Unterzeichnung des Kaufanbots erklärte ein Angestellter des WE-Organisators, dass die Bäder nicht gebaut werden. Stattdessen wurden im Hof der Wohnanlage Autoabstellplätze errichtet.

4.2.2 Anpassung des Vertrages

Ein unwesentlicher Irrtum berechtigt den Käufer gemäß § 872 ABGB zur Anpassung des Vertrages. Er ist dann so zu gestalten, wie ihn die Parteien bei Kenntnis der wahren Sachlage geschlossen hätten. Es handelt sich dabei um die Wiederherstellung der durch den Irrenden gestörten subjektiven Äquivalenz.¹⁶⁹ Dem Vertragspartner kann aber nicht einseitig ein Vertragsinhalt aufgezwungen werden, den er nicht akzeptiert hätte.¹⁷⁰

Im Wesentlichen zielt die Frage darauf ab, zu welchem Preis das Geschäft abgeschlossen worden wäre, wenn die Parteien (bzw. insbesondere der Käufer) gewusst hätten, dass die Gemeinschaftsanlagen und Services, die aus einer gewöhnlichen (Klein-)Wohnung eine Wohnung mit jenem Maß an Komfort gemacht haben, die ihn zum Kauf der (Klein-) Wohnung veranlasst haben. Kann der hypothetische Parteiwille

¹⁶⁹ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 503.

¹⁷⁰ RS0016262; 5 Ob 144/98g; 6 Ob 221/98p; 9 Ob 50/10h.

nicht ermittelt werden, so ist darauf abzustellen, wie redliche Parteien gehandelt hätten.¹⁷¹

Die Anpassung des Preises erfolgt mit Hilfe der relativen Berechnungsmethode, die auch bei der Preisminderung Anwendung findet.¹⁷² Die Wohnung wäre nach Wegfall der Komfort erhöhenden Extras neu zu bewerten. Denkbar ist, dass eine Kleinwohnung ohne eigene Freifläche, für deren Eigentümer zum Zeitpunkt des Kaufes eine Dachterrasse mit Freiluftküche und urban gardening zur gemeinsamen Benützung zur Verfügung stand, nach Änderungen im Objekt jedoch über gar keine Freiflächen mehr verfügt, durch Abschläge einen geringeren Wert ausgewiesen bekommt.

Manche wollen dem Irrrenden das Recht auf Vertragsanpassung auch bei wesentlichem Irrtum zugestehen. Der Irrrende habe nämlich die Möglichkeit, seinen Irrtum im Hauptpunkt bloß als Irrtum im Nebenpunkt zu werten. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Irrtumsregeln den Zweck haben, jenen Zustand herbeizuführen, der bei irrtumsfreiem Handeln bestünde. Könnte der Irrrende auch bei einem wesentlichen Irrtum den Vertrag stets aufrecht erhalten und den Inhalt aber verändern, so würde seinem Partner ein Vertrag aufgezwungen, den dieser nie geschlossen hätte. Denn ob der Bauträger die Wohnungen billiger verkauft hätte, weil der für den Käufer kaufentscheidende Komfort im Laufe der Zeit wegfallen könnte, ist mehr als fraglich.

Darüber hinaus ist ein Irrtum selbst dann beachtlich, wenn dem Irrrenden selbst ein allfälliges Verschulden vorzuwerfen ist. Die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum steht dem Erwerber auch zu, wenn er es unterlassen hat, in die Urkundensammlung Einsicht zu nehmen und er den ausdrücklichen Angaben des vom Verkäufer beauftragten Maklers vertraut hat.¹⁷³

4.2.3 Arglistige Irreführung

Wurde ein Irrtum arglistig herbeigeführt, so billigt § 870 ABGB dem Überlisteten erweiterte Rechte zu. Der listig Irreführende haftet dem Gegner auf Schadenersatz, unab-

¹⁷¹ OGH 2 Ob 176/10m, 22.06.2011.

¹⁷² *Rummel in Rummel* § 872 Rz 5.

¹⁷³ *Maier-Hülle*, Zur Beachtlichkeit des Irrtums, immolex 20017, 22 zu OGH 2 Ob 127/161, 05.08.2016.

hängig davon, ob er selbst Vertragspartner oder außenstehender Dritter ist (vgl. dazu 4.3.1).¹⁷⁴

List kann durch eine vorsätzliche Täuschung erfolgen¹⁷⁵, aber auch durch ein bewusstes Verschweigen bestimmter Umstände und hierdurch einer Verletzung der Aufklärungspflicht.¹⁷⁶ Voraussetzung für den Anspruch auf Anfechtung wegen Irrtum ist aber, dass der verschweigende Vertragspartner positiv Kenntnis davon hat, dass der andere Teil irrt.¹⁷⁷

Der durch List hervorgerufene Irrtum muss für den Geschäftsabschluss kausal gewesen sein und ohne ihn das Geschäft nicht oder anders (wohl primär gemeint: zu einem anderen Preis) geschlossen worden wäre.¹⁷⁸

Gehilfen werden dem jeweiligen Vertragspartner zugerechnet.¹⁷⁹ Eine Person, die maßgeblich auf der Seite des Vertragspartners am Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat, ist kein Dritter iSd § 875 ABGB.¹⁸⁰ Der Verkäufer muss eine von einem mit der Vermittlung des Verkaufs einer Liegenschaft beauftragten Immobilienmakler in dieser Eigenschaft begangene Täuschung des Kaufinteressenten gegen sich gelten lassen.¹⁸¹

¹⁷⁴ Bollenberger in KBB⁵ § 874 Rz1.

¹⁷⁵ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁵ § 870 Rz1.

¹⁷⁶ OGH 7 Ob 625/91, 12.12.1991; 1 Ob 183/00v SZ 73/160.

¹⁷⁷ RS0014816; OGH 7 Ob 277/04t; 1 Ob 137/08k; ecolex 2009, 131/37; 3 Ob 111/09h; ecolex 2010, 243/75.

¹⁷⁸ Bollenberger in KBB⁵ § 870 Rz 2.

¹⁷⁹ OGH 6 Ob 600/90 ecolex 1991, 457 = JBI 1991, 584 = SZ 64/32; 7 Ob 272/97v ecolex 1998, 465 (Wilhelm) = RdW 1998, 453; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss, 623.

¹⁸⁰ 2 Ob 112/00k ÖBA 2002, 322 Iro.

¹⁸¹ 2 Ob 176/10m immolex 2011,280/93 (Prader) - immolex 2011/93 (Prader) = Zak 2011/705 S 376 - Zak 2011,376 = RdW 2011/736 S 734 - RdW 2011,734 = wobl 2012,204/76 (Limberg) - wobl 2012/76 (Limberg) = ecolex 2012/119 S 299 - ecolex 2012,299 = Zak 2012/499 S 260 (Limberg) - Zak 2012,260 (Limberg) = RZ 2012,67 EÜ41 - RZ 2012 EÜ41 = MietSlg 63.119 = MietSlg 63.120 = MietSlg 63.201 = MietSlg 63.548 (10) = Zak 2012/757 S 403 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2012,403 (Kolmasch, Judikaturübersicht); 6 Ob 25/16v Zak 2016/361 S 194 - Zak 2016,194 = VbR 2016/99 S 153 - VbR 2016,153; 5 Ob 506/96, 13.03.1996; 8 Ob 66/12g ÖBA 2014, 609 Schopper.

Der OGH¹⁸² hatte eine listige Irreführung in dem Fall bejaht, in welchem der Verkäufer, der bereits von der Senkung der Fabrikpreise erfahren hatte, den Käufer dazu gebracht hat, eine telefonische Anfrage über die gegenwärtigen Preise zu unterlassen, sodass dieser zu einem höheren Preis kauft.

Ebenso hatte der OGH eine arglistige Irreführung durch die Verkäuferin angenommen, als diese beim Verkauf eines Baugrundstückes dem Käufer eine sich auf der Liegenschaft befindliche ehemalige Deponie verschwieg (welche einen ungewöhnlich weichen Untergrund zur Folge hat), obwohl die Verkäuferin sowohl vom Vorhandensein der Deponie wusste als auch von der Absicht der Käuferin, auf der kaufgegenständlichen Liegenschaft eine Betriebshalle zu errichten.¹⁸³

Ein listig herbeigeführter Irrtum liegt mE z.B. auch dann vor, wenn ein Käufer ausdrücklich nach der Verfügbarkeit der Gemeinschaftsanlagen fragt, der Verkäufer diese Frage aber abblockt und behauptet, dass die Verfügbarkeit „bestimmt kein Problem“ sein werde.

Ebenso erscheint mir der Tatbestand der listigen Irreführung jedenfalls erfüllt, wenn (Geschäftsführer von) Bauträger(n) Interviews geben, welche in Immobilienzeitschriften oder im Immobilienenteil von Tageszeitungen (als Marketing für ein bestimmtes Projekt) erscheinen, wonach unter anderem die Verfügbarkeit bestimmter Gemeinschaftsanlagen und Services für die Wohnungseigentümer ausdrücklich erwähnt wird, zum selben Zeitpunkt jedoch andernorts bereits die zitierte Gemeinschaftsanlage als eigenes WE-Objekt zum (separaten) Kauf angeboten wird und ein Kunde eine Wohnung im Objekt aber nur kauft, weil er meint, diese Gemeinschaftsanlage nutzen zu können und er diese Meinung bzw. diesen Beweggrund dem Verkäufer auch mitteilt.

Gleiches gilt mE, wenn Objekte in Printmedien und bei Besichtigungen vor Ort mit bestimmten, den Wohnungseigentümern „zur Vergrößerung und zur Komfortsteigerung“ ihrer Kleinstwohnung zur Verfügung stehenden Gemeinschaftsanlagen beworben werden, die tatsächliche Begründung von Wohnungseigentum an diesem Objekt in den Kaufverträgen nicht erwähnt wird und darüber hinaus die Geschäftsführung des Bauträgers zeitgleich andernorts (in einem nicht der breiten Öffentlichkeit zugänglichen Immobilienmagazin) so zitiert wird, „dass man die spätere Nutzung dieses als WE-Objekt gewidmeten und im Eigentum des Bauträgers verbleibenden Objektes je nach Rendite noch offen halten wolle.“

¹⁸² ZBI 1924/121.

¹⁸³ OGH 1 Ob 184/13k vom 17.10.2013.

4.2.4 Geltendmachung

Der Irrrende muss seinen Irrtum gemäß § 1487 prinzipiell binnen 3 Jahren ab Vertragsabschluss durch Klage geltend machen. Aber auf den vom Vertragspartner listig herbeigeführten Irrtum kann sich der Irrrende innerhalb einer Frist von 30 Jahren berufen. Eine Prüfung der Voraussetzungen des § 871 entfällt hier, da listige Irreführung eine besonders qualifizierte Form der Irrtumsveranlassung ist.¹⁸⁴

4.2.5 Konkurrenz zur Gewährleistung

Da Gewährleistung bzw. Anfechtung und Anpassung wegen Irrtum auf verschiedenen Grundlagen beruhen, nämlich die Irrtumsanfechtung auf der Berücksichtigung eines Willensmangels in der rechtsgeschäftlichen Erklärung, die Gewährleistung hingegen auf dem Gedanken einer Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, muß es dem Erwerber freistehen, zwischen den beiden Rechtsbehelfen zu wählen. Dies ist insbesondere nach Ablauf (der kurzen) Frist von 3 Jahren für die Geltendmachung der Gewährleistung bedeutsam, wenn dem Erwerber dann noch die Irrtumsanfechtung offen steht.

4.3 Schadenersatz

Das Schadenersatzrecht regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter Ersatz von jemandem verlangen kann. Neben dem Schaden setzt eine Ersatzpflicht voraus, dass der Schädiger für den Schaden kausal war, er rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.¹⁸⁵ Beim vertraglichen Schadenersatz genießt der Geschädigte den Vorteil (im Vergleich zum deliktischen Schadenersatz), dass ihn die Beweislastumkehr des § 1296 ABGB trifft sowie, dass der Schädiger für seine Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB haftet. Bei vertraglicher Haftung hat der Verkäufer den Nichterfüllungs- bzw. Vertrauensschaden zu ersetzen. Bei diesem muss der Käufer so gestellt werden, wie er bei gehöriger Vertragserfüllung gestellt worden wäre.

Die Rechtswidrigkeit ergibt sich bei der vertraglichen Haftung aus einem vertragswidrigen Verhalten oder der Verletzung vorvertraglicher Schutznormen.

¹⁸⁴ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 530.

¹⁸⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1327f.

4.3.1 Schadenersatz bei arglistiger Irreführung

Gemäß § 874 ABGB muss der arglistig Irreführende dem Überlisteten Schadenersatz leisten, unabhängig davon, ob dieser den Vertrag bestehen lässt oder anfecht.¹⁸⁶

Dem arglistig Irreführten steht die Wahl offen, entweder Aufhebung oder Anpassung des Vertrages und daneben den Ersatz eines weitergehenden Nachteils zu begehren oder nur den Schadenersatz zu verlangen.¹⁸⁷ Nach stRsp ist ein Irreführter nicht zur Anfechtung verpflichtet, sondern kann auch am Vertrag festhalten und erlittene Nachteile im Weg des Schadenersatzes geltend machen.¹⁸⁸ Da § 871 ABGB nichts über schadenersatzrechtliche Konsequenzen aussagt, ist ein solcher Anspruch auch durchsetzbar, wenn der Irrtum gemäß § 871 unbeachtlich ist. Der irreführende Verkäufer haftet dem Käufer gegenüber auf das Vertrauensinteresse. Das heißt, dass der Irrende so zu stellen ist, als wäre der Irrtum vor Vertragsabschluss aufgeklärt worden.

Schuldhaft handelt der Verkäufer, wenn er den Irrtum durch falsche oder irreführende Angaben veranlasst hat, er die nötige Aufklärung unterlassen hat oder ihm der Irrtum hätte auffallen müssen (vgl 4.2.1).

4.3.2 Schadenersatz für Mangelschaden

Eine lex specialis zum Schadenersatz gem. §§ 1295 ff ABGB ist der Schadenersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgeschaden gem. § 933a ABGB. Wie bei der Gewährleistung selbst kann der Käufer auch beim Schadenersatz gem. § 933a zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Wenn die Verbesserung oder der Austausch unmöglich oder für den Verkäufer mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist, kann der Käufer Geldersatz verlangen.¹⁸⁹ Der Schadenersatzanspruch steht entgegen den übrigen Gewährleistungsansprüchen nur bei kausalem, rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten des Verkäufers zu. Ein solches schuldhaftes Verhalten kann jedenfalls bei einer Verletzung der ihn treffenden Aufklärungspflicht vorgeworfen werden (vgl. auch 4.3.1).¹⁹⁰ Der Anspruch auf Schadenersatz

¹⁸⁶ *Rummel in Rummel* § 874 Rz4.

¹⁸⁷ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 538.

¹⁸⁸ OGH) ObA 208/89, SZ 48/102 = EvBl 1976/106 = JBl 1976, 205 (*Bydlinski*); SZ 51/26; JBl 1980, 316.

¹⁸⁹ OGH 8 Ob 9/17g, 22.02.2017.

¹⁹⁰ *Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil II⁶ Rz 3/160.

nach § 933a erfasst den Ersatz des gesamten Nichterfüllungsschadens.¹⁹¹ Dieser besteht in der Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften und jenem der mangelfreien Leistung.¹⁹²

Vorteilhaft für den Käufer ist die ihm gem. § 933a Abs 3 zugutekommende Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, wonach der Verkäufer beweisen muss, dass die verkaufte Liegenschaft mangelfrei war.

4.3.3 Mitverschulden des Käufers

In § 1304 ABGB ist die Mitverschuldensregelung normiert, wonach der Beschädiger und der Beschädigte den Schaden verhältnismäßig tragen, wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden des Beschädigten eintritt. Dieses Verschulden des Käufers könnte darin erkannt werden, dass er sich nicht in ausreichender Weise und in ausreichendem Umfang über die (rechtliche) Absicherung der Zurverfügungstellung der Gemeinschaftsanlagen und Services informiert. Doch wenn der Käufer die ihm übergebenen Unterlagen des Verkäufers liest und sogar gezielt nachfragt, ob die Gemeinschaftsanlagen und Services ihm zur (Mit-)benützung zur Verfügung stehen und der Verkäufer oder Makler darüber Auskunft geben, so kann es wohl kein vorsätzliches Handeln des Käufers sein, wenn er an diesen Aussagen nicht zweifelt und nicht weitere Recherchen anstellt. Ein solches nicht vertieftes Überprüfen der gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen der (dauerhaften) Verfügung über die als Gemeinschaftsanlagen und Services beworbenen Extras kann wohl höchstens als fahrlässig gelten.

Doch entsprechend einem von der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz steht dem Betrogenen gegen den listig Irreführenden trotz eigener Fahrlässigkeit voller Ersatz zu. Vorsätzliches Handeln des Verkäufers schließt also den Mitverschuldenseinwand aus.¹⁹³

Wenn also das Verhalten des Verkäufers vorsätzlich ist, so brauche ich einen etwaigen Mitverschuldenseinwand nicht mehr zu prüfen.

¹⁹¹ Reischauer in Rummel³ § 920 Rz 18ff.

¹⁹² OGH RIS-Justiz RS0086353 [T14].

¹⁹³ OGH Ris-Justiz RS0016291; vg. dazu auch 1 Ob 184/13 k Zak 2014/21 S 17 - Zak 2014,17 = EvBl 2014/53 S 360 - EvBl 2014,360 = NZ 2014/29 S 104 - NZ 2014,104 = bbl 2014,68/62 - bbl 2014/62 und zuletzt 5 Ob 34/13f Zak 2013/544 S 300 - Zak 2013,300 = MietSlg 65.128.

4.3.4 Geltendmachung

Der Schadenersatzanspruch verjährt gemäß § 1489 erst 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger bzw. 30 Jahre ab Vertragsabschluss.

Der Schadenersatzanspruch gem. § 933a folgt den allgemeinen Haftungsregeln und verjährt ebenso gem. § 1489 ABGB in 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger bzw. in 30 Jahren ab Vertragsabschluss.

5 Empfehlungen

Wie sollten Gemeinschaftsanlagen zur Verfügung gestellt werden?

Der Wohnungseigentümer kann sich dieser Extras nur sicher sein, wenn die Gemeinschaftsanlagen allgemeiner Teil der Liegenschaft und dazu sehr spezifisch gewidmet sind, da dann jegliche Änderung der Nutzung eine Widmungsänderung darstellen würde, die der Zustimmung aller Miteigentümer bedarf und daher nicht gegen den Willen eines einzelnen vorgenommen werden kann. Bei einer etwas weiteren Widmung könnte die übrige Mehrheit der Wohnungseigentümer eine andere Nutzung beschließen.

Allerdings entfallen auch immer sämtliche Kosten für die allgemeinen Teile der Liegenschaft auf die Wohnungseigentümer. Aus der Sicht des Bauträgers ist diese vollständige Überwälzung aller Kosten auf die Miteigentümer vorteilhaft.

Für den Bauträger könnten strategische Überlegungen betreffend anderer Nutzungsoptionen für einen Verbleib der Anlagen in seinem Eigentum sprechen. Diese alternativen Nutzungsoptionen sollte er sich keinesfalls durch eine zu spezifische Widmung oder durch überschwengliche oder gar unrichtige Werbeaussagen verbauen: Auskünfte durch ihn oder seinen Makler könnten uU als Zusicherung einer bedungenen Eigenschaft ausgelegt werden und Haftungen des Verkäufers bei Wegfall der Extras auslösen!

Wie sollte der Bauträger die beworbenen Dienstleistungen zur Verfügung stellen?

Im besten Sinne der Wohnungseigentümer wäre wohl eine bedachte Auswahl und Beauftragung der Dienstleistungserbringer mit möglichst langer, aber bestimmter Laufzeit. Der Dienstleistungsvertrag darf die späteren Wohnungseigentümer keinesfalls gröblich benachteiligen und sollte bereits in der Geschäftsanbahnungsphase offengelegt werden.

Für beide Extras gilt: der Bauträger sollte sich gut überlegen, welche Eigenschaften er wirklich zusichern kann und will. Eigenschaften, die er weder zusichern will noch kann, sollte er weder in der Verkaufsphase bewerben noch in den Kauf- bzw. Wohnungseigentumsverträgen vereinbaren. Vielmehr ist dem Verkäufer dringend zu raten, in den Verträgen einen Haftungsausschluss vorzunehmen. Dieser könnte wie folgt lauten: „*In der Liegenschaft XY sind zum Zeitpunkt der Errichtung und des Verkaufes folgende*

Gemeinschaftsanlagen vorhanden: [.....] Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Eigentümergeinschaft mit einem Mehrheitsbeschluss allenfalls auch Änderungen in der zulässigen Nutzung herbeiführen kann.“

Ideal für den Verkäufer wäre, wenn er einen Haftungsausschluss für Gewährleistung sowie Irrtumsanpassung und Irrtumsanfechtung vertraglich vereinbaren könnte.

Umgekehrt wäre eine Garantie für den Erhalt der bedungenen Eigenschaften die sicherste Lösung für den Käufer.

6 Literatur- und Judikaturverzeichnis

6.1 Selbständige Werke

Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil II⁶ (2017)

Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht³ (2013)

Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum Kompakt⁵ (2015)

Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar² (2015)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2017)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁵ (2017)

Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014)

Prader, WEG⁴ (2015)

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015)

Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht II²³ (2015)

Reich-Rohrwig, Alexander, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015)

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2015)

Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2015)

Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ (2015)

Schwimann/Kodek (Hrsg) ABGB Praxiskommentar III⁴ (2012)

6.2 Aufsätze

Böhm, 8 Ob 46/16x: „Persilscheine“ für Neuparifizierung und Widmungsänderungen im Wohnungseigentum zulässig, immolex 2016, 310

Fleischmann, Benützungsregelungen bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 136

Hanel, Nutzung der einzelnen Wohnungseigentumsobjekte sowie der allgemeinen Teile der Liegenschaft und die gemeinschaftliche Verwaltung der Liegenschaft im WEG 2002, wobl 2002, 166

Maier-Hülle, Zur Beachtlichkeit des Irrtums, immolex 20017, 22

Kothbauer, Benützungsregelungen über Kfz-Abstellplätze, immolex 2012, 54.

Kothbauer, Zu Nutzungsänderungen bei unspezifischer Widmung im Wohnungseigentum, immolex 2017, 32

Pittl, Erweiterung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer?, immolex 2006, 176

Prader, Zu Gewährleistung und Schadenersatz beim Kauf einer gebrauchten Eigentumswohnung mit mangelhafter (gefährlicher) Elektrik, immolex 2017/9, 24

Prader/Malaun, Zur Frage der Bindung des Einzelrechtsnachfolgers an die Verfügungsakte im WEG, immolex 2008, 134

Reich-Rohrwig, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 12/2015, 442

Tamisch, Zur Koppelung von Mietvertrag und Betreuungsvertrag, immolex 2014/75

Terlitzka, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung – eine dogmatische Frage von eminenter Bedeutung, wobl 2011, 185 (186)

Vonkilch, Zur (Un-)Rechtmäßigkeit übermäßigen Gebrauchs der gemeinsamen Sache durch einen Miteigentümer, wobl 2006, 138

6.3 Sonstige Quellen

Deinsberger-Deinsweger, Der Standard, 14.3.2016

Maurer-Kollenz, Airbnb und Co – Kurzzeitvermietung auf dem Prüfstand, ÖVI News 01/2017

Horvath, Ich bin mal kurz weg – zieh du doch bei mir ein, www.derkurier.at, 16.05.2013

Horx-Strathern, Die Presse, 25./26.3.2017

Kelz, Der Standard, 13.12.2015;

Mathis, Klein, smart, mikro: Wie klein ist zu klein?, Die Presse, 13./14.5.2017

Posch, Höchste Bauintensität in Wien seit Jahren, www.immoflash.at/20170724

Pozsogar, Temporäres Wohnen, dauerhaft nachgefragt, www.diepresse.com 29.07.2016

Rambow, Der Standard, 13.12.2015

Rechberger, Dienstmann auf juristisch schwachen Beinen, Die Presse, 30.10.2017

Redl/Zoidl, Wohnen mit Concierge und Fitnessraum, www.derstandard.at, 27.03.2016

Rodler, Trend zur Urbanisierung immer stärker, www.immoflash.at/20170719

Rodler, Serviced Apartments im Kommen, www.immoflash.at, 15.09.2016

Zoidl, IG Immobilien setzt auf serviciertes Wohnen, www.derstandard.at, 06.10.2016

Zoidl, Studentenheime: Assetklasse mit Partyraum, www.derstandard.at, 16.3.2016

Immobilienmagazin vom 13.1.2017 www.immobilienmagazin.at

Baukosten schießen in die Höhe, www.immoflash.at 19.6.2017

Stadt Wien startete „Call“, www.derstandard.at, 23.03.2011

Klein, aber mein – plus Zusatzraum, Die Presse, 20./21.5.2017

Smart City – Stadtverkehr der Zukunft, News 16/2017, 21.04.2017

Rustler, Das Magazin, 1/2017

www.diepresse.com, 10./11.6.2017

ÖSW setzt bei zweitem WG-Haus auf „Mikrolofts“, www.derstandard.at, 14.10.2016

www.wien.gv.at/bauen-wohnen/wohnbaiinitiative.html

www.statistik.at

www.stadt-wien.at

www.wohnfonds.wien.at

www.gbv.at

www.cotton-residence.at

www.gardenofeden.at

www.boerseplatz.at

www.parkapartments.at

www.no10.at

www.phils.place

www.oesw.at

www.dashamerling.at

www.triiiple.at

www.pfarrwiesengasse23.at

www.viertel-zwei.at

www.oesw.at

www.strabag-real-estate.at

www.ig-immobilien.com

www.postpalais.at

6.4 Judikatur

LGZ Graz 3 R 11/12b, 19.1.2012

OGH 1 Ob 128/66, MietSlg 18.257

OGH 7 Ob 575/81 JBI 1984, 432; SZ 61/162; ÖZW 1996,85 = RdU 1996, 88

OGH 5 Ob 73/87, MietSlg 40/16; 3 Ob 158/11y = immolex 2012/37 [*Neugebauer-Herl*]
= MietSlg 63.462

OGH 9 ObA 208/89, SZ 48/102 = EvBI 1976/106 = JBI 1976, 205 (*Bydlinski*); SZ 51/26;
JBI 1980, 316

OGH 5 Ob 52/89, wobl 1990/43 (*Call, Würth*) = MietSlg 42/8; 5 Ob 117/14p EvBI
2015/19 (*Brenn*) = immolex 2015/17 (*Cerha*)

OGH 5 Ob 573/80, SZ 53/108, JBI 1990, 321; ecolex 1991, 318 (*Wilhelm*); RdW 1997,
715; RdW 2007/153

OGH 6 Ob 600/90 ecolex 1991, 457 = JBI 1991, 584 = SZ 64/32; 7 Ob 272/97v ecolex
1998, 465 (*Wilhelm*) = RdW 1998, 453

OGH 7 Ob 625/91, 12.12.1991

OGH 4 Ob 1518/92, MietSlg 44.053

OGH 5 Ob 126/92, MietSlg 44.622; 5 Ob 201/13p EvBI-LS 2014/130 [*Brenn*]; 5 Ob
59/14h wobl 2014/78 [*Etzersdorfer*]

OGH 5 Ob 131, 132/92, 15.9.1992, RIS-Justiz, RS0069588

OGH 5 Ob 1085/94 MietSlg 46.205

OGH 5 Ob 38/94 SZ 68/34

OGH 5 Ob 506/96, 13.03.1996

OGH 5 Ob 2220/96y, wobl 1997, 105/24 = NZ 1997, 259/393 [*Hoyer*]

OGH 1 Ob 157/98i, MietSlg 50.185 = MietSlg 50.248 (34)

OGH 5 Ob 278/00v, EWr II/15/41

OGH 7 Ob 206/00w, MietSlg 52.071

OGH 5 Ob 47/00y, wobl 2000/128 [Call]

OGH 5 Ob 279/00s, immolex 2001/104 [Pfiel]

OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160

OGH 2 Ob 112/00k ÖBA 2002, 322 *Iro*

OGH 5Ob160/01t, 27.09.2001

OGH 5 Ob 4/03d, 11.3.2003

OGH 5Ob37/03g, wobl 2003,269/140 (*Call*) - wobl 2003/140 (*Call*) = immolex 2003,273 (*Vonkilch*) = RZ 2003,258 = Korrespondenz von *Call*, wobl 2003,354 = MietSlg 55.539 = MietSlg 55.543 = SZ 2003/35

OGH 5Ob37/03g, 08.04.2003

OGH 3 Ob 42/03b, wobl 2003/185 (*Call*) = MietSlg 55.067/15

OGH 5 Ob270/03x, immolex 2004,187 = RdW 2004,335 = NZ 2004,238 = MietSlg 55.046 = MietSlg 55.213 = MietSlg 55.221 = MietSlg 55.456 (35); 5Ob160/01t

OGH 5 Ob 37/03g [keine Stromkosten für in Sondernutzung bzw. im Wohnungseigentum stehende Garagen und Abstellplätze] wobl 2003/140 [*Call*] = immolex 2003, 273 [*Vonkilch*]

OGH 5 Ob 277/04b, 21.12.2004

OGH 3 Ob 153/04b, 22.12.2004

OGH 3 Ob 24/05h, 20.10.2005

OGH 5 Ob 61/06s, 21.3.2006

OGH 5Ob129/07t, 28.08.2007

OGH 6 Ob 19/07y, MietSlg 59.072

OGH 5 Ob 290/07v, bbl 2008,227/203 – bbl 2008/203 = MietSlg 60.185 = MietSlg 60.419 = MietSlg 60.428 (12)

OGH 5 Ob 206/07s, wobl 2008/60 (*Call*) = SZ 2008/1

OGH 6 Ob 77/08d, EvBI-LS 2008/14 = wobl 2009,62/29 - wobl 2009/29 = MietSlg 60.580 = MietSlg 60.585

OGH 1 Ob 137/08k; ecolex 2009, 131/37

OGH 3 Ob 111/09h; ecolex 2010, 243/75

OGH 2 Ob 176/10m, 22.06.2011

OGH 2 Ob 73/10i, JBI 2011, 175 (*Mayrhofer*) = immolex 2011/25 (*Prader und Böhm*); wobl 2012/131 (*Vonkilch und Riss*); ecolex 2013/92 (*Oberhammer*) = ecolex 2013/238 (*Wilhelm*); immolex 2015/29

OGH 2 Ob 176/10m immolex 2011,280/93 (*Prader*) - immolex 2011/93 (*Prader*) = Zak 2011/705 S 376 - Zak 2011,376 = RdW 2011/736 S 734 - RdW 2011,734 = wobl 2012,204/76 (*Limberg*) - wobl 2012/76 (*Limberg*) = ecolex 2012/119 S 299 - ecolex 2012,299 = Zak 2012/499 S 260 (*Limberg*) - Zak 2012,260 (*Limberg*) = RZ 2012,67 EÜ41 - RZ 2012 EÜ41 = MietSlg 63.119 = MietSlg 63.120 = MietSlg 63.201 = MietSlg 63.548 (10) = Zak 2012/757 S 403 (*Kolmasch, Judikaturübersicht*) - Zak 2012,403 (*Kolmasch, Judikaturübersicht*);

OGH 3 Ob 158/11y, immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBl 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (*Neugebauer-Herl*) - immolex 2012,115 (*Neugebauer-Herl*) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512 = Der Mieter 2012,12/Heft 3 = *Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323*

OGH 3 Ob 158/11y, 08.11.2011

OGH 5 Ob 69/11z, MietSlg 63.465

OGH OGH 7 Ob 3/11h, Zak 2011/206 S 116 - Zak 2011,116 = immolex-LS 2011/28 = EvBI-LS 2011/83 = JBI 2011,517 = ecolex 2011/200 S 516 - ecolex 2011,516 = RdW

2011/335 S 337 - RdW 2011,337 = immolex 2011,303/97 (*Klein*) - immolex 2011/97 (*Klein*) = wobl 2012,9/1 - wobl 2012/1 = MietSlg 63.248

OGH 5 Ob 200/12s, 20.11.2012

OGH 8 Ob 66/12g ÖBA 2014, 609 *Schopper*

OGH 1 Ob 184/13k vom 17.10.2013

1 Ob 184/13 k Zak 2014/21 S 17 - Zak 2014,17 = EvBl 2014/53 S 360 - EvBl 2014,360 = NZ 2014/29 S 104 - NZ 2014,104 = bbl 2014,68/62 - bbl 2014/62

OGH 5 Ob 34/13f Zak 2013/544 S 300 - Zak 2013,300 = MietSlg 65.128

OGH 5 Ob 19/14a, 25.7.2014

OGH 5 Ob 207/14y, 24.2.2015

OGH 5 Ob 226/14t, 28.04.2015, Zak 2015/538 S 298 - Zak 2015,298 = immolex LS 2015/59 = OIZ 2015,26/Heft 09 = wobl 2015,311/126 (Dür) - wobl 2015/126 (Dür) = RZ 2015,210 EÜ122, 123, 124 - RZ 2015 EÜ122 - RZ 2015 EÜ123 - RZ 2015 EÜ124 = SZ 2015/39

OGH 5 Ob 226/14t, wobl 2015/126 (*Hinteregger/Dürr*) = immolex 2015/59

OGH 5 Ob 149/14v, wobl 2015/43 [*Vonkilch*]

OGH 1 Ob 220/14f immolex 2015/35 S 127 (Prader) - immolex 2015,127 (Prader) = Zak 2015/169 S 97 - Zak 2015,97 = VbR 2015/97 S 132 - VbR 2015,132 = MietSlg 66.525 = wobl 2015,397/167 (Vonkilch) - wobl 2015/167 (Vonkilch)

OGH 5 Ob 216/15y, Zak 2016/437 S 236 - Zak 2016,236 = immolex-LS 2016/50 = immolex-LS 2016/51 = Jus-Extra OGH-Z 6040 = immolex 2016/83 S 291 (Räth) - immolex 2016,291 (Räth)

OGH 2 Ob 127/161, 05.08.2016

OGH 6 Ob 25/16v Zak 2016/361 S 194 - Zak 2016,194 = VbR 2016/99 S 153 - VbR 2016,153

OGH 8 Ob 9/17g, 22.02.2017

Anhang 1

Zusammenfassung

Im Fokus der Master-Thesis stehen (Klein-) Wohnungen (an denen Wohnungseigentum begründet wurde), die über Extras außerhalb der Wohnung verfügen, welche ebenfalls vom Bauträger bzw. Verkäufer dem Wohnungseigentümer zur Verfügung gestellt werden: Gemeinschaftsanlagen und Räumlichkeiten bzw. Dienstleistungen, die jeweils den Komfort und den Wert (und jedenfalls den Preis) der Wohnung beeinflussen.

Behandelt werden die Frage, wie der Bauträger bzw. Verkäufer den Wohnungseigentümern diese Extras (möglichst langfristig) zur Verfügung stellen kann sowie die Frage, welche Rechtsbehelfe der Wohnungseigentümer gegen den Verkäufer hat, wenn die kaufentscheidenden Extras nicht mehr zur Verfügung stehen.

Die Gemeinschaftsanlagen können entweder als allgemeiner Teil der Liegenschaft gemäß § 2 Abs 4 WEG gewidmet sein und den Wohnungseigentümer mit oder ohne Benützungsvereinbarung zur gemeinsamen, aber auch zur zeitweise exklusiven Nutzung, zur Verfügung gestellt werden. Alternativ kann an den Gemeinschaftsanlagen – soweit die Voraussetzungen des § 2 Abs 2 WEG vorliegen – auch Wohnungseigentum begründet werden. Diesfalls kann der Eigentümer dieser WE-Objekte diese den Wohnungseigentümern (entgeltlich oder unentgeltlich) vermieten.

Bei allen Extras werden die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft und die Zulässigkeit der Überbindung von Verträgen an den einzelnen Wohnungseigentümer erörtert.

Die Zulässigkeit der Bereitstellung von Dienstleistungen (wie z.B. dem Concierge) nach Überbindung der Dienstleistungsverträge auf den Wohnungseigentümer wird insbesondere unter Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeit wegen gröblicher Benachteiligung gemäß § 38 WEG erörtert.

Kapitel 4 befasst sich mit den verschiedenen Rechtsbehelfen, die dem Käufer bzw. Wohnungseigentümer zur Wahl stehen, wenn die beim Kauf der Wohnung zugesagten Extras vom Verkäufer nicht mehr zur (Mit-)Benützung bereitgestellt werden. Dabei wird insbesondere auf die bedungene Eigenschaft des Kaufobjektes und auf die vom Verkäufer und seinen Gehilfen (Maklern) getätigten Werbeaussagen näher eingegangen.

Anhang 2

Abstract

The focus of this master-thesis lies on (small) apartments (for which commonhold is constituted according WEG) having extras outside of the apartment, which are also supplied to the owner by the real estate developer resp. the vendor: Shared facilities and rooms resp. services, which influence the comfort and the value (and in any case the price) of the apartment.

Adressed are the questions how the real estate developer resp. vendor could provide these extras to the owner of the apartment (on a long-term basis) and which remedies against the vendor the owner has in case the extras (which have motivated the purchase) are not provided any longer.

The shared facilities could be dedicated as common part of the property in accordance with § 2 Abs 4 WEG and provided to the owners of the apartments with or without use agreement for common, but even for partly exclusive usage. Alternatively, commonhold could be constituted for these facilities, if the conditions of § 2 Abs 2 WEG are fulfilled. In that case, the owner of these facilities can let them to the owners of the apartments (for free or in return for rent).

Regarding all extras, the legal capacity of the community association and the legitimacy of the assignment of contracts to the single owners of the apartments are questioned. The legitimacy of the provision of services (e.g. the concierge) after assignment of service contracts to the owner is questioned especially considering possible unlawfulness due to gross disability according § 38 WEG.

Chapter 4 is dealing with alternative reliefs being available for the purchaser resp. owner of the apartment, in case the extras promised during the purchase, are not provided by the vendor to the owner for (shared) use anymore.

In that regard, especially the stipulated character of object of purchase and the advertising messages of the vendor and its subsidiaries (real-estate agent) are reviewed in detail.