



universität
wien

MASTER THESIS

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

„Ansprüche aus Mängeln an
Wohnungseigentumsobjekten und
den allgemeinen Teilen der Liegenschaft“

verfasst von / submitted by

Andreas Schwaiger

gemeinsam mit / in collaboration with

Roland Pircher

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2019 / Vienna 2019

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on the
student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
1 EINLEITUNG (PIRCHER)	1
2 THEORETISCHE GRUNDLAGEN DER GEWÄHRLEISTUNGS- UND SCHADENERSATZANSPRÜCHE GEGEN DEN BAUTRÄGER AUS MÄNGELN AN DEN WOHNUNGSEIGENTUMSOBJEKTEN GEWÄHRLEISTUNG (PIRCHER)	6
2.1 GEWÄHRLEISTUNG (PIRCHER).....	6
2.1.1 <i>Allgemein</i>	6
2.1.2 <i>Begriff des Mangels</i>	7
2.1.3 <i>Bedingener Zustand und gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften</i>	11
2.1.4 <i>Gewährleistungsbehelfe / Anspruchsdurchsetzung</i>	18
2.1.5 <i>Fristen</i>	24
2.2 SCHADENERSATZ FÜR MÄNGELSCHÄDEN NACH § 933A ABGB (PIRCHER).....	25
2.2.1 <i>Anspruchsvoraussetzung</i>	25
2.2.2 <i>Verschulden</i>	26
2.2.3 <i>Inhalt des Anspruches</i>	26
2.2.4 <i>Fristen</i>	30
2.3 BESCHRÄNKUNGEN EINES HAFTUNGSAUSSCHLUSSES (PIRCHER).....	31
2.3.1 <i>Grenzen des § 879 ABGB</i>	31
2.3.2 <i>Schutzbestimmungen des § 38 WEG</i>	32
2.3.2.1 <i>Allgemein</i>	32
2.3.2.1 <i>Wohnungseigentumsorganisatoren und Wohnungseigentumswerber</i>	34
2.3.2.2 <i>Generalklausel</i>	36
2.3.2.3 <i>Sondertatbestand Z 4 – Vereinbarungen über Gewährleistungs-, Schadenersatz- und Vertragserfüllungsrechte</i>	37
2.3.3 <i>Schutzbestimmung des § 9 KSchG</i>	40
3 GEWÄHRLEISTUNGS- UND SCHADENERSATZANSPRÜCHE GEGEN DEN BAUTRÄGER AUS MÄNGELN AN DEN ALLGEMEINEN TEILEN DER LIEGENSCHAFT	44
3.1 ÖRTLICHE (RÄUMLICHE) UND FUNKTIONALE ABGRENZUNG DER ALLGEMEINEN TEILE DES HAUSES (DER LIEGENSCHAFT) VON DEN MIETGEGENSTÄNDEN (WOHNUNGSEIGENTUMSOBJEKTEN) (PIRCHER)	44
3.1.1 <i>Allgemein</i>	44
3.1.2 <i>Wohnungseigentumsobjekte</i>	44
3.1.2.1 <i>Wohnungen</i>	44
3.1.2.2 <i>Geschäftsräumlichkeiten</i>	45
3.1.3 <i>Liegenschaft/Haus</i>	46
3.1.4 <i>Allgemeine Teile der Liegenschaft</i>	47
3.2 GEWÄHRLEISTUNGS- UND SCHADENERSATZANSPRÜCHE GEGEN DEN BAUTRÄGER AUS MÄNGELN AN DEN ALLGEMEINEN TEILEN DER LIEGENSCHAFT IM NEUBAU (SCHWAIGER)	54
3.2.1 <i>Einleitende Anmerkungen</i>	54
3.2.2 <i>Inhalt und Höhe des Anspruches</i>	54
3.2.2.1 <i>Bauträgervariante</i>	54
3.2.2.2 <i>Zubau-/Aufstockungsvariante</i>	62
3.2.3 <i>Rechtsbehelfe</i>	71
3.2.4 <i>Fristen</i>	71
3.2.5 <i>Bereicherungsrechtliche Überlegungen</i>	72
3.3 GEWÄHRLEISTUNGS- UND SCHADENERSATZANSPRÜCHE GEGEN DEN BAUTRÄGER AUS MÄNGELN AN DEN ALLGEMEINEN TEILEN DER LIEGENSCHAFT IM ALTHAUS	80

3.3.1	<i>Einleitende Anmerkungen (Schwaiger)</i>	80
3.3.2	<i>Gesetzliche Schutzmechanismen des § 37 Abs 4 WEG (Schwaiger)</i>	80
3.3.3	<i>Interpretation der Tatbestandsmerkmale (Pircher)</i>	82
3.3.3.1	Wohnungseigentumsorganisatoren und Wohnungseigentumsbewerber	82
3.3.3.2	„Althaus“	82
3.3.3.3	„absehbare Zeit“	84
3.3.3.4	Abgrenzung von „größerer“ Erhaltung, Instandhaltung und Wartung	84
3.3.3.5	Allgemein	84
3.3.3.6	Wartung	87
3.3.3.7	Instandhaltung	91
3.3.3.8	Bagatellreparaturen (Kleinreparaturen) nach § 1096 ABGB im Rahmen der Instandhaltungsverpflichtung?	93
3.3.3.9	„größere“ Erhaltung	95
3.3.4	<i>Geänderte Gewährleistungsfristen (Schwaiger)</i>	102
3.3.5	<i>Inhalt des Gewährleistungsanspruches (Schwaiger)</i>	103
3.3.6	<i>Derivativer Eigentumserwerb (Schwaiger)</i>	105
3.3.7	<i>Kritische Stellungnahme (Schwaiger)</i>	110
3.3.8	<i>Schadersatzrechtliche Überlegungen (Schwaiger)</i>	114
4	SCHLUSSBEMERKUNG (SCHWAIGER)	115
	LITERATURVERZEICHNIS	125
	ABBILDUNGSVERZEICHNIS	134
	ZUSAMMENFASSUNG / ABSTRACT	135

Abkürzungsverzeichnis

aaO	an angegebenem Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
Bd	Band
BG	Bundesgesetz
BFG	Bundesfinanzgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMF	Bundesministerium für Finanzen
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
Erk	Erkenntnis
ErläutRV	Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f	folgende
ff	fortfolgende
gem	Gemäß
ggf	gegebenenfalls
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hA	herrschende Auffassung

idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IO	Insolvenzordnung
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSe	im Sinne einer/-es
iSv	im Sinne von
iU	im Unterschied
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iZm	im Zusammenhang mit
lit	Litera
LO	Landesordnung
mwN	mit weiterführenden Nachweisen
Nov	Novelle
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Pkt	Punkt
Rz	Randziffer
RV	Regierungsvorlage
s	siehe
S	Satz
Slg	Sammlung
SpaltG	Spaltungsgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
u	und
ua	unter anderem
UAbs	Unterabsatz
udgl	und dergleichen

UGB	Unternehmensgesetzbuch
v	vom, von
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
Zl	Zahl
zT	zum Teil

1 Einleitung (Pircher)

Die Master Thesis beschäftigt sich mit dem Thema „Ansprüche aus Mängeln an Wohnungseigentumsobjekten und den allgemeinen Teilen der Liegenschaft“. Im Rahmen dieser Arbeit beschränken sich die Ausführungen auf Ansprüche aus Gewährleistung und Schadenersatz.¹ Ansonsten würde wohl der Rahmen einer Master Thesis gesprengt werden.

Für die Arbeit erscheint es zweckmäßig zwischen den Begriffen „Neubau“, „Altbau“ und „Althaus“ zu unterscheiden, zumal diese auch in der Lehre nicht einheitlich verwendet werden.

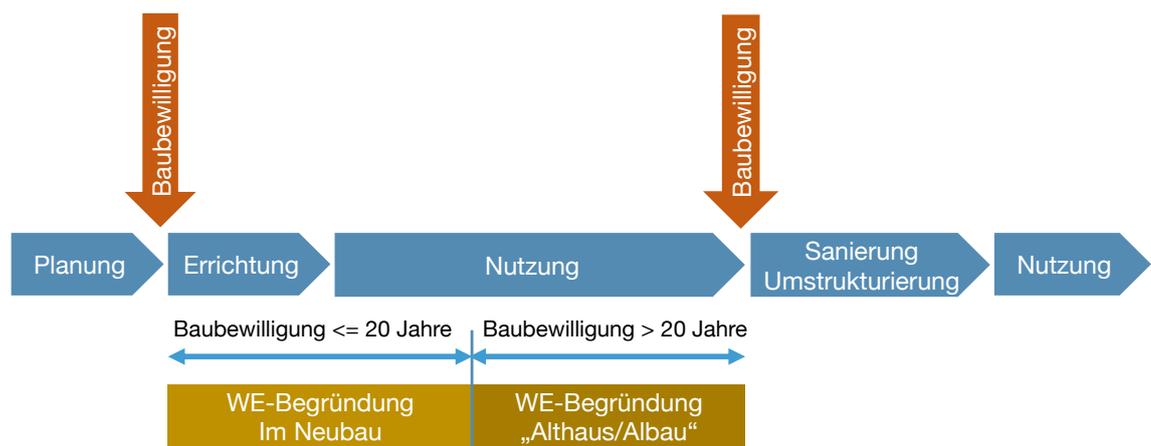


Abbildung 1: Abgrenzung der Begriffe Neu- und Altbau bzw Althaus anhand der Phasen des Lebenszyklus einer Immobilie

Mietrechtlich gesehen gelten als Neubauten Gebäude, deren Baubewilligung nach dem 30.06.1953 erteilt wurde. Alle Bauten davor sind Altbauten. Diese Abgrenzung erscheint für die Zwecke der Arbeit als ungeeignet.

¹ Dh diese Arbeit beschäftigt sich weder mit den sonstigen Leistungsstörungen (Verzug etc) noch mit den Regelungen des BTVG!

Im üblichen Sprachgebrauch wird unter einem Neubau das Bauen bzw Errichten eines neuen Objekts verstanden.² Auch diese Begrifflichkeit erscheint nicht sehr hilfreich.

Die Dauer, für die ein Gebäude als Neubau gilt, ist uneinheitlich und reicht je nach Kontext beispielsweise entweder bis zur ersten durchgreifenden Sanierung, bis das Gebäude sichtbare Abnutzungsspuren aufweist oder sich der gegenwärtige Architekturstil bzw die Bautechnologie soweit gewandelt hat, dass das Gebäude so nicht mehr neu gebaut würde.

Wie aus der Abbildung 1 ersichtlich ist, folgt nach der Erteilung der Baubewilligung der Zeitraum der Errichtung des Gebäudes. Nach der Fertigstellung und Übergabe der Wohnungseigentumseinheiten beginnt die Nutzungsphase der Immobilie.

Sinnvoll für die Zwecke dieser Arbeit dürfte aber eine Abgrenzung in Anlehnung an die Baugenehmigung sein. Daher werden Gebäude mit einer Baubewilligung, welche älter als 20 Jahre ist, als Althaus bzw Altbau bezeichnet. Jüngere Gebäude werden als Neubau gesehen.³

Von Interesse für diese Arbeit sind die unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen (Ansprüche der Wohnungseigentümer an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft), welche aus der jeweiligen Phase der Begründung des Wohnungseigentums resultieren.

Im ersten Abschnitt dieser Arbeit werden die Grundlagen in Hinblick auf die allgemeinen Regelungen des Gewährleistungs- und Schadenersatzrechtes an den Wohnungseigentumsobjekten erarbeitet.

Zur Frage von den Ansprüchen aus Mängeln an Wohnungseigentumsobjekten dürfte es durchaus positiv zu beurteilen sein, dass der OGH⁴ in seiner Entscheidung vom 28.09.2016 nunmehr klargestellt hat, dass in Anlehnung an die Lehrmeinung von *Reich-*

² <https://www.duden.de/rechtschreibung/Neubau> (Zugriff 12.10.2018)

³ Dies erfolgt in Einklang mit § 37 Abs 4 WEG.

⁴ Vgl OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s.

*Rohrwig*⁵ die Grundsätze zum Kauf von Gebrauchtfahrzeugen auch auf den Kauf einer gebrauchten Wohnung anzuwenden sind, sodass Mängel und Alterserscheinungen, die nach Bauart und Alter einer Wohnung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, vom Käufer hingenommen werden müssen.

Zudem werden in diesem Abschnitt auch die Grenzen von vertraglichen Haftungsausschlüssen in Hinblick auf die Schutzbestimmungen der § 879 ABGB, § 38 WEG und § 9 KSchG diskutiert.

Der zweite Abschnitt der Master These behandelt die Ansprüche aus Mängeln an den Wohnungseigentumsobjekten und allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Neubau und Althaus.

Hierzu erscheint einleitend eine Abgrenzung der Wohnungseigentumsobjekte und der allgemeinen Teile der Liegenschaft von Nöten. Es soll erörtert werden, ob diese Abgrenzung auf Basis einer örtlichen (räumlichen) und/oder funktionalen Betrachtungsweise zu erfolgen hat.

Ansprüche an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft dürften differenzierter zu betrachten sein. Daher beschäftigt sich dieser Teil schwerpunktmäßig mit der Frage, welche Ansprüche gegen den Bauträger⁶ aufgrund einer Mangelhaftigkeit bestehen können. Durch die „Judikaturwende“⁷ in 5 Ob 147/97x wurde klargestellt, dass es sich bei Ansprüchen aus Gewährleistungs- und Schadenersatz des Wohnungseigentümers an den allgemeinen Teilen des Hauses nicht um gemeinschaftliche Forderungen handelt, wenn der Anspruch aus einem vom Erwerber mit dem Veräußerer (individuell) geschlossenen Vertrag

⁵ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 444.

⁶ Der Begriff „Bauträger“ ist als Synonym für den „Wohnungseigentumsorganisator“ zu sehen; vgl Pkt 2.3.2.1

⁷ In Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung: *„Betreffen die Mängel an einzelnen Teilen des im Mit- und Wohnungseigentum stehenden Hauses (hier: Balkone) nicht jeweils nur die Eigentumswohnung, zu der sie gehören, sondern wirken sie sich vielmehr auf das Haus, also auf die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Sache, aus, dann ist die Forderung auf Ersatz der Mängelbehebungskosten und der Mängelfolgeschäden eine Gesamthandforderung der Miteigentümer im Sinne der §§ 848 Satz 2, 890 ABGB; vgl RS0013213.*

herrührt.⁸ Im Speziellen sollen hier aber die Unterschiede zwischen der Bauträger- und Zubau-/Aufstockungsvariante untersucht werden.

Bei der Bauträgervariante erwirbt der Bauträger in der Regel ein Grundstück und errichtet in weiterer Folge dann die Wohnungseigentumseinheiten. Im Rahmen der Kaufverträge werden allen Käufern inhaltsgleiche Rechte an der gemeinsamen Sache eingeräumt.

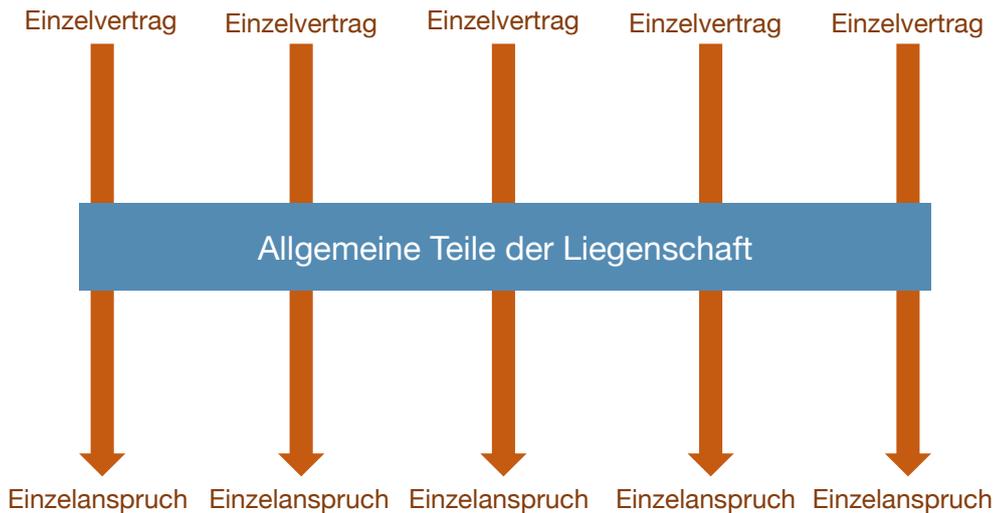


Abbildung 2: Bauträgervariante

Dagegen erwirbt der Bauträger bei der Zubau-/Aufstockungsvariante meist Anteile an der Liegenschaft und errichtet (Zu- und Aufbauten) anschließend Einheiten.

⁸ Vgl Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 58.

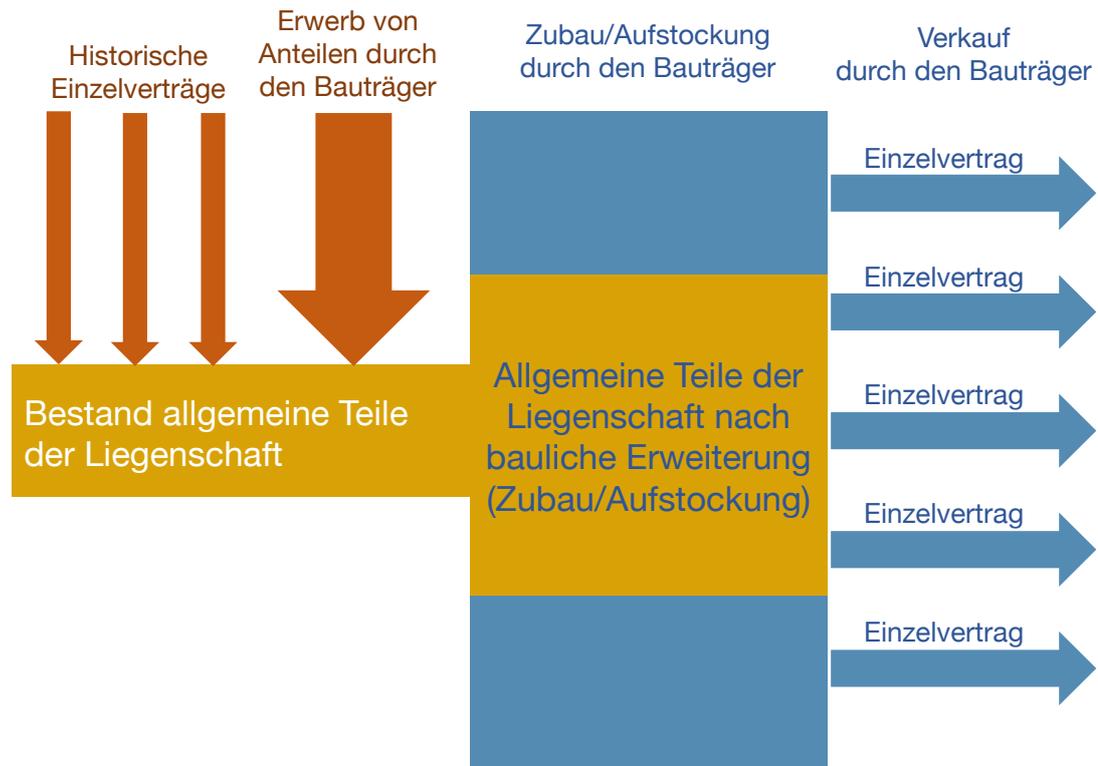


Abbildung 3: Zubau-/Aufstockungsvariante

Als weiterer Schwerpunkt ist in diesem Abschnitt die Frage zu klären, ob sich bei irgendwelchen Konstellationen Bereicherungsansprüche des Bauträgers oder der Wohnungseigentümer ergeben können.

Mit der Frage der Ansprüche gegen den Bauträger im Althaus beschäftigt sich der 3. Abschnitt der Master Thesis. Neben den in Abschnitt 2 behandelten Ansprüchen soll untersucht werden, welche Ansprüche aus der Schutznorm des § 37 Abs 4 WEG resultieren können. Zudem erfolgt in diesem Abschnitt eine kritische Abgrenzung der Begriffe Erhaltung, Instandhaltung, Wartung und Verbesserung im Wohnrecht.

Die Schlussbemerkung bildet den letzten Abschnitt dieser Arbeit.

2 Theoretische Grundlagen der Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Bauträger aus Mängeln an den Wohnungseigentumsobjekten Gewährleistung (Pircher)

2.1 Gewährleistung (Pircher)

2.1.1 Allgemein

Nach § 922 Abs 1 ABGB ist vom Übergeber einer Sache dafür Gewähr zu leisten, dass die erbrachte Leistung dem Vertrag entspricht. Nach *Ofner*⁹ ist der Zweck der Gewährleistung darauf gerichtet, die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung herzustellen.

Schon auf den ersten Blick wäre es inakzeptabel, dem einen Vertragsteil die volle Gegenleistung (bzw den Anspruch darauf) zu belassen, obwohl er seine Verpflichtung mangelhaft erfüllt hat. Aus diesem Grund ist das Gewährleistungsrecht verschuldensunabhängig ausgestaltet. Wie aus § 932 ABGB hervorgeht, soll der Gläubiger primär das erhalten, was ihm versprochen wurde (Verbesserung). Kommt dies nicht in Betracht, bleibt die erhaltene Leistung also endgültig hinter dem Geschuldeten zurück, soll auch seine Verpflichtung entsprechend (relativ) reduziert werden (Preisminderung). In beiden Fällen bleiben die individuellen Wertvorstellungen – die sich namentlich beim Kauf im vereinbarten Preis manifestieren – und damit die subjektive Äquivalenz voll gewahrt. Nur bei Vertragsaufhebung (Wandlung) kann im verschuldensunabhängigen Bereich auf die Bewertungen durch die Parteien nicht mehr Rücksicht genommen werden. Vielmehr wird der Vertrag „auf Null“ gestellt, was zumindest die objektive Äquivalenz wahrt.¹⁰

Die Gewährleistung ist nur bei entgeltlichen Rechtsgeschäften anwendbar. Schenkungen sind somit ausgeschlossen. Anzuwenden ist die Norm daher auf Kauf-, Tausch- und Werkverträge. Die Gewährleistungsregeln sind ganz allgemein auf gegenseitige Verträge zu benutzen, soweit vom Gesetz nichts anderes (Besonderes) bestimmt wird.¹¹

⁹ Vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 922 Rz 1.

¹⁰ Vgl. *Bydlinski* in *KBB*³ § 922 RZ 6.

¹¹ Vgl. *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 3/70.

2.1.2 Begriff des Mangels

Ein Mangel liegt dann vor, wenn das Geleistete in negativer Weise vom Geschuldeten abweicht.¹² Was im Einzelnen geschuldet ist, ergibt sich aus dem Vertrag und dessen Auslegung.¹³

Grundsätzlich ist von einem subjektive Mangelbegriff - Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand – auszugehen.¹⁴

Nach *Ofner*¹⁵ unterscheidet das Gewährleistungsrecht zwischen verschiedenen Gruppen von Mängeln, wobei die Zuordnung nach der geschuldeten Sache und nach der Art des vorliegenden Mangels erfolgt. Demnach ergeben sich folgende Zuordnungen:

- Sachmängel - Rechtsmängel - Tiermängel
- Mängel an unbeweglichen und an beweglichen Sachen
- behebbare Mängel - unbehebbare Mängel
- geringfügige Mängel¹⁶ - nicht geringfügige Mängel;

Zudem lassen sich noch die Begriffe „Qualitäts- und Quantitätsmängel“ finden. Erfüllt eine Leistung nicht die vereinbarte Eigenschaft oder Funktionsfähigkeit, liegt ein Qualitätsmangel vor. Hingegen spricht man von (echten) Quantitätsmängeln, wenn die geleistete Menge gleichwertiger Güter nicht der bestellten bzw. vereinbarten Menge entspricht.

¹² Ausnahmen von diesem Grundsatz greifen bei Anderslieferung und bei Annahme als bloße Teilerfüllung ein; vgl *Bydlinsk*, in KBB³ §922 Rz 1.

¹³ Vgl *Dullinger*, Bürgerliches Recht II Rz 3/73.

¹⁴ Vgl *Bydlinski* in KBB³ §922 Rz 1.

¹⁵ Vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 922 Rz 14.

¹⁶ Ob der Mangel als geringfügig anzusehen ist oder nicht, ist an Hand einer Interessenabwägung durchzuführen, bei der sowohl die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrages im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, als auch die „Schwere“ des Mangels zu berücksichtigen ist. Bei der Frage, wie weit bei der Beurteilung des Gewichts des Mangels auf subjektive und/oder objektive Elemente abzustellen ist, ist zu differenzieren. Die subjektive Einstellung des Übergebers - seine Motive bzw der von ihm verfolgte Zweck - muss unbeachtet bleiben, soweit diese subjektive Einstellung dem Übergeber bei Abschluss des Vertrages nicht erkennbar war. War hingegen der mit dem Erwerb vom Übernehmer angestrebte Zweck bzw sein Motiv bei Vertragsabschluss erkennbar, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung neben dem objektiven Gewicht des Mangels auch der deklarierte Erwerbszweck mit zu berücksichtigen; OGH 21.07.2005 8 Ob 63/05f.

Unechte Quantitätsmängel erkennt man dadurch, dass der auch mengenmäßig vereinbarte Leistungsgegenstand immer schon weniger umfangreich war als vertraglich vereinbart.¹⁷

Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die rechtliche Position verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen muss.¹⁸

Wird dem Übernehmer (Käufer) zB das Eigentum an der gekauften Sache nicht übertragen, so liegt ein Rechtsmangel vor.¹⁹ Auch wenn rechtliche Belastungen an einer Sache haften, die den Vereinbarungen im Kaufvertrag widersprechen, begründet dies einen Rechtsmangel.²⁰

Dagegen liegt ein Sachmangel vor, wenn es einer Sache bzw Leistung an sachlicher Substanz fehlt. Auch eine uneinbringliche Forderung ist nur als Sachmangel zu beurteilen²¹.

Eine weitere Unterscheidung betrifft die Behebbarkeit bzw die Unbehebbarkeit von Mängeln. Nach *Reischauer*²² ist ein Sachmangel bei Unmöglichkeit der Beseitigung, so auch, wenn zusätzliche Geräte, Sachzusätze oder Änderungen nötig wären, die die Sache zu einer anderen machen, unbehebbar.

Wenn ein Mangel mit tragbaren wirtschaftlichen Mitteln beseitigt werden kann, ist er behebbar.²³ Alle übrigen Mängel sind unbehebbar.²⁴

¹⁷ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 922 Rz 16.

¹⁸ Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.01} § 923 Rz 6.

¹⁹ Vgl OGH 02.04.1998, 6 Ob 312/97v.

²⁰ Vgl auch OGH 12.05.2009, 10 Ob 21/08y.

²¹ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*³ § 923 Rz 8a.

²² Vgl *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*³ § 923 Rz 8a; dasselbe gilt, wenn eine Mangelbehebung zwar grundsätzlich möglich, die Behebung jedoch nicht in absehbarer Zeit durchführbar ist; vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar*⁴ § 932 Rz 33.

²³ Im allgemeinen Gewährleistungsrecht wurde die wirtschaftliche Unbehebbarkeit der tatsächlichen Unbehebbarkeit des Mangels gleichgesetzt. Ob eine Unverhältnismäßigkeit vorliegt, wurde nach dem alten Recht danach beurteilt, ob sich der Mangel mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln beseitigen lässt; vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar*⁴ § 932 Rz 21.

²⁴ Ein Sachmangel ist nicht nur unbehebbar, wenn er technisch nicht behebbar ist, sondern auch, wenn seine Behebbarkeit zwar technisch möglich ist, dies jedoch nur mit unverhältnismäßigem Aufwand bewerkstelligt werden kann; vgl *RIS-Justiz* RS0041462.

Jedoch kommt im Gesetz der Ausdruck „Mangel“ auch in anderer Bedeutung vor. So ist der in § 923 ABGB Mangel als Fehler im objektiven Sinne zu werten.²⁵ Mängel gelten als ungewöhnlich, wenn sie im Verkehr so selten vorkommen, dass mit ihnen nicht gerechnet werden muss. Ob sie erheblich sind, ist nicht entscheidend.²⁶

Die Regelung des § 928 ABGB kennt aber auch noch den augenfälligen Mangel. Ein augenfälliger Mangel²⁷ liegt nur dann vor, wenn der Übernehmer vor Vertragsschluss ohne weiteres eine negative Eigenschaft des Vertragsgegenstandes erkennen konnte²⁸

Bei dieser Regelung geht es um einen gesetzlichen Gewährleistungsausschluss. Konnte der Übernehmer vor Vertragsabschluss die negative Eigenschaft erkennen, so haftet der Übergeber daher nicht. Aufgrund dieses Tatbestandsmerkmals dürfte der subjektive Mangelbegriff ausscheiden. Die Willenserklärung des Übernehmers darf vom Übergeber dann so verstanden werden, dass er diese (negativen) Eigenschaften akzeptiert hat und diese bei der Entgeltbemessung mitberücksichtigt wurde.²⁹ Die Leistung des Besichtigten ist also von vornherein mangelfrei.³⁰ Eine diesbezügliche Abweichung vom Geschuldeten kommt daher nicht in Betracht. Da es sich bei diesem augenfälligen Mangel eben um eine von Anfang an negative Eigenschaft handelt, ist eine Wertung als Mangel im objektiven Sinne zulässig. Daraus dürfte wohl zu schließen sein, dass „*Sachmängel*“ in einem technischen Verständnis zu sehen sind. Nach *Funk/Kössler/Stocker*³¹ können unter „Bau-mängeln“ Mängel³² an Gebäuden verstanden werden, die auf fehlerhafte Bauweisen oder

²⁵ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ §922 Rz 1.

²⁶ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 932 Rz 4.

²⁷ Nach Hödl sollte die „Augenfälligkeit“ im Sinne des § 928 Abs S 1 ABGB besser mit dem Begriff Offenkundigkeit umschrieben werden; vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ 928 Rz 3.

²⁸ Vgl *Bydlinski* in *KBB*⁴ 928 Rz 2.

²⁹ Vgl OGH 13.09.1995 7 Ob 562/94; OGH 28.07.2010 9 Ob 50/10h; RIS-Justiz RS0107682.

³⁰ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ §922 Rz 2.

³¹ Vgl *Funk/Kössler/Stocker* in *Bienert/Funk*, Immobilienbewertung 302.

³² ZB Feuchtigkeitsschäden am Mauerwerk, Schädlingsbefall etc.; vgl. *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung, 71.

Bauplanungen zurückgeführt werden können. Diese Fehler³³ sind entweder vor oder während der Bauzeit entstanden.³⁴

Ein augenfälliger Mangel liegt vor, wenn er bei Anwendung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die im Rahmen gewöhnlicher Fähigkeiten liegen, wahrgenommen werden kann.^{35, 36} Nur für den Fachmann erkennbare Mängel sind nicht offenkundig.³⁷ Leicht fahrlässiges Übersehen schadet dem Unternehmer keinesfalls.³⁸

Für das Vorliegen eines offenkundigen Mangels³⁹ genügt es, dass die äußere Beschaffenheit des Objekts auf den Mangel schließen lässt, selbst wenn dessen Ursache, Wirkung und Umfang für den Laien nicht erkennbar ist.⁴⁰ In seiner Entscheidung vom 27.06.2013 hat der OGH⁴¹ erklärt, dass genaue Erkennbarkeit oder gar Kenntnis der inneren Ursachen einer solchen Negativeigenschaft nicht nötig sind.⁴²

Es ist jedoch nicht vorauszusetzen, dass der Erwerber eine besondere Sachkenntnis besitzt. Einem juristischen Laien kann demnach nicht vorgeworfen werden, dass er die einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen nicht kennt, weshalb ein konsensloser oder

³³ Nach der DIN 13051 sind Fehler einer Einheit, gekennzeichnet durch ihre aus irgendeinem Grund vorhandene Unfähigkeit, eine geforderte Funktion zu erfüllen; vgl. DIN 13051, 9.

³⁴ Dagegen sind Bauschäden als Folge von Baumängeln, Ergebnissen äußerer Einwirkungen oder mangelhafter Instandhaltungsarbeiten zu sehen, Dabei handelt es sich grundsätzlich um Fehler, die erst nach der Baufertigstellung aufgetreten sind; vgl. *Funk/Kössler/Stocker* in *Bienert/Funk*, Immobilienbewertung 302.

³⁵ Dabei ist nach *Zöchling-Jud* von einem subjektiven Sorgfaltsmaßstab auszugehen. *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 928 Rz 10; anders (objektiver Sorgfaltsmaßstab) dagegen *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1.

³⁶ Nach *Ofner* ist von einer "bescheidenen Prüfungspflicht" auszugehen, die darin besteht, "nicht die Augen vor dem zu verschließen, was jeder sieht"; vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 928 Rz 3.

³⁷ Vgl. OGH 13.10.1998, 10 Ob 192/98b.

³⁸ Vgl. *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ 928 Rz 3.

³⁹ „Offen ist jeder Mangel, der nicht verdeckt ist, also diesseits der Grenze des bei der Untersuchung zu Erkennenden liegt. Zu den offenen Mängeln gehören alle Mängel, die entweder einer Untersuchung nicht bedurften oder bei einer Untersuchung, falls sie ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, zutage gefördert wurden oder falls die Untersuchung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätten zutage gefördert werden können“; vgl. RIS-Justiz RS0018656.

⁴⁰ Vgl. *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1.

⁴¹ Vgl. OGH 27.06.2013, 1 Ob 14/13k.

⁴² Dieser Entscheidung lag eine durchfeuchtete Kellerwand zugrunde. Demnach ist es nicht relevant, was die eigentliche technische Ursache dieser Durchfeuchtung ist. Die Erkenntnis, dass eine durchfeuchtete Kellerwand vorliegt, reicht für die Offenkundigkeit des Mangels aus.

widriger Zustand eines Bauwerks nicht als offenkundiger Rechtsmangel zu bewerten ist.⁴³

Nach hM⁴⁴ trifft den Übernehmer keine Obliegenheit, die Sache auf nicht augenfällige Mängel zu überprüfen oder die Sache tatsächlich in Augenschein zu nehmen, auch wenn sie ohne besonderen Zeit- und Kostenaufwand besonders leicht zu besichtigen wäre.

2.1.3 Bedungener Zustand und gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

Nach § 922 Abs 1 ABGB haftet der Verkäufer gegenüber dem Käufer dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.

Nach *Bydlinski*⁴⁵ ergibt sich aus dem Vertrag, welche konkreten Eigenschaften bzw welche Verwendungsmöglichkeit die versprochene Leistung aufweisen muss.

Dabei können Qualitäten und Quantitäten⁴⁶ eigens vereinbart sein, so durch Beschreibung des Bauzustandes in einem Gutachten.⁴⁷ Der gesetzliche Hinweis auf Beschreibung, Probe oder Muster ist bloß ein Anwendungsfall zumindest stillschweigend vereinbarter Eigenschaften.⁴⁸

Nach § 4 BTVG (welcher in der Regel für die Bauträgervariante maßgeblich ist) muss der Bauträgervertrag insbesondere folgende Mindestinhalte aufweisen:

- Beschreibung des Gebäudes, der Wohnung oder des Geschäftsraums samt Zugehör (eigentlicher Vertragsgegenstand) und die vom Erwerber gewöhnlich

⁴³ Vgl OGH 13.02.2007, 4 Ob 3/07f.

⁴⁴ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 928 Rz 3; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 928 Rz 10.

⁴⁵ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 922 Rz 8.

⁴⁶ ZB Größe des Grundstückes vgl OGH 18.06.2013, 4 Ob 98/13k.

⁴⁷ Zur Gutachtensvariante der Sonderbestimmung des § 37 Abs 4 WEG vgl Abschnitt 3.3 dieser Arbeit.

⁴⁸ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 922 Rz 9.

nutzbaren Teile der Gesamtanlage, wobei das Ausmaß, die Lage und die Widmung des eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Anlage jeweils bestimmt zu bezeichnen und aussagekräftige Pläne, Baubeschreibungen sowie eine Beschreibung der Ausstattung und ihres Zustandes zu Grunde zu legen und zu übergeben sind;

- den Hinweis, dass der eigentliche Vertragsgegenstand oder die Gesamtanlage in einer wildbach- oder lawinenbedingten Gefahrenzone oder einem Hochwasserabflussgebiet liegt oder die betreffende Liegenschaft im Verdachtsflächenkataster geführt oder im Altlastenatlas ausgewiesen wird.

Zu beachten ist, dass nicht jede Äußerung des Verkäufers über seine Leistung als bedungene Eigenschaft zu werten ist. Bei einer bloßen Anpreisung zB kann keine verpflichtende Zusage angenommen werden.⁴⁹

Bei ausdrücklichen Zusagen hingegen hat der Veräußerer auf jedem Fall zu gewährleisten, auch wenn es sich ansonsten um unerhebliche Eigenschaften handelt.

Eine Zusage ist dann "ausdrücklich", wenn die Erklärung des Veräußerers/Herstellers so klar und deutlich ist, dass sie den Erwerber berechtigt, auf sie zu vertrauen und die ihm obliegende Besichtigung des Objekts bzw der Leistung zu unterlassen. Je klarer die Zusage, desto größer ist die Schutzwürdigkeit des Empfängers und umso weitreichender kann ihr Inhalt gezogen werden.⁵⁰

Eigenschaften können auch stillschweigend bedungen werden. Eine konkludente Zusage ist jedoch nur dann gegeben, wenn aus Sicht des Erklärungsempfängers aus dem objektiven Verhalten des Veräußerers ohne Zweifel geschlossen werden kann, dass er eine bestimmte Eigenschaft zusagen will.⁵¹

⁴⁹ Vgl OGH 10.06.1959, 6 Ob 153/59; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 5.

⁵⁰ Vgl *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 923 Rz 17.

⁵¹ Vgl *Ofner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 923 Rz 17.

Wird eine Liegenschaft als "Baugrund" veräußert, kann der Käufer zwar davon ausgehen, dass eine Bebauung möglich ist, es ist jedoch nicht Gewähr zu leisten, dass eine Bebauung nach einem bestimmten Plan oder zu einer bestimmten Zeit möglich ist.⁵²

In der Erklärung des Verkäufers, "dass auf dem kaufgegenständlichen Grundstück ein Wohnhaus im Rohbau steht", ist als Zusicherung, dass der Rohbau zur Gänze auf diesem Grundstück und nicht teilweise auch auf dem Nachbargrundstück steht und dass für ihn nach Fertigstellung die baubehördliche Benützungsbewilligung ohne weiteres erlangbar ist, zu werten.⁵³

Auch für die Wohnqualität aufgrund der Gestaltung einer gesamten Wohnanlage ist Gewähr zu leisten. Die Angaben des dem Kaufvertrag zugrundeliegenden Werbeprospekts sind als zugesicherte Eigenschaften im Sinn des § 922 ABGB zu beurteilen.⁵⁴

Aber auch aus den Verhandlungen vor Vertragsabschluss kann es sich ergeben, dass die Parteien von einem schlechteren Zustand des Kaufobjekts, als er im Geschäftsverkehr gewöhnlich vorausgesetzt werden würde, ausgegangen sind und auf diese Weise den Maßstab für die Gewährleistung herabgesetzt haben; auch dann, wenn dies im schriftlichen Kaufvertrag keinen Niederschlag gefunden hat.⁵⁵

Wird einem Käufer offengelegt, dass bestimmte mögliche Negativeigenschaften des Kaufobjekts bei näherer Untersuchung zu Tage treten könnten, dass er also diesbezüglich mit dem Abweichen von der ansonsten geschuldeten Qualität der Leistung rechnen muss, dann wird bei einer solchen Leistungsbeschreibung nur die mindere Qualität Vertragsinhalt.⁵⁶

⁵² Vgl. *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 923 Rz 23.

⁵³ Vgl. *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 445.

⁵⁴ Vgl. RIS-Justiz RS0114805.

⁵⁵ Vgl. *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 446.

⁵⁶ Vgl. OGH 22.06.2011, 2 Ob 176/10m.

Nach ständiger Rechtsprechung⁵⁷ können die Parteien des Vertrags vereinbaren, dass eine Sache, die objektiv gesehen mangelhaft ist, als vertragsgemäß angesehen wird. Eine solche einschränkende Beschreibung der geschuldeten Leistung ist kein Gewährleistungsausschluss, sondern begrenzt das vertraglich Geschuldete von vornherein in qualitativer Hinsicht.⁵⁸

Die Frage nach einer Mangelhaftigkeit ist nach dem konkreten Vertrag zu beurteilen. Für die Ermittlung des Vertragsinhaltes sind die allgemeinen Auslegungsregeln zugrunde zu legen. Jedenfalls haftet der Übergeber dafür, dass seine Leistung seiner Beschreibung entspricht. Dies ergibt sich auch aus der Haftung für bedungene Eigenschaften. Die aufgrund der Beschreibung ermittelte Beschaffenheit der Sache ist die Eigenschaft als vertraglich bedungen anzusehen, welche grundsätzlich auch in Verbraucherverträgen zulässig vereinbart werden kann.⁵⁹

Ist der konkrete Vertrag hinsichtlich Qualität oder Eigenschaften des Leistungsgegenstandes unvollständig, so ist im Rahmen ergänzender Auslegung auf die Natur und den Zweck des Geschäftes und auf die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften abzustellen.⁶⁰

Mangels gegenteiliger Abreden sind jedenfalls immer „gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften“ stillschweigend mitvereinbart.⁶¹ In § 922 Abs 1 ABGB werden die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ausdrücklich neben den bedungenen genannt. Die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Sache gehören zur geschuldeten Beschaffenheit, sofern die Vertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen

⁵⁷ Vgl RIS-Justiz RS0107681

⁵⁸ Vgl Hödl in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ 923 Rz 7 und § 929 Rz 2; zu den Verbraucherverträgen vgl ausführlich Pkt 2.3.3 dieser Arbeit.

⁵⁹ Vgl OGH 11.11.2016, 10 Ob 72/16k.

⁶⁰ Vgl Dullinger, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/71.

⁶¹ Vgl Bydlinski in KBB⁴ 922 Rz 9.

haben. Was als gewöhnlich vorausgesetzt zu gelten hat, wird - neben der Natur des Geschäftes - nach der Verkehrsauffassung⁶² beurteilt.⁶³

Zur Bestimmung der Verkehrsauffassung können zB typische Vertragsvereinbarungen⁶⁴, ÖNORMEN⁶⁵, Herstellernormen, etc, beigezogen werden.

Ob eine Eigenschaft im Sinne des Gesetzes als gewöhnlich vorausgesetzt anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern davon, was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung erschließen durfte und ist daher an der Verkehrsauffassung zu messen.⁶⁶

„Gewöhnlich vorausgesetzt“ ist etwa die Freiheit einer zum Zwecke des Hausbaus gekauften Liegenschaft von massiven Kontaminationen⁶⁷ oder die Freiheit einer Wohnung von gesundheitsschädlichen Substanzen⁶⁸. Dasselbe wird auch für die Freiheit der Liegenschaft von Kriegsrelikten gelten.⁶⁹ Beim Kauf einer Eigentumswohnung ist nicht nur auf die Wohnung selbst, sondern auch auf die gesamte Gemeinschaftsanlage abzustellen.⁷⁰

Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehören auch Dichtheit des gekauften Hauses gegenüber Feuchtigkeit und Nässe⁷¹ und natürlich gewachsener Untergrund beim Erwerb eines Einfamilienhauses.⁷² Auch die Freiheit eines Baugrundstücks von massiven

⁶² Vgl *Reischauer*, ZAK 2015, 404.

⁶³ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ 923 Rz 10; RIS-Justiz RS0114333; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §§ 922 Rz 4.

⁶⁴ Vgl *Gruber*, Bedungene Eigenschaften 75.

⁶⁵ Vgl OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95.

⁶⁶ Vgl OGH 24.10.2000, 1 Ob 140/00w.

⁶⁷ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 443.

⁶⁸ Vgl OGH 22.06.2011, 2 Ob 176/10m.

⁶⁹ Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} §§ 922 Rz 16.

⁷⁰ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 442.

⁷¹ Vgl OGH 26.05.2009, 1 Ob 240/08p.

⁷² Vgl OGH 26.06.2014, 8 Ob 57/14m.

Kontaminationen und das Vorliegen einer unwiderruflichen Baubewilligung für das gekaufte Haus sind als gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften zu sehen.⁷³

Nach *Reich-Rohrwig*⁷⁴ ist die Frage, welche verkehrsüblichen Eigenschaften gewöhnlich vorausgesetzt werden können, wenn es um Wasser-, Heizungs-, Klima- oder Elektroinstallationen des Hauses/der Wohnung oder sonst um technische Einrichtungen geht, nicht so leicht zu beantworten. Handelt es sich um ein neues Haus/eine neue Wohnung, so kann der Käufer wohl Neuwertigkeit voraussetzen. Wird das Kaufobjekt als "generalsaniert" angepriesen, wird es auf die Verkehrsauffassung ankommen, welche Teile der Installationen erneuert worden sein müssen, und bei welchen der Käufer mit dem Belassen alter Installationen oder einer alten Heizanlage rechnen muss.

Zum Kauf von Gebrauchtfahrzeugen judiziert der Oberste Gerichtshof, dass der Käufer auch ohne Gewährleistungsverzicht innerhalb eines gewissen Rahmens Mängel hinnehmen muss. Der Käufer kauft eben keinen Neu-, sondern nur einen Gebrauchtwagen. Er muss daher insbesondere die dem Alter und den gefahrenen Kilometern entsprechenden Verschleiß- und Abnutzungsmängel hinnehmen, weil die gewöhnliche Beschaffenheit eines Gebrauchtwagens normale Verschleißerscheinungen und das Risiko auch größerer Reparaturen nicht ausschließt.⁷⁵

Doch dürfen in diesem Fall die an sich zu erwartenden normalen Verschleißerscheinungen und Abnutzungsmängel die Verkehrs- und Betriebssicherheit des gekauften Gebrauchtwagens nicht beeinträchtigen, da diese wohl als gewöhnlich vorausgesetzt zu sehen sind (sofern sie nicht vor Vertragsabschluss bekannt waren).⁷⁶

Nach *Reich-Rohrwig*⁷⁷ sind diese Grundsätze auch auf den Kauf einer gebrauchten Wohnung anzuwenden, sodass Mängel und Alterserscheinungen, die nach Bauart und Alter

⁷³ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ 923 Rz 11.

⁷⁴ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 443 f.

⁷⁵ ZB OGH 24.02.2009, 9 Ob 3/09w.

⁷⁶ ZB OGH 19.12.2013, 2 Ob 196/13g.

⁷⁷ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 444.

einer Wohnung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, vom Käufer hingenommen werden müssen.

In seiner Entscheidung vom 28.09.2016⁷⁸ erklärt der OGH zustimmend, dass dieser Grundsatz auch auf den Kauf eines einige Jahre oder Jahrzehnte alten Hauses/Wohnung umzulegen ist, sodass Mängel und Alterserscheinungen, die nach Bauart und/oder Alter eines Hauses/einer Wohnung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, vom Käufer durchaus hingenommen werden müssen.

Hinsichtlich der in der Entscheidung des OGH vom 28.09.2016 angeführten vom Käufer hinzunehmenden Mängel und Alterserscheinungen gehen sowohl vom *Prader*⁷⁹ als auch *Böhm*⁸⁰ davon aus, dass hinsichtlich der Annahme eines Mangels bei gebrauchten Wohnungen gegenüber Neubauwohnungen ein anderer Level zu gelten hat.⁸¹

Ungewöhnliche Mängel oder Lasten dürfen vom Veräußerer/Hersteller nicht verschwiegen werden. Mängel gelten als ungewöhnlich, wenn sie im Verkehr so selten vorkommen, dass mit ihnen nicht gerechnet werden muss. Ob sie erheblich sind, ist nicht entscheidend.⁸² Zwar besteht keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entschließung einen Einfluss haben können, doch ist sie dann zu bejahen, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.⁸³

⁷⁸ Vgl OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s.

⁷⁹ *Prader* weist im Zusammenhang auf die Entscheidung des OGH vom 28.09.2016 hin, dass in dieser Entscheidung weder auf die Erhaltungspflicht im Sinne des § 14a WGG noch auf eine mögliche Aufklärungspflicht der schadhafte Elektroinstallationen Bezug genommen wurde; vgl *Prader*, *immolex* 2017, 24.

⁸⁰ *Böhm* kritisiert die Entscheidung im Sinne der zu § 928 ABGB entwickelten Grundsätze und Wertungen, wonach ein Mangel, um die Gewährleistung auszuschließen, entweder "in die Augen fallen" - also offenkundig sein - oder dem Erwerber positiv bekannt sein muss. Es erscheint ihm gerade absurd, den Verkäufer einer lebensgefährlichen Wohnung aus der Gewährleistung und Haftpflicht zu entlassen; vgl *Böhm*, *immolex* 2017, 10.

⁸¹ Vgl OGH 13.09.1995 7 Ob 562/94; OGH 28.07.2010 9 Ob 50/10h; RIS-Justiz RS0107682.

⁸² Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 932 Rz 4.

⁸³ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 923 Rz 12.

Erfüllt der Kaufgegenstand diese gewöhnlichen, bedungenen oder aus der Sicht des Käufers im redlichen Verkehr zu erwartenden Eigenschaften nicht, so hat der Käufer Anspruch auf Gewährleistung. Gewährleistungsansprüche bestehen jedoch nicht, wenn es sich um offenkundige Mängel handelt, die der Verkäufer nicht arglistig verschwiegen hat.

Nach *Zöchling-Jud*⁸⁴ sind neben sichtbaren Mängeln auch jene Mängel, die mit anderen Sinnen wahrnehmbar sind, wie zB eine Lärmbelästigung, die aus einer Heizanlage, einem Hotelbetrieb oder Flugverkehr entsteht, umfasst. Es wäre nicht einmal erforderlich, dass die Mängel überhaupt sinnfällig sind, so dass auch Rechtsmängel „in die Augen fallen“ können.⁸⁵

2.1.4 Gewährleistungsbehelfe / Anspruchsdurchsetzung

Dem Übernehmer stehen verschiedenen Rechtsbehelfe zur Verfügung, wenn ein Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe bestand. Die Normen unterscheiden Rechtsbehelfe der ersten und zweiten Stufe. Die Rechtsbehelfe der ersten Stufen sind Verbesserung oder Austausch und die der zweiten Stufen sind Preisminderung oder Wandlung.⁸⁶

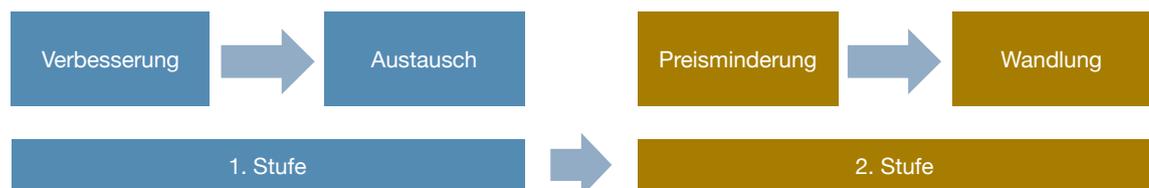


Abbildung 4: Stufen der Gewährleistungsbehelfe

§ 932 AGB regelt die Rechtsbehelfe des Übernehmers einer mangelhaften Leistung. Hier sind folgende Rechte des Übernehmers angeführt⁸⁷:

⁸⁴ Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 928 Rz 8.

⁸⁵ Auch schon bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1.

⁸⁶ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 932 Rz 1.

⁸⁷ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/86.

- Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden),
- Austausch,
- angemessene Entgeltminderung (Preisminderung)
und
- Vertragsaufhebung (Wandlung);

Nach dem Gesetz besteht im Interesse des Übergebers eine strenge Rangfolge. Der Übernehmer ist zunächst auf Verbesserung bzw Austausch beschränkt (Primäranspruch). Damit soll dem Vertragswillen am besten Rechnung getragen werden.⁸⁸

Aus den Materialien zum GewRÄG ist zu entnehmen, dass der Übernehmer - wenn der Übergeber seiner Verpflichtung zur Verbesserung nicht nachkommt - anstatt auf die zweite Stufe der Gewährleistungsbehelfe „umzusteigen“ - die Verbesserung auch selbst vornehmen und seine konkreten Aufwendungen nach Schadenersatzrecht (§ 933a Abs 2 ABGB) begehren oder auch Aufwändersatz nach § 1042 ABGB fordern kann.⁸⁹

Das Erfüllungsinteresse bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug oder -verweigerung des Schuldners umfasst nach der Rechtsprechung⁹⁰ die Kosten der Verbesserung.

Die Forderung nach auf Ersatz des Deckungs- bzw Verbesserungskapitals erfolgt mittels einer Geldleistungsklage.⁹¹ Hier kann im Rahmen des § 353 EO der betreibende Gläubiger die Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten vornehmen lassen.⁹² Der betreibende Gläubiger kann zugleich mit der Ersatzvornahme beantragen, dem Verpflichtenden

⁸⁸ Vgl *Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 2.

⁸⁹ RV 422 BlgNR 21. GP 18.

⁹⁰ Vgl zB OGH 24.03.2010, 3 Ob 267/09z.

⁹¹ Hier ist das Leistungsbegehren auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet; vgl *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht², 301.

⁹² Es darf für den Gläubiger keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Unterschied machen, ob die vorzunehmende Handlung vom Verpflichtenden selbst oder einem geeignetem Dritten erbracht wird. Dies sind sogenannte „vertretbare“ Handlungen, zu denen Mängelbeseitigungsarbeiten wohl zählen; vgl *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht², 298; im Zweifel, ob eine Handlung als vertretbar oder als unvertretbar anzusehen ist, wird die Handlung (zunächst) als vertretbar angesehen; vgl RIS Justiz RS0004652.

die Vorauszahlung jener Kosten aufzutragen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen.⁹³

Wenn sich der Unternehmer weigert, die Verbesserung durchzuführen, ist es nicht mehr erforderlich, den Unternehmer auf Vornahme der Verbesserung zu klagen und dann im Wege der Exekution die erforderlichen Kosten vorschussweise hereinzubringen (§ 353 EO). Vielmehr kann das notwendige Deckungskapital sofort durch Klage begehrt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Verbesserung bereits vorgenommen wurde oder nicht.⁹⁴

Die Frage, ob der Übernehmer statt der Gewährleistungsbefehle die Verbesserung selbst vornehmen oder durch Dritte vornehmen lassen und vom Gewährleistungspflichtigen nach § 1042 den Aufwand fordern kann, war in der Literatur lange umstritten. In seiner Leitentscheidung vom 16.06.2008 hat der OGH⁹⁵ einen derartigen Verwendungsanspruch bejaht, wo dieser mit den Selbstkosten des Übergebers beschränkt ist. In analoger Anwendung der §§ 1168 Abs 1, 1155 ABGB kann der Übernehmer vom Übergeber jene Kosten begehren, die der Veräußerer hätte aufwenden müssen, wenn ihm eine zweite Chance eingeräumt worden wäre.

Ein Austausch der Sache, genau genommen die Ersetzung des fehlerhaften Stückes durch ein mangelfreies, kommt nur bei Gattungsschulden zur Anwendung.⁹⁶

Die sekundären Gewährleistungsrechte (Preisminderung und Wandlung) können nur in folgenden Fällen geltend gemacht werden:

- Unmöglichkeit der Mangelbehebung
- Unverhältnismäßigkeit der Mangelbehebung
- Verweigerung der Mangelbehebung
- Verzug der Mangelbehebung

⁹³ Vgl. *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht², 299.

⁹⁴ Vgl. RIS-Justiz RS0018753.

⁹⁵ Vgl. OGH 16.06.2008, 8 Ob 14/08d.

⁹⁶ Vgl. *Bydlinsky* in *KBB*⁴ § 932 Rz 3; *Zöchling-Jud* in *ABGB-ON*^{1.02} §932 Rz 9.

- Erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer
- Unzumutbarkeit für den Übernehmer aus triftigen Gründen in der Person des Übergebers.⁹⁷

Misslingt der erste Verbesserungsversuch, kann der Übernehmer sofort auf einen Sekundärbehelf umsteigen, dies auch dann, wenn vom Übergeber unverzüglich ein weiterer Verbesserungs- bzw Austauschversuch angeboten wird, der ebenfalls noch innerhalb der angemessenen Frist läge. Dem Übergeber muss also keine „dritte Chance“ eingeräumt werden.⁹⁸

Der Übernehmer kann auf die sekundären Behelfe zurückgreifen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich sind, also aus faktischen Gründen ausscheiden.⁹⁹ Eine Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Mangel weder durch Verbesserung noch durch Austausch der Sache behoben werden kann.¹⁰⁰ Im Fall einer Stückschuld kommt ein Austausch von vornherein nicht in Betracht, weil die Herstellung einer bloß wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage - sofern nicht der Vertrag einvernehmlich geändert wird - keine Erfüllung darstellen kann. Bei einer Gattungsschuld ist der Austausch unmöglich, wenn die Gattung nicht mehr verfügbar ist. Die Verbesserung ist unmöglich, wenn der Mangel unbehebbar ist.¹⁰¹ Auch die Selbstverbesserung wird als Fall der Unmöglichkeit gesehen.¹⁰²

Bei der objektiven Wertminderung ab einem Viertel dürfte nicht mehr von einem geringfügigen Mangel ausgegangen werden.¹⁰³ Auch sind Mängel dann nicht geringfügig, wenn sie die Benutzbarkeit einer Sache grob stören, die gefahrlose Nutzung nicht gewährleisten oder die vereinbarte Nutzung verhindern.¹⁰⁴

⁹⁷ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/88.

⁹⁸ Vgl *Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 6.

⁹⁹ Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 932 Rz 43.

¹⁰⁰ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/98

¹⁰¹ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 932 Rz 6.

¹⁰² Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 932 Rz 44.

¹⁰³ Vgl *Krejci*, VR 2001, 211

¹⁰⁴ Vgl OGH 23.02.2011, 3 Ob 202/10t.

Ist die Behebung des Mangels mit einem unverhältnismäßigen hohen Aufwand verbunden, so ist der Übergeber zur Verbesserung bzw zum Austausch nicht verpflichtet. Er ist aber trotz des unverhältnismäßigen Aufwandes berechtigt, eine Verbesserung bzw einen Austausch vorzunehmen um den Mangel zu beheben. Der Übernehmer kann sich nur dann auf die sekundären Mangelbehelfe berufen, wenn der Übergeber sich auf die Unverhältnismäßigkeit stützt. Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit ist der für die Mängelbehebung aufzuwendende Aufwand des Übergebers ein ausschlaggebendes Kriterium.¹⁰⁵ Die Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung wird allerdings nicht im Verhältnis zu einer konkreten sekundären Abhilfe, sondern absolut gesehen.¹⁰⁶

Die „absolute“ Unverhältnismäßigkeit kann daher bejaht werden, wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Besteller steht, wobei dabei insbesondere die für den Besteller durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind. Ist die Beeinträchtigung des Bestellers als wesentlich anzusehen, so werden auch über den Wert des Werkes liegende Kosten für die Verbesserung aufzuwenden sein.¹⁰⁷

Bei den sekundären Gewährleistungsbefehlen besteht für den Übernehmer grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen der Preisminderung und der Wandlung. Zu beachten ist dabei, dass bei geringfügigen Mängeln die Wandlung ausgeschlossen ist.¹⁰⁸

Das Preisminderungsrecht steht, wie schon ausgeführt, als sekundärer Gewährleistungsbefehl dem Übernehmer für jeden nicht geringfügigen Mangel zu. Der Übernehmer kann sich aufgrund seines Wahlrechtes entscheiden, ob er die mangelhafte Leistung nicht zurückgibt und deutlich weniger bezahlt, oder die Wandlung in Anspruch nimmt. Behält er die Leistung, erfolgt eine Berechnung der Preisminderung. Nach hA¹⁰⁹ wird die

¹⁰⁵ Vgl *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 3/99.

¹⁰⁶ Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 932 Rz 43; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 932 Rz 47.

¹⁰⁷ Vgl RIS-Justiz RS0121684.

¹⁰⁸ Vgl *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 3/102.

¹⁰⁹ „Die Herabsetzung der Leistung ist nach jenem Verhältnis vorzunehmen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde (sogenannte relative Berechnungsmethode). Bei einem Verkauf würde sich diese

Preisminderung nach der relativen Berechnungsmethode ermittelt.¹¹⁰ Dadurch soll sich die Relation zwischen Leistung und Gegenleistung wieder ins Gleichgewicht bewegen (subjektive Äquivalenz).

Vorteile (der Übernehmer erhält aus der Verbesserung mehr als ihm vertraglich zusteht), die dem Übernehmer aus der Mängelbehebung entstehen, lösen keine Verpflichtung zum Vorteilsausgleich aus.^{111, 112} Hier spricht sich auch der OGH gegen eine Pflicht des Übernehmers zur Vorteilsausgleichung aus.¹¹³ Nach *Zöchling-Jud*¹¹⁴ dürfte jedoch im Lichte der Entscheidung des EuGH (Rechtsache Quelle) und wegen des Gebots der richtlinienkonformen Interpretation der Meinungsstreit nun beendet sein und bei Verbesserung und Austausch kein Vorteilsausgleich in Betracht kommen.

In Konkurrenz zu den Gewährleistungsbehelfen kann der Übernehmer auch Schadenersatz gem § 933a geltend machen, soweit der Mangel schuldhaft – insbesondere im Rahmen einer Vertragsverletzung - herbeigeführt wurde.¹¹⁵

Berechnung folgendermaßen darstellen: Wird der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand mit 100, ihr Wert unter Berücksichtigung des Mangels dagegen mit 50 und der Kaufpreis mit 80 angenommen, so ergibt sich nach der Verhältnisrechnung $100:50 = 80:x$ die Minderung mit 40. Das bedeutet: Hat jemand etwas über den Wert erworben und stellt sich das Erworbene als mangelhaft heraus, so kann er seine Leistung in einem den Minderwert übersteigenden Betrag kürzen, hat er hingegen unter dem Wert erworben, so kann er seine Leistung nicht um den ganzen Minderwert herabsetzen.“; vgl RIS-Justiz RS0018764.

¹¹⁰ Vgl Dullinger, Bürgerliches Recht II⁴ RZ 3/109; dagegen Reischauer in Rummel, ABGB³ § 932 Rz 6.

¹¹¹ Vgl Hödl in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 932 Rz 4.

¹¹² Nach einer Mindermeinung sind jedoch jene Vorteile, die aufgrund verbesserter Technologie eine erheblich längere Lebensdauer, eine qualitativ wesentlich höhere Beschaffenheit oder ein bedeutend breiteres Funktionsspektrum nach sich ziehen, vom Übernehmer im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu ersetzen; vgl Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 932 Rz 13.

¹¹³ ZB Beseitigung von „Regennasen“ im Zuge der Verbesserung; vgl OGH 03.03.1982 1 Ob 829/81; zum Vorteilsausgleich im Bereich des Schadenersatzes vgl Pkt 2.2.3 dieser Arbeit.

¹¹⁴ Vgl *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 73.

¹¹⁵ Vgl Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 932 Rz 9.

2.1.5 Fristen

Nach § 933 Abs 3 ABGB beträgt die Gewährleistungsfrist für unbewegliche Sachen 3 Jahre. Der Beginn dieser Frist beginnt bei Rechtsmängeln mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird.¹¹⁶

Die Frist bei Sachmängeln beginnt mit der tatsächlichen Übergabe.¹¹⁷ Auch bei versteckten Mängeln beginnt die Frist grundsätzlich bereits mit Ablieferung. Eine Ausnahme macht die Rechtsprechung¹¹⁸ jedoch dann, wenn dem Übernehmer eine nicht sofort überprüfbare Sacheigenschaft vertraglich zugesichert worden ist. In diesem Fall läuft die Frist erst ab der sicheren Erkennbarkeit des Fehlens dieser Eigenschaft.¹¹⁹ Begründet wird dies damit, dass mit der vertraglichen Zusage einer erst später feststellbaren Eigenschaft die stillschweigende Vereinbarung verbunden ist, den Fristbeginn abweichend vom dispositiven Recht hinauszuschieben. Nach *Ofner*¹²⁰ liegt die rechtsdogmatische Begründung dieses Ansatzes in einer angenommenen stillschweigenden Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Die gesetzlichen Hemmungs- und Unterbrechungsgründe der §§ 1494 ff ABGB sind auch auf die Gewährleistungsfristen anzuwenden. Vergleichsverhandlungen führen zur Ablaufshemmung und das Einbringen einer Klage oder das Abgeben eines Anerkenntnisses führen zur Unterbrechung der Gewährleistungsfristen.¹²¹

¹¹⁶ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/121.

¹¹⁷ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933 Rz 9.

¹¹⁸ Vgl zB OGH 9.08.2012, 5 Ob 53/12y.

¹¹⁹ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933 Rz 9.

¹²⁰ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933 Rz 10.

¹²¹ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933 Rz 15.

2.2 Schadenersatz für Mängelschäden nach § 933a ABGB (Pircher)

2.2.1 Anspruchsvoraussetzung

Ist ein Mangel durch den Übergeber schuldhaft entstanden, so kann der Übernehmer statt Gewährleistung auch Schadenersatz (Ersatz des sog Mangelschaden) fordern¹²².

Nach hL¹²³ besteht zwischen Gewährleistung und Schadenersatz volle Konkurrenz.

Hinsichtlich des Schadenersatzes wegen Schlechterfüllung ist zwischen dem Mangelschaden (dem in der Mangelhaftigkeit selbst liegenden Nachteil), dessen Ersatz sich funktionell mit der Gewährleistung deckt, und dem über diesen hinausgehenden Mangelfolgeschaden (den durch die Schlechterfüllung des Vertrags verursachten Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Übernehmers, wie zB Verspätungsschäden) zu unterscheiden.

¹²⁴

§ 933a ABGB behandelt in der Hauptsache lediglich den Mangelschaden. Der Ersatz des Mangelfolgeschadens kann nach den allgemeinen Regelungen des Schadenersatzrechts geltend gemacht werden.¹²⁵

Allerdings gilt die in Abs 3 vorgesehene zeitliche Limitierung der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB sowohl für Mangel- als auch für Mangelfolgeschäden.¹²⁶

¹²² Vgl *Reischauer*, JBl 2002, 160 ff.

¹²³ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 1; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933a Rz 1; *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 1.

¹²⁴ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 2.

¹²⁵ Vgl OGH 27.08.2013, 9 Ob 31/13v; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933a Rz 8.

¹²⁶ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 2.

2.2.2 Verschulden

Als Anspruchsvoraussetzung verlangt § 933a Abs 1 ABGB, dass der Übergeber den Mangel verschuldet oder vor der Übergabe schuldhaft¹²⁷ nicht beseitigt hat. Es ist daher prinzipiell nicht nötig, dass der Übergeber den Mangel aktiv verursacht hat.¹²⁸ Der Schadensanspruch setzt somit ein dem Übergeber zurechenbares rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraus. Dies gilt für die Herstellung, Verwahrung und die Nichtbeseitigung bestehender Mängel vor oder nach Übergabe.¹²⁹

Auch kann sich aus der Vermutung lt § 924 ABGB ein Vorhandensein eines Mangels ergeben. Diese Vermutung lässt auch den Schluss zu, dass er Ansprüche wegen Mangel-
folgeschäden mit umfasst. Allerdings hat der Übernehmer den Beweis zu führen, dass für den Folgeschaden der Mangel im kausalen Zusammenhang stehen muss.¹³⁰

Grundsätzlich trifft die Beweislast den Kläger hinsichtlich des anspruchsbegründeten Tatbestandes.¹³¹ Hinsichtlich des Verschuldens kommt dem Übernehmer die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zugute. Der Übergeber muss beweisen, dass ihn an der Herbeiführung des Schadens kein (leichtes) Verschulden trifft. Behauptet der Übernehmer jedoch eine grobe Fahrlässigkeit des Übergebers, so muss er sie auch selbst beweisen.¹³²

2.2.3 Inhalt des Anspruches

Nach Bydlinski¹³³ hat sich der Gesetzgeber für den Ersatz des Mangelschadens für eine

¹²⁷ Zum Verschulden vgl zB *Karner* in KBB³ § 1294 Rz 7 ff.

¹²⁸ Erl 422 BlgNR 21.GP 20; OGH 11.04.2013, 1 Ob 184/12h EvBl 2013/140 mwN.

¹²⁹ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁶, RZ 3/150.

¹³⁰ Vgl *Augenhofer*, JBl 2007, 772.

¹³¹ Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 760.

¹³² Zur Zulässigkeit des Ausschlusses einer Haftung bei leichter Fahrlässigkeit vgl Pkt 2.3.1 dieser Arbeit.

¹³³ Vgl *Bydlinski* in KBB³ § 933a RZ 4.

Parallele zur Rangfolge des § 932 ABGB für eine überbebergünstigere Lösung entschieden, die den Vorrang der Naturalrestitution vor dem Geldersatz vorsieht.

Daher kann der Übernehmer auch über das Schadenersatzrecht bei Behebbarkeit zunächst (auf der Stufe 1¹³⁴) nur Verbesserung oder Austausch verlangen.¹³⁵

Zwischen diesen Behelfen kann er - sofern beide möglich sind - grundsätzlich frei wählen. Das Wahlrecht des Übernehmers wird jedoch eingeschränkt, wenn der gewählte Rechtsbehelf für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.¹³⁶

Dem Übernehmer würde ein Geldanspruch zustehen, und zwar dann, wenn die Mängelbehebung unmöglich ist, einen unverhältnismäßigen hohen Aufwand erfordern würde, vom Übergeber verweigert wird, der Übergeber damit in Verzug ist, mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer verbunden wäre, oder dem Übernehmer aus triftigen Gründen in der Person des Übergebers unzumutbar ist.¹³⁷ Die Voraussetzungen für den Umstieg von Naturalrestitution auf Geldersatz entsprechen jenen, unter denen der Übernehmer gem § 932 Abs 4 ABGB statt Mängelbehebung die sekundären Gewährleistungsbefehle Preisminderung oder Wandlung geltend machen kann.¹³⁸

Der Anspruch des Übernehmers beinhaltet grundsätzlich die Aufwände des gesamten Nichterfüllungsschadens. Der Übernehmer ist vermögensmäßig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß, also ohne Mangel, erfüllt worden wäre.¹³⁹

Da der Übergeber bei behebbarer Mangelhaftigkeit das Erfüllungsinteresse schuldet¹⁴⁰, dies gilt auch bei nach Vertragsabschluss entstandenen behebbaren Mängeln, die der

¹³⁴ Vgl Abbildung 4 dieser Arbeit.

¹³⁵ Vgl *Meissel/Ofner/Perthold-Stoitzner/Windisch-Graetz*, Grundbegriffe der Rechtswissenschaften³ 87.

¹³⁶ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 4.

¹³⁷ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/153.

¹³⁸ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 5.

¹³⁹ Entstand jedoch der Schaden durch Nichterfüllung einer gültig begründeten Leistungsverpflichtung, so hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der im Vermögen des Geschädigten bei gehöriger Erfüllung (positives Erfüllungsinteresse oder Nichterfüllungsinteresse) entstände; vgl RIS-Justiz RS0016377.

¹⁴⁰ Vgl OGH 29.11.1005, 10 Ob 115/05t.

Schuldner zu verantworten hat¹⁴¹, kann es zu unterschiedlichen Ergebnissen wie bei der Gewährleistung gem § 932 ABGB, kommen. So wird der Schadenersatzanspruch gemäß § 933a Abs 2 ABGB nicht wie bei der Preisminderung nach der relativen Berechnungsmethode, sondern durch Vergleich mit dem Wert der Sache oder Leistung mit und ohne Mangel ermittelt.¹⁴²

Nach Hödl¹⁴³ sind mehrere Arten des Geldersatzes für den Mangelschaden denkbar, zwischen denen der Übernehmer - soweit die Voraussetzungen bestehen - wählen kann:

- Ersatz der Mängelbehebungskosten: Wenn dem Übernehmer die Mängelbehebung durch den Übergeber unzumutbar ist sowie im Fall des Verbesserungsverzugs oder der Verbesserungsverweigerung, kann der Übernehmer Geldersatz für die Mängelbehebungskosten verlangen. Hingegen scheidet diese Art des Geldersatzes aus, wenn die Mängelbehebung unmöglich oder dem Übergeber unzumutbar ist, oder wenn der Übernehmer die Mängelbehebung aufgrund der damit verbundenen Unannehmlichkeiten abgelehnt hat.¹⁴⁴
- Ersatz der Wertdifferenz: In jedem Fall kann der Übernehmer den Ersatz der Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften Leistung und dem Wert einer mangelfreien Leistung verlangen ("kleiner Schadenersatz").¹⁴⁵
- Rückerstattung des Entgelts: Nach hA kann der Übernehmer die Rückzahlung des Entgelts in jenem Ausmaß verlangen, in dem die Leistung aufgrund des Mangels unbrauchbar ist ("großer Schadenersatz"). Der Übernehmer hat über § 933a

¹⁴¹ Vgl OGH 07.04.2011, 2 Ob 135/10g.

¹⁴² Vgl Bydlinski in KBB³ § 933a Rz 8.

¹⁴³ Vgl Hödl in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 7.

¹⁴⁴ Der Übernehmer kann nicht nur bereits aufgewendete Kosten sondern auch das Deckungskapital für die erst beabsichtigte Reparatur einklagen. Das Deckungskapital ist nach hA ein zweckgebundener Vorschuss, der vom Übergeber gemäß § 1435 ABGB zurückverlangt werden kann, wenn er tatsächlich nicht oder nur teilweise für die Mängelbehebung aufgebraucht wird; vgl OGH 22.01.2014, 3 Ob 191/13d.

¹⁴⁵ Vgl OGH 16.02.2012, 6 Ob 14/12w; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 16; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 933a Rz 29.

ABGB die Möglichkeit den Vertrag aufzulösen.¹⁴⁶ Dabei darf der Mangel nicht bloß geringfügig sein und die Wahl darf nicht nur auf die Verbesserung bzw den Austausch beschränkt sein (schadenersatzrechtliche Wandlung).¹⁴⁷

Der Käufer hat Anspruch auf Ersatz des Deckungskapitals für die Mängelbehebungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes, wenn er den Mangel beheben lassen will.¹⁴⁸ Ist der Mangel noch nicht verbessert und fordert der Käufer das Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten, so hat er Anspruch auf Ersatz der objektiv notwendigen Behebungskosten.¹⁴⁹

Wird die Sache bei Verbesserung oder Austausch in einen besseren Zustand versetzt als vor der Schädigung, so ist dieser Vorteil nach dem Grundsatz "Neu für Alt" abzugelten.¹⁵⁰

Eine Kumulierung der Rechtsbehelfe ist möglich, wenn der Mangel nur teilweise behebbar ist. Dann kann für den Teil, der behebbar ist, die Verbesserung verlangt werden und für den nichtbehebbaeren Mangel die Preisminderung begehrt werden. Wenn eine teilbare Leistung aus mehreren Sachen besteht, ist auch eine Kumulierung von Verbesserung, Preisminderung und Teilwandlung anwendbar.¹⁵¹

Bei der Wandlung erfolgt die Aufhebung des Vertrages. Noch nicht erbrachte Leistungen müssen nicht mehr erfolgen und bereits erbrachte Leistungen können bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden. Im § 932 Abs 4 ABGB ist das Wandlungsrecht nur anwendbar, wenn der Mangel als „nicht geringfügig“ eingestuft wird.¹⁵²

¹⁴⁶ Vgl OGH 23.05.2018, 7 Ob 23/13b.

¹⁴⁷ Vgl *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933a Rz 29.

¹⁴⁸ Vgl OGH 19.12.2005, 8 Ob 124/05a.

¹⁴⁹ Vgl RIS-Justiz RS0115060

¹⁵⁰ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 5; zum Vorteilsausgleich im Gewährleistungsrecht vgl 2.1.4 dieser Arbeit.

¹⁵¹ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 932 Rz 15.

¹⁵² Zur Frage der Geringfügigkeit vgl Pkt 2.1.2 dieser Arbeit.

2.2.4 Fristen

Für alle, aus § 933a ABGB sich ergebenden Ansprüche gilt mangels Sondervorschrift die Verjährungsnorm des § 1489 ABGB. Die absolute Verjährungsfrist beträgt somit auch 30 Jahre, die sich auf den Leistungszeitpunkt bezieht.¹⁵³

Nach *Ofner*¹⁵⁴ beginnt nach der älteren Meinung die lange Verjährungsfrist im Zeitpunkt der schädigenden Handlung zu laufen. Die hA geht hingegen davon aus, dass der Zeitpunkt des Schadenseintritts maßgebend sei. Wesentliche Voraussetzung der Verjährung sei, dass der Beklagte den Anspruch geltend machen konnte und der Verpflichtete mit dieser Geltendmachung rechnen musste. Dies läge jedoch erst beim Eintritt des Schadens vor. Im Falle der Geltendmachung des Mangelschadens komme diesem Meinungsstreit jedoch keine Bedeutung zu, da die Verjährung diesfalls frühestens mit Übergabe der Sache zu laufen beginnen kann. Erst zu diesem Zeitpunkt kann definitiv festgestellt werden, ob die Leistung vertragsgemäß ist. Da jedoch sowohl der Zeitpunkt der schädigenden Handlung als auch der Zeitpunkt des Schadenseintritts notwendigerweise vor oder spätestens im Zeitpunkt der Übergabe liegen muss, kann für die Bestimmung der langen Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Übergabe abgestellt werden.¹⁵⁵

Abs 3 des § 933a ABGB sieht den Entfall dieser Beweislastumkehr nach Ablauf von zehn Jahren ab Übergabe der Sache vor, dies gilt nicht nur für den Mangel-, sondern auch für den Mangelfolgeschadenersatz. Unklar ist, ob diese Frist nur durch die rechtzeitige Klageerhebung oder auch durch die außergerichtliche Geltendmachung gewahrt wird.¹⁵⁶

¹⁵³ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 933a Rz 11.

¹⁵⁴ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 25.

¹⁵⁵ Vgl auch *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933a Rz 38 ff und *Bydlinski* in *KBB*³ § 933a Rz 11 mit Darstellung der unterschiedlichen Literaturmeinungen.

¹⁵⁶ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933a Rz 11.

2.3 Beschränkungen eines Haftungsausschlusses (Pircher)

2.3.1 Grenzen des § 879 ABGB

Die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen sind grundsätzlich dispositiv. § 929 ABGB behandelt den rechtsgeschäftlichen Gewährleistungsverzicht. Er erfasst nicht bloß vollständig ausschließende Abreden, sondern auch solche Vereinbarungen, die die Erwerberrechte nur einschränken. Die Grenze des Ausschlusses bzw. der Beschränkung liegt in der Sittenwidrigkeit. Dabei ist nicht zuletzt der hohe Gerechtigkeitsgehalt des Gewährleistungsrechts zu beachten, das ungewollte Äquivalenzstörungen auszugleichen sucht.¹⁵⁷

Nach *Ofner*¹⁵⁸ kann eine rechtsgeschäftliche Einschränkung bzw ein Ausschluss der Gewährleistung unter bestimmten Umständen sittenwidrig sein. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit wird differenziert, ob der Gewährleistungsausschluss mittels AGB oder Einzelvereinbarung ausgehandelt wird. Grundlage der Sittenwidrigkeitskontrolle ist die Überlegung, dass krasse Abweichungen des Geleisteten vom Geschuldeten unzulässig sind.¹⁵⁹

Für *Kolmasch*¹⁶⁰ liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn ein Vertrag, eine Vertragsbestimmung oder eine einseitige rechtserhebliche Handlung (zB die Ausübung eines Gestaltungsrechts oder die Verweigerung eines Vertragsabschlusses) zwar nicht gegen eine konkrete Rechtsnorm verstößt, aber dennoch offenbar rechtswidrig ist, weil eine umfassende Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen aufzeigt oder bei einer Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen besteht.

¹⁵⁷ Vgl *Bydlinski* in *KBB*⁴ 929 Rz 3 ff.

¹⁵⁸ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 929 Rz 16.

¹⁵⁹ Zur Inhaltskontrolle vgl *Bydlinski*, Bürgerliche Recht I⁶, Rz 6/27 ff.

¹⁶⁰ Vgl *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 879 Rz 4

So wurde zB ein Gewährleistungsausschluss¹⁶¹ im Fall von massiven Mängeln¹⁶², bei fakrisneuen Waren¹⁶³ und bei Sachen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht existierten, sodass der Übernehmer nicht einmal die theoretische Möglichkeit zur Begutachtung hatte¹⁶⁴, als sittenwidrig eingestuft. Dies gilt auch, wenn die unter Gewährleistungsausschluss übergebene Sache völlig unbrauchbar ist.¹⁶⁵

Zulässig ist jedoch ein Gewährleistungsausschluss wegen verborgener Mängel.¹⁶⁶

Vertragliche Haftungsausschlüsse für verschuldete Schäden (Mangelschäden und Mangelgeschäden) am Kaufobjekt oder im "bloßen Vermögen" sowie aus der Verletzung von Aufklärungspflichten sind grundsätzlich zulässig, soweit sie nicht im Einzelfall sittenwidrig sind.¹⁶⁷ Kein Haftungsausschluss ist jedoch möglich, wenn der Übergeber vorsätzlich handelt. Bei leichter Fahrlässigkeit kann die Haftung im Anwendungsbereich des ABGB abbedungen werden.¹⁶⁸

2.3.2 Schutzbestimmungen des § 38 WEG

2.3.2.1 Allgemein

§ 38 Abs 1 WEG erklärt Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken, als rechtsunwirksam.

¹⁶¹ Während aus einem generellen Gewährleistungsverzicht kein Ausschluss der Irrtumsanfechtung abgeleitet werden kann, ist der Ausschluss der gewährleistungsrechtlichen Haftung für einen bestimmten Umstand regelmäßig auch als Verzicht auf die Irrtumsanfechtung unter Berufung auf diesen Umstand auszulegen; vgl Hödl in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 929 Rz 5.

¹⁶² Vgl OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 112.

¹⁶³ Vgl OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 6.

¹⁶⁴ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 929 Rz 17.

¹⁶⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 2.

¹⁶⁶ Vgl *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 879 Rz 12.

¹⁶⁷ Vgl *Reich-Rohrwig*, NZ 2015, 442.

¹⁶⁸ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 30.

Insbesondere¹⁶⁹ sind Vereinbarungen oder Vorbehalte über Beschränkungen der nach den §§ 918 bis 924, 932, 933, 933a und 934 ABGB zustehenden Rechte rechtsunwirksam:

§ 38 WEG hat den vom Gesetzgeber erklärten Zweck, den Wohnungseigentumsbewerber¹⁷⁰ von der wirtschaftlichen, organisatorischen und wissensmäßigen Übermacht des Wohnungseigentumsorganisations zu schützen.¹⁷¹ Die Norm will so die bestehende Vertragsübermacht, die typischerweise zu Lasten des Wohnungseigentumsbewerber und auch Wohnungseigentümers besteht, ausgleichen bzw. verhindern und somit die Ungleichheiten rechtlich beschränken. Im Sinne dieser Verbotsnorm sind daher nicht nur die Verträge zwischen Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentumsorganisations zu prüfen, sondern auch Rechtsgeschäfte, die der Wohnungseigentumsorganisations mit Dritten abschließt und diese dann den Wohnungseigentumswerbenden überbindet.¹⁷²

Diese Schutznorm entspricht inhaltlich - mit gewissen Einschränkungen - § 24 Abs 1 und 3 WEG 1975. Prinzipiell ist dem Gesetzestext nur das Wort „unbillig“ hinzugefügt worden. Daraus folgt, dass alle Vereinbarungen, die die gesetzlichen Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers und Wohnungseigentümers unbillig einschränken, unwirksam sind. § 24 Abs 1 WEG 1975 wurde dahingehend teleologisch reduziert, dass nur unbillige, eine vernünftigen Interessensabwägung widersprechende Beschränkung der Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentümers den gesetzlich zustehenden Nutzungs- und Verfügungsrechten als unwirksam zu beurteilen sind, nicht aber solche, die bei Gleichgewicht der Vertragslage auf sich nehmen würde.¹⁷³

¹⁶⁹ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi* bezeichnen dies als „verdächtige“ Vertragstypen; vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 38 WEG Rz 5.

¹⁷⁰ Nach § 2 Abs 6 WEG ist Wohnungseigentumsbewerber derjenige, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisations die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde.

¹⁷¹ Vgl OGH vom 15.12.1998, 5 Ob 185/98m.

¹⁷² Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 38 Rz 3.

¹⁷³ Da schon vor der Gesetzesänderung nur unbillige Vereinbarungen als unwirksam gesehen wurde, kann die bestehende Rechtsprechung zu § 24 Abs 1 WEG 1975 und WEG 2002 verwendet werden; vgl *Kolmasch*, Das Wohnungseigentumsgesetz § 38 Rz 2.

Zu beachten ist, dass die Schutzbestimmungen des KSchG nur für Verbraucher im Vertragsverhältnis zum Unternehmer Geltung haben, die Regelungen des BTVG - soweit sie den Bewerber benachteiligen würden - nur zulasten eines Unternehmers vertraglich abbedungen werden dürfen (§ 1 Abs 4 BTVG), die Bestimmungen des § 38 aber für jeden WE-Bewerber bzw Wohnungseigentümer unabdingbar gelten, unabhängig von seiner nach anderen Kriterien zu beurteilenden sonstigen Stellung als Verbraucher oder als Unternehmer im Sinne des KSchG oder des UGB.¹⁷⁴

Um die Voraussetzung der Anwendung des § 38 WEG zu erfüllen, müssen einem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer die ihm gesetzlich zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte durch die wirtschaftliche, organisatorische und wissenschaftliche Übermacht des Wohnungseigentumsorganisator eingeschränkt werden.¹⁷⁵

2.3.2.1 *Wohnungseigentumsorganisatoren und Wohnungseigentumsbewerber*

Die Norm des § 38 ist im 9. Abschnitt des WEG geregelt. Obwohl die Überschrift zu diesem Abschnitt „*Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers*“ lautet, ist aus dem Wortlaut der Norm des § 38 Abs 1 WEG erkennbar, dass der Schutz auch auf den Wohnungseigentümer ausgeweitet wurde.

Zentrale Frage ist für eine Anwendung dieser Regelungen daher, ob dem Wohnungseigentümer oder Wohnungseigentumsbewerber ein Wohnungseigentumsorganisator gegenübersteht.

¹⁷⁴ Vgl Gartner in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 38 Rz 2.

¹⁷⁵ Vgl Prader, WEG^{4.06} § 38 E 11.

Wohnungseigentumsbewerber ist nach § 2 Abs 6 WEG derjenige, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von WE an einem bestimmt bezeichneten WE-tauglichen Objekt zugesagt¹⁷⁶ wurde.¹⁷⁷

Gemäß § 2 Abs 6 WEG ist Wohnungseigentumsorganisator sowohl der Eigentümer oder außerbüchliche Erwerber der Liegenschaft als auch jeder, der mit dessen Wissen die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder - bei bereits bezogenen Gebäuden - der Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dieser Abwicklung in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist. Durch die Erweiterung des Tatbestandsmerkmals „in eigener Verantwortung“ wurde das Auslegungsproblem – bedingt durch die Bestimmung des WEG 1975 – beseitigt.

Nach *Illedits/Illedits-Lohr*¹⁷⁸ wurde der Begriff des Wohnungseigentumsorganisors vom Gesetzgeber überaus weit gefasst. Der Begriff der "Organisation" ist fließend und rechtlich schwer fassbar. Darunter könnten fallen: Planen, Leiten, Ordnen, Koordinieren, das Einschreiten bei Behörden, Beschaffung der Finanzierungsmittel, Bauüberwachung, Vermittlung und Abschluss mit Bauunternehmen, Bauhandwerkern und Architekten, Vertragsvorbereitung, Kalkulation und kaufmännisches Management.

Mit Recht wird jedoch in der Lehre darauf verwiesen, dass hier eine gewisse einschränkende Auslegung stattfinden muss. So zählen in der Regel Rechtsanwälte und Notare nicht zu den Organisatoren.¹⁷⁹

¹⁷⁶ An den Wortlaut der "Zusage" im Sinne des § 23 Abs 1 WEG sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Es ist nicht notwendig, dass die schriftliche Erklärung des Wohnungseigentumsorganisors das Wort "Zusage" oder ein gleichbedeutendes Wort enthält; es genügt, wenn die nach § 914 ABGB vorzunehmende Auslegung dieser Erklärung in ihrer Gesamtheit - vom Verständnishorizont des Wohnungseigentumsbewerbers aus betrachtet - dazu führt, dass ihm der Wohnungseigentumsorganisator damit die Einräumung des Wohnungseigentumsrechtes an einer bestimmt bezeichneten selbständigen Wohnung zusagen wollte. Um verbindlich zu sein, darf die Zusage zwar nicht rechtsgrundlos abgegeben werden und muss aus der schriftlichen Erklärung der Rechtsgrund auch erkennbar sein, doch brauchen die essentialia negotii nicht zur Gänze aufgenommen werden; vgl RIS-Justiz RS0083173.

¹⁷⁷ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 8.

¹⁷⁸ Vgl *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵ Rz 173.

¹⁷⁹ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 37 WEG Rz 4 ff.

Der Generalunternehmer ist als Wohnungseigentumsorganisator anzusehen, wenn er gewusst hat, dass es sich bei dem Werk um die Errichtung von Eigentumswohnungen handelt. Bei der Qualifikation als Generalunternehmer kommt es nicht auf die Formulierung des Auftragschreibens, sondern auf den wahren Vertragswillen der Parteien an.¹⁸⁰

Der Liegenschaftseigentümer, der einen Liegenschaftsanteil verkauft und gleichzeitig die Begründung von Wohnungseigentum an einer bestimmten Wohnung in einem - wenn auch von anderen Personen - auszuführenden Bauvorhaben zusagt, ist Wohnungseigentumsorganisator.¹⁸¹

Auch der Bauträger, der von schlichten Miteigentümern unausgebaute Dachgeschossräumlichkeiten zum Ausbau und zur Begründung von Wohnungseigentum erwirbt, wird als Wohnungseigentumsorganisator bezeichnet.¹⁸² Folglich muss auch der Bauträger bei der „Bauträgervariante“ und „Zubau-/Aufstockungsvariante“ als Wohnungseigentumsorganisator gesehen werden.¹⁸³

2.3.2.2 *Generalklausel*

Im § 38 Abs 1 WEG wird normiert, dass alle Vorbehalte oder Vereinbarungen, die geeignet sind, dem Wohnungseigentumsbewerber oder dem Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte unbillig zu beschränken oder aufzuheben, rechtswirksam ist.¹⁸⁴

Anzumerken ist, dass diese Schutznorm sowohl für den Wohnungseigentumsbewerber als auch dem Wohnungseigentümer gilt.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Vgl *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 2 Rz 26.

¹⁸¹ Vgl OGH 29.06.1999, 5 Ob 96/99.

¹⁸² Vgl *Prader*, WEG^{4.13} § 2 E 111 unter Hinweis auf OLG Wien 15 R 60/02g.

¹⁸³ Vgl zu den Definitionen Pkt 1 dieser Arbeit.

¹⁸⁴ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 38 WEG Rz 1.

¹⁸⁵ Vgl in diesem Zusammenhang die Einschränkung nach § 37 Abs 4 WEG.

Grundregel für die Anwendung der Generalklausel ist, dass nicht schlechthin jede Unbilligkeit ungültig ist, sondern dies nur dann, wenn sie Ausdruck der Übermacht des Wohnungseigentumsorganisations ist und der Wohnungseigentumsbewerber sie bei Gleichgewicht der Vertragslage nicht auf sich genommen hätte.¹⁸⁶

Nach Würth¹⁸⁷ ergeben sich die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit aus dem Schutzcharakter und daher würde nur eine relative Nichtigkeit vorliegen. Ebenso wird die Frage der Teilnichtigkeit nach der Interessenlage zu beurteilen sein. Rechtsfolgen können von jedem einzelnen Wohnungseigentümer geltend gemacht werden. Dies hat mangels Zuständigkeit des Außerstreitrichters grundsätzlich im Rechtsweg zu erfolgen.

Die Beweislast, ob eine konkrete Vereinbarung als unbillige Aufhebung oder Beschränkung der Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers oder Wohnungseigentümers unter die Generalklausel des § 38 Abs 1 WEG fällt, trifft den Begünstigten, somit vornehmlich den Wohnungseigentumsorganisator. Bei den Spezialtatbeständen wird dies im Unterschied dazu vermutet.¹⁸⁸

2.3.2.3 *Sondertatbestand Z 4 – Vereinbarungen über Gewährleistungs-, Schadenersatz- und Vertragserfüllungsrechte*

Gemäß § 38 Abs 1 Z 4 WEG sind Vereinbarungen über Beschränkungen der nach den §§ 918 bis 924, 932, 933, 933a und 934 ABGB zustehenden Rechte mutmaßlich unzulässig. Hintergrund dieser Vereinbarung ist die Praxis, wonach versucht wurde, die gewährleistungsrechtliche Inanspruchnahme des Wohnungseigentumsorganisations durch vertragliche Konstruktionen de facto auszuschließen oder die Rechte der Wohnungseigentumsbewerber insofern einzuschränken, als sie nur jene Rechte geltend machen durften, die dem Wohnungseigentumsorganisator selbst gegen die von ihm beauftragten Werkunternehmer zustanden.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Vgl Gartner in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 38 Rz 3.

¹⁸⁷ Vgl Würth in *Rummel*, ABGB³ § 38 WEG 2002 Rz 2.

¹⁸⁸ Vgl Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 38 Rz 8.

¹⁸⁹ Vgl Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 38 Rz 24.

Daher ist nun eine Vereinbarung, wonach der Wohnungseigentumsorganisator versucht, das Rücktrittsrecht, die Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers zu beschränken, unzulässig. Demnach wäre eine Verpflichtung des Käufers als Wohnungseigentumsbewerber, in die vom Wohnungseigentumsorganisator abgeschlossenen Werkverträge einzutreten, um damit Gewährleistungsansprüche nur gegen den Werkunternehmer geltend machen zu können und nicht mehr gegen den Wohnungseigentumsorganisator selbst, ein Verstoß gegen § 38 Abs 1 Z 4 WEG.¹⁹⁰ Eine derartige Regelung würde einer Überwälzung des Baurisikos auf den Wohnungseigentumsbewerber gleichkommen und wäre dies aufgrund der stärkeren Position des Wohnungseigentumsorganisations, die auch gegenüber den Werkunternehmen besteht, nicht sachgerecht, unbillig und daher unzulässig.¹⁹¹

Eine Unzulässigkeit einer Vereinbarung, der zufolge sich der Wohnungseigentumsorganisator ausbedingt, dass er den Anspruch auf Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden, der gegen ihn besteht, ist dadurch gegeben, dass er seinerseits seine Ansprüche gegen die Handwerker an den Wohnungseigentumsbewerber abtritt.¹⁹²

In Verbindung mit der Generalklausel des Abs 1 ist selbst eine Schwächung der schuldrechtlichen Stellung des Wohnungseigentumsbewerbers unzulässig. Eine Schwächung der schuldrechtlichen Position wird etwa darin gesehen, wenn dem Wohnungseigentumsbewerber kein Recht auf Einsicht in die Schlussrechnungen zusteht, der Kaufpreis allerdings von den Schlussrechnungen für das Bauvorhaben abhängt.¹⁹³

Unter die Bestimmung der Z 4 fällt auch eine allgemein gehaltene negative Beschreibung der Leistungen des Wohnungseigentumsorganisations, da damit ebenso eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte miteinhergehen würde.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Vgl RIS-Justiz RS0019662.

¹⁹¹ Vgl RIS-Justiz RS0083371; OGH 03.12.2002 5 Ob 231/02k.

¹⁹² Vgl RIS-Justiz RS0083446.

¹⁹³ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 38 WEG Rz 6.

¹⁹⁴ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 38 Rz 24.

Die Fälligkeitstellung des gesamten Kaufpreises oder der Werklohnforderung vor Wohnungsübergabe stellt ebenso eine unzulässige Vereinbarung gemäß Z 4 dar, da dadurch dem Wohnungseigentumsbewerber im Fall vorliegender Mängel sein Recht auf Zurückbehaltung eines Teils seiner Leistung genommen werden würde.¹⁹⁵

Eine Beschränkung des Rücktrittsrechtes derart, dass die Rückgabe der Wohnung und Auszahlung des bezahlten Kaufpreises nur zusteht, sofern ein Nachfolger in den Vertrag mit dem Wohnungseigentumsorganisator eintritt, stellt nach der Z 4 eine unzulässige Einschränkung des Rücktrittsrechts dar.¹⁹⁶ Ebenso ist ein Rücktrittsrecht des Wohnungseigentumsorganisators bei nicht vollständiger Entrichtung des Kaufpreises trotz vorhandener Mängel unzulässig.¹⁹⁷

Ein Gewährleistungsverzicht eines Wohnungseigentumsbewerbers, der im Hinblick auf eine Verwirklichung eines Sonderwunsches abgegeben wurde, ist (ungeachtet der Vorschriften nach dem KSchG) wirksam. Es ist nämlich davon auszugehen, dass bei Gleichgewicht der Vertragslage zwecks Erfüllung eines Sonderwunsches ein derartiger Verzicht ebenso abzugeben wäre. Daher liegt keine unbillige Beschränkung der Gewährleistungsrechte vor. Dieser Verzicht kann allerdings nur im Zusammenhang mit dem Mangel, der aufgrund des konkreten Sonderwunsches aufgetreten ist, verstanden werden und nur im Hinblick auf das einzelne Wohnungseigentumsobjekt. Eine weitergehende Auslegung des Verzichts hätte so unüberschaubare und gravierende Folgen für den Verzichtenden, dass der Rahmen des Verkehrsüblichen verlassen werden würde und wiederum eine unwirksame Vereinbarung gemäß § 38 WEG vorliegen würde.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vgl *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵ Rz 173.

¹⁹⁶ Vgl *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 38 WEG Rz 15; *Prader*, WEG 2002^{4,06} § 38 E 58.

¹⁹⁷ Vgl OGH 7.11.2000, 5 Ob 126/00s.

¹⁹⁸ Vgl OGH 21.11.2000, 5 Ob 282/00g.

Unwirksam ist auch eine Vereinbarung, wonach der Wohnungseigentumsbewerber im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen nicht berechtigt ist, an den Wohnungseigentumsorganisator zu erbringenden Leistungen zurückzuhalten.¹⁹⁹

Die vertragliche Vereinbarung, wonach der Wohnungseigentumsbewerber bestätigt, „den derzeitigen Grundbuchsstand zu kennen und sich bereit erklärt, seinerseits Minderungsansprüche, Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnungen jeder Art sowie Abtretungen und Übertragungen von Forderungen und Ansprüchen mit den in sämtlichen Vereinbarungen mit der Verkäuferin festgelegten Zahlungsverpflichtungen auszuschließen“ ist im Zweifel nicht als Verzicht auf den Preisminderungsanspruch, sondern nur als Verzicht auf die Entgegensetzung der Preisminderungsberechtigung im Falle der Einklagung des Kaufpreises, also als eine Art Kompensationsverbot, aufzufassen.²⁰⁰

Eine unzulässige Einschränkung der Gewährleistung liegt auch in der missbräuchlichen Heranziehung eines Vertragstyps, der keine Gewährleistung kennt oder in der Festlegung des Einstehens nur für einen niedrigeren Standard.²⁰¹

2.3.3 Schutzbestimmung des § 9 KSchG

Nach § 9 Abs 1 S 1 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers²⁰² (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

¹⁹⁹ Vgl Prader, WEG 2002^{4,06} § 38 E 59.

²⁰⁰ Vgl OGH 23.10.1991, 3 Ob 572/91.

²⁰¹ Vgl Würth in Rummel, ABGB³ § 38 WEG 2002 Rz 7.

²⁰² Das KSchG gilt für Rechtsgeschäfte, an denen einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (Unternehmer), und andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft (Verbraucher), Beteiligte sind. Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte, organisierte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinne gerichtet sein. Der Wohnungseigentumsorganisator, der eine Wohnhausanlage errichtet und (oder) einzelne Objekte in Wohnungseigentum ab verkauft, ist daher jedenfalls Unternehmer im Sinne des KSchG. Der Wohnungseigentumsbewerber ist in der Regel, sofern er nicht zu geschäftlichen Zwecken ankauft, Verbraucher. Die Anwendung des KSchG ist dann zu verneinen, wenn dem Wohnungseigentumsbewerber Unternehmereigenschaft zukommt; vgl Illedits/Illedits-Lohr/Grohmann in Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁵ Rz 192.

Nicht zulässig ist nicht nur der vollkommene Ausschluss der Gewährleistung, sondern jede Verschlechterung der gesetzlichen Rechtsposition des Verbrauchers, also auch die ausdrücklich genannte Verkürzung der Gewährleistungsfristen. Dies gilt insbesondere für den Ausschluss bestimmter Rechtsbehelfe.²⁰³ Die Schutzbestimmung des § 9 KSchG geht vom Grundsatz der Unabdingbarkeit der Gewährleistungsansprüche des ABGB aus und lässt nur die erschöpfend aufgezählten Ausnahmen zu.²⁰⁴

Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen.²⁰⁵

Darüber hinaus kann eine Leistungsbeschreibung überraschend im Sinne des § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht.²⁰⁶

Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Leistungsbeschreibung kann durchaus gerechtfertigt sein, wenn etwa der Unternehmer den Mangel so offenlegt, dass der Verbraucher die Tragweite seines Entschlusses erkennen und den Mangel ins Kalkül ziehen kann. Soweit also die Leistungsbeschreibung den Schuldinhalt präzisiert, insbesondere Zweifel über bestimmte Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und

²⁰³ Vgl *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 9 KSchG Rz 8.

²⁰⁴ Vgl RIS-Justiz RS0065562.

²⁰⁵ Vgl OGH 11.05.2011, 7 Ob 173/10g.

²⁰⁶ Sie kann im Einzelfall auch unklar in Hinblick auf § 6 Abs 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit im Sinne von § 879 Abs 1 ABGB vorliegen; vgl RIS-Justiz RS0122042.

Funktionen des Leistungsgegenstands beseitigt und bestimmte Mängel offengelegt werden, mit denen der Verbraucher angesichts des Materials, der Art der Herstellung der Konstruktion und dergleichen rechnen muss, wird das Verbot des Gewährleistungsausschlusses in der Regel nicht umgangen.²⁰⁷

Die Abtretung von Gewährleistungsrechten an den Vertragspartner findet - ebenso wie die Überbindung von Gewährleistungspflichten an einen Dritten - im Verhältnis zu Verbrauchern seine Grenze jedenfalls darin, dass die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche der Verbraucher nicht beschnitten bzw behindert werden darf. Die Einschränkung der Gewährleistungsrechte auf jene Ansprüche, die der Verkäufer selbst gegen seine Subunternehmer (Professionisten) oder Lieferanten hat, ist somit unzulässig.²⁰⁸

Die Unabdingbarkeit bezieht sich auf alle Gewährleistungsbestimmungen, vor allem auf die Fristen, die Behelfe und die Beweislastumkehr des § 924 ABGB.²⁰⁹

Jedenfalls nichtig sind beispielsweise Klauseln, laut denen die Gewährleistung pauschal für erkennbare ebenso wie für geheime Mängel ausgeschlossen werden soll.²¹⁰

Ebenso nichtig sind Bestimmungen bei denen Gewährleistungsansprüche an den Verbraucher abgetreten oder Gewährleistungspflichten auf einen Dritten überbunden werden, soweit damit die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers eingeschränkt werden.²¹¹

Der Ausschluss oder die Einschränkung von Schadenersatzansprüchen ist nach Maßgabe des § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 2 Z 5 zulässig.²¹² Die schadenersatzrechtliche Sanktion der nicht vertragsmäßigen Überlassung einer Sache (§ 933a ABGB) kann also für den Fall

²⁰⁷ Vgl OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x; OGH 27.03.2007, 1 Ob 224/06g; dem Verbraucher müssen hier die fehlenden Eigenschaften deutlich gemacht werden („Transparenzgedanke“), vgl *Eccher in Feenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 9 KSchG Rz 9.

²⁰⁸ Vgl OGH 3.03.2010, 9 Ob 7/10k.

²⁰⁹ Vgl *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ § 9 KSchG Rz 1.

²¹⁰ Vgl *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ § 9 KSchG Rz 3.

²¹¹ Vgl OGH 9.03.2011, 7 Ob 222/10p.

²¹² Vgl *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ § 9 KSchG Rz 1.

der leichten Fahrlässigkeit abbedungen werden. *Eccher*²¹³ - dem durchaus zuzustimmen ist - erblickt darin einen gewissen Wertungswiderspruch, dass die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche überhaupt keine vertragliche Beschränkung zulassen.

²¹³ Vgl *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 9 KSchG Rz 2.

3 Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Bauträger aus Mängeln an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft

3.1 Örtliche (räumliche) und funktionale Abgrenzung der allgemeinen Teile des Hauses (der Liegenschaft) von den Mietgegenständen (Wohnungseigentumsobjekten) (Pircher)

3.1.1 Allgemein

Nach *Löcker*²¹⁴ ist das Verständnis der „*allgemeinen Teile*“ aus dem MRG zu übernehmen. Daher folgt auch die Grenze zwischen Wohnungseigentumsobjekts- und Liegenschaftsverwaltung letztlich aus den Regelungen des MRG. Zudem ergibt die wohnungseigentumsrechtliche „Übersetzung“, das „*Haus*“ durch „*Liegenschaft*“ und der „*Mietgegenstand*“ durch das „*Wohnungseigentumsobjekt*“ zu ersetzen ist.

3.1.2 Wohnungseigentumsobjekte

3.1.2.1 Wohnungen

Der Begriff Wohnung wird im Mietrechtsgesetz ebenso wenig definiert wie früher im Mietengesetz; vielmehr ist auf den allgemeinen Sprachgebrauch, auf die Verkehrsauffassung und auf die Bauvorschriften abzustellen. Danach ist unter einer Wohnung ein selbständiger und in sich baulich abgeschlossener Teil eines Gebäudes zu verstehen, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen.²¹⁵ Ein weiteres Indiz ist, wenn die Räume aufgrund ihrer bautechnischen und rechtlichen Gegebenheiten für die Verwendung zur Unterkunft und Haushaltsführung geeignet sind.²¹⁶

²¹⁴ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 28 Rz 51f.

²¹⁵ Vgl OGH 10.09.1985, 5 Ob 73/85.

²¹⁶ Vgl OGH 05.08.2008, 8 Ob 87/08i.

Nach § 2 Abs 2 WEG ist unter der Wohnung ein baulich abgeschlossener, nach der Verkehrsauffassung selbständiger Teil eines Gebäudes, der nach seiner Art und Größe geeignet ist, der Befriedigung eines individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen, zu verstehen.

Um von einer Wohnung ausgehen zu können, muss (neben der objektiven Eignung zu Wohnzwecken) auch die entsprechende einvernehmliche (zivil-, nicht aber baurechtliche) Widmung vorliegen.²¹⁷

Neben Wohnungen erwähnt das Gesetz auch Wohnungsteile. Hier können entweder nur einzelne Räume oder aber Teile von Räumen verstanden werden. Die Rechtsprechung geht jedoch von Räumen aus, um auf diese Weise den Gleichklang mit Geschäftsräumlichkeiten herzustellen.²¹⁸ Wohnungsteile sind einzelne, für Wohnzwecke geeignete Räumlichkeiten.²¹⁹

3.1.2.2 *Geschäftsräumlichkeiten*

Der Gesetzgeber wollte den Begriff der Geschäftsräumlichkeit grundsätzlich weit fassen als er im §1 MRG Geschäftsräume, Magazine, Werkstätten, Arbeitsräume, Amts- und Kanzleiräume demonstrativ aufzählte.²²⁰

Geschäftsräumlichkeiten werden im MRG als räumliche, dreidimensionale, an mindestens fünf Seiten umschlossene Objekte, die vereinbarungsgemäß zu Geschäftszwecken jedwelcher Art verwendet werden sollen, definiert.²²¹

Bloße Teile von Geschäftsräumlichkeiten²²² fallen nicht unter § 1 Abs 1 MRG. Für die Frage, ob der Bestandsgegenstand als Geschäftsraum zu werten sei, ist nicht entscheidend, in welcher Art der Bestandsgegenstand nach Abschluss des Mietvertrages

²¹⁷ Vgl OGH 12.04.2012, 5 Ob 11/12x.

²¹⁸ Vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 1 Rz 44.

²¹⁹ Vgl OGH 25.11.1994, 8 Ob 616/93.

²²⁰ Vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 1 MRG Rz 42.

²²¹ Vgl OGH 14.03.1990, 3 Ob 501/90.

²²² Etwa durch einen Vorhang abgetrennte Einheiten eines Verkaufsraumes.

verwendet wird, sondern zu welchem Zweck er bei Abschluss des Bestandvertrages nach der Parteienabsicht in Bestand gegeben, beziehungsweise genommen wurde.²²³ Der Begriff des Geschäftsraums wird durch den Vertragszweck bestimmt. Die geschäftliche Tätigkeit selbst muss nicht unmittelbar im betreffenden Objekt ausgeübt werden. Es genügt, wenn das Objekt diesem geschäftlichen Zweck dient.²²⁴

Nach § § 2 Abs 2 WEG ist eine sonstige selbständige Räumlichkeit 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.

3.1.3 Liegenschaft/Haus

Im MRG und WEG findet sich keine Definition für „Haus“. Nach dem üblichen Sprachgebrauch wird aber ein Gebäude für das Wohnen und Wirtschaften verstanden.²²⁵

Die ursprüngliche Bedeutung vom Begriff Haus war Schutz und hat eine lange Geschichte mit etlichen Bedeutungswandlungen. Die Bedeutung steht nicht nur für ein physikalisches Gebäude, sondern auch für eine wandelnde Gesellschaft.²²⁶

Nach *Hausmann*²²⁷ erweist sich der Begriff des „Hauses“ im MRG, der schon auf § 4 Abs 1 MG zurückgeht, nicht unbedingt als glücklich, weil das MRG nicht die Rechtsverhältnisse von Bauwerken, sondern die auf einzelne Mietverhältnisse anzuwendenden Regeln festlegt.

²²³ Vgl OGH 12.08.1965, 7 Ob 223/65.

²²⁴ Vgl OGH 15.07.2010, 5 OB 120/10.

²²⁵ Vgl Das Haus wird als „jedes feste Gebäude zum Wohnen und Wirtschaften, z.T. auch Gebäude für kulturelle Zwecke, später das reine Wohngebäude. ...“ definiert; <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/haus-20> (Zugriff: 30.03.2018)

²²⁶ Vgl *Elias*, Die höfische Gesellschaft 75.

²²⁷ Vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 17 Rz 9.

Der Begriff des "Hauses"²²⁸ ist zwar nicht strikt liegenschaftsbezogen und bei der Auslegung dieses Begriffes kommt der Verkehrsanschauung mehr Bedeutung zu als dem Prinzip der Einheit der Grundbuchseinlage, doch ist aus der mehrfachen synonymen Verwendung von "Haus" und "Liegenschaft" zu entnehmen, dass grundsätzlich auf die Liegenschaft, also auf den Grundbuchskörper abgestellt werden soll.²²⁹

Nach herrschender Auffassung erfasst der Begriff „Haus“ daher in der Regel alle vermietbaren Teile eines Grundbuchskörpers und bilden demnach alle auf einer Liegenschaft errichteten Bauwerke eine rechtliche und idR auch wirtschaftliche Einheit.²³⁰

Trotz dieser grundsätzlich liegenschaftsbezogenen Betrachtungsweise kann letztlich aber der Verkehrsanschauung mehr Bedeutung zukommen als dem Prinzip der Einheit der Grundbuchseinlage.²³¹

3.1.4 Allgemeine Teile der Liegenschaft

Aus dem MRG ist keine Legaldefinition des Begriffes „allgemeine Teile des Hauses“ zu entnehmen. In § 2 Abs 4 WEG findet sich jedoch eine Definition der „allgemeinen Teile der Liegenschaft“, wonach hier solche Teile der Liegenschaft zu verstehen sind, die der allgemeinen Benützung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Benützung entgegenstehen.²³²

²²⁸ Das Haus kann mit dem Gebäude gleichgesetzt werden; vgl RIS-Justiz RS0109940.

²²⁹ Vgl RIS-Justiz RS0069823.

²³⁰ Vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 17 Rz 9.

²³¹ In den Fällen, in denen mehrere abgesonderte Gebäude vorhanden sind, die zueinander nicht im Verhältnis von Hauptsache und Nebensache stehen und von denen jedes für sich allein eine wirtschaftlich selbständige Sache bildet, so dass die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eine Gleichstellung aller auf einem Grundbuchskörper errichteten Bauwerke unbillig erscheinen lassen, erscheint diese Ausnahme gerechtfertigt; zB OGH 08.07.1986, 5 Ob 121/86; zB OGH 28.8.1990, 5 Ob 593/90;

²³² Die Gemeinschaftsanlagen sind ebenfalls als allgemeine Teile des Hauses (der Liegenschaft) einzustufen. Eine Differenzierung ist in Z 3 des § 3 Abs 2 MRG erfolgt, da die Erhaltung bei Verzicht aller Mieter entfällt; vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ § 3 MRG Rz 10.

Im WEG kann zwischen notwendig und gewillkürten (dh durch rechtsgeschäftlichen Widmungsakt designierten) allgemeinen Teilen der Liegenschaft unterschieden werden.²³³

Lehre²³⁴ und Rechtsprechung²³⁵ unterscheiden zwei Möglichkeiten der Grenzziehung zu den Mietgegenständen (Wohnungseigentumsobjekten), und zwar eine nach räumlichen und eine nach funktionalen Gesichtspunkten.²³⁶

Die Z1 des § 3 Abs 2 MRG hat die räumliche Grenzziehung zum Gegenstand. Alles, was in räumlicher Betrachtungsweise außerhalb der Mietgegenstände (WE-Objekte) anzusiedeln ist, definiert jedenfalls einen allgemeinen Teil des Hauses im Sinn des § 3 Abs 2 Z 1 MRG und damit auch des WE-Rechts.²³⁷

Unproblematisch ist die Einordnung jener Teile, die zweifelsfrei außerhalb der WE-Objekte liegen, wie etwa die Grundstückszufahrt, der Hof, der Garten oder das Stiegenhaus.²³⁸ Dazu zählt auch die Gartenmauer samt Gartenzaun.²³⁹ Stützmauern oder sonstige Befestigungen an der Grundgrenze der Liegenschaft gehören auch zu deren allgemeinen Teil.²⁴⁰

Nach ständiger Rechtsprechung stellt die Außenfassade (räumlich betrachtet) einen allgemeinen Liegenschaftsteil dar.²⁴¹

²³³ Vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 2 Rz 40; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 94f; vereinfachend jedoch *Hausmann/Riss* „unter die allgemeinen Teile des Hauses fällt alles, was nicht der Teil der eigentlichen Mietgegenstände ist, und daher nicht der ausschließlichen Verwendung durch einen oder mehrere Mieter vorbehalten ist.“ vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 15a.

²³⁴ Vgl zB *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 53.

²³⁵ Ausdrücklich OGH 5.10.2015, 5 Ob 188/15f.

²³⁶ Zur kombinierten Betrachtungsweise bei den Terrassen und Balkonen (zur alten Rechtslage) z.B. OGH 04.11.2008, 5 Ob 154/08w.

²³⁷ Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 13.

²³⁸ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 54.

²³⁹ Vgl OGH 11.02.2010, 5 Ob 256/09x.

²⁴⁰ Vgl OGH 11.02.2010, 5 Ob 256/09x.

²⁴¹ Vgl RIS-Justiz RS0069976; RIS-Justiz RS0083334.

Zu den allgemeinen Teilen des Hauses gehört alles, was sich außerhalb eines Mietgegenstandes befindet, wie zum Beispiel Fassaden²⁴² und Außenfenster.²⁴³ Darunter fallen aber auch die am Außenfenster befindlichen Rollläden.²⁴⁴ Ebenso ist die Wohnungseingangstür ein allgemeiner Teil Hauses.²⁴⁵ Eine Balkontüre gehört zur Außenhaut des Gebäudes und damit zu den allgemeinen Teilen der Liegenschaft.²⁴⁶

Das Dach (insbesondere Flachdach²⁴⁷) ist allgemeiner Teil, hier braucht nicht zwischen „äußerer Dachkonstruktion“ und „innerer Verkleidung“ unterschieden werden.²⁴⁸

Die Einordnung konstruktiver Teile wie Böden, Decken oder tragender Wände und Balkone gestaltet sich schwieriger. Wesentlich bei diesen Teilen ist, dass sie im räumlichen Grenzbereich zwischen WE-Objekt und allgemeinen Teilen angesiedelt sind oder die Substanz des Hauses bzw der Liegenschaft betreffen.²⁴⁹

Für die Einstufung als allgemeine Teile bedient sich hier die Rechtsprechung der funktionalen Betrachtungsweise (teilweise in Ergänzung zur räumlichen Betrachtungsweise).²⁵⁰

Die funktionale Betrachtungsweise geht davon aus, dass alles, was nicht funktional nur einem einzigen oder einer begrenzten Zahl von Mietgegenständen zugeordnet ist, allgemeiner Teil des Hauses ist.²⁵¹

²⁴² Vgl OGH 26.9.2000, 5 Ob 64/00y.

²⁴³ Vgl OGH 21.12.1993, 5 Ob 95/93; OGH 15.09.2009, 5 Ob 132/09m.

²⁴⁴ Vgl OGH 09.04.1991, 5 Ob 22/91.

²⁴⁵ Vgl LGZ Wien 38 R 315/11x MietSlg 64.165.

²⁴⁶ Vgl OGH 15.12.2009, 5 Ob 183/09m.

²⁴⁷ Vgl 4.09.2014, 5 Ob 86/14d.

²⁴⁸ Vgl OGH 19.12.2016, 5 Ob 211/16i.

²⁴⁹ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 54.

²⁵⁰ Bei der Beurteilung, was im Einzelnen zu dieser „Außenhaut“ gehört, hat die Rechtsprechung bislang neben räumlichen, auch (ansatzweise) funktionelle (wertende) Kriterien einfließen lassen; vgl OGH 04.11.2008, 5 Ob 154/08w.

²⁵¹ Vgl RIS-Justiz RS0117707.

So werden mehrfunktionale Einrichtungen wie Trennwände oder Decken²⁵² zwischen Mietgegenständen zu allgemeinen Teilen des Hauses gezählt.²⁵³

Funktional bleiben diese auch allgemeiner Teil des Hauses, wenn sich daran ein von einem Mieter allein zu nutzender Hof anschließt²⁵⁴, an ihr eine Flugdachkonstruktion auf einer zu einem Wohnungseigentumsobjekt gehörenden Terrasse oder eben eine Markise zur Beschattung eines Wohnungseigentumsobjekts inklusive des anschließenden (Zubehör-)Gartens befestigt wird.²⁵⁵

Schwierig einzuordnen sind auch Gas-, Wasser- oder sonstige Leitungen, die im Bereich des Wohnungseigentumsobjekt, sei es inner- oder außerhalb des Mauerwerks, verlaufen. Nach § 16 Abs 3 WEG obliegt dem Wohnungseigentümer (ähnlich dem Mieter nach § 8 Abs 1 S 2 MRG) nicht nur die Wartung und Instandhaltung seines Objekts selbst, sondern auch der „dafür bestimmten Einrichtungen“, wozu (besonders) „Strom-, Gas- und Wasserleitungen sowie die Beheizungs- und sanitären Anlagen“ gezählt werden.²⁵⁶

²⁵² Eine Zwischendecke stellt nicht zwangsläufig einen allgemeinen Teil der Liegenschaft dar, es sei denn, dass diese eine Außenbegrenzung des Bestandobjekts bildet oder eine für das Gebäude tragende Funktion zukommt; vgl OGH 01.03.2017; 5 Ob 206/16d; Die Trenndecke zwischen der Wohnung und dem darunter liegenden als Zubehör gewidmeten Keller ist jedenfalls als Außenbegrenzung ein allgemeiner Teil der Liegenschaft und nicht Bestandteil des WE-Objektes. Daran ändert nichts, dass vor dem hergestellten Durchbruch zum Keller dieser ursprünglich über einen Stiegenabgang vom Hochparterre über den Garten erreichbar war und damit als (direkt) verbundenes Zubehör nach dem zum Zeitpunkt der Nutzwertfestsetzung geltenden § 1 Abs 2 WEG 1975 zu qualifizieren war; vgl OGH 4.05.2017, 5 Ob 75/17s.

²⁵³ Vgl OGH 31.03.2003, 5 Ob 45/03h.

²⁵⁴ Vgl OGH 31.03.2003, 5 Ob 45/03h.

²⁵⁵ Vgl RIS-Justiz RS0083334

²⁵⁶ Vgl *Löcker in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 54.

Die Rechtsprechung²⁵⁷, welche die Behebung von Schäden an Leitungssystemen innerhalb von Wohnungen meist als Gemeinschaftsangelegenheit qualifiziert, ist in ihrer Begründung uneinheitlich und undifferenziert.

ZB führt der OGH²⁵⁸ in seiner Entscheidung vom 26.05.1987 aus, dass im Haus befindliche Rohrleitungen, seien es Gas- oder Wasserleitungen, wesentliche Bestandteile des Hauses sind, für deren ordnungsgemäße Erhaltung der Vermieter aus den Hauptmietzinsen zu sorgen hat. Zum einem begründet er aber die Erhaltungspflicht des Vermieters bzw der Wohnungseigentumsgemeinschaft mit dem Vorliegen eines ernststen Schadens.²⁵⁹

In seiner Begründung verweist er auf *Würth/Zingher*²⁶⁰, welche jedoch hierzu undifferenziert (ohne Begründung) ausführen, dass *die im Inneren der Mauern verlaufenden Leitungen schon an sich nicht zum einzelnen Wohnungseigentumsobjekt iSd § 13 Abs 3 WEG 1975 (§ 16 Abs 3 WEG 2002 gehören“.*

²⁵⁷ Zustimmend *Löcker in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 54; *Tritt ein Schaden an der Gasleitung bezüglich des unter Putz verlegten Rohres in der Wohnung eines Wohnungseigentümers auf, handelt es sich um einen Schaden an den Hausleitungen, die zu den allgemeinen Teilen des Hauses nach § 3 Abs 2 Z 1 MRG zu zählen sind, sodass die Gemeinschaft für eine Sanierung der Gasleitung aufzukommen hat. Ist die Gasleitung zwischen dem unter Putz verlegten Verteilerstück und dem Verbrauchsgerät schadhaft, ist zu differenzieren: Droht durch den Schaden Feuer- oder Explosionsgefahr, liegt wiederum ein ernstster Schaden für das Haus vor, sodass die Sanierung auf Kosten der Gemeinschaft zu erfolgen hat. Ist das Leitungsstück zwischen Verteiler und Verbrauchsgerät lediglich abgenützt, sodass es im Rahmen einer Überprüfung saniert werden muss, ohne dass noch eine konkrete Explosions- oder Feuergefahr gegeben ist, handelt es sich um eine Wartungs- und Instandhaltungsarbeit, die den Wohnungseigentümer gemäß § 16 Abs 3 WEG 2002 trifft; vgl *Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵ § 16 WEG Rz 857.*

²⁵⁸ Werden derartige Leitungen (auch wenn sie in der Wohnung eines Mieters verlaufen) infolge eines ernststen Schadens unbenutzbar, dann handelt es sich zugleich auch um einen ernststen Schaden des Hauses, weil im Falle der Unterlassung der Reparatur die Möglichkeit von Feuer-, Explosions- und Wasserschäden besteht; vgl OGH 26.05.1987, 5 Ob 46/87.

²⁵⁹ Ähnlich in der Begründung OGH 22.11.1994: „*So führt der OGH in seiner Entscheidung aus, dass die Behebung von ernststen Schäden des Hauses in die Erhaltungspflicht der Eigentümergemeinschaft. Dies gilt vor allem auch für im inneren der Mauern verlaufende Leitungen, die schon an sich als nicht zum einzelnen Wohnungseigentumsobjekt im Sinne des § 13 Abs 3 WEG gehörend, anzusehen sind, daher im besonderen auch für Rohrleitungen, deren Schadhafteigkeit bei Unterlassung der Reparatur zu ernststen Schäden des Hauses führen würde und im hier zu beurteilenden Fall wegen der mit dem Schaden an den im Mauerwerk verlaufenden Heizungsrohren verbundenen Durchfeuchtung des Mauerwerkes auch tatsächlich führte. Die Heizungsrohre, die im Mauerwerk (hier: in der Decke zum darunter befindlichen Geschoß) des Wohnungseigentumsobjektes der Beklagten verlaufen, sind nicht anders zu behandeln, als solche Schäden in anderen Objekten, zB Wohnungen, auch wenn es sich hierbei um Rohrleitungen im Bereich des als Schwimmbad bzw Sauna benützten Wohnungseigentumsobjektes handelte.“; OGH 22.11.1994, 5 Ob 102/94.*

²⁶⁰ Vgl *Würth/Zingher*, Miet- und Wohnrecht¹⁹ § 13 WEG Rz 14.

Da die Rechtsprechung²⁶¹ überwiegend vom Vorliegen eines ernststen Schadens ausgeht, wäre daher nach *Löcker*²⁶² eine Abgrenzung (insbesondere im Grenzbereich) entbehrlich. Dies erscheint im Ergebnis zwar richtig, methodisch jedoch bedenklich. Systematisch erscheint richtigerweise auf der ersten Ebene eine Einstufung als „allgemeiner Teile des Hauses (der Liegenschaft)“ oder „Mietobjekt (Wohnungseigentumsobjekt)“ angebracht, denn nur wenn auf der ersten Ebene eine Zuordnung zum Mietobjekt (Wohnungseigentumsobjekt) erfolgt ist, kann sich die Frage eines ernststen Schadens stellen.

Würden die in § 8 MRG bzw § 16 WEG angeführten Einrichtungen (Leitungen)²⁶³ auch die allgemeinen Teile betreffen (welche in funktionaler Betrachtungsweise als allgemeine Teile des Hauses bzw der Liegenschaft einzustufen sind, da diese Leitungen nicht ausschließlich einer Einheit dienen), so würde sich aus dem Wortsinn der Normen das unsinnige Ergebnis ableiten, dass sowohl der Mieter bzw Wohnungseigentümer für die Wartung und Instandhaltung als auch der Vermieter bzw die Wohnungseigentumsgemeinschaft für die Erhaltung dieser Leitungen zuständig wären. Daher erscheint eine teleologische Reduktion dieses Einrichtungsbegriffes derart geboten, dass hier eben nur Leitungen – welcher bei funktionaler Betrachtungsweise dem Mietgegenstand bzw der Wohnungseigentumseinheit zuzuordnen sind – zu verstehen sind.²⁶⁴

Daher dürfte der von *Call* vorgeschlagenen Systematik der Trennung der Leitungen in Steigleitungen (als allgemeine Teile des Hauses) und Stichleitungen (als Teile des Mietgegenstandes/Wohnungseigentumsobjektes) durchaus zu folgen sein.²⁶⁵

²⁶¹ Vgl zB OGH 13.12.2011, 5 Ob 170/11b.

²⁶² Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 55.

²⁶³ Diese Leitungen (Einrichtungen) können nach dem Wortlaut § 3 MRG bzw § 2 WEG nur Mietgegenstände bzw Wohnungseigentumsobjekte oder allgemeine Teile des Hauses (der Liegenschaft) sein.

²⁶⁴ Im Ergebnis zustimmend *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 23; *Call* unterscheidet zwischen Stich- und Steigleitungen; vgl *Call*, Glosse zu OGH 30.05.1989, 5 Ob 39/89; wobl 1991, 12; differenzierend *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 28 WEG Rz 59; kritisch zur Einstufung der Stichleitungen als Teile der Wohnung *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 13; Klarstellung, dass Steigleitungen und Abwasserstränge allgemeine Teile des Hauses sind; zB OGH 31.03.2003, 5 Ob 45/03h; OGH 15.01.2016, 5 Ob 262/15p; OGH 27.02.2012, 2 Ob 215/10x.

²⁶⁵ Vgl *Call*, Glosse zu OGH 30.05.1989, 5 Ob 39/89; wobl 1991, 12.

Somit gilt in Hinblick auf diese Ausführungen der Argumentation von *Löcker*²⁶⁶, dass nach § 3 Abs 2 Z 2 MRG in funktionaler Betrachtungsweise die Qualifikation als allgemeiner Teil iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG gegeben ist, wenn ein ernster Schaden²⁶⁷ des Hauses (an der Liegenschaft) „in einem Wohnungseigentumsobjekt“ auftritt, nicht zu folgen sein dürfte.

²⁶⁶ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 53.

²⁶⁷ Zur Definition des ernststen Schadens zB OGH 17.12.2012, 5 Ob 148/12v.

3.2 Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Bauträger aus Mängeln an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Neubau (Schwaiger)

3.2.1 Einleitende Anmerkungen

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit den Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Neubau. Es kann angemerkt werden, dass die gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Grundlagen für Wohnungseigentumsobjekte Geltung haben. Lediglich hinsichtlich des Inhaltes und der Höhe des Anspruches und Fristen lassen sich Abweichungen erkennen. Daher werden nur diese in diesem Abschnitt behandelt.

3.2.2 Inhalt und Höhe des Anspruches

3.2.2.1 Bauträgervariante

Seit der „Judikaturwende“²⁶⁸ in 5 Ob 147/97x handelt es sich nach dem OGH bei Ansprüchen aus Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen des Wohnungseigentümers an den allgemeinen Teilen des Hauses nicht um gemeinschaftliche Forderungen, wenn der Anspruch aus einem vom Erwerber mit dem Veräußerer (individuell) geschlossenen Vertrag herrührt.²⁶⁹

Während der OGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Anspruch auf Mängelbeseitigung an allgemeinen Teilen des Hauses „wohl“ ein Gesamtanspruch

²⁶⁸ In Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung: *„Betreffen die Mängel an einzelnen Teilen des im Mit- und Wohnungseigentum stehenden Hauses (hier: Balkone) nicht jeweils nur die Eigentumswohnung, zu der sie gehören, sondern wirken sie sich vielmehr auf das Haus, also auf die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Sache, aus, dann ist die Forderung auf Ersatz der Mängelbehebungskosten und der Mängelfolgeschäden eine Gesamthandforderung der Miteigentümer im Sinne der §§ 848 Satz 2, 890 ABGB; vgl RS0013213.*

²⁶⁹ Vgl Perner in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 58.

ist,^{270, 271} trifft dies nicht für Forderungen auf Deckungskapital und Schadenersatzforderungen²⁷² wegen Nichterfüllung zu. Solche sind als Geldforderung teilbar.²⁷³ Daher werden Forderungen nach Verbesserungskapital für Mängelbeseitigung als teilbare Geldforderung qualifiziert.^{274, 275}

²⁷⁰ ZB OGH 1.09.2009, 5 Ob 21/09p; verstärkt jedoch „Während der Anspruch auf Mängelbeseitigung an allgemeinen Teilen des Hauses hier ein Gesamtanspruch ist...“ OGH 16.10.2007, 5 Ob 50/07z; Hochleitner/Pittl gehen von einer Gesamthandforderung aus; vgl Hochleitner/Pittl, wobl 2015, 258.

²⁷¹ Zur Aussage des OGH, dass der Anspruch auf Mängelbeseitigung wohl ein Gesamtanspruch ist, führt Perner in seiner Glosse kritisch aus, dass dies wohl nicht wörtlich genommen werden darf. Ansprüche aus unabhängig voneinander geschlossenen Einzelverträgen - gleich ob die "Gesamtleistung" unteilbar ist oder nicht - wären keine gemeinschaftlichen Forderungen iSd §§ 888 ff ABGB, also weder Gesamt-, noch "Gesamthand-" oder Teilforderungen. Die Unteilbarkeit einer Leistungsverpflichtung würde nicht auf eine gemeinschaftliche Forderung schließen lassen, sondern es ist nach Bejahung der Voraussetzung der Gemeinschaftlichkeit zu prüfen, ob die Leistung teilbar oder unteilbar ist, was wiederum dafür entscheidend ist, welche Form der Gläubigermehrheit besteht. Auch aus § 848 Satz 2 ergibt sich nichts Gegenteiliges, da dieser Rechtsfolgen anordnet, wenn eine Forderung gemeinschaftlich zusteht, nicht aber normiert, wann sie gemeinschaftlich zusteht; vgl Perner, rdw 2004, 148.

²⁷² Zu den Klagsarten vgl zB Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³, Rz 501 ff.

²⁷³ Vgl OGH 25.08.2011, 5 Ob 119/11b; OGH 27.04.2011, 5 Ob 207/10t

²⁷⁴ Vgl OGH 26.08.2003, 5 Ob 142/03y; Kolmasch in Schwimann, ABGB Taschenkommentar § 888 Rz 5 u § 890 Rz 6; Beer/Vospornik in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 39; Eglmeier-Schmolke in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 848 Rz 2; Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 58f; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 890 Rz 6; Parapatis in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 848 Rz 5. Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 828 Rz 14 u § 848 Rz 4; Tanczos/Schoditsch, eolex 2011, 504ff.

²⁷⁵ Nach § 889 ABGB behandelt den Fall der Teilforderung bzw Teilschuld, wonach (außer den in dem Gesetz bestimmten Fällen) aus mehreren Mitschuldern einer teilbaren Sache jeder nur für seinen Anteil haftet bzw bei mehreren Mitgenossen einer teilbaren Sache sich jeder sich mit dem ihm gebührenden Teil begnügen muss.

Bei Teilbarkeit der „Sache“, also der geschuldeten Leistung, entstehen mangels abweichender gesetzlicher Regelung oder Vereinbarung Teilansprüche bzw Teilschulden. Die Frage nach Teilbarkeit ist immer auf die einzelne Obligation zu beziehen. Die synallagmatische Verknüpfung der gesamten teilbaren Leistung mit der unteilbaren Gegenleistung bleibt allerdings voll aufrecht. Für sich gesehen ist jede Teilforderung rechtlich selbständig, daher etwa frei abtretbar; vgl Bydlinski in KBB⁴ § 889 Rz 1.

Nach hA ist Teilbarkeit gegeben, wenn sich die Leistung ohne Verringerung des Gesamtwerts in Teilleistungen aufspalten lässt, die sich nur in der Größe, nicht aber in der Beschaffenheit von der Gesamtleistung unterscheiden, und der Teilung keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Primär hängt die Frage der Teilbarkeit aber vom Parteiwillen ab, weil es den Parteien freisteht, ein Rechtsverhältnis auch bei objektiver Teilbarkeit als unteilbar zu gestalten; vgl OGH 28.04.2009, 5 Ob 82/09h.

Bei der Verfolgung dieser teilbaren Ansprüche ist jeder Miteigentümer auf die Geltendmachung seines Anteiles beschränkt.²⁷⁶ Diese Ansicht findet auch die Zustimmung der Lehre.²⁷⁷

Voraussetzung hierfür ist aber, dass auch den anderen (als den klagenden) Mit- und Wohnungseigentümern gleichartige Schadenersatzansprüche aus ihren individuellen Verträgen gegen den Bauträger²⁷⁸ zustehen oder zumindest zugestanden sind.

Diese Rechtsfolge greift auch dann, wenn individuelle Ansprüche einzelner Mit- und Wohnungseigentümer erloschen oder in eine Naturalobligation umgewandelt worden sind.²⁷⁹ Der OGH²⁸⁰ ordnet in seiner Entscheidung vom 01.09.2009 den Anspruch auf den dem jeweiligen Miteigentumsanteil zustehenden aliquoten Ersatz des Deckungskapitals die Funktion zu, die alle Wohnungseigentümer treffende Last im Sinn des § 32 WEG auszugleichen. Ein Erlöschen der individuellen Ansprüche einzelner Wohnungseigentümer auf das Deckungskapital oder dessen Umwandlung in eine Naturalobligation führt daher nur dazu, dass deren individuelle Ansprüche auf Ausgleich der Belastung nicht mehr durchsetzbar sind. Sie müssen diesfalls die Behebungskosten (entweder über die bereits bestehende Rücklage oder über speziell vorgeschriebene Reparaturkostenbeiträge) endgültig selbst tragen, wie aus der nachfolgenden Abbildung 5 ersichtlich ist. Ihr Interesse an der ordnungsgemäßen Erhaltung allgemeiner Teile des Wohnungseigentumsobjekts erlischt damit aber nicht zwingend.

²⁷⁶ Vgl RIS-Justiz RS0013214.

²⁷⁷ Vgl *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 39; *Eggmeier-Schmolke* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 848 Rz 2; *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 58f; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 890 Rz 6; *Parapatis* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 848 Rz 5; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 828 Rz 14 u § 848 Rz 4; *Tanczos/Schoditsch*, *ecolex* 2011, 504ff.

²⁷⁸ Die Begriffe Wohnungseigentumsorganisator und Bauträger werden synonym verwendet; vgl hiezu die Ausführungen in Pkt 2.3.2.1 dieser Arbeit.

²⁷⁹ Vgl OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h.

²⁸⁰ Vgl OGH 01.09.2009, 5 Ob 21/09p.

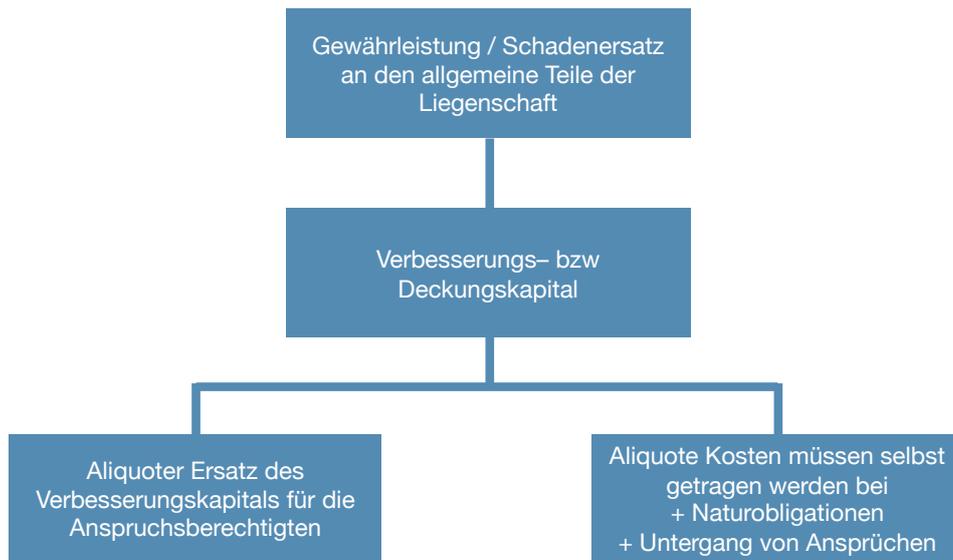


Abbildung 5: Ersatz Deckungs- bzw Verbesserungskapital

Da das Erfüllungsinteresse bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug oder -verweigerung des Schuldners die Kosten der Verbesserung umfasst²⁸¹, ist es für die Einstufung als teilbare Geldforderung irrelevant, ob die anteiligen Kosten der Exekution vor-schussweise begehrt werden oder das anteilige Deckungskapital sofort eingeklagt wird.²⁸²

Die durchaus interessante Frage, ob für den Unternehmer aufgrund der Verbesserung ge-genüber jenen Miteigentümern, deren individuellen Ansprüche bereits erloschen sind o-der sich in Naturalobligation umgewandelt haben, bereicherungsrechtliche Ansprüche be-stehen, dürfte aus systematischen Überlegungen zwar vorerst zu bejahen sein, eine aus-führliche Diskussion erfolgt jedoch im nächsten Punkt.

In der Lehre wurde hervorgehoben, dass im Falle des individuellen Vertragsschlusses das „Dilemma“ zu lösen sei, dass der Anspruch dem jeweiligen Vertragspartner allein zu-komme, seine Durchsetzung sich aber auf die gemeinsamen Teile der Liegenschaft aus-wirken könne. Es drohe die Gefahr widersprüchlicher Rechtsausübung durch andere, mit inhaltsgleichen Ansprüchen ausgestattete Miteigentümer (Verbesserung oder Preismin-derung). Um diesen Verwicklungen vorzubeugen, sprach der OGH aus, dass in einem

²⁸¹ Vgl zB OGH 24.03.2010, 3 Ob 267/09z.

²⁸² Vgl RIS-Justiz RS0018753.

solchen Fall Interessenkonflikte zu vermeiden seien und ein einheitliches Vorgehen der Miteigentümer sichergestellt werden müsse.²⁸³

Die Begründungen – insbesondere die Zuordnung/Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung²⁸⁴ – sind in Lehre und Rechtsprechung uneinheitlich.

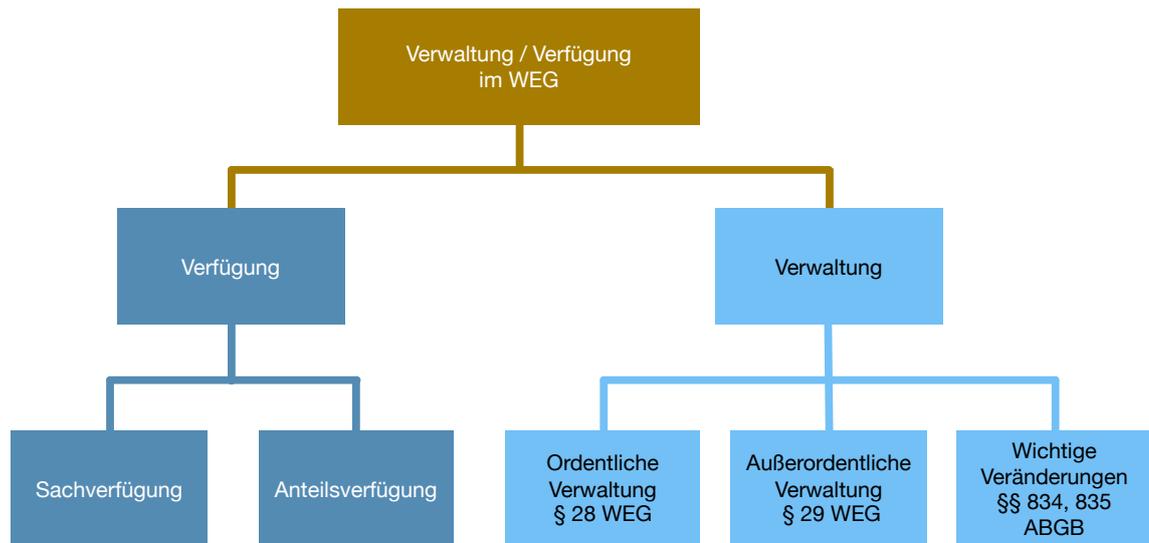


Abbildung 6: Verwaltung²⁸⁵ und Verfügung im WEG

*Parapatis*²⁸⁶ geht davon aus, dass es sich hier gleichzeitig um einen Akt der Verwaltung handelt.

²⁸³ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 18 Rz 102.

²⁸⁴ Hier erscheint eine Trennung von „Verfügung“ und „Verwaltung“ angebracht. Nach *Terlitza* finden sich im ABGB zwar Ansätze einer Fassung des Verfügungsbegriffs (§§ 828, 829 ABGB), eine gesetzliche Bestimmung des Verwaltungsbegriffs ist jedoch bei den Regeln des gemeinschaftlichen Eigentums nicht zu finden. Im WEG 2002 dagegen findet sich zwar eine demonstrative Aufzählung von Verwaltungen (§§ 28, 29 WEG 2002), jedoch weder eine Definition des Begriffs der Verwaltung noch eine ausdrückliche Regelung der Verfügung.

Zur Verwaltung gehört alles, was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes beeinträchtigen könnte; eine Verfügung greift in die Substanz der Gemeinschaftsrechte oder Anteilsrechte ein; vgl *Terlitza*, wobl 2011, 189.

²⁸⁵ Zum Trias der Verwaltungsmaßnahmen vgl zB *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 20.

²⁸⁶ Vgl *Parapatis* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 848 Rz 5.

*Löcker*²⁸⁷ sieht in der Anspruchsdurchsetzung durch den Berechtigten auf eigener Vertragsgrundlage nicht als Maßnahme der Liegenschaftsverwaltung. Der Einzelne könne jedoch nicht losgelöst von den Regeln der internen Willensbildung vorgehen. Für ihn kommt mangels Vorliegens der Liegenschaftsverwaltung nur eine analoge Anwendung dieser Regeln in Frage. Es wäre daher zu überdenken, Verwaltungs- und Eigentümerrechte als Widerspruch zu begreifen. Vielmehr erschiene es sachgerecht, für die Eingrenzung der Verwaltung nicht auf den scheinbaren Gegensatz von Eigentümer-, Verfügungs- und Verwaltungsrechten zu blicken, sondern Schnittstellen und -flächen zuzulassen.²⁸⁸

Für *Perner*²⁸⁹ ist die Zustimmung der Gemeinschaft zur Geltendmachung von Ansprüchen, deren Erfüllung sich auf die gemeinschaftliche Sache auswirkt, wenn die Maßnahme das Ziel der Erhaltung der Sache (im Sinne der Herbeiführung eines höherwertigen Zustandes) verfolgt, eine Frage der Verwaltung.

In seiner Entscheidung vom 24.10.2000 argumentiert hier der OGH zu diesem Thema mit der Wahrung der Interessen der übrigen Gemeinschaftsmitglieder. Demnach kann lediglich der Umstand, dass es um Mängel an allgemeinen Teilen einer gemeinschaftlichen Sache geht und jedes Mitglied einer Mit- oder Wohnungseigentümergeinschaft auch die Interessen der übrigen Gemeinschaftsmitglieder zu wahren hat, überhaupt dazu führen, die Gemeinschaft (mehrheitlich) bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen mitbestimmen zu lassen. Folgerichtig beschränkt sich diese Entscheidungsbezugnis auf die Geltendmachung von Gemeinschaftsinteressen, etwa auf die Wahl zwischen Preisminderungsanspruch und Verbesserungsanspruch.²⁹⁰

In anderen Entscheidungen geht der OGH von einer Wahrung der Gemeinschaftsinteressen aus. Nur soweit das Vorgehen eines Klägers Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigen könnte (etwa bei der Wahl zwischen Verbesserungsbegehren und Preisminderungsbegehren), ist er angehalten, durch einen Beschluss der Mehrheit der

²⁸⁷ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 18 Rz 102.

²⁸⁸ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 18 Rz 29.

²⁸⁹ Vgl *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 59f.

²⁹⁰ Vgl OGH 24.10.2000, 5 Ob 253/00t.

Gemeinschaftsmitglieder dies sanktionieren zu lassen.²⁹¹ Mangels Zustimmung der anderen Miteigentümer kann diese durch die Genehmigung des Außerstreitgerichts ersetzt werden.^{292, 293}

Ein Mehrheitsbeschluss müsse daher nicht schon bei Klagseinbringung durch den einzelnen Wohnungseigentümer vorliegen, sondern einem fristwahrenden Kläger ist Gelegenheit zu geben, die fehlende Zustimmung der Mehrheit (Mehrheitsbeschluss) bis spätestens zum Schluss der Verhandlung beizubringen.²⁹⁴

Die Teilnahme- und Stimmberechtigung richten sich auch für solche Beschlüsse nach den allgemeinen Regeln. Stimmberechtigt sind also alle und damit auch jene Wohnungseigentümer, die keine eigene Anspruchsgrundlage oder keine offenen Ansprüche gegen den jeweils Verpflichteten haben.²⁹⁵

Entgegen der Ansichten des OGH vertritt *Perner*²⁹⁶ jedoch die Meinung, dass (sofern die allgemeinen Voraussetzungen für den Umstieg auf die sekundären Behelfe im Einzelvertrag vorliegen) jeder Wohnungseigentümer diese Behelfe geltend machen kann. Dies würde sich daraus ergeben, dass eben nur die Sache, nicht aber die Forderung in gemeinschaftlichem Eigentum steht. Dieses Ergebnis würde nicht dazu führen, dass Interessen der übrigen Wohnungseigentümer beeinträchtigt werden, diese wären nämlich nicht gehindert, bei Vorliegen der Voraussetzungen ihre Rechte geltend zu machen.

Soweit keine Gefährdung von Gemeinschaftsinteressen drohe oder Interessen der anderen Gemeinschaftsmitglieder gefährdet sind, geht der OGH folgerichtig davon aus, dass der einzelne Miteigentümer nicht gehindert ist, seine – auch allgemeinen Teile der

²⁹¹ Vgl zB OGH 1.09.2009, 5 Ob 21/09p; OGH 15.05.2003, 5 Ob 99/03z.

²⁹² Vgl OGH 7.09.2009, 5 Ob 50/07z.

²⁹³ Vgl RIS-Justiz RS0108158.

²⁹⁴ ZB OGH 9.11.2000, 2 Ob 249/00g.

²⁹⁵ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 18 Rz 102.

²⁹⁶ Vgl *Perner*, wobl 2004, 178ff; *Perner*, JBl 2004, 613ff.

gemeinschaftlichen Sache betreffenden – Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche allein geltend zu machen, ohne dass es dafür eines Beschlusses der Mehrheit bedürfe.²⁹⁷

Das ist zB dann der Fall, wenn die Beteiligten bereits selbst die Sanierung vorgenommen und das dafür eingesetzte Deckungskapital – im Wege des Schadenersatzes – einklagen oder wenn eine Wahl zwischen Verbesserung und Preisminderung wegen Verfristung allfälliger Preisminderungsansprüche anderer Wohnungseigentümer nicht mehr oder wenn infolge der Eigenart des Mangels, nämlich technischer oder wirtschaftlicher Unbehebbarkeit, als Gewährleistungsbehelf ohnehin nur Preisminderung in Frage kommt.²⁹⁸

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, zB wenn ein Wohnungseigentümer, der sich bereits außergerichtlich mit dem Bauträger geeinigt hat, kein Stimmrecht beim Beschluss zur Geltendmachung der Mängel hat.²⁹⁹ Dies gilt auch, wenn nur den Klägern der Anspruch auf Herstellung des bedungenen Zustands vertraglich zusteht; hier gibt es gemäß der Entscheidung des OGH keine Gefahr widersprüchlicher Rechtsausübung durch andere.³⁰⁰

Würth/Zingher/Kovanyi sehen in der jüngsten Rechtsprechung eine funktionale Erweiterung des Verwaltungsbegriffes.³⁰¹ Nach *Terlitz*³⁰² hat der OGH hierfür das treffende Bild der "*deckungsgleichen Bereiche*" gezeichnet. Die den Wohnungseigentümern zustehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche stünden in Deckung mit der ordnungsgemäßen Erhaltung durch die Eigentümergemeinschaft.³⁰³

²⁹⁷ Vgl zB OGH 26.08.2003, 5 Ob 142/03y.

²⁹⁸ ZB Zur Horizontalabdichtung OGH 30.08.2005, 5 Ob 130/05m; OGH 24.01.2013, 5 Ob 126/12h; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 18 Rz 105a.

²⁹⁹ Vgl OLG Graz 25. 4. 2002, 4 R 232/01x.

³⁰⁰ Vgl OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h.

³⁰¹ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 24.

³⁰² In diese Richtung auch *Terlitz*, wobl 2011, 191.

³⁰³ Die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands allgemeiner Teile des Hauses wird mit dessen ordnungsgemäßer Erhaltung im Rahmen der ordentlichen Verwaltung gleich gesetzt und erfordert einen Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft, weil die Wahl von Gewährleistungsbehelfen betreffend allgemeine Teile grundsätzlich nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer zusteht; vgl OGH 7.01.2016, 5 Ob 46/15y.

3.2.2.2 Zubau-/Aufstockungsvariante

Neben der bisher beschriebenen Bauträgervariante (wo allen Käufern inhaltsgleiche Rechte an der gemeinschaftlichen Sache eingeräumt wurden) lässt sich in der Praxis auch die Zubau-/Aufstockungsvariante finden.³⁰⁴

Hier erwirbt der Bauträger in der Regel Anteile an der Liegenschaft und errichtet (Zu- und Aufbauten) anschließend weitere Einheiten.

Nach § 16 Abs 2 Z 2 WEG müssen Änderungen am Wohnungseigentumsobjekt, für welche auch allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen werden, entweder der Übung des Verkehrs³⁰⁵ entsprechen oder einem wichtigen Interesse³⁰⁶ des Wohnungseigentümers dienen. Die fehlende Zustimmung einzelner Miteigentümer kann in einem Außerstreitverfahren durch das Gericht ersetzt werden.³⁰⁷ Es darf jedoch bezweifelt werden, ob derartige Substanzveränderungen³⁰⁸ von der Regelung des § 16 Abs 2 Z 2 WEG noch umfasst sind.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass derartige Substanzveränderungen (Zu- und Aufbauten), durch welche in die Rechtssphäre der Übrigen eingegriffen wird, der Zustimmung der anderen bedürfen. Für diese wird von Lehre³⁰⁹ und Rechtsprechung³¹⁰ Einstimmigkeit nach § 828 ABGB gefordert.

Diese Einräumung von Rechten kann einerseits im Rahmen eines einstimmigen Beschlusses erfolgen. Andererseits kommt auch die Einräumung einer Benützungsregelung oder

³⁰⁴ Zur Definition vgl die Einleitung.

³⁰⁵ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 16 Rz 46.

³⁰⁶ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 16 Rz 47ff; *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 16 WEG Rz 9.

³⁰⁷ Vgl *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 16 Rz 17.

³⁰⁸ Vgl zB OGH 12.09.2002, 5 Ob 174/02b.

³⁰⁹ Vgl *Eggmeier-Schmolke* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 828 Rz 4; *Gruber/Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 828 Rz 1; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 828 Rz 1.

³¹⁰ Vgl OGH 18.03.2004, 1 Ob 47/047.

Benützungsvereinbarung³¹¹ in Betracht, auf deren Basis die Änderungen erfolgen können.

Wird einem Miteigentümer der physische Besitz eines Teils der Liegenschaft zur alleinigen Nutzung überlassen, so ergibt sich ein Verfügungsrecht und als Ausfluss daraus ein Recht zur physischen Veränderung. Eingeschränkt ist dieses Recht, wenn in die Rechtsphäre der übrigen Teilhaber eingegriffen wird und deren wichtigen Interessen berührt werden.³¹² So wurden zB bauliche Veränderungen und die damit verbundene Übernahme öffentlicher Haftungen (Kanalherstellung) als eine Verletzung wichtiger Interessen gesehen.³¹³ Werden die Interessen der anderen Miteigentümer nicht verletzt, so wird von der Rechtsprechung nicht Einstimmigkeit nach § 828 ABGB gefordert, sondern werden diese als wichtige Veränderung gemäß § 834 ABGB gewertet, für welche die Genehmigung des Außerstreitrichters eingeholt werden kann.³¹⁴

Ob bauliche Veränderungen eine Verfügung darstellen, die der Zustimmung aller Miteigentümer bedarf, hängt von der Bedeutung der Maßnahmen für die Gesamtsache ab. Solche faktische Maßnahmen können auch wichtige Veränderungen im Sinne des § 834 ABGB oder Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung sein. Wichtige bauliche Veränderungen sind solche, die über den bloßen Erhaltungszweck hinausgehen.³¹⁵

An dieser Stelle wäre es angebracht zu überlegen, welche Ansprüche der Miteigentümer³¹⁶ aus der Einräumung der Verfügungsrechte zugunsten des Bauträgers in Betracht kommen.

³¹¹ Vgl zur Benützungsregelung *Würth/Zingher*, Miet- und Wohnrecht¹⁹ § 17 WEG Rz 2; OGH 6.11.2013, 5 Ob 7/13k; vgl im schlichten Miteigentum OGH 13.03.2014, 2 Ob 119/13h.

³¹² Vgl OGH 9.08.2012, 5 Ob 40/12m; OGH 6.11.2013, 5 Ob 7/13k; *Gruber/Sprohar-Heimlich* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 829 Rz 9; *Egglmeier-Schmolke* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 829 Rz 3.

³¹³ Vgl OGH 18.03.2004, 1 Ob 47/04z.

³¹⁴ Vgl *Egglmeier-Schmolke* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 828 Rz 3; OGH 21.12.2006, 6 Ob 83/06h.

³¹⁵ Vgl OGH 9.12.2012, 5 Ob 40/12m; OGH 6.11.2013, 5 Ob 7/13k.

³¹⁶ Unter den Miteigentümer werden die Wohnungseigentümer und die schlichten Miteigentümer verstanden.

Wird die Ebene der dem Bauträger eingeräumten Rechte, auf deren Basis die Bautätigkeiten erfolgen, betrachtet, so erscheinen aus einer mangelhaften Bauführung des Bauträgers durchaus vertragliche³¹⁷ Schadenersatzansprüche (bzw allenfalls auch Gewährleistungsansprüche) der übrigen Wohnungseigentümer ableitbar.³¹⁸ Sollten hier keine Rechte der übrigen Wohnungseigentümer ableitbar sein, so dürften doch vertragliche Schadenersatzansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter denkbar sein. Als Indiz für die Vermutung von Ansprüchen der übrigen Wohnungseigentümer gegen den Bauträger dürften auch die Entscheidungen des OGH³¹⁹ gesehen werden, worin ausdrücklich offengelassen wurde, ob den anderen Miteigentümern ebenfalls Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegenüber dem Bauträger zustehen.³²⁰

Voraussetzung für eine Schutzwirkung Dritter ist nach hL³²¹ und Rechtsprechung³²², dass keine unmittelbaren Leistungspflichten zu Gunsten dieses Dritten seitens der eigentlichen Vertragspartner bestehen.

Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis erstrecken sich auch auf Dritte, wenn diese erkennbar durch die Vertragserfüllung erhöht gefährdet werden und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören. Erfasst werden unter anderem Dritte, an denen der Vertragspartner ein sichtbares eigenes Interesse hat oder hinsichtlich derer ihm offensichtlich eine Fürsorgepflicht zukommt.³²³

³¹⁷ Aus den Verträgen, mit denen dem Bauträger die Verfügungsrechte zur Vornahme der Zu- und Aufbauten eingeräumt werden.

³¹⁸ Zur Ableitung von Ansprüchen aus Treuepflichten vgl *Hochleitner/Pittl*, wobl 2015, 258ff.

³¹⁹ Vgl OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h; OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w.

³²⁰ „Die beklagte Partei habe es verabsäumt zu behaupten und nachzuweisen, dass die Kläger sich bei Umwandlung ihres Vertragserfüllungsanspruchs in das Deckungskapital deshalb eine anteilige Kürzung gefallen lassen müssten, weil die beklagte Partei dieses Deckungskapital auch allen übrigen Mit- und Wohnungseigentümern der Liegenschaft schulde“; vgl OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w.

³²¹ Vgl *Wittwer* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 1295 Rz 48; *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1295 Rz 108a; *Karner* in *KBB*⁴ § 1295 Rz 19.

³²² Vgl zB OGH 27.09.2006, 7 Ob 218/06v.

³²³ Dies wird in der Lehre auch als Subsidiarität bezeichnet; vgl zB *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1295 Rz 108.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter wird jedoch nicht angenommen, wenn der Dritte gegen einen der beiden Vertragspartner einen deckungsgleichen Anspruch aus einem von ihm selbst geschlossenen Vertrag hat.³²⁴

In seiner Entscheidung vom 27.02.2014 hat der OGH³²⁵ klargestellt, dass im Falle eines Werkvertrages zwischen einem Unternehmer und einem Wohnungseigentümer die anderen Wohnungseigentümer als geschützte Dritte in Betracht kommen, die als Miteigentümer der Liegenschaft Träger der damit verbundenen Vermögenswerte sind.

Das Vorliegen eines deckungsgleichen Anspruchs der geschädigten übrigen Miteigentümer gegenüber dem Wohnungseigentümer, der den Werkvertrag mit dem Unternehmer abgeschlossen hatte, wurde grundsätzlich bejaht. Sollte hingegen im Rahmen der Wohnungseigentümergeinschaft der einzelne Wohnungseigentümer gegenüber den anderen nur für eigenes Verschulden haften, nicht aber auch für das Verschulden von ihm beigezogenen Handwerkern, würde sich die Subsidiaritätsfrage von vornherein nicht stellen, womit einer unmittelbaren Geltendmachung der Schäden der anderen Wohnungseigentümer aus dem abgeschlossenen Werkvertrag mit Schutzwirkung zu ihren Gunsten nichts im Wege stünde.

Nach *Harrer/Wagner*³²⁶ stellen die Entscheidungen des OGH hauptsächlich auf Schadenersatzansprüche ("deckungsgleiche Schadenersatzansprüche") ab, aber lässt die neuere Rechtsprechung für die Annahme der Subsidiarität auch das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen zu.³²⁷

³²⁴ Vgl *Wittwer* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 1295 Rz 48; der aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter erwachsende eigene Schadenersatzanspruch kann demgemäß nie weiter reichen als ein eigener vertraglicher Schadenersatzanspruch des Gläubigers, vgl RIS-Justiz RS0013961; RIS-Justiz RS0022814.

³²⁵ Vgl 27.02.2014, 1 Ob 150/13k.

³²⁶ Vgl *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1295 Rz 108a.

³²⁷ Vgl OGH 25.03.2014, 9 Ob 64/13x.

Das bloße Vermögen dritter Personen wird nach dieser Rechtsprechung in den Schutzbereich solcher Verträge nicht einbezogen.³²⁸ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn die Hauptleistung gerade einem Dritten zukommen soll³²⁹

Von der Wirksamkeit gemeinschaftlicher Verfügungen ist die Gültigkeit der zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfte zu unterscheiden. Verfügt der Bauträger in weiterer Folge über seine Anteile (Kaufvertrag zwischen dem Bauträger und Käufer) ist hinsichtlich des Inhaltes seines Verpflichtungsversprechens bezüglich der gemeinschaftlichen Sache zu unterscheiden und ergeben sich folgende Fallkonstellationen (wie aus Abbildung 7 ersichtlich ist):

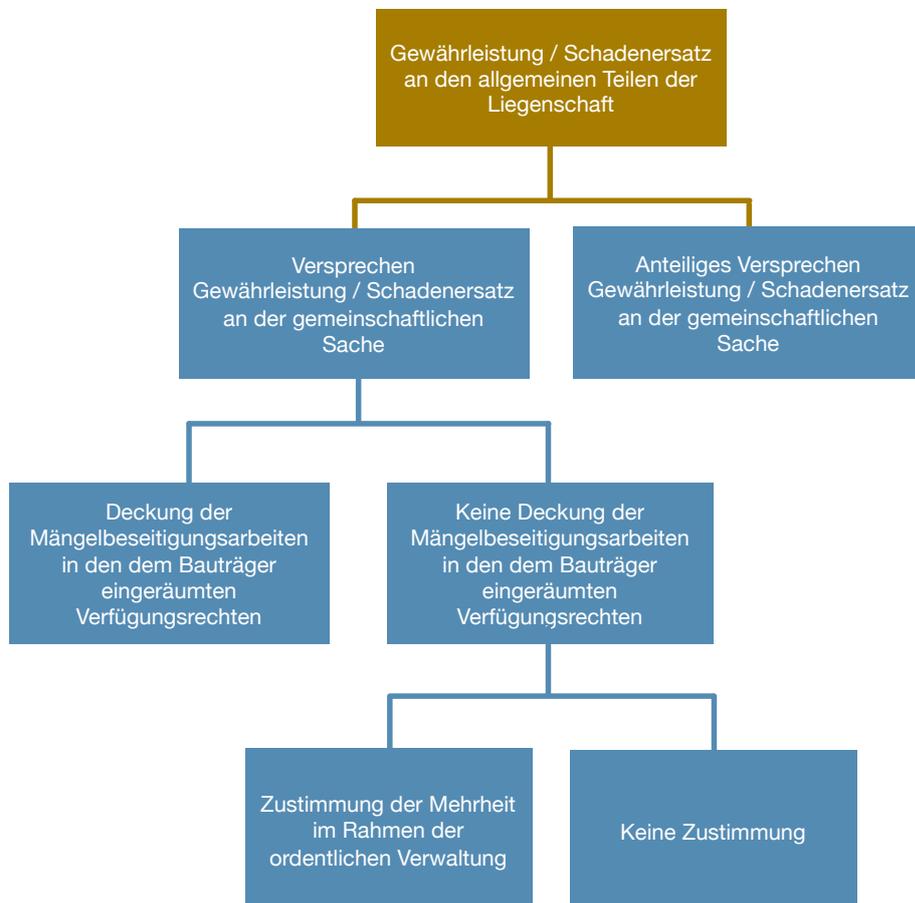


Abbildung 7: Zubau-/Aufstockungsvariante (Fallkonstellationen) Versprechen an der gemeinschaftlichen Sache

³²⁸ Vgl RIS-Justiz RS0022475.

³²⁹ Vgl *Karner* in KBB⁴, § 1295 ABGB Rz 19; *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴, Rz 6/19; OGH 25.03.2014, 9 Ob 64/13x.

Es (These 1) ist denkbar, dass der Bauträger gegenüber dem Käufer Haftung für die (gesamten) allgemeinen Teilen der Liegenschaft verspricht. Die Zulässigkeit eines solchen Vertrages dürfte außer Diskussion stehen.³³⁰

Da es sich hierbei um einen über das Gewährleistungsrechtes hinausgehenden Anspruch handelt, dürfte davon auszugehen sein, dass ein Garantievertrag vorliegt. Nach *Ofner*³³¹ wird (je nachdem, wer als Garant auftritt), zwischen der "Garantiezusage - unechten Garantie" und der "echten Garantie" unterschieden.^{332, 333}

Zur Frage der Zulässigkeit von Verbesserungsmaßnahmen (Mängelbeseitigungen) an der gemeinschaftlichen Sache darf ausgeführt werden, dass diese wohl in der Regel in den dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechten ihre Deckung finden werden und daher keine Zustimmung der restlichen Miteigentümer bedürfen.

Es erscheint aber auch möglich, dass Teile des Haftungsversprechens eben keine Deckung in den dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechten finden - dies zB an den restlichen allgemeinen Teilen, welche von einer Bauführung nicht umfasst waren.³³⁴

In einem nächsten Schritt erscheint es angebracht, hinsichtlich des Haftungsversprechens des Bauträgers an der gemeinschaftlichen Sache zu überprüfen, ob eine Unwirksamkeit nach § 878 ABGB vorliegen könnte. Dies ist von Interesse, da das Gewährleistungsrecht

³³⁰ Dadurch werden hier dann die restlichen Miteigentümer begünstigt. Eine Ähnlichkeit des Rechtsinstitutes des Vertrages zugunsten Dritter ist nicht von der Hand zu weisen; zB zum unechten Vertrag zugunsten Dritter, wo der Versprechende nur dem Versprechensempfänger zur Leistung verpflichtet ist vgl *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 881 Rz 2.

³³¹ Vgl *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 922 Rz 43.

³³² Bei der Garantiezusage vereinbaren Veräußerer und Erwerber, dass der Veräußerer inhaltlich über die Gewährleistung hinausgehende Pflichten übernimmt. Die Garantiezusage (der unechte Garantievertrag) begründet somit einen über das Gewährleistungsrecht hinausgehenden Anspruch. Dadurch werden die dispositiven Normen des Gewährleistungsrechts modifiziert; vgl *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴, Rz 6/41.

³³³ Von der schlichten Garantiezusage hebt sich der echte Garantievertrag ab, der eine selbstständige, von der ursprünglichen Verbindlichkeit unabhängige Schuld entstehen lässt; vgl *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 922 Rz 43.

Verspricht jemand ansonsten die Leistung eines Dritten, so ist dies im Zweifel nicht als – rechtlich ohnehin unwirksamer – Versuch, den Dritten zu verpflichten (Vertrag zu Lasten Dritter), aber auch nicht als Leistungsgarantie, sondern als eigene Verwendungs- bzw Bemühenszusage zu verstehen. Ergibt die Vertragsauslegung hingegen, dass der Versprechende ohne Einschränkung für den Erfolgseintritt einstehen wollte (HS2), liegt eine Leistungsgarantie (Erfolgszusage) vor; vgl *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 880a Rz 2.

³³⁴ ZB hatte der Bauträger auch Haftung für Mängel an der Fassade (welche durch Dritte zu verantworten waren) versprochen; vgl OLG Wien; vgl OLG Wien 29.03.2012, 1 R 194/11y.

an einen gültigen Vertrag knüpft.³³⁵ Zu klären ist daher, ob (sofern keine Zustimmung der anderen Miteigentümer bei Vertragsunterfertigung vorliegt) eine anfängliche Unmöglichkeit („geradezu unmöglich“) im Sinne einer rechtlichen Unmöglichkeit vorliegt.³³⁶ Eine rechtliche Unmöglichkeit wird sehr restriktiv interpretiert. Rechtlich unmöglich sind Versprechen, deren Erfüllung die Rechtsordnung nicht bloß verbietet, sondern schon der Art nach nicht kennt.³³⁷

Zur Klärung dieser Frage – Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes - dürften wohl die Grundsätze zum Verkauf fremder Sachen analog herangezogen werden. Hier wird in der überwiegenden Lehre³³⁸ der Verkauf einer fremden Sache jedoch gewährleistungspflichtig erklärt³³⁹, da ein gültiger Vertrag vorliegt. Wenn dies für den Verkauf einer fremden Sache gilt, dann muss wohl auch hinsichtlich des Haftungsversprechens an der gemeinschaftlichen Sache von einer Gültigkeit ausgegangen werden. Daher ist auch der Rechtsprechung³⁴⁰ zu folgen, wonach dem Käufer das gesamte Deckungs- bzw Verbesserungskapital zugesprochen wurde.

Dass Mängelbeseitigungsmaßnahmen an der gemeinschaftlichen Sache, welche nicht durch die dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechte gedeckt sind, der Zustimmung der anderen bedürfen, erscheint außer Diskussion. Da derartige Mängelbeseitigungsarbeiten der ordentlichen Verwaltung im Sinne des § 28 WEG Abs 1 Z 1 zuzuordnen sein dürften, erscheint die Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer als ausreichend.

³³⁵ Vgl *Bollenberger* in KBB⁴ § 878 Rz 2.

³³⁶ Zur Differenzierung zwischen „geradezu unmöglich“ und „bloß schlicht unmöglich“ vgl zB *Dullinger*, Bürgerliches Recht II⁴, Rz 3/47.

³³⁷ Vgl zur anfänglichen Unmöglichkeit *Bollenberger* in KBB⁴ § 878 Rz 1.

³³⁸ Vgl zB *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 8; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 828 Rz 1.

³³⁹ Nach einer Rechtsansicht handelt es sich hier um einen Fall der anfänglichen schlichten Unmöglichkeit im Sinne des § 878 ABGB. Diesfalls kommt dann die Geltendmachung eines Vertrauensschaden in Betracht; vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 8; vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 923 Rz 11.

³⁴⁰ Vgl OGH 30.08.2005, 5 Ob 130/05m; OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h; OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w.

Von Interesse erscheint auch die Variante (These 2), wo der Bauträger nur für seine Anteile Gewähr verspricht, was im Rahmen einer Vertragsautonomie durchaus möglich ist. Wie in Pkt 2.1.4 dieser Arbeit beschrieben, bestehen neben der Verbesserung (Primäranspruch) die Preisminderung und Wandlung (sekundäre Behelfe) als Gewährleistungsbehelfe zur Verfügung.³⁴¹ Da der Bauträger im vorliegenden Fall nur eine anteilige Gewährleistung verspricht, scheidet eine Verbesserung in Form der „Reparatur“ aus. Es kann nur das anteilige Deckungs- bzw Verbesserungskapital begehrt werden.

Einen aliquoten Zuspruch des Deckungs- bzw Verbesserungskapitals (was im Ergebnis der These 2 entsprechen würde) lehnt der OGH³⁴² jedoch in seiner Entscheidung vom 30.07.2013 mit der Begründung ab, dass der Bauträger bzw Verkäufer seine gegenüber den Klägern bestehenden vertraglichen Verpflichtungen endgültig auf die Eigentümergemeinschaft abwälzen könnte. Hinsichtlich der Begründung verweist der OGH auf die Feststellungen der Entscheidung des OLG Wien³⁴³.

An dieser Stelle wäre zu klären, ob es sich hier um einen allgemeinen Rechtssatz des OGH handeln kann. Betrachtet man den zugrunde liegenden Sachverhalt, dass einerseits alle restlichen Wohnungseigentümer ihre Ansprüche abgetreten haben (und zudem auch den Mängelbeseitigungsarbeiten an den allgemeinen Teilen des Hauses zugestimmt haben) und andererseits nur das Deckungskapital für Mängelbeseitigungen der Wohnungseigentumseinheiten (samt direkt damit verbundener allgemeiner Teile der Liegenschaft (Feuchtigkeitsisolierungen/Horizontalabdichtung³⁴⁴) betroffen haben, kann dies nicht abschließend abgeleitet werden.

³⁴¹ Vgl *Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 2.

³⁴² Vgl OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w; In diesem Zusammenhang verweist der OGH auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes vgl OLG Wien 29.03.2012, 1 R 194/11y.

³⁴³ Vgl OLG Wien 29.03.2012, 1 R 194/11y.

³⁴⁴ Bisher sind (soweit ersichtlich) drei Entscheidungen zur Zubau-/Aufstockungsvariante ergangen und liegen diesen Entscheidungen hinsichtlich der Schäden (Feuchtigkeitsschäden wegen fehlender Isolierung) fast identische Sachverhalte zugrunde; vgl OGH 30.08.2005, 5 Ob 130/05m; OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h; OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w.

These 1 kann aber durchaus mit dieser oa Rechtsprechung in Einklang gebracht werden. Zudem dürfte sich die Frage einer Aliquotierung gar nicht stellen, da das OLG Wien³⁴⁵ richtigerweise ausführt, dass sowohl grammatikalisch als auch nach dem erkennbaren Sinn der Formulierung der Kaufverträge eine Beschränkung auf eine bloß anteilmäßige Einstandspflicht nicht ableitbar ist.

In einem weiteren Schritt ist daher zu klären, inwieweit These 2 (Folge der Aliquotierung) mit dem Gewährleistungsrecht in Einklang zu bringen ist, welches in seiner Grundintention auf die Herstellung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung abstellt.³⁴⁶ Das OLG Wien³⁴⁷ vertritt in seiner Entscheidung vom 13.02.2005 die Auffassung, dass bei einer Aliquotierung (Abwälzung der Sanierungskosten) das Wesen des Gewährleistungsrechtes verkannt würde. Dem ist zu entgegnen, dass bei einer anteiligen Haftung an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft (These 2), insbesondere aus systematischen Überlegungen keine Verletzung des Gewährleistungsrechtes erkennbar ist, da gerade mit der Sonderregelung des § 37 Abs 4 WEG³⁴⁸ durch den Gesetzgeber eine Regelung eingeführt wurde³⁴⁹, welche einer aliquoten Haftung des Wohnungseigentumsorganisationsorgans entspricht.³⁵⁰ Zudem ist davon auszugehen, dass bei einer anteiligen versprochenen Haftung des Bauträgers auch keine Verletzung der Schutznormen des § 38 WEG und § 9 KSchG vorliegen dürfte.

Auf den ersten Blick erscheint These 2 nicht mit dem „Rechtsatz“ des OGH³⁵¹ im Einklang. Doch gilt es zu bedenken, dass bei allen (hier angeführten) Entscheidungen des OGH Haftung des Bauträgers für die gemeinsame Sache versprochen wurde und daher die Zulässigkeit der These 2 nicht auszuschließen wäre.

³⁴⁵ Vgl OLG Wien 16.02.2005, 2 R 257/04k.

³⁴⁶ Vgl *Bydlinski* in KBB⁴ § 922 Rz 2.

³⁴⁷ Vgl OLG Wien 16.02.2005, 2 R 257/04k.

³⁴⁸ Zur typisierten Gewährleistungsregelung des § 37 Abs 4 WEG vgl RIS-Justiz RS0130865; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 41; *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20; OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

³⁴⁹ Den Sinn dieser Regelung sieht der Gesetzgeber in einem Ausgleich der „Übermacht“ des Wohnungseigentumsorganisationsorgans gegenüber dem Wohnungseigentümer; vgl Abschnitt 3.3.2.

³⁵⁰ Vgl den folgenden Abschnitt dieser Arbeit.

³⁵¹ Vgl OGH 30.07.2013, 2 Ob 123/12w

Werden die restlichen Wohnungseigentümer im Rahmen der ordentlichen Verwaltung mit anteiligen Sanierungskosten belastet, erscheint ein Ausgleich gegenüber dem Bauträger im Rahmen des Bereicherungsrechtes denkbar (was im nächsten Punkt ausführlich diskutiert wird).

3.2.3 Rechtsbehelfe

§ 932 AGB regelt die Rechtsbehelfe des Übernehmers einer mangelhaften Leistung. Hier sind folgende Rechte des Übernehmers angeführt³⁵²:

- Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden),
 - Austausch,
 - angemessene Entgeltminderung (Preisminderung)
- und
- Vertragsaufhebung (Wandlung);

Bei der Wahl der Gewährleistungsbehelfe kommt nur die Verbesserung und die Preisminderung (Geldersatz³⁵³) in Frage. Das Erfüllungsinteresse bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug oder -verweigerung des Schuldners umfasst nach der Rechtsprechung³⁵⁴ die anteiligen Kosten der Verbesserung. Eine Wandlung ist nur gemeinsam mit dem Wohnungseigentumsobjekt möglich.

3.2.4 Fristen

Zu dieser Frage, wie lange Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar sind, vertritt *Call*³⁵⁵ die Meinung, dass der

³⁵² Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/86.

³⁵³ Vgl Pkt 2.2.3 dieser Arbeit.

³⁵⁴ Vgl zB OGH 24.03.2010, 3 Ob 267/09z.

³⁵⁵ Vgl *Call*, wobl 2006, 69 ff.

Verjährungsbeginn mit dem Zeitpunkt anzusetzen sei, zu dem der/die Wohnungseigentumsorganisator/en sukzessives, neues Wohnungseigentum mit so vielen Wohnungseigentumsbewerbern/Wohnungseigentümern begründet hat/haben, dass die einfache Anteilsmehrheit sämtlicher Mindestanteile der Liegenschaft erreicht wird.

Dieser Rechtsauffassung von *Call* erteilte der OGH³⁵⁶ in seiner Entscheidung vom 31.10.2010 eine klare Absage. Begründet wurde diese unter Hinweis auf die gegenteiligen Meinungen von *Dirnbacher*³⁵⁷ und *Prader*³⁵⁸, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung zum Beginn der Gewährleistungsfrist – die Ablieferung der Sache - besteht. Andererseits würde die Argumentation einer Beschlussfassung der Mehrheit der Wohnungseigentümer zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Bauträger die Regelung des § 24 Abs 3 WEG übersehen. Demnach würde dem Bauträger kein Stimmrecht zustehen, wenn Gegenstand der Beschlussfassung ein Rechtsstreit mit ihm oder einer ihm nahestehenden Person wäre.³⁵⁹ Dies ist wohl nur von Relevanz, wenn der Eigentümergemeinschaft die individuellen Ansprüche abgetreten wurden, wobei diese Abtretung (als Konsensualvertrag) der Zustimmung mittels eines Mehrheitsbeschlusses bedarf.³⁶⁰ Konsequenterweise aber dürfte dem Bauträger bei dieser Abstimmung kein Stimmrecht zustehen. Somit dürfte der Ausschluss des Stimmrechtes nach § 24 Abs 3 WEG daher nicht nur die Frage des Gewährleistungsbehelfes, sondern auch die Entscheidung, ob eine Abtretung angenommen wird, von Relevanz sein.

3.2.5 Bereicherungsrechtliche Überlegungen

Das Bereicherungsrecht sanktioniert ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen. Es wird jedoch nicht auf den Nachteil des Verkürzten abgestellt, sondern auf den

³⁵⁶ Vgl OGH 31.10.2010, 5 Ob 69/10y.

³⁵⁷ Vgl *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2006, 184.

³⁵⁸ Vgl *Prader*, WEG 2002^{4.06} § 18 Anm 3.

³⁵⁹ Vgl Pkt 3.2.2 dieser Arbeit.

³⁶⁰ Vgl *Beer/Vospornik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 41; *Terlitzka*, wobl 2013, 166; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 102.

rechtsgrundlosen Vorteil des Bereicherten. So kann auch ein Bereicherungsanspruch zustehen, wenn der Entreicherte keinen Nachteil erlitten hat.

Das österreichische Zivilrecht hat kein systematisches Bereicherungsrecht, es kennt nur einzelne Rückforderungsklagen. Grundsätzlich lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. Dies ist einerseits die Vermögensverschiebung aufgrund einer Leistung des Verkürzten (Leistungskonditionen) und andererseits die Bereicherung auf andere Weise (Verwendungsanspruch).³⁶¹

Für die weiteren Überlegungen ist daher an erster Stelle zu klären, welche Tatbestände hier grundsätzlich in Frage kommen können.

§ 1431 ABGB regelt die irrtümliche Erbringung einer nicht geschuldeten Leistung. Hier kann der Irrende seine Leistung zurück fordern. Kann die Sache nicht mehr zurückgefordert werden, so ist ein angemessener Wertersatz zu leisten.³⁶²

Für die Zwecke der Arbeit erscheint diese Regelung von geringer Bedeutung und wird daher nicht weiter betrachtet.

Von Relevanz erscheint jedoch die Bestimmung des § 1432 ABGB. Demnach können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, eben so wenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, dass er sie nicht schuldig ist.³⁶³

Obwohl diese Regelung nur von „Zahlungen“ spricht, geht die Lehre davon aus, dass allgemein die „Erfüllung“ der versprochenen Leistung gemeint ist.

Werden Naturobligationen erfüllt, dann ist eine Rückforderung nicht zulässig. Lediglich im Falle eines Zwanges (Drucksituation) steht dem Leistenden nach hM eine Rückforderung offen.³⁶⁴

³⁶¹ Vgl *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴ Rz 15/1ff.

³⁶² Vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1431 Rz 1ff.

³⁶³ Vgl *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴ Rz 15/5f.

³⁶⁴ Vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1431 Rz 6.

Wurde der Vertrag wegen einer Leistungsstörung, wie z. B. nachträgliche Unmöglichkeit, Verzug, Wandlung infolge einer mangelhaften Leistung, oder aus anderen Gründen wie Eintritt einer auflösenden Bedingung rückgängig gemacht, so ist der Empfänger nicht mehr berechtigt die Leistung zu behalten (*condictio causa finita*).³⁶⁵

Dieser Tatbestand ist in der Praxis zwar von praktischer Relevanz, in Hinblick auf die Themengestaltung dieser Arbeit erscheint die Regelung jedoch nicht von Bedeutung. Dies gilt auch für die *condictio sine causa* gemäß § 877 ABGB.³⁶⁶ Diese regelt die Rückforderung infolge der Aufhebung des Vertrages aus Mangel der Einwilligung.³⁶⁷

Von Interesse für diese Arbeit erscheinen jedoch die Regelungen über den Verwendungsanspruch. Beruht die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auf keiner Leistung des Verkürzten an den Bereicherten, sondern erfolgt sie durch sonstige Verwendung einer Sache zum Nutzen eines anderen, so kommt die Regelung des § 1041 ABGB³⁶⁸ zur Anwendung bzw unter speziellen Voraussetzungen § 1042 ABGB³⁶⁹.

Der wirtschaftliche Unterschied zwischen diesen Verwendungsansprüchen liegt darin, dass nach § 1041 ABGB dem Bereicherten ein weiterer Vermögenswert zugeflossen ist, während nach § 1042 ABGB dem Bereicherten eine Verbindlichkeit abgenommen wurde.³⁷⁰

³⁶⁵ Vgl *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴ Rz 15/9.

³⁶⁶ § 877 ABGB: Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vortheile erhalten hat.

³⁶⁷ Dies gilt auch für die nach § 1174 ABGB bestimmten Ausnahmen des § 877 ABGB. Demnach kann nicht zurückgefordert werden, was zur Begehung einer unerlaubten Handlung gegeben wurde (z. B. Mordlohn, Prostitutionslohn, Geschenke an außereheliche Geliebte), ebenso wenig Verluste bei verbotenen Glücksspielen. Andere Leistungen, die in Erfüllung eines nichtigen Vertrags erbracht wurden, können normalerweise zurückgefordert werden, z. B. das bei einer Erpressung bezahlte Lösegeld oder auch das Schweigegeld bei Offenbarwerden eines Geheimnisses.

³⁶⁸ § 1041 ABGB: Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist; kann der Eigenthümer sie in Natur, oder, wenn dieß nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.

³⁶⁹ § 1042 ABGB: Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.

³⁷⁰ Vgl Stanzl in Klang² IV/1 909.

Die Lehre³⁷¹ geht davon aus, dass „Aufwand für einen anderen“ jede vermögenswerte Leistung ist, die der Verkürzte aus eigenen Mitteln erbringt.³⁷² Der Vorteil des Schuldners liegt in der Befreiung³⁷³ – im Erlöschen – seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger, an den der Verkürzte geleistet hat. Vorausgesetzt wird, dass der andere „nach dem Gesetz“ zur Tötigung des Aufwandes verpflichtet ist.³⁷⁴ Diese Voraussetzung erscheint jedenfalls gegeben.

§ 1042 ABGB kommt aber dann nicht zur Anwendung, wenn die Vermögensverschiebung in einem Rechtsverhältnis zwischen dem Verkürzten und dem Bereicherten einen ausreichenden Rechtsgrund hat oder sonst durch das Gesetz gerechtfertigt oder geregelt ist. Außerdem scheidet die Anwendung des § 1042 ABGB immer dann aus, wenn der Aufwand durch ein Vertragsverhältnis zwischen dem Aufwendenden und dem Empfänger gerechtfertigt war³⁷⁵, so, wenn der Verpflichtete infolge einer eigenen Rechtspflicht, insbesondere Vertragspflicht an den Dritten zu leisten hatte.³⁷⁶ Die Lehre bezeichnet dies als Subsidiarität oder ergänzende Funktion.³⁷⁷

Eine durchaus interessante Frage aus bereicherungsrechtlicher Sicht ergibt sich, wenn der Unternehmer im Rahmen seiner Gewährleistungs- bzw Schadenersatzverpflichtung Verbesserungen an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft vornimmt, aber individuellen Ansprüche einzelner Wohnungseigentümer bereits erloschen sind oder sich in Naturalobligation umgewandelt haben.

³⁷¹ Vgl *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1432 Rz 2; Vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1432 Rz 5.

³⁷² Das Wesen des Anspruchs nach § 1042 ABGB ist es, dass jemand (ein anderer, der Bereicherte,) aus dem Rechtsgut des Eigentümers (des Verkürzten, des Verletzten,) ohne Rechtsgrund einen Vorteil zieht; der Vorteil fließt dem Berechtigten aber nicht unmittelbar, sondern durch Abnahme einer Last durch eine Leistung des Verkürzten an eine Mittelsperson (den Berechtigten, Dritten), an die nach dem Gesetz der Bereicherte zu leisten hatte zu; vgl RIS-Justiz RS0019908.

³⁷³ Endgültig oder vorläufig!; vgl *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1042 Rz 3.

³⁷⁴ Nach *Koziol* fallen jedenfalls darunter auch Beitragspflichten von Miteigentümern. § 1042 ABGB ist auch bei Erfüllung fremder Vertragspflichten anwendbar; vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1041 Rz 2.

³⁷⁵ Ausführlich zur Anwendung im dreipersonalen Verhältnis vgl *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1442 Rz 8 und § 1441 Rz 12ff.

³⁷⁶ Vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1041 Rz 3; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1042 Rz 3; RIS-Justiz RS0028050; RIS-Justiz RS0104150.

³⁷⁷ Vgl zB *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 1041 ABGB Rz 10. *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1042 Rz 2; *Koziol* in *KBB*⁴ § 1041 Rz 3; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1041 Rz 5.

Beim Erfüllungsanspruch aus dem Titel der Verbesserung an allgemeinen Teilen des Hauses geht die Rechtsprechung von einem Gesamtanspruch aus.³⁷⁸ Sind Ansprüche von Wohnungseigentümern bereits erloschen bzw haben sich deren Ansprüche bereits in Naturobligationen umgewandelt, kann dann wohl nicht mehr von der Fiktion eines Gesamthandanspruches hinsichtlich des Erfüllungsinteresses ausgegangen werden.

Werden vom Bauträger (freiwillig) Verbesserungen vorgenommen, so dürfte es auch unumstritten sein, dass hier Miteigentümer, dessen Ansprüche bereits erloschen sind bzw jene, bei denen sich die Ansprüche bereits in Naturobligationen umgewandelt haben, bevorteilt werden. Da in ständiger Rechtsprechung der aliquote Ersatz des Deckungskapitals^{379, 380} als Ausgleichsfunktion der alle Wohnungseigentümer treffenden Last im Sinn des § 32 WEG 2002³⁸¹ gesehen wird³⁸², kann hier wohl eine Verbesserung als Anwendungsfall des § 1042 ABGB gesehen werden. Durch die Verbesserung ersparen sich diese Wohnungseigentümer ja die Last nach § 32 WEG. Diesfalls schließt *Prader*³⁸³ Bereicherungsansprüche des Bauträgers nicht aus.

Würden dem Bauträger hier anteilige Forderungen aus dem Titel „Bereicherung“ verwehrt, so würde dies den Bauträger (wie aus der nachfolgenden Abbildung 8 ersichtlich ist) benachteiligen. Dies würde zur irrigen Konsequenz führen, dass aus wirtschaftlichen

³⁷⁸ *Hochleitner/Pittl* gehen von einer Gesamthandforderung aus; vgl *Hochleitner/Pittl*, wobl 2015, 258.

³⁷⁹ Vgl RIS-Justiz RS0013214.

³⁸⁰ Vgl *Beer/Vospornik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 39; *Eggmeier/Schmolke* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 848 Rz 2; *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 890 Rz 58f; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 890 Rz 6; *Parapatis* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 848 Rz 5; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 828 Rz 14 u § 848 Rz 4; *Tanczos/Schoditsch*, *ecolex* 2011, 504ff.

³⁸¹ Nach § 32 Abs 1 WEG sind die Aufwendungen für die Liegenschaft einschließlich der Beiträge zur Rücklage von den Wohnungseigentümern nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile bei Ende der Abrechnungsperiode zutragen; vgl zB *Reßler* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 32 Rz 1.

³⁸² Sie müssen diesfalls die Behebungskosten (entweder über die bereits bestehende Rücklage oder über speziell vorgeschriebene Reparaturkostenbeiträge) endgültig selbst tragen. Zu den Sondervorschreibungen nach § 32 WEG vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG⁴ § 32 Rz 62a.

³⁸³ Vgl *Prader*, WEG 2002^{4.06} § 18 Anm 3.

Überlegungen kein Bauträger mehr verbessern würde, sondern im Zuge einer an ihn gerichteten Geldleistungsklage „nur“ die anteiligen Behebungskosten zu bezahlen hätte.

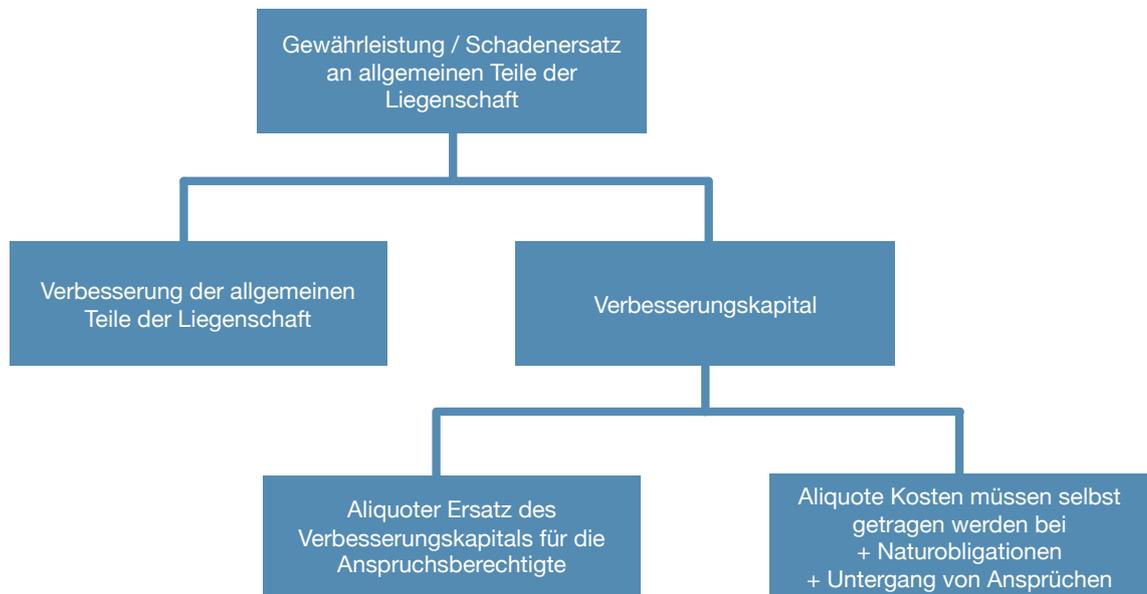


Abbildung 8: Unterschiedliche wirtschaftliche Konsequenzen bei Verbesserung und Geltendmachung von Verbesserungskapital

Die Folge wäre eine Aushöhlung des Gewährleistungsrechtes, was sowohl aus systematischen als auch teleologischen Überlegungen abzulehnen ist.

Zu betrachten ist auch, ob im Falle einer Verbesserung des Bauträgers Ansprüche gegen jene Wohnungseigentümer, deren Ansprüche sich in Naturobligationen umgewandelt haben, nach § 1432 ABGB bestehen können, da „freiwillig“ geleistet wurde.³⁸⁴ Diese Norm geht ja grundsätzlich davon aus, dass Naturalobligationen nicht eingeklagt werden können und somit eine Rechtfertigung für die Vermögensverschiebung begründen, weshalb auch ein Irrtum des Leistenden über die Unklagbarkeit keine Rückforderbarkeit nach § 1431 bewirkt. Diese Norm kennt jedoch auch Ausnahmen. So können Zahlungen

³⁸⁴ Vgl. *Mader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴, § 1432 Rz 2; *Leupold* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1432 ABGB Rz 2; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1432 Rz 1; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1432 Rz 3.

(Erfüllung)³⁸⁵ bei Druck und Zwang zurückgefordert werden.³⁸⁶ Da durch die Unteilbarkeit der Sache (Gesamthandschuld) nur eine Erfüllung als Ganzes erfolgen kann, dürfte hier wohl auch von einer Rückforderbarkeit auszugehen sein. Zudem dürfte von einer Konkurrenz zwischen der Kondiktion des § 1432 und dem Verwendungsanspruch nach § 1042 auszugehen sein.³⁸⁷

Bei der Zubau-/Aufstockungsvariante führt der OGH³⁸⁸ in seiner Entscheidung vom 30.08.2005 aus, dass von einer Bereicherung der Wohnungseigentümergeinschaft schon deshalb nicht gesprochen werden kann, da sich der Beklagte als Bauträger und Wohnungseigentumsorganisator zur Übergabe generalsanierter Wohnungen verpflichtet hat. Die Arbeiten zur Mängelbeseitigung würden lediglich der Herstellung des versprochenen Zustandes dienen.³⁸⁹

Zudem erachtet der OGH³⁹⁰ eine Bereicherung anderer Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft hinsichtlich der sie treffenden Erhaltungspflichten an allgemeinen Teilen der Liegenschaft als zulässig, weil die Vertragspflicht gegenüber Dritten (Wohnungseigentümer, denen sanierte Wohnungen versprochen wurden) besteht.

³⁸⁵ Auch die Erfüllung ist unter dem Tatbestand des § 1432 ABGB erfasst; vgl *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1432 Rz 1.

³⁸⁶ Vgl *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1432 Rz 1; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1432 Rz 4.

³⁸⁷ Schurr sieht eine Konkurrenz zwischen der Kondiktion § 1431 und dem Verwendungsanspruch nach § 1042, daher auch hier analog; vgl *Schurr in Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1042 Rz 2.

³⁸⁸ OGH 30.08.2005, 5 Ob 130/05m.

³⁸⁹ In seiner Entscheidung vom 13.07.2007 führt der OGH aus, dass wenn nur den Klägern der Anspruch auf Herstellung des bedungenen Zustands vertraglich zusteht, es keine Gefahr widersprüchlicher Rechtsausübung durch andere, mit inhaltsgleichen Ansprüchen ausgestattete Wohnungseigentümer, gibt. Daher würde auch keinem anderen Wohnungseigentümer anteilig ein solches Verbesserungskapital zustehen und ist dieses nicht zwischen allen Mit- und Wohnungseigentümern aufzuteilen.

Gleichfalls schränkt der OGH ein, dass die Beklagte die sie prozessual treffende Verpflichtung nicht erfüllt, zu behaupten und nachzuweisen, dass die Kläger sich bei Umwandlung ihres Vertragserfüllungsanspruchs in das Deckungskapital deshalb eine anteilige Kürzung gefallen lassen müssten, weil die Beklagte dieses Deckungskapital auch allen übrigen Mit- und Wohnungseigentümern der Liegenschaft schulde; vgl OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h.

³⁹⁰ Vgl OGH 13.07.2007, 5 Ob 293/06h.

Der OGH sieht hier wohl einen Ausschlussgrund des § 1042 ABGB, da der Bauträger infolge einer eigenen Rechtspflicht (insbesondere Vertragspflicht) zu leisten hatte.³⁹¹ Dieser Argumentation des OGH ist wohl für die Fälle, wo den Käufern das gesamte Deckungs- bzw Verbesserungskapitals zugesprochen wurde (These 1 des vorherigen Abschnittes dieser Arbeit), vorbehaltlos zuzustimmen.

Anders dürfte wohl der Fall der Aliquotierung des Deckungs- bzw Verbesserungskapitals gesehen werden (These 2 des vorangehenden Abschnittes dieser Arbeit). Hier werden die restlichen Wohnungseigentümer – falls gegenüber dem Bauträger keine Ansprüche bestehen - im Rahmen der ordentlichen Verwaltung mit anteiligen Sanierungskosten belastet. Hier wäre dann – wie auch das OLG Wien³⁹² in seiner Entscheidung vom 29.03.2012 argumentiert - der Bauträger zweifelsohne bereichert. Daher wäre im Rahmen des Bereicherungsrechtes ein Ausgleich nach § 1042 ABGB durchaus gerechtfertigt. Sachgerecht wäre hier jedoch, dass sich jene Wohnungseigentümer, welche durch anteilige Sanierungskosten belastet wurden, die an der gemeinsamen Sache werterhöhenden baulichen Tätigkeiten anteilig anrechnen lassen müssen.³⁹³

Abschließend darf noch angeführt werden, dass sich durchaus auch Bereicherungsansprüche des Bauträgers gegen die Wohnungseigentumsgemeinschaft (im Abtretungsfalle) ergeben können, da der Anspruch auf Verbesserungs- bzw Deckungskapital ein Bruttoanspruch (inkl Ust) ist, die Wohnungseigentumsgemeinschaft jedoch im Falle der Ersatzvornahme zu einem Vorsteuerabzug berechtigt ist.³⁹⁴

³⁹¹ Vgl *Koziol* in *KBB*⁴ § 1041 Rz 3; *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴, § 1042 Rz 3; RIS-Justiz RS0028050; RIS-Justiz RS0104150.

³⁹² Vgl OLG Wien 29.03.2012, 1 R 194/11y.

³⁹³ ZB führen Sanierungsmaßnahmen des Bauträgers wie Erneuerung Heizung, Dach etc. zu einer Werterhöhung der sonstigen Wohnungseigentumseinheiten.

³⁹⁴ Vgl OLG Wien 29.03.2012, 1 R 194/11y; RIS-Justiz RS0037844; RIS-Justiz RS0037867.

3.3 Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Bauträger aus Mängeln an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Althaus

3.3.1 Einleitende Anmerkungen (Schwaiger)

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit den Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Altbau (Sonderbestimmung des § 37 Abs 4 WEG). Auch für die folgenden Ausführungen zum Althaus gilt, dass die gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Grundlagen für Wohnungseigentumsobjekte und Ausführungen zu den allgemeinen Teilen des Hauses Geltung haben (und auch nebeneinander bestehen). In diesem Zusammenhang wird auf die zusammenfassende Abbildung 13 verwiesen.

3.3.2 Gesetzliche Schutzmechanismen des § 37 Abs 4 WEG (Schwaiger)

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator zu schützen ist, weil der Bewerber oftmals rechtlich unerfahren ist und auch die Problematik des Miteigentums an einem Gebäude mit hohem Instandsetzungsaufwand wirtschaftlich nicht abzuschätzen weiß.³⁹⁵ Die Schutzmechanismen regeln jedoch nur die bedungenen Eigenschaften der allgemeinen Teile des Hauses. Diese Schutzregelung ist nicht auf Verträge zwischen Verbraucher und Unternehmer beschränkt.³⁹⁶

Die Spezialnorm des § 37 Abs 4 WEG normiert zwei alternative Schutzmechanismen. Dies ist einerseits die Gutachtensvariante. Hier soll dem Wohnungseigentumsbewerber vor Augen geführt werden, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen in absehbarer Zeit zu rechnen ist.³⁹⁷ Für diesen im Gutachten beschriebenen Bauzustand – welche nach dem

³⁹⁵ Vgl *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 159.

³⁹⁶ Vgl OGH 11.01.2005, 5 Ob 159/04z.

³⁹⁷ D.h. insbesondere, dass das Gutachten auch die Kosten für allfällige zukünftige Instandhaltungsarbeiten ausweisen muss; vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 40.

Wortlaut des Gesetzes in den Vertrag einzubeziehen ist – hat der Wohnungseigentumsorganisator Gewähr zu leisten.³⁹⁸

Wählt der Organisator die „Gesetzesvariante“, d.h. wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen, so gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Hier trifft den Wohnungseigentumsorganisator die Rechtsfolge einer strengen, gesetzlich typisierten Gewährleistungspflicht.³⁹⁹

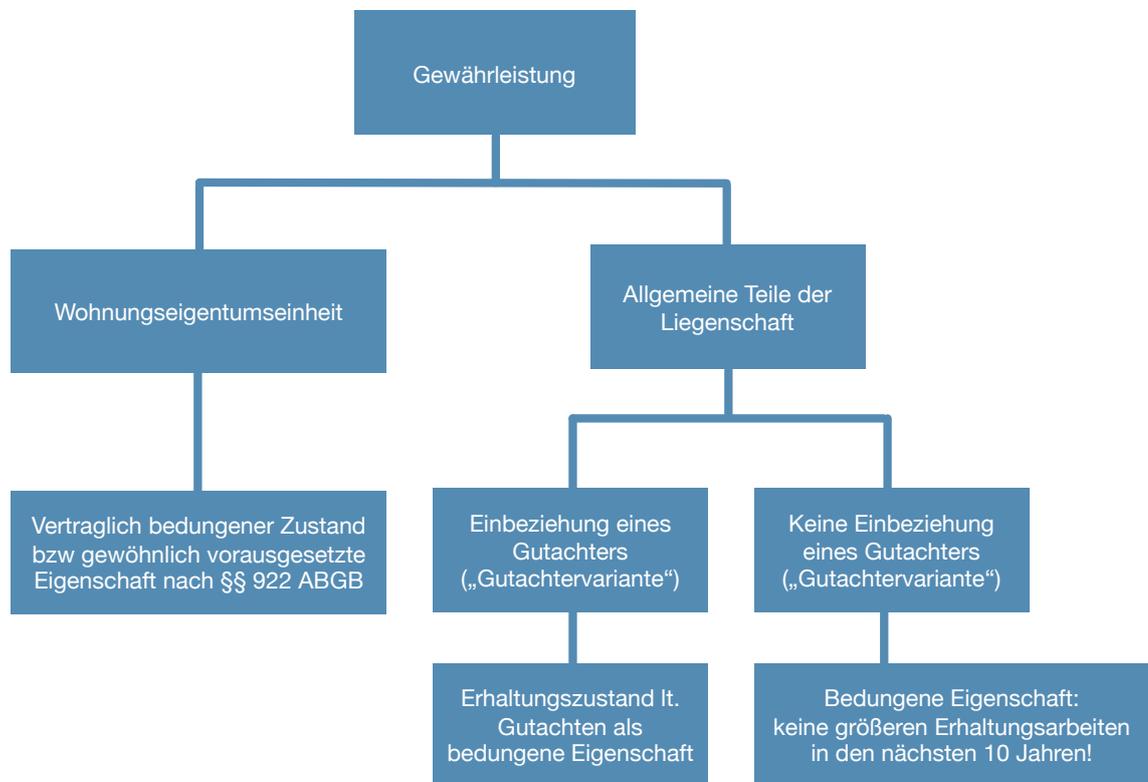


Abbildung 9: Gewährleistungsdifferenzierungen Wohnungseigentumseinheit und allgemeine Teile der Liegenschaft

Aus der Abbildung 9 geht auch das modifizierte Gewährleistungssystem für Wohnungseigentumseinheiten im Althaus hervor. Die Spezialnorm des § 37 Abs 4 WEG gilt nur für die allgemeinen Teile des Hauses. Für die Wohnungseigentumseinheiten selbst gelten die

³⁹⁸ Vgl. *Dirnbacher*, WEG 2002, 278.

³⁹⁹ Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 41 ff.

allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ABGB, wobei hier – insbesondere aufgrund des Schutzcharakters der Regelungen der §§ 37 WEG und in Hinblick der Entscheidung des OGH⁴⁰⁰ vom 26.04.2016 - von einer Geltung der Schutzbestimmung des § 38 Abs 1 Z 4 auszugehen sein wird.

3.3.3 Interpretation der Tatbestandsmerkmale (Pircher)

3.3.3.1 Wohnungseigentumsorganisatoren und Wohnungseigentumsbewerber

Zu den Begriffsbestimmungen wird auf Pkt 2.3.2.1 dieser Arbeit verwiesen. Ergänzend wird an dieser Stelle auf die Rechtsprechung⁴⁰¹ hingewiesen, wonach die Stellung "Wohnungseigentumsbewerber" für eine Person, deren Wohnungseigentum bereits verbüchert, deren Wohnung aber noch nicht übergeben ist, bejaht wurde.⁴⁰²

3.3.3.2 „Althaus“

Die Sonderregelung des § 37 Abs 4 WEG 2002 bezieht sich auf das „Althaus“ und stellt auf dessen Baubewilligung, die im Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, ab.⁴⁰³

Hintergrund der mit dem 3. WÄG eingeführten Vorgängerregelung des § 23 Abs 3 WEG 1975 war ein - vor allem im Wiener Raum - massives Auftreten von Althausverwertungsfirmen. Diese kauften vornehmlich bewohnte Substandardhäuser günstig auf, versuchten die vermieteten Wohnungen möglichst rasch freizubekommen („Mieterterror“), um sie anschließend um teures Geld als (künftige) Eigentumswohnungen zu verkaufen. Der Gesetzgeber hatte also das typische Wiener Zinshaus vor Augen.

⁴⁰⁰ Vgl OGH 26.04.2016, 6 Ob 56/16b.

⁴⁰¹ Vgl RIS-Justiz RS0083182

⁴⁰² Zur Rechtsfortwirkung vgl Pkt 3.3.6 dieser Arbeit.

⁴⁰³ Zum Begriff „Haus“ vgl Pkt 3.1.3 dieser Arbeit.

Zur Frage, auf welche Baubewilligung im Falle einer nachträglichen Aufstockung bzw einem nachträglichen Zubau abzustellen ist, hat weder der Gesetzgeber in den Materialien noch die Rechtsprechung Stellung genommen.

In Hinblick auf den Schutzcharakter des § 37 Abs 4 WEG 2002 wird wohl eine gesplittete Betrachtungsweise zulässig sein. Grundsätzlich dürfte auf die seinerzeitige Baubewilligung abzielen sein (der Bewerber erwirbt ja auch Miteigentum an den „alten“ allgemeinen Teile der Liegenschaft). Wurden im Zuge der Baumaßnahmen auch die allgemeinen Teile der Liegenschaft erneuert/saniert, so dürfte für die Teile die Baubewilligung der Aufstockung bzw des Zubaus heranzuziehen sein.

*Dirnbacher*⁴⁰⁴ sieht im Tatbestandsmerkmal der Baubewilligung (welche älter als 20 Jahre ist) eine Schaffung eines „dynamischen Althausbegriffes“, da insbesondere bei größeren Gebäuden die Baubewilligung ein paar Jahre vor der Benützungsbewilligung liegen kann. *Call*⁴⁰⁵ geht ebenfalls von einem dynamischen Althausbegriff aus.

Es dürfte aber außer Diskussion stehen, dass einerseits die Bauvorschriften massiv verstärkt wurden und andererseits auch ein technischer Fortschritt stattgefunden hat.⁴⁰⁶ Das zum Zeitpunkt der Erlassung der Schutzregelung des § 37 Abs 4 WEG betrachtete Althaus hat nichts mehr mit einem Gebäude zu tun, welches heute ein Alter von 20 Jahren hat. Derart ist daher die Frage berechtigt, ob aufgrund des Funktionswandels⁴⁰⁷ diese Bestimmung derart teleologisch zu reduzieren wäre, dass als Althäuser nur jene Gebäude zu werten sind, welche zum Zeitpunkt der Erlassung der Sonderbestimmung des § 37 Abs 4 WEG älter als 20 Jahre waren.⁴⁰⁸ Die Erlassung einer identen Bestimmung wie die Regelung des § 37 Abs 4 WEG durch den Gesetzgeber zum heutigen Zeitpunkt erscheint unwahrscheinlich.

⁴⁰⁴ Vgl *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2009, 439.

⁴⁰⁵ „Dies in der Erkenntnis, dass auch Wohnungseigentumsanlagen der 60er und 70er Jahre bei flüchtiger Bauweise oder infolge damals anspruchsloser Bauvorschriften heute bereits Althäuser und vielfach daher größere Erhaltungsarbeiten erfordern.“; vgl *Call*, ImmZ 1997, 340.

⁴⁰⁶ So hat sich zB die technische Lebensdauer von Dachisolierung verdoppelt!

⁴⁰⁷ Vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 20; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 207 ff; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 6, 7 Rz 112 ff.

⁴⁰⁸ Auch eine Anlehnung an die Althausdefinition des MRG kommt in Betracht.

Doch auch hier wäre zudem eine gesplittete Betrachtungsweise vonnöten.⁴⁰⁹

3.3.3.3 „absehbare Zeit“

Bei diesem Tatbestandsmerkmal handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff. Die hL geht hier von einem Zeitraum von 10 Jahren aus.⁴¹⁰ Dies wird einerseits systematisch mit der in § 18 MRG angeführten Frist argumentiert,⁴¹¹ andererseits wird argumentiert, dass sich die 10 Jahre aus dem § 37 Abs 4 WEG 2002 selbst ergeben, da bei beiden Schutzmechanismen im Wesentlichen vom gleichen Schutzstandard auszugehen sein wird.⁴¹²

3.3.3.4 Abgrenzung von „größerer“ Erhaltung, Instandhaltung und Wartung

3.3.3.5 Allgemein

Für Begriffe Wartung, Erhaltung und Instandhaltung lassen sich wohnrechtlich keine Legaldefinitionen finden.

Vom Wortlaut her und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dürfte wohl der Begriff des „Erhaltens“ iS von „konservieren“ bzw „dafür Sorge tragen, dass etwas im selben Zustand weiterbesteht“, zu verstehen sein.⁴¹³

⁴⁰⁹ Auch im MRG ist eine gesplittete Betrachtungsweise zu finden. So gelten zB für nachträglich ausgebaute Dachböden oder nachträgliche Zubauten nach § 1 Abs 4 MRG nur der Teilgelungsbereich des MRG!

⁴¹⁰ Vgl zB *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2009, 439; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 40. *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 37 WEG Rz 4 ff.

⁴¹¹ Vgl *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 161.

⁴¹² Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 40.

⁴¹³ Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 8.

Nach dem üblichen Sprachgebrauch werden die Begriffe „Erhaltung“, „Instandhaltung“ und „Wartung“ als Synonyme verwendet.⁴¹⁴

*Kothbauer*⁴¹⁵ erkennt zwar die Schwierigkeit der Abgrenzung im Detail, das dahinterliegende Konzept wäre jedoch durchaus klar. Bei diesem Konzept bedarf es bei der „*Erhaltung/Instandhaltung*“ das Vorhandenseins eines Mangels im Sinne einer Reparaturbedürftigkeit, welcher eine Einschränkung der Funktionsfähigkeit bzw. Brauchbarkeit oder zumindest Schadensgeneigntheit bedingt. Dagegen dient die „*Wartung*“ der Aufrechterhaltung eines gebrauchsfähigen Zustandes. Hier liegt eine Einschränkung der Funktionsfähigkeit noch nicht vor.⁴¹⁶

Diese Begrifflichkeiten sind eng mit den Tatbestandsmerkmalen „Mietgegenstand (Wohnungseigentumsobjekt)“ und „allgemeine Teile des Hauses“ verbunden. So ergeben sich grundsätzlich folgende Wertepaare:

- Erhaltung – allgemeine Teile des Hauses
- Wartung / Instandhaltung – Mietgegenstand (Wohnungseigentumsobjekte)

Systematisch ist die *Erhaltung* des Vermieters in § 3 MRG geregelt⁴¹⁷. Gemäß dem allgemein gehaltenen Abs 1 hat der Vermieter nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass das Haus, die Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner des Hauses dienenden Anlagen im jeweils ortsüblichen Standard erhalten und erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Bewohner beseitigt werden. In Abs 2 wird taxativ normiert, welche Erhaltungsmaßnahmen durch den Vermieter zu erfolgen haben.

⁴¹⁴ Obwohl nach dem üblichen Sprachgebrauch die Begriffe „*Instandhaltung*“ und „*Wartung*“ als Synonyme gesehen werden können; <https://www.duden.de/rechtschreibung/Instandhaltung> 04.02.2018.

⁴¹⁵ Vgl *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht 10.

⁴¹⁶ Sinngemäß zur Instandhaltung und Wartung vgl *Böhm* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar² § 8 MRG Rz 23.

⁴¹⁷ Auch die Überschrift dieses Paragraphen lautet „Erhaltung“!

Dagegen regelt § 8 MRG die *Instandhaltung* und *Wartung* des Mieters für den Mietgegenstand und die für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen, wie im Besonderen die Lichtleitungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs-, Beheizungs- (einschließlich von zentralen Wärmeversorgungsanlagen) und sanitären Anlagen.

Offensichtlich wollte der Gesetzgeber (wie aus dem Normtext hervorgeht) zwischen diesen Begriffen bewusst differenzieren, weshalb davon auszugehen sein dürfte, dass sich inhaltlich die „Erhaltung“ von der „Instandhaltung“ sowie von der „Wartung“ unterscheidet.

Nun vermag der erste Eindruck entstehen, dass es sich bei diesen gegensätzlichen Pflichten um Komplementäre handelt und diese Meinung lässt sich auch vereinzelt in der Lehre⁴¹⁸ finden.

Nach *Hausmann/Riss*⁴¹⁹ war diese Auffassung auf die Wohnungsnot unmittelbar nach dem Ende der Kriegswirren zurückzuführen und lässt sich daher nicht weiter aufrechterhalten.

Im Ergebnis besteht demnach im Vollenwendungsbereich für Erhaltungsarbeiten, die weder von den Vermieterpflichten nach § 3 noch von den Mieterpflichten nach § 8 erfasst sind, ein gesetzlich ungeregelter Bereich, der in der Lehre als „Regelungsvakuum“ oder auch als „Graubereich“ bezeichnet wird.⁴²⁰

Nach § 28 Abs 1 WEG gehört zu den Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft auch die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft im Sinne des § 3 MRG. Nicht nur der Erhaltungsbegriff, sondern auch der Gegenstand dieser Erhaltung bestimmt sich somit nach den mietrechtlichen Grundsätzen des § 3 MRG.

Eine teleologische Reduktion des Erhaltungsbegriffes des WEG gegenüber dem WEG erscheint jedoch angebracht, da die Kosten der Brauchbarmachung von

⁴¹⁸ Vgl *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters, 267 f.

⁴¹⁹ Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 6g.

⁴²⁰ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 14.

Wohnungseigentumsobjekten nicht zu den Erhaltungsarbeiten des WEG zählen.⁴²¹ Dies gilt auch für die Beseitigung einer vom Wohnungseigentumsobjekt ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefährdung.⁴²²

Sinngemäß korrespondieren auch die Instandhaltungs- und Wartungspflichten des Wohnungseigentümers an dem Wohnungseigentumsobjekt und der dafür bestimmten Einrichtungen, insbesondere die Strom-, Gas- und Wasserleitungen sowie die Beheizungs- und sanitären Anlagen, nach § 16 Abs 3 mit jenen nach § 8 Abs 1 MRG (wie aus der nachfolgenden Abbildung 10 ersichtlich ist).

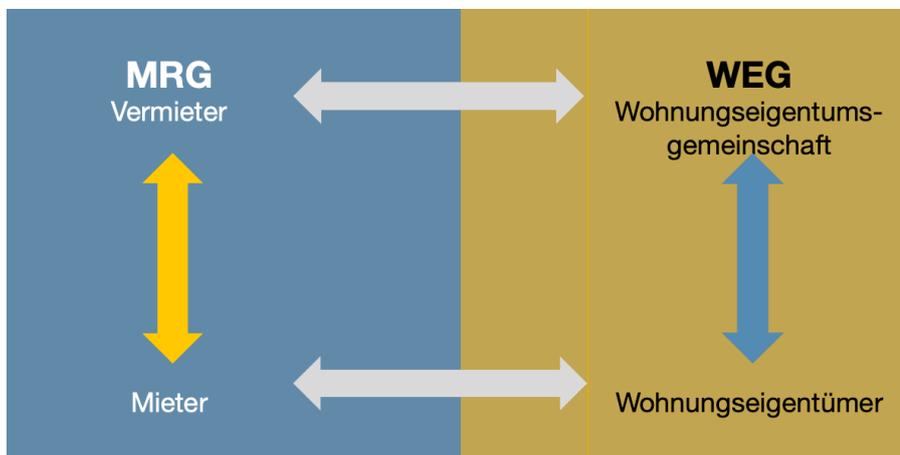


Abbildung 10: Zusammenhang MRG und WEG

3.3.3.6 *Wartung*

Der Begriff „Wartung“ findet sich einerseits in der Regelung des § 8 MRG. Andererseits findet sich dieser Begriff (neben der Anführung bei den Betriebskosten zu den Messvorrichtungen)⁴²³ bei den Aufwendungen zur Hausbetreuung der allgemeinen Teile des

⁴²¹ Vgl. *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 132; OGH 12.06.1996, 5 Ob 2114/96k.

⁴²² Diese Bestimmung wurde mit der WRN 2006 (BGBl I 2006/124) eingeführt!

⁴²³ Im Sinne des § 21 Abs 1a MRG: „...die Eichung, Wartung und Ablesung von Meßvorrichtungen zur Verbrauchsermittlung im Sinn des § 17 Abs. 1a“;

Hauses⁴²⁴. Nach der Grundsystematik des MRG hat der Mieter einerseits die Kosten der Wartung für den Mietgegenstand und andererseits die (anteiligen) Wartungskosten für die allgemeinen Teile des Hauses und Gemeinschaftsanlagen⁴²⁵ zu tragen.⁴²⁶

Den Ausführungen von *Vonkilch*⁴²⁷ ist zuzustimmen, dass die durchaus schwierige Abgrenzung zwischen Wartung und Instandhaltung nach § 8 MRG wertungsmäßig mit der gleichfalls schwierigen Abgrenzung von Betriebskosten für nicht in einem bestimmten Mietgegenstand befindliche Gemeinschaftsanlagen von den Erhaltungsarbeiten nach § 3 Abs 2 Z 3 MRG korrespondiert.

Nach Lehre⁴²⁸ und Rechtsprechung⁴²⁹ sind unter Wartung regelmäßige Maßnahmen zu verstehen, die die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Zustandes⁴³⁰ und der Betriebsbereitschaft sowie der Sicherheit der Anlage oder des Geräts gewährleisten.⁴³¹

*Böhm*⁴³² führt aus, dass die Wartung in technischer Sicht der Erhaltung der Funktionsfähigkeit und damit der Abwehr von Nachteilen bzw Schäden dient. Schlechte Wartung stellt für den Vermieter daher stets einen Nachteil dar, da die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes erhöht wird.

⁴²⁴ § 23 Abs 1 MRG: „Die Hausbetreuung umfasst die Reinhaltung und Wartung jener Räume des Hauses, die von allen oder mehreren Hausbewohnern benützt werden können, solcher Flächen und Anlagen der Liegenschaft und der in die Betreuungspflicht des...“.

⁴²⁵ Das MRG kennt nur diese Klassifikationen!

⁴²⁶ Nach *Vonkilch* ist die (geringfügigere) Wartungspflicht für den Bereich seines Bestandgegenstandes ausschließlich dem Mieter aufzuerlegen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf allgemeine Teile des Hauses bzw Gemeinschaftsanlagen; vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 9.

⁴²⁷ Zu denen auch Service- und Wartungskosten zählen und die gemäß § 24 MRG auf die Mieter überwälzbar sind; vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 9.

⁴²⁸ Vgl *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht 10; *Böhm* in *Schwimmann*, ABGB² § 8 MRG Rz 23; *Lenk*, immolex 2007, 301.

⁴²⁹ Vgl LGZ Wien R 115/06z MietSlg 58/30; OGH 16.05.2002, 6 Ob 42/02y.

⁴³⁰ Hier liegt eine Einschränkung der Funktionsfähigkeit noch nicht vor; vgl *Böhm* in *Schwimmann*, ABGB² § 8 MRG Rz 23.

⁴³¹ Nach den Grundsatzentscheidungen 7 Ob 78/06f und 1 Ob 241/06g wurde auf der Ebene der Sozialpartner versucht, eine gesetzliche Klarstellung der Erhaltungs- und Wartungspflichten zu finden. Hier erfolgte auch eine Einigung hinsichtlich des Begriffes „Wartung“. **Unter Wartung ist etwa die Pflege, Reinigung, Justierung und Prüfung auf Funktionstüchtigkeit in angemessenen Abständen zu verstehen.** Dieser Gesetzesentwurf wurde jedoch nicht beschlossen; vgl *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht 10.

⁴³² Vgl *Böhm* in *Schwimmann*, ABGB² § 8 MRG Rz 24.

Die Beurteilung des Umfangs und der Intensität der Wartung kann daher nur nach objektiven technischen Kriterien erfolgen, d.h. die Wartung soll der Vermeidung oder Verzögerung der Abnutzung der betreffenden Geräte oder Anlagen dienen.

Inhaltlich erscheint dies noch nicht befriedigend, daher dürfte *Prader*⁴³³ zu folgen sein, der zur Präzisierung der Wartungspflichten auf Herstellervorschriften und öffentlich-rechtliche Vorschriften verweist.

Abzulehnen dürften aber Einzelmeinungen in der Lehre⁴³⁴ sein, dass Wartungspflichten des Mieters ausschließlich auf solche Arbeiten zu beschränken sind, die derselbe selbst vornehmen kann.

Als gangbare Lösung erscheint aber der Ansatz von *Prader*⁴³⁵, der die Verpflichtung zum Warten grundsätzlich dahingehend teleologisch reduzieren will, dass Wartungspflichten nur dann bestehen, wenn der Mieter (Durchschnittsmieter) dazu aus Eigenem in der Lage ist, es sei denn, das Beiziehen von Fachleuten liegt in der Natur der ex lege vorgegebenen Wartungspflicht, wie eben bei den Wärmebereitungsgeräten. In Hinblick auf diese Ausführungen ist auch davon auszugehen, dass bei dem beschriebenen Umfang und bei der beschriebenen Intensität der Wartungsarbeiten das Tatbestandsmerkmal der Nachteilsabwehr § 8 MRG erfüllt sein dürfte.⁴³⁶

⁴³³ Vgl *Prader*, wobl 2015, 97.

⁴³⁴ *Hausmann* führt zu § 23 MRG aus, dass unter „Wartung“ einfache, durch eine Person ohne besondere Ausbildung und ohne spezielle Hilfsmittel durchführbare Tätigkeiten zur Erhaltung des Hauses und seiner Einrichtungen in ihrem bestehenden Zustand zu verstehen sind; vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 23 Rz 5.

Diese Definition vermag wohl im Bereich der Hausbetreuung noch zutreffen, für den Bereich der Wartung der Gemeinschaftsanlagen und auch für andere Wartungsarbeiten im Sinne des § 21 MRG erscheint diese Definition allerdings zu eng gefasst. Gerade hier erfolgen notwendigerweise Wartungsarbeiten durch entsprechendes Fachpersonal. So wird die Wartung an Lifтанlagen zB den laufenden Kosten des Betriebes zugerechnet; vgl LGZ Wien 22.3.1988, 48 R 25/88; zudem erscheint der Begriff „Erhaltung“ nicht schlüssig, da ja begrifflich zwischen „Erhaltung“ und „Wartung“ zu unterscheiden ist.

⁴³⁵ Vgl *Prader*, wobl 2015, 97.

⁴³⁶ Ansatzweise vgl auch *Böhm* in *Schwimmann*, ABGB² § 8 MRG Rz 23

Nach der Rechtsprechung^{437, 438} sind die Wartungspflichten des Mieters am Bestandobjekt und an seinen Leitungen grundsätzlich auf Pflege, Service, Einstellung, Reinigung, Behebung von Undichtheit und dgl beschränkt.

Die Wartung beinhaltet beispielsweise

- die Pflege⁴³⁹,
- den Service, die Einstellung⁴⁴⁰ und die Kontrolle⁴⁴¹,
- das Schmieren sämtlicher beweglicher Teile⁴⁴²,
- die funktionserhaltende Reinigung⁴⁴³,
- die Behebung von Verkalkungen⁴⁴⁴,
- die Behebung von Undichtheiten oder den Austausch von Dichtungen, wenn diese porös oder schadhaft geworden sind⁴⁴⁵,
- die Einstellung des Gerätes⁴⁴⁶ sowie
- insbesondere die Kontrolle der Funktionstüchtigkeit in regelmäßigen Abständen⁴⁴⁷.

Aus systematischen Überlegungen dürfte davon auszugehen sein, dass im Wohnrecht inhaltlich keine Unterschiede hinsichtlich des Begriffes „Wartung“⁴⁴⁸ bestehen.

⁴³⁷ Vgl LGZ Wien 13.3.2013, 39 R 259/12w

⁴³⁸ Interessanterweise wurde entschieden, dass es sich beim Ersatz eines Wohnungsventils um eine dem Mieter obliegende Wartungsarbeit iSd § 8 MRG handelt. Im Sinne der angeführten Entscheidungen ist dies derart kritisch zu hinterfragen, ob es sich hier nicht um eine Kleinreparatur handelt (welche unter die Instandhaltungspflicht des Mieters fällt); vgl LGZ Wien 39 R 204/02t MietSlg 54.249.

⁴³⁹ Vgl LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg LVIII/30.

⁴⁴⁰ Vgl LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg LVIII/30; zur Einstellung von Fenstern; interessanterweise sehen *Würth/Zingher/Kovanyi* den Austausch der Fensterdichtungen (sowie die eben zitierte Entscheidung) als Wartungsarbeit; *Würth/Zingher/Kovanyi II*²³ § 16 WEG Rz 42; hingegen wird dieser Austausch gemäß den Materialien zur Änderung des WGG den Kleinreparaturen zugerechnet, vgl 965 BlgNR 25. Gp 5.

⁴⁴¹ Vgl LGZ Wien 41 R 94/88 MietSlg 40.397; LGZ Wien 39 R 201/12s MietSlg 65.353.

⁴⁴² Vgl OGH 31.03.1987, 5 Ob 34/87; LGZ Wien 39 R 168/01x MietSlg 53.362.

⁴⁴³ Vgl LGZ Wien 39 R 168/01x MietSlg 53.362; LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg LVIII/30.

⁴⁴⁴ Vgl *Schinnagl*, Der Mieter 2015, 14.

⁴⁴⁵ Vgl LGZ Wien 39 R 166/11t MietSlg 58.444.

⁴⁴⁶ Vgl LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg LVIII/30.

⁴⁴⁷ Vgl LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg LVIII/30.

⁴⁴⁸ Als Wartung im Sinne des § 8 MRG oder der Wartung als Betriebskosten oder Anteil an den besonderen Aufwendungen.

Hinsichtlich des Umfangs und der Intensität der Wartungsarbeiten an den allgemeinen Teilen des Hauses und Gemeinschaftsanlagen dürfte neben technischen Erfordernissen wohl auf das Kriterium der Angemessenheit abzustellen sein.⁴⁴⁹

3.3.3.7 Instandhaltung

Der 2. Satz des § 8 Abs 1 MRG enthält eine Vorschrift über die Pflicht des Mieters zur Instandhaltung des Mietgegenstandes und der für diesen bestimmten Einrichtungen, zu denen vom Gesetzgeber im Besonderen die Lichtleitungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs-, Beheizungs- (einschließlich von zentralen Wärmeversorgungsanlagen) und sanitären Anlagen gezählt werden. Nach *Vonkilch*⁴⁵⁰ (dem zuzustimmen sein dürfte) wirft diese im Wesentlichen an § 13 Abs 3 S 1 WEG 1975 angelehnte Bestimmung eine Fülle von Auslegungsproblemen auf.

Anzuführen ist, dass die nach § 8 Abs 1 Satz 2 MRG normierte Pflicht des Mieters zur Instandhaltung⁴⁵¹ trotz des diesbezüglich nicht eindeutigen Wortlautes dahingehend zu verstehen, dass diese hinter die zwingenden Erhaltungspflichten des Vermieters gemäß § 3 MRG jedenfalls zurücktritt.⁴⁵²

Diese Instandhaltung des Mieters unterliegt mehreren Einschränkungen. So obliegt dem Mieter keine Instandhaltung im Mietgegenstand, sofern es sich bei diesen Arbeiten um die Behebung von ernsten Schäden des Hauses oder um die Beseitigung einer erheblichen Gesundheitsgefährdung⁴⁵³ handelt.

⁴⁴⁹ Vgl zB OGH 16.05.2006, 5 Ob 99/06d.

⁴⁵⁰ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 11a.

⁴⁵¹ Mit der WRN 2015 wurde die Erhaltungspflicht von Heizthermen, Warmwasserboilern und sonstigen Wärmebereitungsgeräten in den einzelnen Mietobjekten in den Erhaltungspflichtenkatalog aufgenommen werden (Z 2a). Nur der Vollständigkeit halber sei im Kontext des § 8 MRG – und zwar zu seinem Abs. 1 – erwähnt, dass nach dieser Gesetzesstelle – soweit nicht ausnahmsweise zu Gunsten des Mieters davon abweichende vertragliche Vereinbarungen getroffen wurden – nach wie vor den Mieter die Pflicht zur Wartung von Heizthermen, Warmwasserboilern und sonstiger Wärmebereitungsgeräte trifft; vgl 352 der Beilagen XXV. GP 6.

⁴⁵² ZB *Wirth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ § 8 MRG Rz 7; OGH 13.03.2014, 5 Ob 230/13 d.

⁴⁵³ Diesbezüglich wird auf die Ausführungen unter Punkt 3.3.3.9 verwiesen.

Beim Tatbestandsmerkmal des ernststen Schadens des Hauses handelt es sich um eine Kategorie, die aus der Vorgängerbestimmung des § 6 Abs 1 MG übernommen wurde und einen „besonders wertungsgeladenen Rechtsbegriff“ darstellt.⁴⁵⁴

Einerseits lässt sich eine Umschreibung finden, dass ein ernster Schaden dann vorliegt, wenn „die Bausubstanz des Hauses angegriffen oder bedroht ist“.⁴⁵⁵ Andere Formulierungen stellen darauf ab, ob das Objekt infolge seines Erhaltungszustandes „zum bedungenen Gebrauch nicht mehr verwendbar“ ist oder ob „einem Menschen die Benützung des betreffenden Raumes nach der Verkehrsauffassung nicht mehr zugemutet werden kann“.⁴⁵⁶

Eine weitere Einschränkung erfährt die Instandhaltungspflicht (und auch die Wartungsverpflichtung) des Mieters dadurch, dass die Vornahme dieser Maßnahmen zur Vermeidung von „Nachteilen“ der übrigen Mieter und des Vermieters notwendig sein muss.

Welche „Nachteile“ des Vermieters und der übrigen Mieter diese Bestimmung der Nachteilsabwehr im Detail vor Augen hat, die zu vermeiden der Mieter durch entsprechende Wartung und Instandhaltung verpflichtet ist, scheint jedoch nicht restlos klar.⁴⁵⁷ Die Rechtsprechung zu diesem Thema – soweit ersichtlich – ist sehr dürftig. Die hL⁴⁵⁸ geht jedoch davon aus, dass die Instandhaltungspflicht (und Wartungspflicht) des Mieters nicht zu überspannen ist.

Dies dürfte auch durch das dahinterliegende Wertungssystem zu erklären sein, da diese Instandhaltungsarbeiten primär dem Vermieter als Eigentümer des Bestandobjektes

⁴⁵⁴ Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 15a.

⁴⁵⁵ Vgl OGH 17.12.2012, 5 Ob 148/12v.

⁴⁵⁶ Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 15a.

⁴⁵⁷ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 10.

⁴⁵⁸ Vgl *Böhm* in *Schwimann*, ABGB² § 8 MRG Rz 32; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 10; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Taschenkommentar³ § 1090 ABGB Rz 50;

zugutekommen.⁴⁵⁹ Dementsprechend wird von der Instandhaltungspflicht des Mieters der Ersatz eines defekt gewordenen Gerätes durch ein neues idR nicht erfasst sein.⁴⁶⁰

3.3.3.8 *Bagatellreparaturen (Kleinreparaturen) nach § 1096 ABGB im Rahmen der Instandhaltungsverpflichtung?*

Nach einhelliger hL und auch Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass nach der Verkehrssitte zu § 1096 ABGB der Bestandnehmer geringfügige Ausbesserungen (Kleinst- bzw Bagatellreparaturen) generell selbst zu tragen hat.

Zur Frage, welche Maßnahmen als Kleinstreparaturen zu verstehen sind, führt *Lovrek*⁴⁶¹ aus, dass der durch die WGG-Novelle 2016 geschaffene Begriff der „Bagatellreparaturen“ herangezogen werden kann. Aus den Materialien geht hervor, dass darunter Reparaturen und Ausbesserungen zu verstehen sind, die typischerweise vom Mieter leichter und kostengünstiger durchgeführt werden können. Das Einstufungskriterium, dass solche Reparaturen vom Mieter selbst (ohne Beiziehung von Professionisten) durchgeführt werden können, begründet der Gesetzgeber mit geringeren Transaktionskosten (keine übermäßige Belastung der EVB-Töpfe).⁴⁶²

In Hinblick auf die in der WGG-Novelle geschaffenen Legaldefinitionen der „Bagatellreparaturen“⁴⁶³ erscheint es jedoch von Interesse, inwieweit diese Kleinreparaturen in der Instandhaltungspflicht des Mieters nach § 8 MRG Deckung finden.⁴⁶⁴

Aus systematischen Überlegungen dürfte davon auszugehen sein, dass auch im Vollgeltungsbereich der Mieter für Kleinreparaturen Sorge zu tragen hat. Wenn schon im Rahmen eines Äquivalenzsystems mit freier Mietzinsbildung (und umfangreichen

⁴⁵⁹ Vgl *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht, 29.

⁴⁶⁰ Vgl *Böhm* in *Schwimann*, ABGB² § 8 MRG Rz 32; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 8 Rz 10.

⁴⁶¹ Vgl *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 11.

⁴⁶² 895 BlgNR 25 Gp. 6.

⁴⁶³ Die Begriffe Klein-, Kleinst- und Bagatellreparaturen werden synonym verwendet.

⁴⁶⁴ *Prader* wirft diese Frage schon grundsätzlich auf, ohne sie jedoch nur ansatzweise zu klären („... es können die Mieterpflichten gemäß § 8 Abs 1 MRG und Bagatellreparaturen zusammenfallen, sie müssen es aber nicht“; *Prader*, *immolex* 2016, 45.

Erhaltungspflichten des Vermieters) der Mieter für Kleinreparaturen Sorge zu tragen hat, so dürfte dies auch für ein Äquivalenzsystem Geltung haben⁴⁶⁵, wo insbesondere aufgrund von Mietzinsbeschränkungen die Erhaltungspflichten des Vermieters (und Überbindung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter) gesetzlich eingeschränkt wurden.^{466, 467}

Aus der Norm des § 14a Abs 2 Z 2b WGG geht hervor, dass der Ersatz von Beleuchtungsmitteln, die Vornahme von Bagatellreparaturen⁴⁶⁸ sowie die Erhaltung von Malerei und Tapeten nicht der Bauvereinigung obliegt. Die Beseitigung normaler Abnützungen der sonstigen Innenflächen des Miet- oder sonstigen Nutzungsgegenstandes (wie insbesondere Bodenbelag und Verfliesung) obliegt der Bauvereinigung nur dann, wenn deren Brauchbarkeit wesentlich beeinträchtigt ist.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu schließen, dass die Erhaltung von Malerei und Tapeten sowie die Beseitigung normaler Abnützungen der sonstigen Innenflächen des Miet- oder sonstigen Nutzungsgegenstandes (wie insbesondere Bodenbelag und Verfliesung) nicht zu den Bagatellreparaturen zählen. Diese sind jedoch als Instandhaltungsarbeiten im Sinne des § 8 MRG zu sehen.⁴⁶⁹ Dies gilt auch für reine Oberflächenschäden wie Fußbodenverlegerarbeiten.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Zum Größenschluss (argumentum a maiore ad minus) vgl zB *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 6, 7 Rz 85.

⁴⁶⁶ Dem Grunde nach zustimmend im Bereich des WGG *Prader*, immolex 2016, 45; nicht vertiefend *Vonkilch*, wobl 2016, 279.

⁴⁶⁷ Auch wenn hL und Rechtsprechung davon ausgehen, dass eine subsidiäre Geltung des § 1096 ABGB in der Spezialnorm des MRG ausgeschlossen ist, dürfte jedoch eine Übernahme der Kleinreparaturen nach der Verkehrssitte nicht ausgeschlossen sein; vgl zB Vgl *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 6d; OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i; § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB gilt aber - als von § 3 MRG unberührt - auch im Vollenwendungsbereich des MRG, sodass der Vermieter dem Mieter für die gesamte Vertragsdauer grundsätzlich die Verschaffung des ordnungsgemäßen Gebrauchs schuldet; vgl OGH 24.03.2009, Ob 17/09z RIS-Justiz RS0021326.

⁴⁶⁸ Eine gesetzliche Verpflichtung zur Tragung dieser Reparaturen durch den Mieter wurde nicht statuiert; vgl *Vonkilch*, wobl 2016, 278; *Prader*, immolex 2016, 45.

⁴⁶⁹ In seiner Entscheidung vom 18.3.2013 führt das LGZ Graz aus, dass kleinere Ausbesserungen des Verputzes, wie sie bei Malerarbeiten und Tapezierarbeiten oder bei Einrichtung der Wohnung durchaus üblich sind, dem Mieter obliegen; vgl LGZ Graz 7 R 141/12z MietSlg 65.192.

⁴⁷⁰ Vgl LGZ Wien 41 R 104/07h MietSlg 59.146.

In den Materialien werden als Kleinreparaturen der Austausch eines defekten Duschkopfs oder einer Dichtung an einem Wasserhahn, das Ersetzen eines zerbrochenen Lichtschalters, das Auswechseln des Filters einer Wohnraumlüftung oder das Auswechseln einer Dichtung⁴⁷¹ am inneren Fensterflügel von Holzkastenfenstern genannt.⁴⁷² Hinsichtlich der Dichtungen bei den Holzfenstern wurde auch eine Instandhaltungsverpflichtung des Mieters nach § 8 MRG bejaht.

Nach *Pesek/Nademleinsky*⁴⁷³ zählen der Ersatz eines Dampfanzugfilters, einer Glühbirne, der Dichtung eines tropfenden Wasserhahnes, eines Schwimmers im WC-Spülkasten oder eines Duschschlauches zu den Kleinreparaturen.

Aus der vorliegenden Rechtsprechung (welche in Einklang mit den in den Materialien zum WGG-Novelle 2016 genannten Beispiele der Kleinreparaturen zu sehen sind) dürfte durchaus geschlossen werden, dass Kleinreparaturen als Bestandteil einer Instandhaltungspflicht des Mieters nach § 8 MRG gesehen werden können.

3.3.3.9 „größere“ Erhaltung

Nach § 3 Abs 1 MRG hat der Vermieter nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass das Haus, die Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner des Hauses dienenden Anlagen im jeweils ortsüblichen Standard erhalten und erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Bewohner beseitigt werden.

Die Verpflichtung zur Erhaltung im ortsüblichen Standard wird in der hL⁴⁷⁴ als flexibler und dynamischer Erhaltungsbegriff bezeichnet.

⁴⁷¹ Dagegen verneint der OGH in seiner Entscheidung vom 18.12.2009 die Instandhaltungspflicht des Mieters für elastische Fugen in Bad, WC und Küche; OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v.

⁴⁷² Vgl 352 der Beilagen XXV. Gp 10.

⁴⁷³ Vgl *Pesek/Nademleinsky* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1090 ABGB Rz 11.

⁴⁷⁴ zB *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ § 3 MRG Rz 7.

§ 3 Abs 1 MRG kommt bei dem Abstellen auf den jeweiligen ortsüblichen Standard eine besondere Bedeutung zu, da anstelle des konstanten und daher eher primitiven Erhaltungsbegriffes des Mietengesetzes eine elastische, sich dem jeweiligen zeitlichen und örtlichen Komfortvorstellungen anpassende Obergrenze der Erhaltung normiert wird.⁴⁷⁵

Geht etwa ein Lichtschalter aus den 1950er-Jahren in die Brüche, wird man diesen nicht durch ein Modell aus jener Zeit, sondern durch ein heute gängiges und funktionell entsprechendes Fabrikat ersetzen müssen.⁴⁷⁶

Der ortsübliche Standard wird auch, aber nicht ausschließlich an den geltenden Bauvorschriften gemessen. Da es dabei nur um die interpretative Ausfüllung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs geht, wird hierfür die konkrete Anwendung der einschlägigen Bauvorschrift nicht vorausgesetzt.⁴⁷⁷

Bei der konkreten Durchführung der jeweiligen Erhaltungsmaßnahmen verbleibt dem Vermieter aber auch ein gewisser Spielraum. So hat zB der OGH in seiner Entscheidung vom 27.02.1996 zum Austausch von Holzfenstern festgehalten, dass auch Kunststofffenster dem jeweiligen ortsüblichen Standard entsprechen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit bestehen keine Bedenken dagegen, statt einer Reparatur der alten Holzfenster den annähernd gleich teuren Einbau neuer Kunststofffenster zuzulassen.⁴⁷⁸

Durch die WRN 2006 wurde zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Beseitigung erheblicher Gefahren für die Gesundheit der Bewohner des Hauses nicht nur in die Grundsatzbestimmung des § 3 Abs 1 MRG sondern auch in die Norm des § 3 Abs 2 Z 2 MRG („Beseitigung einer vom Mietgegenstand ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefahr“) eingefügt.⁴⁷⁹

Die erläuternden Bemerkungen zur WRN 2006 weisen darauf hin, dass für die Frage, an welcher Schwelle die Pflicht des Vermieters zur Gefahrenabwehr einsetzt, auf einen

⁴⁷⁵ Vgl RIS-Justiz RS0069944.

⁴⁷⁶ Vgl *Hausmann/Riss in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 8.

⁴⁷⁷ Vgl OGH 27.11.2001 5 Ob 189/01g.

⁴⁷⁸ Vgl OGH 27.2.1996, 8 Ob 15/96.

⁴⁷⁹ Vgl *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht 13

objektiven Maßstab abgestellt werden muss. Hypersensibilitäten oder Allergien eines einzelnen Bewohners sind keine ausreichende Grundlage dafür, vom Vermieter Erhaltungsmaßnahmen zu verlangen, die bei durchschnittlichem Gesundheitszustand jedenfalls entbehrlich wären. Die Überschreitung von zum Schutz der Gesundheit geschaffenen Grenzwerten – wie etwa jene für die zulässige Bleikonzentration im Trinkwasser – wird freilich als deutliches Indiz dafür gewertet werden können, dass eine erhebliche Gesundheitsgefährdung im Sinn des § 3 Abs. 2 Z 2 MRG vorliegt.

Auch wenn durch § 3 Abs 1 MRG ein „elastischer bzw dynamischer Erhaltungsbegriff“ abzuleiten ist, lässt sich daraus doch keine allgemeine laufende Modernisierungspflicht des Vermieters ableiten. Das bedeutet keine Verpflichtung zur permanenten Modernisierung der zu erhaltenden Hausteile und Anlagen, weil die Anpassung an den heutigen technischen Standard immer die Bejahung von Wirtschaftlichkeit und Dringlichkeit im Sinn einer Notwendigkeit der Arbeiten voraussetzt.⁴⁸⁰

Die jüngere Rechtsprechung⁴⁸¹ sieht im Rahmen der dynamischen Erhaltung nach § 3 MRG als Voraussetzung für die Qualifikation als Erhaltungsarbeit, dass überhaupt ein Mangel im Sinne einer Reparaturbedürftigkeit, einer Einschränkung der Funktionsfähigkeit, Brauchbarkeit oder zumindest Schadensgeneigntheit feststehen muss.⁴⁸²

Nach § 3 Abs 2 Z 4 - 6 umfasst die Erhaltung des Vermieters zudem

- die Neueinführungen oder Umgestaltungen, die kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen vorzunehmen sind, wie etwa der Anschluss an eine Wasserleitung oder an eine Kanalisierung, die Installation von geeigneten Schutzvorrichtungen für die Energieversorgung oder von Geräten zur Feststellung des individuellen Energieverbrauchs;
- die Installation von technisch geeigneten Gemeinschaftseinrichtungen zur Senkung des Energieverbrauchs oder die der Senkung des Energieverbrauchs sonst dienenden Ausgestaltungen des Hauses, von einzelnen Teilen des Hauses oder

⁴⁸⁰ Vgl OGH 26.08.2008, 5 Ob 106/08m.

⁴⁸¹ Vgl zB OGH 28.04.2009, 5 Ob 271/08a.

⁴⁸² Vgl *Hausmann/Riss in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 3 Rz 11a.

von einzelnen Mietgegenständen, wenn und insoweit die hierfür erforderlichen Kosten in einem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zum allgemeinen Erhaltungszustand des Hauses und den zu erwartenden Einsparungen stehen und

- bei Vorliegen einer nach § 17 Abs. 1a zulässigen Vereinbarung die Installation und die Miete von technisch geeigneten Messvorrichtungen zur Verbrauchsermittlung im Sinn dieser Bestimmung.

Diese Maßnahmen – obwohl diese wirtschaftlich nicht als Erhaltungsmaßnahmen anzusehen sind - wurden formal den eigentlichen Erhaltungsmaßnahmen gleichgestellt.⁴⁸³

Wie bereits angeführt schreibt § 3 Abs 1 MRG fest, dass der Vermieter die Mietobjekte und die allgemeinen Teile des Hauses "nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten" "im jeweils ortsüblichen Standard" zu erhalten und erhebliche Gesundheitsgefahren zu beseitigen hat. In Abs 2 werden die danach konkret geschuldeten Erhaltungsarbeiten auf bestimmte, taxativ aufgezählte Maßnahmen eingeschränkt.⁴⁸⁴

Diese Erhaltung umfasst⁴⁸⁵:

- die Arbeiten, die zur Erhaltung der allgemeinen Teile des Hauses erforderlich sind (Z1),
- die Arbeiten, die zur Erhaltung der Mietgegenstände des Hauses erforderlich sind, sofern es sich um die Behebung von ernsten Schäden des Hauses oder um die Beseitigung einer vom Mietgegenstand ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefährdung handelt oder wenn sie erforderlich sind, um einen zu vermietenden Mietgegenstand in brauchbarem Zustand zu übergeben (Z2);
- die Arbeiten, die zur Erhaltung von mitvermieteten Heizthermen, mitvermieteten Warmwasserboilern und sonstigen mitvermieteten Wärmebereitungsgeräten in den Mietgegenständen des Hauses erforderlich sind (Z2a)⁴⁸⁶;

⁴⁸³ ZB *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ § 3 MRG Rz 17.

⁴⁸⁴ Vgl *Riss*, wobl 2007, 237.

⁴⁸⁵ Zu den Ziffern 4 – 6 vergleiche die vorangehenden Ausführungen!

⁴⁸⁶ Im Rahmen dieser Novelle soll die Erhaltungspflicht des Vermieters um eine Aufgabe erweitert werden:

- die Arbeiten, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes von bestehenden, der gemeinsamen Benützung der Bewohner dienenden Anlagen, nötig sind (Z3).

Ob aufgrund der taxativen Aufzählung der Maßnahmen, welche als Erhaltungsarbeiten zählen, von einer Legaldefinition gesprochen werden kann, erscheint zweifelhaft.⁴⁸⁷

Zur inhaltlichen Ausgestaltung des Begriffs der „größeren“ Erhaltungsarbeiten führt *Vonkilch*⁴⁸⁸ aus, dass die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes wohl größere Schwierigkeiten mit sich bringen wird. Klar erscheint, dass der Gesetzgeber dadurch eine gewisse Begrenzung der Kostentragung für Erhaltungsmaßnahmen des Bewerbers iS einer „Bagatellgrenze“ schaffen wollte.⁴⁸⁹

*Engin-Deniz*⁴⁹⁰ führt aus, das Wort „größere“ bei „größere Erhaltungsarbeiten“ deute darauf hin, dass es wichtige Erhaltungsarbeiten sein müssten, wie beispielsweise eine Dacherneuerung oder die Neuherstellung von Versorgungsleitungen.

Der Vermieter soll künftig zur Erhaltung von im Inneren des Mietobjekts vorhandenen Heizthermen, Warmwasserboilern und sonstigen Wärmebereitungsgeräten verpflichtet sein. Die Erhaltung dieser Geräte soll nun ins Pflichtenprogramm des Vermieters aufgenommen werden, und zwar sowohl im MRG-Vollanwendungsbereich als auch bei jenen Wohnungsmietverträgen, die dem Teilanwendungsbereich des § 1 Abs. 4 MRG unterliegen. Im erstgenannten Segment wird das durch eine entsprechende Ergänzung des § 3 Abs. 2 MRG erreicht.....

Aus den im Allgemeinen Teil dieser Erläuterungen dargelegten Gründen sollen nun auch Arbeiten zur Erhaltung von Heizthermen, Warmwasserboilern und sonstigen Wärmebereitungsgeräten in den einzelnen Mietobjekten in den Erhaltungspflichtenkatalog aufgenommen werden. Ebenfalls im Allgemeinen Teil wurde schon dargelegt, weshalb sich diese Erweiterung gerade auf Wärmebereitungsgeräte beziehen soll: Einerseits ist die Reparatur bzw. der Austausch solcher Geräte im Fall eines Defekts zumeist sehr kostspielig. Und andererseits handelt es sich dabei um Einrichtungen, die für die Wohnbarkeit oder sonstige Benutzbarkeit des Mietobjekts zumeist von unverzichtbarer Bedeutung sind. Jedenfalls in den Wintermonaten kann eine Wohnung und in der Regel auch eine Geschäftsräumlichkeit ohne Heizung nicht widmungsgemäß gebraucht werden. Ähnliches gilt im Fall einer Wohnung für die Warmwasserbereitung: zeitgemäßes Wohnen setzt die Verfügbarkeit von Warmwasser voraus. Insgesamt kommt also solchen Geräten und ihrer Erhaltung bei der Raummiete ein besonderer Stellenwert zu, der es rechtfertigt, den Mieter von der Notwendigkeit der Erhaltung dieser Geräte zu entlasten und diese Aufgabe dem Vermieter zu übertragen.

..... Aus Gründen besserer Übersichtlichkeit und Verständlichkeit wird daher die Erweiterung der Erhaltungspflicht in einer eigenen, neuen Z 2a des § 3 Abs. 2 statuiert; vgl 352 der Beilagen XXV. GP 1 u 6.

⁴⁸⁷ *Riss* geht unter Bezugnahmen auf *Call* von einer Legaldefinition aus; vgl *Riss*, wobl 2007, 239.

⁴⁸⁸ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 43.

⁴⁸⁹ Zustimmend OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁴⁹⁰ Vgl *Engin-Deniz*, BTVG² § 23 WEG Rz 2.

*Call*⁴⁹¹ geht unter Verweis auf § 6 Abs 2 MietenG 1922 von Arbeiten aus, die in größeren als einjährigen Abständen wiederkehren, wie beispielsweise Dacherneuerung, Neuherstellung der Versorgungsleitungen, Ausmalen des Stiegenhauses oder Generalüberholung der Heizungsanlage.

Ein Teil der Lehre⁴⁹² ist der Meinung, dass sich die Auslegung an Entscheidungen des § 18 MRG⁴⁹³ zu orientieren haben.⁴⁹⁴ *Vonkilch*⁴⁹⁵ führt aus, dass die vorgeschlagene Orientierung an § 18 Abs 1 MRG zwar methodisch durchaus korrekt erscheint, aber in der Praxis nicht hilfreich sein dürfte, da dieser Wendung in § 18 Abs 1 MRG bislang keine eigenständige praktische Bedeutung zugekommen sein dürfte. Im Sinne einer systematischen Interpretation würde aber eine Orientierung an den Maßstäben des § 20 Abs 2 WEG 2002 nahe liegen, sodass es sich um Erhaltungsarbeiten handeln muss, die über die laufende (jährliche) Instandhaltung hinausgehen.⁴⁹⁶

Auch in der Rechtsprechung lässt sich keine einheitliche Tendenz erkennen.

So wurden zB Arbeiten, welche insbesondere auch die Sanierung der Fassaden samt Fenstertausch, die Sanierung der undicht gewordenen Bodenaufbauten im Bereich der Loggien und die Anbringung einer Dämmung an den Zwischenwänden zwischen den Loggien, umfassten, als größere Erhaltungsarbeiten eingestuft.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ Vgl *Call*, ImmZ 1997, 343.

⁴⁹² Vgl *Ofner* in *Schwimann*, ABGB² § 23 WEG Rz 17.

⁴⁹³ Auch dort kann diese Qualifikation aber nur nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen werden; vgl OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y; eine größere Erhaltungsarbeit soll dann vorliegen, wenn die Gesamtkosten der Erhaltungsarbeit(en), welche auch die angemessenen entgangenen Habenzinsen für eigenes Kapital des Vermieters bzw die angemessenen Sollzinsen im Falle der Fremdfinanzierung sowie die erforderlichen Geldbeschaffungskosten umfassen, ein Jahreshauptmietzinsaufkommen überschreiten; vgl *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Kommentar Österreichisches Wohnrecht MRG³ § 18 Rz 16.

⁴⁹⁴ Für *Dirnbacher* ist auch eine Orientierung nach § 17 Abs 1 Z 3 WEG möglich; vgl *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 160; wobei er im weiteren Schrifttum *Dirnbacher* keine diesbezüglichen Aussagen mehr trifft; vgl *Dirnbacher*, WEG 2002, 278 f.

⁴⁹⁵ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 43.

⁴⁹⁶ Nach § 20 Abs 2 WEG 2002 hat der Verwalter den Wohnungseigentümern bis spätestens zum Ende der laufenden Abrechnungsperiode eine Vorausschau zur Kenntnis zu bringen, in der die in *absehbarer Zeit notwendigen, über die laufende Instandhaltung hinausgehenden Erhaltungsarbeiten* und die in Aussicht genommenen Verbesserungsarbeiten, die dafür erforderlichen Beiträge zur Rücklage, sowie die sonst vorhersehbaren Aufwendungen, vor allem die Bewirtschaftungskosten und die sich daraus ergebenden Vorauszahlungen bekannt zu geben.

⁴⁹⁷ Vgl OGH 23.01.2017, 5 Ob 181/16b.

Im Zusammenhang zur Frage der Zulässigkeit eines Bauüberwachungszuschlages (WGG) hat der OGH⁴⁹⁸ angeführt, dass, soweit Art und Umfang der durchzuführenden Erhaltungsarbeiten eine fachliche Bauaufsicht erforderten, es sich um größere Erhaltungsarbeiten handeln würde.

In seiner Entscheidung vom 28.06.2018 stellt der OGH⁴⁹⁹ jedoch klar, dass grundsätzlich die Beurteilung, ob Erhaltungsarbeiten „größer“ sind, nur nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen werden kann.

Anzumerken ist, dass Verbesserungsarbeiten jedenfalls nicht zu den größeren Erhaltungsarbeiten zählen dürften. "Verbesserungsarbeit" strebt ja an, aus dem bestehenden Zustand einen besseren, vorteilhafteren, aus verschiedenen Gründen positiver bewerteten zu machen, auch wenn der gegenwärtige Zustand nicht mangelhaft erscheint. Dies kann nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung aller im Einzelfall die Erreichung dieses Zustandes fördernden oder hindernden Umstände beurteilt werden.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Vgl OGH 15.10.1985, 5 Ob 52/85.

⁴⁹⁹ Vgl OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁵⁰⁰ Ergibt die Abwägung der mit einer konkreten Maßnahme verbundenen Vorteile und Nachteile unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein Überwiegen der Vorteile, so liegt eine Verbesserungsarbeit vor, die der Mieter beziehungsweise Nutzungsberechtigte nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG zu dulden hat, ohne dass eine weitere Interessenabwägung zu erfolgen hätte. Die Duldungspflicht des Mieters ist nicht davon abhängig, dass der Vermieter die bestmögliche Verbesserung durchführt, sondern dass er überhaupt eine Verbesserungsarbeit durchführt. Die Auswahl der Verbesserungsarbeiten bleibt im Rahmen der dargestellten Beurteilungsgesichtspunkte dem Vermieter vorbehalten; vgl RIS-Justiz RS0069474; RIS-Justiz RS0069443.

3.3.4 Geänderte Gewährleistungsfristen (Schwaiger)

Nach § 933 Abs 3 ABGB beträgt die Gewährleistungsfrist für unbewegliche Sachen 3 Jahre. Der Beginn dieser Frist beginnt bei Sachmängeln mit der tatsächlichen Übergabe⁵⁰¹ und bei Rechtsmängeln mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird.⁵⁰²

Im Hinblick auf die Geltendmachung von Ansprüchen im Sinne des § 37 Abs 4 WEG 2002 maßgeblichen Gewährleistungsfristen geht *Vonkilch*⁵⁰³ bei beiden Varianten von einer Modifikation der Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB aus.

Diese Modifikation ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Erstreckung der Gewährleistungsfrist bei der Zusage besonderer Eigenschaften, deren mangel-freies Vorliegen während der gesetzlichen Gewährleistungsfristen nicht überprüft werden kann.⁵⁰⁴

In diesem Fall läuft die Frist erst ab der sicheren Erkennbarkeit des Fehlens dieser Eigenschaft.⁵⁰⁵ Begründet wird dies damit, dass mit der vertraglichen Zusage einer erst später feststellbaren Eigenschaft die stillschweigende Vereinbarung verbunden ist, den Fristbeginn abweichend vom dispositiven Recht hinauszuschieben. Nach *Ofner*⁵⁰⁶ liegt die rechtsdogmatische Begründung dieses Ansatzes in einer angenommenen stillschweigenden Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Nach der Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 ist daher davon auszugehen, dass innerhalb der normierten 10-Jahresfrist der Erwerber Ansprüche stets 3 Jahre ab jenem Zeitpunkt geltend machen muss, zu dem sich für ihn die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens

⁵⁰¹ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933 Rz 9.

⁵⁰² Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴, Rz 3/121.

⁵⁰³ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 46a.

⁵⁰⁴ Vgl zB OGH 9.08.2012, 5 Ob 53/12y.

⁵⁰⁵ Vgl *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 933 Rz 9.

⁵⁰⁶ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933 Rz 10.

bzw die Erforderlichkeit von „größeren“ Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestieren.⁵⁰⁷

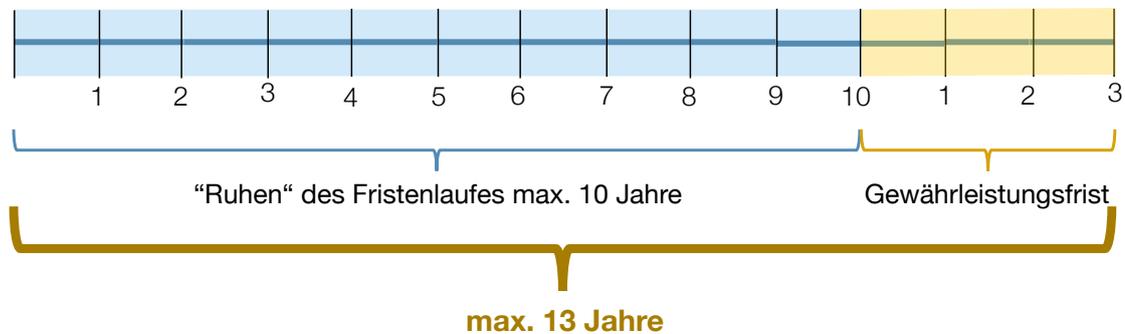


Abbildung 11: Modifikation der Gewährleistungsfristen

Nach *Kulka*⁵⁰⁸ ist zur Ermittlung dieses Zeitpunktes allerdings eine objektive Betrachtungsweise angebracht. In dem Moment, in dem sich ein bestimmter Mangel durch Einwirkungen auf die Liegenschaft manifestiert, sodass objektive Hinweise existieren, dass die Sanierung durch größere Erhaltungsarbeiten erforderlich ist, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen.

Unstrittig dürfte der Zeitpunkt jedoch sein, wenn dem Erwerber im Sinne des § 20 Abs 2 WEG 2002 durch den Verwalter eine Vorausschau zur Kenntnis zu gebracht wird, dass in absehbarer Zeit notwendige, über die laufende Instandhaltung hinausgehende Erhaltungsarbeiten erforderlich sind.

3.3.5 Inhalt des Gewährleistungsanspruches (Schwaiger)

Bei den Gewährleistungsansprüchen nach § 37 Abs 4 WEG geht die hL davon aus, dass diese Ansprüche nicht in der physischen Verbesserung, sondern im Ersatz des anteiligen Aufwandes bestehen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 46a.

⁵⁰⁸ Vgl *Kulka*, wobl 2012, 377 f.

⁵⁰⁹ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 37 WEG Rz 16.

*Vonkilch*⁵¹⁰ argumentiert dies mit dem Gesetzeszweck, welcher dem § 37 Abs 4 WEG zugrunde liegt und ist der Meinung, dass es völlig überschießend wäre, den übrigen Wohnungseigentümern ein derartiges „Trittbrettfahren“ zu ermöglichen und sie ohne weiteres ihrer Pflicht zur anteiligen Kostentragung für die fraglichen Erhaltungsmaßnahmen gemäß § 32 WEG zu entbinden.^{511, 512} Diese Tatsache würde eine Modifikation der nach allgemeinen Grundsätzen naheliegenden Rechtsfolgen dahingehend angezeigt erscheinen lassen, dass auch durch die Mechanismen des § 37 Abs 4 WEG keinesfalls eine gewährleistungsrechtliche Pflicht des Wohnungseigentumsorganisationsorgans ausgelöst werden kann, die notwendig gewordenen Erhaltungsarbeiten in vollem Umfang durchführen zu lassen. Vielmehr müsste sichergestellt sein, dass er im Ergebnis nur zur Tragung jener (anteiligen) Kosten verpflichtet wird.

*Kulka*⁵¹³ dagegen argumentiert im Sinne des § 932 Abs 2 ABGB, dass eine Verbesserung für den Organisator mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre bzw. sogar unmöglich ist, da eine physische Verbesserung auch vom Willen der Eigentumsgemeinschaft abhängt. Sinngemäß würde der Verkäufer mit einem Übergeber – welcher die Verbesserung verweigert – gleichgestellt und daher die Kosten der Ersatzvornahme zu tragen hätte. Sohin ist davon auszugehen, dass die Zahlung dieser Beträge auch als primärer Gewährleistungsbehelf im Sinne einer Verbesserung zu qualifizieren wäre.⁵¹⁴

Auch die Rechtsprechung des OGH, wonach das Erfüllungsinteresse bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug oder -verweigerung des Schuldners die anteiligen Kosten der Verbesserung umfasst, kann mit diesen Ausführungen in Einklang gebracht werden.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 44.

⁵¹¹ Auch für *Prader* wäre diesfalls eine Regressmöglichkeit des Übergebers (Wohnungseigentumsorganisationsorgans) denkbar; vgl *Prader*, WEG 2002^{4,06} § 18 Anm 3.

⁵¹² Vgl auch die Ausführungen zu These 2 in Pkt 3.2.2 und die bereicherungsrechtlichen Überlegungen dazu in Pkt 3.2.5 dieser Arbeit.

⁵¹³ Vgl *Kulka*, wobl 2012, 376.

⁵¹⁴ Wohl auch *Würth*; *Würth* in *Rummel*, ABGB³ § 37 Rz 10.

⁵¹⁵ Vgl zB OGH 24.03.2010, 3 Ob 267/09z.

Schlussendlich ist festzuhalten, dass § 37 Abs 4 Satz 3 WEG 2002 als gesetzlich typisierte Gewährleistungspflicht zu betrachten ist.⁵¹⁶

Anzumerken gilt, dass davon auszugehen ist, dass vom Bauträger nur ein entsprechender Zustand zum Zeitpunkt des jeweiligen Gefahrenüberganges zu vertreten ist. Eine nachträgliche Verschlechterung des Gebäudes löst daher keine (zusätzlichen) Gewährleistungspflichten aus.⁵¹⁷ Dies muss – dem Wesen des Gewährleistungsrechtes - sowohl für die Gutachtens- als auch für die Gesetzesvariante gelten.

3.3.6 Derivativer Eigentumserwerb (Schwaiger)

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, dass der Schutz des § 37 Abs 4 WEG dem Wohnungseigentumsbewerber im Zuge der erstmaligen Einräumung von Wohnungseigentum gewährt wird. Folglich würde der abgeleitete Verkauf von Wohnungseigentum nicht mehr unter diese Schutznorm fallen.

Diese Erwerberschutznorm kommt grundsätzlich nur vor erstmaliger Begründung von Wohnungseigentum zugunsten jenes Erwerbers zur Anwendung, dem vom Wohnungseigentumsorganisator die Begründung von Wohnungseigentum zugesichert wurde. Die Stellung als Wohnungseigentumsorganisator endet somit mit der Begründung von Wohnungseigentum.

In seiner Entscheidung vom 28.06.2018 führt der OGH⁵¹⁸ aus, dass der Gesetzgeber des WEG 2002 die Fortwirkung dieses Schutzzwecks nach der erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum insbesondere für zwei Fälle vorsehen wollte.

⁵¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0130865; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 41; *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20; OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁵¹⁷ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 43; OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁵¹⁸ Vgl OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

Zum einen, wenn Wohnungseigentum von einem Wohnungseigentumsorganisator und einem „Gründungshelfer“ iSd § 49 Abs 2 WEG 2002 begründet wurde.⁵¹⁹

Nach *Vonkilch*⁵²⁰ war durchaus umstritten, ob die Anwendung dieser Erwerberschutznorm dadurch ausgeschlossen werden kann, dass dem Erwerber nicht die (erstmalige) Wohnungseigentumsbegründung zugesagt wird, sondern ihm bereits bestehendes Wohnungseigentum in einem derartigen „Althaus“ übertragen wird, vor allem, wenn dieses mittels „Gründungshelfern“, dh Personen mit einem familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zum Verwerter der Liegenschaft begründet wurde. Der Gesetzgeber des WEG 2002 hat zu dieser Frage in den Materialien eindeutig Stellung bezogen und weist – ebenso wie dies auch schon bei § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 aufgrund allgemeiner Normzweckerwägungen durchaus naheliegend war – darauf hin, dass insbesondere die Erwerberschutznorm des § 37 Abs 4 WEG auch dann zum Tragen kommen soll, wenn WE von einem Wohnungseigentumsorganisator und einem „Gründungshelfer“ iS des § 49 Abs 2 WEG begründet wurde und dieses in weiterer Folge von einem der beiden veräußert wird.

Zum anderen wird kraft gesetzlicher Regelung diese Fortwirkung bei der Begründung von "vorläufigem Wohnungseigentum" gemäß §§ 45 ff WEG durch den bisherigen Alleineigentümer angeordnet.⁵²¹ Anknüpfungspunkt für diese "Fortwirkung" der Funktion als Wohnungseigentumsorganisator auch nach formeller Begründung von Wohnungseigentum ist die gesetzliche Bestimmung des § 49 WEG⁵²².

*Gartner*⁵²³ führt aber noch einen weiteren Fall der Fortwirkung an. Hier wurde vom OGH⁵²⁴ die Stellung als Wohnungseigentumsbewerber (und damit auch der Stellung als

⁵¹⁹ Vgl *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20.

⁵²⁰ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 38; AB 1050 BlgNR XXI. GP 12

⁵²¹ Vgl *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20.

⁵²² § 49 Abs 1 WEG: Über die Dauer des vorläufigen Wohnungseigentums hinausreichende Festlegungen des Alleineigentümers der Liegenschaft - auf welche Weise immer sie getroffen werden - über die folgenden Angelegenheiten sind unwirksam, dies insbesondere mit der Rechtsfolge, dass Miteigentumsbewerber und spätere Wohnungseigentümer daran nicht gebunden sind:

⁵²³ Vgl *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20.

⁵²⁴ Trotz bereits erfolgter Verbücherung des Wohnungseigentums behielt der Käufer eines Bauträgerobjekts (auszubauender Dachboden) die Schutzwirkungen seiner Stellung als Wohnungseigentumsbewerber so lange, bis ihm die Wohnung übergeben wurde; vgl OGH 14.09.1999 5 Ob 228/99m.

Wohnungseigentumsorganisator) auch nach erfolgter Einverleibung des Wohnungseigentums bejaht.

Zu dieser Frage, wie lange Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar sind, vertritt *Call*⁵²⁵ im Neubau die Meinung, dass der Verjährungsbeginn mit dem Zeitpunkt anzusetzen sei, zu dem der/die Wohnungseigentumsorganisator/en sukzessives, neues Wohnungseigentum mit so vielen Wohnungseigentumsbewerbern/Wohnungseigentümern begründet hat/haben, dass die einfache Anteilsmehrheit sämtlicher Mindestanteile der Liegenschaft erreicht wird.

Dieser Rechtsauffassung von *Call* erteilte der OGH⁵²⁶ in seiner Entscheidung vom 31.10.2010 im Falle eines Neubaus eine klare Absage. Begründet wurde diese unter Hinweis auf die gegenteiligen Meinungen von *Dirnbacher*⁵²⁷ und *Prader*⁵²⁸, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung zum Beginn der Gewährleistungsfrist – die Ablieferung der Sache - besteht. Andererseits würde die Argumentation einer Beschlussfassung der Mehrheit der Wohnungseigentümer zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Bauträger die Regelung des § 24 Abs 3 WEG übersehen. Demnach würde dem Bauträger kein Stimmrecht zustehen, wenn Gegenstand der Beschlussfassung ein Rechtsstreit mit ihm oder einer ihm nahestehenden Person wäre.⁵²⁹ Dies ist wohl nur von Relevanz, wenn der Eigentümergemeinschaft die individuellen Ansprüche abgetreten wurden, wobei diese Abtretung (als Konsensualvertrag) der Zustimmung mittels eines Mehrheitsbeschlusses bedarf.⁵³⁰ Konsequenterweise aber dem Bauträger bei dieser Abstimmung kein Stimmrecht zustehen dürfte. Somit dürfte der Ausschluss des Stimmrechtes nach § 24 Abs 3 WEG daher nicht nur die Frage des Gewährleistungsbehelfes, sondern auch die Entscheidung, ob eine Abtretung angenommen wird, von Relevanz sein.

⁵²⁵ Vgl *Call*, wobl 2006, 69 ff.

⁵²⁶ Vgl OGH 31.10.2010, 5 Ob 69/10y.

⁵²⁷ Vgl *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2006, 184.

⁵²⁸ Vgl *Prader*, WEG 2002^{4.06} § 18 Anm 3.

⁵²⁹ Vgl Pkt 3.2.2 dieser Arbeit.

⁵³⁰ Vgl *Beer/Vospornik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 28 WEG Rz 41; *Terlitz*, wobl 2013, 166; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 28 Rz 102.

Von der Frage, wie lange Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum im Neubau gerichtlich durchsetzbar sind, ist die Frage, wie lange (bei sukzessivem Abverkauf der Wohnungen durch den Wohnungseigentumsorganisator) im Altbau die Schutzregelung nach § 37 Abs 4 WEG analog anzuwenden ist, zu unterscheiden. Der OGH hat in seiner Entscheidung⁵³¹ vom 24.04.2016 die Ansicht vertreten, dass auch nach 20 Jahren noch der Schutz des Käufers gegenüber dem seinerzeitigen Wohnungseigentumsorganisators gegeben ist. Allerdings lässt der OGH offen, wie lange dieser Schutz gewährt wird.

Für die Beurteilung dieses Zeitpunktes sind für *Männl/Stockhammer*⁵³² zwei Aspekte maßgeblich.⁵³³ Dies ist einerseits der "Wissensvorsprung" von professionellen Investoren als Wohnungseigentumsorganisatoren und andererseits die organisatorische und wirtschaftliche Übermacht des Wohnungseigentumsorganisationsorgans. Beides besteht jedenfalls, solange der Wohnungseigentumsorganisator Mehrheitseigentümer ist.⁵³⁴ Als maßgeblicher Zeitpunkt wird hier jener Zeitpunkt gesehen, zu dem der Wohnungseigentumsorganisator noch die Mehrheit innehat.⁵³⁵

In der Begründung der Autoren wird angeführt, dass insbesondere die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile gemäß § 28 Abs 1 Z 1 WEG von der Mehrheit gesteuert werden kann. Die restlichen Wohnungseigentümern wären auf ihre Minderheitsrechte nach § 30 Weg beschränkt. Unter Hinweis auf *Vonkilch*⁵³⁶ könnten hier von der Minderheit Erhaltungsarbeiten nur erzwungen werden, wenn eine geradezu unzumutbare Untätigkeit im Hinblick auf die Erhaltung der Liegenschaft vorliegt.

⁵³¹ Vgl OGH 24.04.2016, 6 Ob 56/16b.

⁵³² Vgl *Männl/Stockhammer*, immolex 2016, 261.

⁵³³ In Anlehnung zu den Ausführungen von *Call*; vgl *Call*, wobl 2006, 69 ff.

⁵³⁴ Nach überwiegender Ansicht kann ein einzelner Wohnungseigentümer aber Erhaltungsarbeiten nur erzwingen, wenn eine geradezu unzumutbare Untätigkeit im Hinblick auf die Erhaltung der Liegenschaft vorliegt. Der Wohnungseigentumsorganisator als Mehrheitseigentümer kann daher idR einen "Investitionsstau" herbeiführen oder einen bestehenden Investitionsstau erhalten; vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 30 Rz 14.

⁵³⁵ Zustimmend *Kothbauer*; *Kothbauer*, immolex 2017, 64.

⁵³⁶ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 30 Rz 114.

Hier führt der OGH⁵³⁷ in diesem Zusammenhang in seiner Entscheidung vom 22.01.2008 aus, dass der einzelne Wohnungseigentümer auf Basis seines Minderheitsrechtes im weiteren Umfang die Durchführung von Arbeiten durchsetzen kann. Voraussetzung ist lediglich die Untätigkeit der Mehrheit oder des Verwalters.

Nach *Vonkilch*⁵³⁸ ist das auf die Erzwingung von Erhaltungsmaßnahmen gerichtete Individualrecht – seiner historischen Konzeption entsprechend – teleologisch zu reduzieren ist und sollte dem Einzelnen lediglich Abhilfe gegen eine ihm geradezu unzumutbare Untätigkeit der Mehrheit im Hinblick auf die Erhaltung des Hauses bieten.

Daher ist auf die Dringlichkeit, aber auch auf wirtschaftliche Aspekte wie den damit verbundenen Kostenaufwand sowie die Finanzierbarkeit der Maßnahme der begehrten Erhaltungsmaßnahme abzustellen.

Anzumerken ist aber, dass in der angeführten Begründung der Autoren eine Berücksichtigung der Individualrechte nach § 30 Abs 2 WEG keinen Eingang gefunden haben. Diese Norm räumt dem Minderheitseigentümer das Recht ein, gegen Verwaltungshandlungen des dominierenden Mehrheitseigentümers das Gericht anzurufen, wenn die Handlung für ihn einen unverhältnismäßigen Nachteil mit sich bringt. Dieses Minderheitsrecht bezieht sich sowohl auf Verwaltungshandlungen als auch auf Unterlassungen des dominierenden Eigentümers.⁵³⁹

Der Anteilsmehrheit eines einzelnen Wohnungseigentümers ist es gleichzuhalten, wenn die Mehrheit der Miteigentumsanteile im Eigentum mehrerer Personen steht, die miteinander durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden sind.⁵⁴⁰

Daher kann hier abschließend angeführt werden, dass das Argument der „organisatorischen und wirtschaftlichen Übermacht des Wohnungseigentumsorganisationsorganismus“ der Autoren nicht ganz zu überzeugen mag.

⁵³⁷ Vgl OGH 22.01.2008, 5 Ob 116/07f.

⁵³⁸ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 30 Rz 114.

⁵³⁹ Vgl *Beer/Vospersnik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 30 Rz 17.

⁵⁴⁰ Die Formulierung "familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis" wurde aus § 6 Abs 4 MaklerG übernommen; vgl *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵ Rz 1442.

Zudem erscheint das Argument der Mehrheit des Wohnungseigentumsorganisationsorgans (als relevanter Zeitpunkt des Schutzes nach § 37 Abs 4 WEG) ohnehin nicht zielführend. Wie in Pkt 3.3.2 ausgeführt, ist es die Intention des Gesetzgebers, dass der Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator geschützt wird, weil der Bewerber oftmals rechtlich unerfahren ist und auch die Problematik des Miteigentums an einem Gebäude mit hohem Instandsetzungsaufwand wirtschaftlich nicht abzuschätzen weiß.⁵⁴¹ Dem Wesen des Gewährleistungsrechtes entsprechend hat der Bauträger nur einen entsprechenden Zustand zum Zeitpunkt des jeweiligen Gefahrenüberganges zu vertreten. Eine nachträgliche Verschlechterung des Gebäudes löst daher keine (zusätzlichen) Gewährleistungspflichten aus.⁵⁴² Daher kann die Frage der Verteilung der Mehrheitsverhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht von Relevanz sein.⁵⁴³

Schließlich – bei nochmaliger Betrachtung der Intention des Gesetzgebers – wird davon auszugehen sein, dass dieser Schutz wohl auch dem letzten „Wohnungseigentümer“ gewährt werden muss. Wird die in Pkt 3.3.3.2 beschriebene gesplittete Betrachtungsweise⁵⁴⁴ des Althauses hier in Verbindung gebracht, was durchaus dem Wesen eines Lebenszyklusses einer Immobilie entspricht, so wird dann irgendwann das Tatbestandsmerkmal des „Althauses“ nicht mehr erfüllt.⁵⁴⁵

3.3.7 Kritische Stellungnahme (Schwaiger)

Hintergrund der mit dem 3. WÄG eingeführten Regelung des § 23 Abs 3 WEG 1975 war ein - vor allem im Wiener Raum - massives Auftreten von Althausverwertungsfirmen.

⁵⁴¹ Vgl *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 159.

⁵⁴² Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 43; OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁵⁴³ Ob in Hinkunft die Mehrheit Erhaltungsmaßnahmen beschließt oder nicht, dürfte für den Zeitpunkt des Gefahrenüberganges nicht von Relevanz sein! Ebenso ist es irrelevant, ob zum Zeitpunkt ein Reparaturstau (weil die Mehrheit zB notwendige Erhaltungsarbeiten nicht beschlossen hat) vorliegt. Es wird dann ohnehin ein bedungener Zustand gemäß Gutachten vereinbart oder ein Erhaltungszustand, welcher die nächsten 10 Jahre keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.

⁵⁴⁴ Wurden im Zuge der Baumaßnahmen auch allgemeine Teile der Liegenschaft erneuert/saniert, so dürfte für die Teile die Baubewilligung der Aufstockung bzw des Zubaus heranzuziehen sein.

⁵⁴⁵ Zu Versuch einer teleologischen Reduktion des Althausbegriffes vgl Pkt 3.3.3.2 dieser Arbeit.

Diese kauften vornehmlich bewohnte Substandardhäuser günstig auf und versuchten, die vermieteten Wohnungen möglichst rasch freizubekommen („Mieterterror“), um sie anschließend um teures Geld als (künftige) Eigentumswohnungen zu verkaufen. In der Mehrzahl der Fälle handelte es sich um abgewohnte, desolate Althäuser. Die (finanziell schwachen) Wohnungskäufer wurden zusätzlich zum Kaufpreis, der im Regelfall bereits teilweise kreditfinanziert worden ist, auch mit einem erheblichen Kostenaufwand für die Haussanierung belastet.⁵⁴⁶

Daher wurde 1997 im Zuge des Inkrafttretens des BTVG mit der neugeschaffenen Z 4 von § 23 Abs 3 WEG 1975 auch eine Regelung erlassen, die die Erwerber von WE in „Altbauten“ vor Nachteilen bewahren sollte, die in der Praxis häufig aufgrund der nicht ausreichenden Beachtung des schlechten Erhaltungszustandes des gesamten Gebäudes zu verzeichnen waren. Das WEG 2002 hat die Schutzvorschrift beim Erwerb von WE im Altbau in § 37 Abs 4 WEG übernommen.⁵⁴⁷

Der Wille des historischen Gesetzgebers dürfte wohl nachvollziehbar sein, wobei in der Lehre⁵⁴⁸ Schutzzwecke des Wohnungseigentumsbewerbers gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator einerseits darin gesehen werden, dass der Bewerber oftmals rechtlich unerfahren ist und andererseits auch die Problematik des Miteigentums an einem Gebäude mit hohem Instandsetzungsaufwand (aufgrund Unkenntnis des Erhaltungszustandes) wirtschaftlich⁵⁴⁹ nicht abzuschätzen weiß.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/SNME/SNME_04181/imfname_592486.pdf

⁵⁴⁷ 1997 wurde durch das Bauträgervertragsgesetz (BTVG) zwar zunächst in einem Spezialgesetz, dh außerhalb des WEG 1975, der Versuch unternommen, auch die den Interessenten bei Immobilienprojekten vor der tatsächlichen Beendigung der Bauführung abverlangten Vorleistungen (bzw die daraus bei nicht ordnungsgemäßer Vertragserfüllung uU resultierenden Rückforderungsansprüche) durch diverse Sicherungsmodelle gegenüber einer Insolvenz des Bauträgers abzusichern, jedoch unmittelbar im WEG 1975 als notwendiger „Baustein“ eines der Sicherungsmodelle des BTVG in dessen § 24c eine neue grundbücherliche Anmerkungsmöglichkeit geschaffen; vgl *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht WEG³ Vor §§ 37 – 44 Rz 6.*

⁵⁴⁸ Vgl zB *Dirnbacher, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997, 159; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 37.*

⁵⁴⁹ Überraschende Belastungen in einem „Althaus“ in Unkenntnis des Erhaltungszustands des Gebäudes aus der allgemeinen Kostentragungspflicht des (späteren) Wohnungseigentümers; vgl auch OGH 19.12.2016, 5 Ob 218/16v.

⁵⁵⁰ Fekter: „Daher muss in Hinkunft vor erstmaliger Parifizierung und Nutzwertfeststellung ein Gutachten vorliegen, das den aktuellen Zustand des Hauses beschreibt, um den Erwerber von einer Einheit, von

Somit bleibt noch im Sinne einer teleologischen Interpretation⁵⁵¹ zu prüfen übrig, welche Zwecke die Vorschrift vernünftigerweise haben könnte.

Im Zuge einer Bewirtschaftung von Immobilien sind in gewissen Abständen „Erneuerungen“⁵⁵² erforderlich, um eine Funktionsfähigkeit gewährleisten zu können. Diese Erneuerungen führen zu Erhaltungshaltungskosten⁵⁵³, welche auch hinsichtlich des zeitlichen Anfalls unterschiedlich sind. Diese Kosten sind insbesondere vom Alter⁵⁵⁴ des Gebäudes abhängig.⁵⁵⁵

Immobilienverkäufe – vor allem zwischen Bauträger und unerfahrenen Käufern – sind in der Regel durch Informationsasymmetrie zwischen den Beteiligten gekennzeichnet.⁵⁵⁶ Das Gutachten⁵⁵⁷ hat gemäß § 37 Abs 4 WEG die Aufgabe, Auskunft über den Erhaltungszustand der allgemeinen Teile des Hauses, insbesondere über die in absehbarer Zeit

einer Wohnung vor bösen Überraschungen über den Zustand des Hauses zu bewahren.“; Sten Prot 53 Sitzung 20. GP 32.

⁵⁵¹ Vgl Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz .18ff.; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 110 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) §§ 6, 7 Rz .

⁵⁵² Erneuerung Dach, Austausch der Heizungsanlage etc.

⁵⁵³ Das MRG kennt den Begriff „Instandhaltung“ nicht, sondern nur die Erhaltung § 3 MRG. Daneben sind noch die Begriffe Wartung (Wartungspflicht des Mieters nach § 8 MRG und Wartung als Aufwendungen der Hausbetreuung nach § 23 MRG) und Verbesserung (nützliche Verbesserung nach § 4 MRG) zu entnehmen.

Lediglich das WEG differenziert zwischen den Begriffen „Erhaltung“ und „laufender Instandhaltung“ (§ 20 Abs 2 u 4 WEG, § 38 Abs 2 WEG).

⁵⁵⁴ Nutzungsbedingte Abweichungen dieser Nutzungsdauern werden in dieser Arbeitsthese ausgeblendet!

⁵⁵⁵ Unter einem „Reparaturstau“ werden insbesondere unterlassene (eigentlich notwendige) Instandhaltungen verstanden; vgl Funk/Kössler/Stocker in Bienert/Funk, Immobilienbewertung 312.

⁵⁵⁶ Eine besondere Teilklasse der informationsökonomischen Ansätze behandelt Situationen asymmetrischer Information: Von zwei kooperierenden Partnern ist der eine vergleichbar besser informiert als der andere. Daraus resultieren Fragen wie: erstens, ob dadurch ökonomische Nachteile, Fehlallokationen oder Wohlfahrtsverluste auftreten können, und zweitens, welche Kooperationsdesigns, Kontrakttypen und Organisationsformen für die Zusammenarbeit geeignet sind, diese Wohlfahrtsverluste zu begrenzen; vgl zB Spremann, ZfB (1990) 561.

⁵⁵⁷ Der Wohnungseigentumsorganisator hat für den Inhalt des Gutachtens als bedungene Eigenschaft des Gebäudes bzw seiner allgemeinen Teile während dieser "absehbaren Zeit" gem § 922 ABGB einzustehen; vgl zB Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 18.

notwendig werdenden Erhaltungsarbeiten⁵⁵⁸, zu geben.⁵⁵⁹ Dadurch wird die Informationsasymmetrie beseitigt. Für den Käufer (und Bauträger) besteht dann die Möglichkeit diese zukünftigen Kosten einzupreisen. An dieser Stelle kann angemerkt werden, dass in der Immobilienbewertungsliteratur derartige zukünftige Erhaltungshaltungen bei der Ermittlung des Marktwertes zu berücksichtigen sind.⁵⁶⁰

Es bleibt aber offen, was zu gelten hat, wenn der Käufer im Kaufvertrag auf demnächst anstehende größere Erhaltungsarbeiten ausdrücklich hingewiesen wurde⁵⁶¹ und auch dieser Umstand entsprechend im Kaufpreis⁵⁶² berücksichtigt wurde. Nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 4 WEG wäre dies aber unbeachtlich, weil zwingend ein anderer Erhaltungszustand des Hauses bei unterlassener Vorlage des Gutachtens als zugesagt gilt.

In diesem Fall wäre der Käufer ja wesentlich bessergestellt als bei Vorlage des Gutachtens, da einerseits die zukünftigen Instandhaltungskosten bereits im Kaufpreis berücksichtigt wurden und andererseits der Bauträger diese zusätzlich aufgrund seiner Gewährleistungspflichten zu tragen hätte.⁵⁶³

Ein derartiges Verständnis kann dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden und daher erscheint eine teleologische Reduktion derart angebracht, dass die Schutzregelung des § 37 Abs 4 WEG nur dann anzuwenden ist, wenn größere Erhaltungsarbeiten der nächsten 10 Jahre nicht im Kaufpreis eingepreist wurden.

Diese Ausführungen dürften durchaus plausibel sein, doch gilt andererseits zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Sonderregelung des § 37 Abs 4 WEG den „Wohnungseigentumsbewerber“ und nicht den Wohnungseigentumsbewerber schützen wollte.

⁵⁵⁸ *Ofner* führt hierzu treffend aus, dass mit dem Gutachten Tatsachen und Prognosen ermittelt werden; *Ofner* in *Schwimmann*, ABGB² § 23 WEG Rz 17.

⁵⁵⁹ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 37 WEG Rz 16.

⁵⁶⁰ Vgl zB *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung⁴ 87.

⁵⁶¹ Und somit diese Informationsasymmetrie beseitigt wurde.

⁵⁶² *Prader* schließt folgerichtig, dass derartige „Mängel“ bei der Preisfindung berücksichtigt wurden; vgl *Prader*, *immolex* 2016, 27.

⁵⁶³ Kritisch auch schon *Illedits*, *wobl* 2016, 436.

3.3.8 Schadersatzrechtliche Überlegungen (Schwaiger)

In Lehre⁵⁶⁴ und Rechtsprechung⁵⁶⁵ wird die Regelung des § 37 Abs 4 Satz 3 WEG 2002 als gesetzlich typisierte Gewährleistungspflicht gesehen. Es ist daher zu klären, ob daneben noch Schadenersatzansprüche im Sinne des § 933a ABGB bestehen können.

Die Regelung des § 933a Abs 1 ABGB verlangt als Anspruchsvoraussetzung, dass der Übergeber den Mangel verschuldet oder vor der Übergabe schuldhaft⁵⁶⁶ nicht beseitigt hat.⁵⁶⁷ Es ist zu hinterfragen, was hier unter einer Mangelhaftigkeit zu verstehen ist. Grundsätzlich geht das Gewährleistungsrecht (was auch für die Beurteilung nach § 933a von Relevanz ist) von einem subjektiven Mangelbegriff – dh im Sinne einer Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand – aus.⁵⁶⁸ Aufgrund der Spezialnorm des § 37 Abs 4 WEG wird als bedingener Zustand entweder der im Gutachten beschriebene Bauzustand oder eben ein Zustand, welcher größere Erhaltungsarbeiten in den nächsten 10 Jahren erwarten lässt, normiert. Im Speziellen bedeutet dies, dass ein Mangel vorliegt, wenn entweder der tatsächliche Bauzustand vom Gutachten abweicht oder eben bei der Gesetzesvariante größere Erhaltungsarbeiten in den nächsten 10 Jahren erforderlich sind.

In Hinblick auf die teilweise Gleichschaltung – wie von *Ofner*⁵⁶⁹ ausgeführt – von Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht (vor allem bei den Rechtsbehelfen, welche ja nur bei einer Mangelhaftigkeit von Relevanz sind), insbesondere aufgrund der gewährleistungsrechtlichen Spezialbestimmung dürfte davon ausgegangen werden, dass auch schadenersatzrechtlich von diesem Mangelbegriff auszugehen sein wird. Daher wird sich wohl auch die Frage eines Verschuldens eher nicht stellen können.⁵⁷⁰

⁵⁶⁴ Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³ § 37 Rz 41; *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 37 WEG Rz 20.

⁵⁶⁵ Vgl RIS-Justiz RS0130865; OGH 28.06.2018, 6 Ob 101/18y.

⁵⁶⁶ Zum Verschulden vgl zB *Karner* in *KBB*³ § 1294 Rz 7 ff.

⁵⁶⁷ Vgl *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁶, RZ 3/150.

⁵⁶⁸ Vgl *Bydlinski* in *KBB*³ § 922 Rz 1.

⁵⁶⁹ Vgl *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 933a Rz 1.

⁵⁷⁰ Ähnliche Gedanken schon bei *Kulka*, der zu dem Schluss kommt, dass das Schadenersatzrecht eine ungenügende Grundlage für einen Anspruch bildet; vgl *Kulka*, wobl 2012, 377 f.

4 Schlussbemerkung (Schwaiger)

Die Master Thesis beschäftigte sich mit dem überaus spannendem Thema der gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Ansprüche aus Mängeln an Wohnungseigentumsobjekten und den allgemeinen Teilen der Liegenschaft.

Im ersten Abschnitt dieser Arbeit wurden die Grundlagen in Hinblick auf die allgemeinen Regelungen des Gewährleistungs- und Schadenersatzrechtes an den Wohnungseigentumsobjekten erarbeitet. Es wurde gezeigt, dass im Gewährleistungsrecht grundsätzlich von einem subjektiven Mangelbegriff – dh Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand – auszugehen ist. Jedoch kommt im Gesetz der Ausdruck „Mangel“ auch in anderer Bedeutung vor. So ist der in § 923 ABGB Mangel als Fehler im objektiven Sinne zu werten. Ebenso kommt bei augenfälligen Mängeln ein subjektiver Mangelbegriff nicht in Betracht. Die zustimmende Willenserklärung des Übernehmers darf vom Übergeber dann so verstanden werden, dass er diese (negativen) Eigenschaften akzeptiert und bei der Entgeltbemessung mitberücksichtigt wurde. Die Leistung des Besichtigten ist also von vornherein mangelfrei. Eine diesbezügliche Abweichung vom Geschuldeten kommt daher nicht in Betracht. Da es sich bei diesem augenfälligen Mangel eben um eine von Anfang an negative Eigenschaft handelt, ist eine Wertung als Mangel im objektiven Sinne angebracht. Daher dürfte wohl zu schließen sein, dass „*Sachmängel*“ in einem technischen Verständnis zu sehen sind.

Zur Frage von Ansprüchen aus Mängeln an Wohnungseigentumsobjekten hat sich der OGH⁵⁷¹ in seiner Entscheidung vom 28.09.2016 nunmehr durchgerungen und klargestellt, dass die Grundsätze zum Kauf von Gebrauchtfahrzeugen auch auf den Kauf einer gebrauchten Wohnung anzuwenden sind, sodass Mängel und Alterserscheinungen, die nach Bauart und Alter einer Wohnung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, vom Käufer hingenommen werden müssen. Dies dürfte wesentlich zur Rechtssicherheit zur Frage gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften von Immobilien im Wohnungseigentum beigetragen haben.

⁵⁷¹ Vgl OGH 28.09.2016, 7 Ob 156/16s.

Zudem wurden in diesem Abschnitt auch die Grenzen von vertraglichen Haftungsausschlüssen in Hinblick auf die Schutzbestimmungen der § 879 ABGB, § 38 WEG und § 9 KSchG diskutiert.

Der zweite Abschnitt der Master These behandelte das Thema der Ansprüche aus Mängeln an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft im Neubau und Althaus.

Hierzu erschien einleitend eine Abgrenzung der Wohnungseigentumsobjekte und der allgemeinen Teile der Liegenschaft von Nöten. Hier stellte sich die Frage, ob diese Abgrenzung auf Basis einer örtlichen (räumlichen) und/oder funktionalen Betrachtungsweise zu erfolgen hat.

Für die Einstufung als allgemeine Teile bedient sich hier die Rechtsprechung der funktionalen Betrachtungsweise (teilweise in Ergänzung zur räumlichen Betrachtungsweise). Die funktionale Betrachtungsweise geht davon aus, dass alles, was nicht funktional nur einem einzigen oder einer begrenzten Zahl von Mietgegenständen zugeordnet ist, allgemeiner Teil des Hauses ist.

Unproblematisch ist die Einordnung jener Teile, die zweifelsfrei außerhalb der WE-Objekte liegen. Demnach gehört alles zu den allgemeinen Teilen des Hauses, was sich außerhalb eines Wohnungseigentumsobjektes befindet.

Schwierig einzuordnen sind auch Gas-, Wasser- oder sonstige Leitungen, die im Bereich des Wohnungseigentumsobjekt, sei es inner- oder außerhalb des Mauerwerks, verlaufen. Die Rechtsprechung, welche die Behebung von Schäden an Leitungssystemen innerhalb von Wohnungen meist als Gemeinschaftsangelegenheit qualifiziert, ist in ihrer Begründung uneinheitlich und undifferenziert.

Schlussendlich konnte gezeigt werden, dass hier im Ergebnis der von Call vorgeschlagenen Systematik der Trennung der Leitungen in Steigleitungen (als allgemeine Teile des Hauses) und Stichleitungen (als Teile des Mietgegenstandes/Wohnungseigentumsobjektes) durchaus zu folgen sein dürfte.

Von besonderem Interesse in diesem Abschnitt waren die Überlegungen zu den Ansprüchen gegen den Bauträger aus Mängeln an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft. Bei der Bauträgervariante – wo den Käufern faktisch identische Rechte eingeräumt werden – geht die hL und die Rechtsprechung davon aus, dass hinsichtlich des Erfüllungsinteresses eine Gesamthandforderung vorliegt. Vermögen die kritischen Ausführungen von *Perner*⁵⁷² zu dieser Rechtsprechung durchaus plausibel und logisch nachvollziehbar sein, verbleibt doch die Tatsache, dass die „Fiktion“ einer Gesamthandforderung doch ständige Rechtsprechung ist.

Wird Verbesserung⁵⁷³ begehrt und weigert sich der Bauträger oder ist er in Verzug, so kann die Verbesserung selbst vorgenommen werden. Das Erfüllungsinteresse bei Behebbarkeit des Mangels umfasst dann nach der Rechtsprechung die Kosten der Verbesserung.

Solche Forderungen auf Ersatz des Deckungs- bzw. Verbesserungskapitals für Mängelbeseitigung werden nach hL und Rechtsprechung als teilbare Geldforderung qualifiziert. Bei der Verfolgung dieser teilbaren Ansprüche ist jeder Miteigentümer auf die Geltendmachung seines Anteiles beschränkt. Diese Ansicht findet auch die Zustimmung der Lehre.

Im Falle des individuellen Vertragsschlusses ist aber das „Dilemma“ zu lösen, dass der Anspruch dem jeweiligen Vertragspartner allein zukomme, seine Durchsetzung sich aber auf die gemeinsamen Teile der Liegenschaft auswirken kann. Um widersprüchlicher Rechtsausübung vermeiden zu können, bedarf es der Sicherstellung eines einheitlichen Vorgehens der Miteigentümer. Die Frage, ob dies dem Bereich der Verfügung oder

⁵⁷² Zur Aussage des OGH, dass der Anspruch auf Mängelbeseitigung wohl ein Gesamtanspruch ist, führt Perner in seiner Glosse kritisch aus, dass dies nicht wörtlich genommen werden darf. Ansprüche aus unabhängig voneinander geschlossenen Einzelverträgen sind – gleich ob die "Gesamtleistung" unteilbar ist oder nicht – wären keine gemeinschaftlichen Forderungen iSd §§ 888 ff ABGB, also weder Gesamt-, noch "Gesamthand-" oder Teilforderungen. Die Unteilbarkeit einer Leistungsverpflichtung würde nicht auf eine gemeinschaftliche Forderung schließen lassen, sondern es ist nach Bejahung der Voraussetzung der Gemeinschaftlichkeit zu prüfen, ob die Leistung teilbar oder unteilbar ist, was wiederum dafür entscheidend ist, welche Form der Gläubigermehrheit besteht. Auch aus § 848 Satz 2 ergibt sich nichts Gegenteiliges, da dieser Rechtsfolgen anordnet, wenn eine Forderung gemeinschaftlich zusteht, nicht aber normiert, wann sie gemeinschaftlich zusteht; vgl Perner, rdw 2004, 148.

⁵⁷³ Bei den allgemeinen Teilen der Liegenschaft kommen die Gewährleistungsbehelfe des Austausches und Wandlung nicht in Frage; vgl Pkt 3.2.3 dieser Arbeit

Verwaltung zuzuordnen ist, wird weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre einheitlich beantwortet.

Dagegen kann bei der Zubau-/Aufstockungsvariante die Fiktion einer Gesamthandforderung nicht mehr aufrechterhalten werden; entspringen die Rechte der Käufer doch aus dem individuellen Kaufvertrag.

Verspricht hier der Bauträger – wohl in der Regel als Miteigentümer – Haftung für die „gesamten“ allgemeinen Teile der Liegenschaft (These 1), so dürfte die Zulässigkeit dieses Versprechen in Hinblick auf § 879 ABGB nicht in Frage zu stellen sein.

Von der Gültigkeit des Versprechens ist die Frage zu unterscheiden, ob derartige Mängelbeseitigungsarbeiten an der gemeinschaftlichen Sache der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedürfen.

Zur Frage der Zulässigkeit von Verbesserungsmaßnahmen (Mängelbeseitigungen) an der gemeinschaftlichen Sache konnte gezeigt werden, dass diese wohl in der Regel in den dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechte ihre Deckung finden werden und daher keine Zustimmung der restlichen Miteigentümer bedürfen.

Es erscheint aber auch denkbar, dass Teile des Haftungsversprechens eben keine Deckung in den dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechten finden. Da derartige Mängelbeseitigungsarbeiten der ordentlichen Verwaltung im Sinne des § 28 WEG Abs 1 Z 1 zuzuordnen sein dürften, erscheint eine Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer ausreichend.

Zudem wurde gezeigt, dass eben auch ein anteiliges Haftungsversprechen des Bauträgers denkbar ist (These 2).

Die Gefahr widersprüchlicher Rechtsausübung durch andere, mit inhaltsgleichen Ansprüchen ausgestattete Miteigentümer (mit Ausnahme zwischen den „neuen“ Miteigentümern) kann hier nicht bestehen.

	Bauträgervariante	Zubau-/Aufstockungsvariante	
		These 1	These 2
<i>Erfüllungsinteresse</i>	Gesamthandforderung	Individuelle Forderung	Individuelle Forderung
<i>Erfüllungsinteresse bei Verzug oder Verweigerung</i>	teilbare Geldforderung	Individuelle Forderung	Individuelle Forderung
<i>Frist</i>	bis zum letzten Wohnungseigentümer	bis zum letzten Wohnungseigentümer	

Abbildung 12: Übersicht unterschiedliche Rechtsfolgen Bauträger- und Zubau-/Aufstockungsvariante

Zur Frage der Bereicherung konnte gezeigt werden, dass durchaus Ansprüche des Bauträgers bestehen können. Dies für den Fall, dass Ansprüche von Wohnungseigentümern bereits erloschen sind bzw sich deren Ansprüche bereits in Naturobligationen umgewandelt haben und der Bauträger (freiwillig) verbessert.

Andererseits kommen auch Bereicherungsansprüche der anderen Miteigentümer in Betracht, zwar dann, wenn gegenüber den Käufern eben nur anteilige Haftung an der gemeinsamen Sache versprochen wurde (These 2).

Die Regelung des § 37 Abs 4 WEG beinhaltet für allgemeine Teile im Althaus eine gewährleistungsrechtliche Sonderregelung. Diese Spezialnorm normiert zwei alternative Schutzmechanismen. Dies ist einerseits die Gutachtensvariante. Hier soll dem Wohnungseigentumsbewerber vor Augen geführt werden, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Für diesen im Gutachten beschriebenen Bauzustand – welche nach dem Wortlaut des Gesetzes in den Vertrag einzubeziehen ist – hat der Wohnungseigentumsorganisator Gewähr zu leisten.

Wählt der Organisator die „Gesetzesvariante“, d.h. wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen, so gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Hier trifft den Wohnungseigentumsorganisator die Rechtsfolge einer strengen, gesetzlich typisierten Gewährleistungspflicht.

Es bleibt aber in Lehre und Rechtsprechung offen, was zu gelten hat, wenn der Käufer im Kaufvertrag auf demnächst anstehende größere Erhaltungsarbeiten ausdrücklich hingewiesen wurde⁵⁷⁴ und auch dieser Umstand entsprechend im Kaufpreis berücksichtigt wurde. Nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 4 WEG wäre dies aber unbeachtlich, weil zwingend ein anderer Erhaltungszustand des Hauses bei unterlassener Vorlage des Gutachtens als zugesagt gilt. In diesem Fall wäre der Käufer ja wesentlich bessergestellt als bei Vorlage des Gutachtens, da einerseits die zukünftigen Instandhaltungskosten bereits im Kaufpreis berücksichtigt wurden und andererseits der Bauträger diese zusätzlich aufgrund seiner Gewährleistungspflichten zu tragen hätte.

Ein derartiges Verständnis kann dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden und erscheint daher eine teleologische Reduktion derart angebracht, dass die Schutzregelung des § 37 Abs 4 WEG nur dann anzuwenden ist, wenn größere Erhaltungsarbeiten der nächsten 10 Jahre nicht im Kaufpreis eingepreist wurden.⁵⁷⁵ Andererseits gilt zu beachten, dass Gesetzgeber mit der Sonderregelung des § 37 Abs 4 WEG den „Wohnungseigentumsbewerber“ und nicht den Wohnungseigentumsbewerber schützen wollte.

Der Zweck dieser Bestimmung, einen Wohnungseigentumsbewerber in einem Althaus vor diesbezüglichen bösen Überraschungen zu schützen erscheint rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar. Es mag noch einzusehen sein, dass vom Schutzgedanken her kein Unterschied zu machen ist, ob der Wohnungseigentumsbewerber in der Gründungsphase erwirbt, dh wenn mit ihm und einem Gründungshelfer und möglicherweise weiteren Wohnungseigentumsbewerber Wohnungseigentum begründet wird oder ob zuerst Wohnungseigentum zwischen einem Gründungshelfer, mehreren „echten“ Wohnungseigentumsbewerber und dem Wohnungseigentumsorganisator begründet wird und dann kurzfristig danach ein Wohnungseigentumsbewerber vom Wohnungseigentumsorganisator derivativ, dh schon begründetes Wohnungseigentum erwirbt.

⁵⁷⁴ Und somit diese Informationsasymmetrie beseitigt wurde.

⁵⁷⁵ Würde ein vollkommener Markt mit Informationseffizienz vorliegen, so würden die Differenz der Kaufpreise zwischen Gutachtensvariante und Gesetzesvariante dem Barwert der anteiligen Erhaltungsarbeiten entsprechen. Dies entspricht auch dem Ergebnis einer Marktpreisermittlung; zB *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung⁴ 102; in der Realität bestehen wohl aufgrund der Informationsasymmetrie Unterschiede; vgl auch *Kulka*, wobl 2012, 377.

Nach *Illedits*⁵⁷⁶ und *Gartner*⁵⁷⁷ lässt die praktische Konsequenz der Entscheidung⁵⁷⁸ 6 Ob 56/16b jedoch den Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers „ausufern“. Hier wird durch den OGH die Ansicht vertreten, dass auch nach 20 Jahren noch der Schutz des Käufers gegenüber dem seinerzeitigen Wohnungseigentumsorganisators gegeben ist. Allerdings lässt der OGH offen, wie lange dieser Schutz gewährt wird.

Es wurde versucht zu zeigen, dass Argument einer organisatorischen und wirtschaftlichen Übermacht des Wohnungseigentumsorganisators für eine Anwendung der Schutzbestimmung nicht zu überzeugen vermag. Bei Betrachtung der Intention des Gesetzgebers ist dieser Kritik zu entgegnen und es wird davon auszugehen sein, dass dieser Schutz wohl auch dem letzten „Wohnungseigentümer“ gewährt werden muss.

Wird die in Pkt 3.3.3.2 beschriebene gesplittete Betrachtungsweise⁵⁷⁹ des Althauses (Alter der Baubewilligung) hier in Verbindung gebracht, so ist irgendwann (aufgrund von Baubewilligungen von Zubauten, Umbauten, Sanierungen etc) ohnehin das Tatbestandsmerkmal des „Althauses“ nicht mehr erfüllt. Das Problem einer Anwendung löst sich daher von selbst.

Mit *Illedits*⁵⁸⁰ gilt zu bezweifeln, ob diese „Ausuferung“ noch sachgerecht ist. Gerade in der Praxis häufig vorkommende Fälle, wo innerhalb des Familienverbandes ein familiäres Wohnhaus parifiziert wird, wären nach dieser Rechtsprechung umfasst.⁵⁸¹ Jedenfalls kann die momentane Rechtslage als sehr unbefriedigend eingestuft werden.

⁵⁷⁶ Vgl *Illedits*, wobl 2016, 436.

⁵⁷⁷ http://www.korn-gaertner.at/news/detail/?tx_news_pi1%5Bnews%5D=41&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=7b17473536c66fcb5ab8664f68790cf4 (Zugriff: 2.11.2018).

⁵⁷⁸ Vgl OGH 24.04.2016, 6 Ob 56/16b.

⁵⁷⁹ Wurden im Zuge der Baumaßnahmen auch allgemeine Teile der Liegenschaft erneuert/saniert, so dürfte für die Teile die Baubewilligung der Aufstockung bzw des Zubaus heranzuziehen sein.

⁵⁸⁰ Vgl *Illedits*, wobl 2016, 436.

⁵⁸¹ Beispiel bei *Illedits*, wobl 2016, 436:

Im Altbau (Baubewilligung des Hauses zum Zeitpunkt der Zusage von WE älter als 20 Jahre) wird durch den Alleineigentümer und seine Tochter als Gründungshelferin ein Haus mit fünf Wohnungen parifiziert. Zwei Wohnungen verbleiben dem Familienvater und er verkauft drei dieser Wohnungen im zeitlichen Zusammenhang mit der Wohnungseigentumsbegründung ab. Eine Wohnung verbleibt dem Vater, die weitere Wohnung der Tochter. Veräußert die Tochter 25 Jahre nach der Pazifizierung ihr Objekt, ist sie durch

ihre Qualifikation als Gründungshelferin zur damaligen Wohnungseigentumsbegründung nach aktueller Rechtsprechung wohl verpflichtet, auch im Rahmen des Verkaufes ihrer Eigentumswohnung, die sie über 25 Jahre lang selbst benutzt oder zulässigerweise vermietet hat, ein Gutachten über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses insbesondere über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten in den Kaufvertrag mit dem Käufer ihrer Eigentumswohnung einzubeziehen, widrigenfalls die Rechtsfolgen des § 37 Abs 4 WEG auch auf diesen Kaufvertrag zur Anwendung kommen.

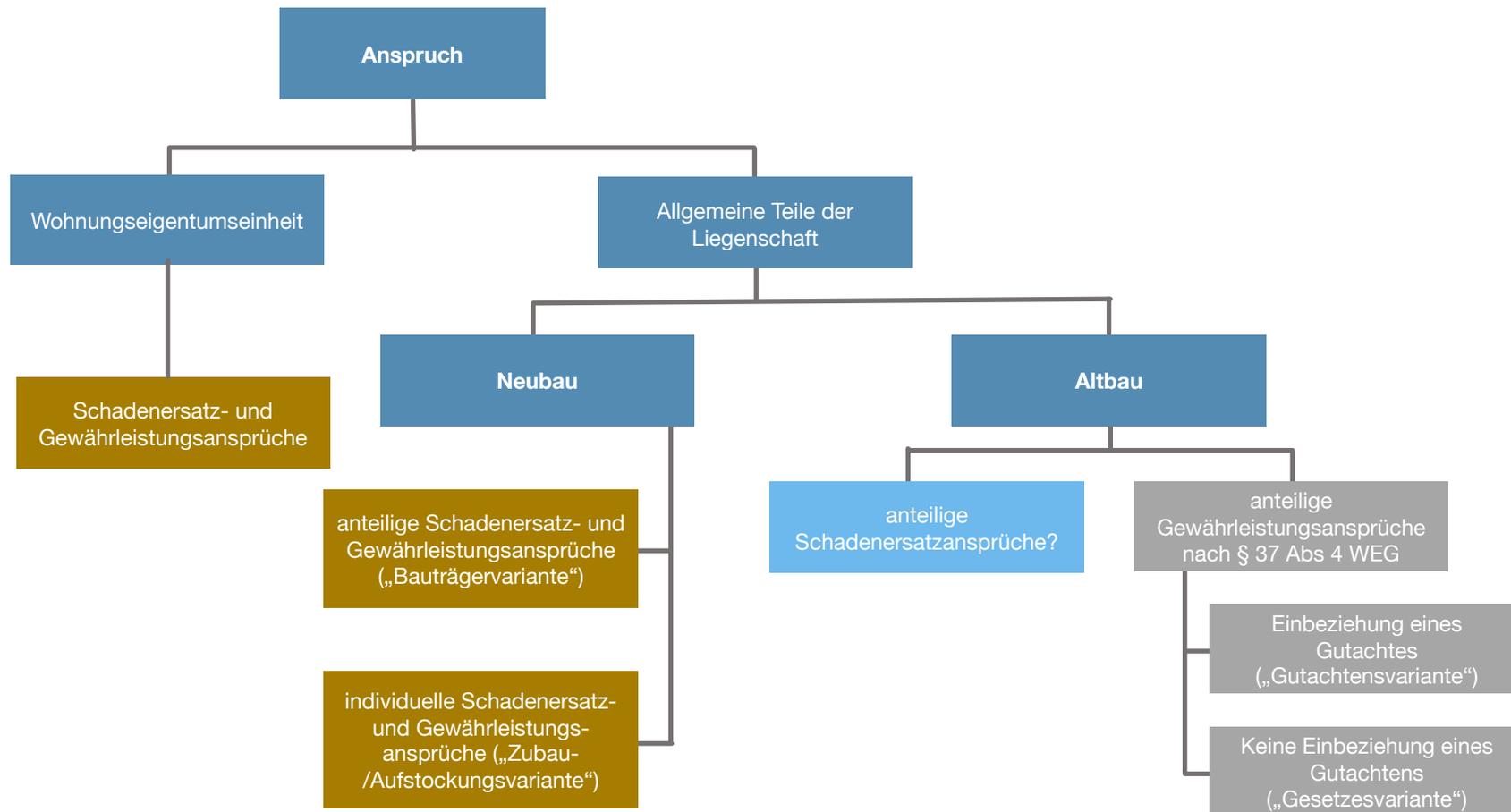


Abbildung 13: Zusammenfassende Übersicht der Ansprüche

Literaturverzeichnis

Augenhofer, Die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übergabe in der OGH-Rechtsprechung, JBl 2007, 12; zitiert: *Augenhofer*, JBl 2007.

Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht Band III⁴ (2010); zitiert: *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴.

Apathy, § 1041 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014); zitiert: *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Bartsch/Kalusche/Rausch, Geplante Instandhaltung von Gebäuden, Forum der Forschung 21 (2008); zitiert: *Bartsch/Kalusche/Rausch*, Geplante Instandhaltung von Gebäuden, Forum der Forschung 2008.

Beer/Vospornik, §§ 3, 8 MRG, in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014); zitiert: *Beer/Vospornik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar².

Beer/Vospornik, §§ 18, 28 WEG, in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014); zitiert: *Beer/Vospornik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar².

Böhm, § 8 MRG, in *Schwimann* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB² Band 4 (2001); zitiert: *Böhm* in *Schwimann*, ABGB².

Böhm, "Wärmebereitungsgerät" das juristische Unwort des Jahres 2014!, immolex 2015, 10; zitiert: *Böhm*, immolex 2015.

Böhm, OGH 7 Ob 156/16s: OGH lehnt Haftung des Verkäufers einer lebensgefährlichen Wohnung ab!, immolex 2017, 9; zitiert: *Böhm*, immolex 2017.

Bollenberger, § 878 ABGB, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴; zitiert: *Bollenberger* in *KBB*⁴.

Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht² (2017); zitiert: *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht².

Bydlinski, Bürgerliches Recht Band I⁶ (2013); zitiert: *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶.

Bydlinski, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014); zitiert: *Bydlinski* in *KBB*⁴.

Call; Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar?, wobl 2006, 69; zitiert: *Call*, wobl 2006.

Call, Schutz nach 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 (§ 37 Abs 4 WEG 2002) nur für einen WE-Bewerber, der auch Verbraucher gem KSchG ist?, wobl 2005, 178; zitiert: *Call*, wobl 2005.

Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand eines Althauses, in dem Wohnungseigentum nach § 23 WEG 1975 begründet werden soll; ImmZ 1997, 339; zitiert: *Call*, ImmZ 1997.

DIN 31051:2012-09, Grundlagen der Instandhaltung; zitiert DIN 31051.

Dirnbacher, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997 (1999); zitiert: *Dirnbacher*, Das Wohnungseigentumsgesetz i.d.F. der Novellen 1997.

Dirnbacher, WEG 2000 (1999); zitiert: *Dirnbacher*, WEG 2000.

Dirnbacher, WEG 2002 (2002); zitiert: *Dirnbacher*, WEG 2002.

Dirnbacher, WEG idF der WRN 2006 (2007); zitiert: *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2006.

Dirnbacher, WEG idF der WRN 2009 (2010); zitiert: *Dirnbacher*, WEG idF der WRN 2009.

Dullinger, Bürgerliche Recht Band II⁴ (2010); zitiert: *Dullinger*, Bürgerliche Recht II⁴.

Eccher, Bürgerliches Recht Band VI⁴ (2010); zitiert: *Eccher*, Bürgerliches Recht Band VI⁴.

Eccher, § 9 KSchG, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ (Klang) 2006; zitiert: *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang).

Egglmeier-Schmolke, §§ 828, 848 ABGB, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015); zitiert: *Egglmeier-Schmolke* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³.

Elias, Die höfische Gesellschaft Suhrkamp (2002); zitiert: *Elias*, Die höfische Gesellschaft Suhrkamp.

Funk/Kössler/Stocker, Sachwertverfahren, in *Bienert/Funk* (Hrsg), Immobilienbewertung in Österreich² Wien 2009; zitiert: *Funk/Kössler/Stocker* in *Bienert/Funk*, Immobilienbewertung.

Gartner, Wohnrecht 2017 (2017); zitiert: *Gartner*, Wohnrecht 2017.

Gartner, § 28 WEG, in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014); zitiert: *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar².

Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 879 (Stand 1.10.2018, rdb.at): zitiert: *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}.

Gruber/Sprohar-Heimlich, § 928 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 4 (2012); zitiert: *Gruber/Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Gruber, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften (1990): zitiert: *Gruber*, Bedungene Eigenschaften.

Harrer/Wagner, § 1295 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 6 (2016); zitiert: *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs – Landesverband Steiermark und Kärnten, Nutzungsdauerkatalog baulicher Anlagen und Anlagenteile (Graz 2006); zitiert: *Landesverband Steiermark und Kärnten*, Nutzungsdauerkatalog.

Hausmann/Riss, § 3 MRG, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht MRG³; zitiert: *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³.

Hausmann, §§ 17, 21, 22, 23, 24, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht WEG³; zitiert: *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³.

Hausmann, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes im Überblick, *ecolex* 1997; zitiert: *Hausmann*, *ecolex*1997.

Hochleitner/Pittl, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft, *wobl* 2015, 9; zitiert: *Hochleitner/Pittl*, *wobl* 2015.

Hödl, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015); zitiert: *Hödl* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³.

Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁵ (2014); zitiert: *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵.

Illedits, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, *wobl* 25 (2012); zitiert: *Illedits*, *wobl* 2012.

Illedits/Illedits-Lohr in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵ (2015): zitiert: *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁵.

Illedits, § 2 WEG, in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014): zitiert: *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar²

Iro/Rassi, § 1096 ABGB, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014); zitiert: *Iro/Rassi* in KBB⁴.

Karner, § 1046 ABGB, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014); zitiert: *Karner* in KBB⁴.

Kathrein/Schoditsch, § 9 KSchG, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014); zitiert in *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴.

Kerschner/Kehrer, §§ 6, 7 ABGB in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ (Klang) 2014; zitiert: *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang).

Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ (2016); zitiert: *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³.

Kodek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 6, 7 ABGB (Stand 1.8.2015, rdb.at); zitiert: *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴.

Kolmasch, Judikaturübersicht: Die Rangordnung der Gewährleistungsbefehle, Zak 2008, 223; zitiert: *Kolmasch*, Zak 2008.

Kolmasch, § 879, in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017); zitiert: *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴.

Kolmasch, Das Wohnungseigentumsgesetz nach der Wohnrechtsnovelle 2006² (2006); *Kolmasch*, Das Wohnungseigentumsgesetz.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, I¹³; zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, II¹³; zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³.

Koziol, § 1041 ABGB, in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴; zitiert: *Koziol* in KBB⁴.

Kothbauer, Erhaltung und Wartung im Mietrecht – Wohnrechtsnovelle 2015 (WRN 2015) (2015); zitiert: *Kothbauer*, Erhaltung und Wartung im Mietrecht.

Kothbauer, Zum mietrechtlichen Begriff der Bagatelldreparaturen, immolex 2016, 128; zitiert: *Kothbauer*, immolex 2016.

Kothbauer, Zum Baugutachten nach § 37 Abs 4 WEG, immolex 2017, 64; zitiert: *Kothbauer*, immolex 2017.

Kranewitter, Liegenschaftsbewertung⁴ (2002); zitiert: *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung⁴.

Kulka, Der Erwerberschutz nach § 37 Abs 4 WEG 2002 bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentum, wobl 2016, 374; zitiert: *Kulka*, wobl 2016.

Kuprian, Der Mietvertrag³ Besonderer Teil V. (Stand Mai 2014, rdb.at); zitiert: *Kuprian*, Der Mietvertrag³.

Lenk, Haus- und Wohnungselektrik im Lichte der WRN 2006 und der 2. Klauselentscheidung (Teil II), immolex 2007, 301; zitiert: *Lenk*, immolex 2007.

Leupold, Zusammenspiel der Erhaltungspflichten in MRG und ABGB, ÖJZ 2009, 84; zitiert: *Leupold*, ÖJZ 2009.

Leupold, § 1432 ABGB, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (Wien 2015); zitiert: *Leupold* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴.

Lindinger, Bedungener Gebrauch und Wartungspflichten des Bestandnehmers, immolex 2016, 107; zitiert: *Lindinger*, immolex 2016.

Löcker, § 28 WEG, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht WEG³; zitiert: *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³.

Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 1096, 1098 ABGB (Stand 1.5.2017, rdb.at); zitiert: *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴.

Lurger in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1432 (Stand 1.4.2016, rdb.at); zitiert: *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}.

Mader, § 1432 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 6 (2016); zitiert: *Mader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Männl/Stockhammer, Sukzessiver Abverkauf von Wohnungen, immolex 2016, 259; zitiert: *Männl/Stockhammer*, immolex 2016.

Matyas, Instandhaltungslogistik, Qualität und Produktivität steigern (2013); zitiert: *Matyas*, Instandhaltungslogistik.

Ofner, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 4 (Wien 2014); zitiert: *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Ofner, § 23 WEG 1975, in *Schwimann* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB² Band 4 (2001); zitiert: *Ofner* in *Schwimann*, ABGB².

ÖNORM EN 13306:2010-08, Instandhaltung – Grundbegriffe der Instandhaltung; zitiert: ÖNORM EN 13306.

Parapatis in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 848 (Stand 1.10.2016, rdb.at); zitiert: *Parapatis* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}.

Perner, Zur Geltendmachung von aus dem Erwerbsvorgang zustehenden Forderungen von Miteigentümern, wobl 2004, 416; zitiert: *Perner*, wobl 2004.

Perner, §§ 888, 889, 890, 891, 892 7 ABGB in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ (Klang) 2008; zitiert: *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang).

Perner, § 890 Satz 2 ABGB - ein Fall der "Gesamthandforderung"?, wobl 2004, 609; zitiert: *Perner*, wobl 2004.

Perner, Glaubensfragen bei Gläubigermehrheiten im ABGB, wobl 2006, 400; zitiert: *Perner*, wobl 2006.

Perner, WEG: Aktivlegitimation bei Forderungen aus dem Erwerbsvorgang, RdW 2004, 148; zitiert: *Perner*, RdW 2004.

Pesek, § 1090 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 5 (2014); zitiert: *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Pesek, Bagatellreparaturen als Mieterpflichten?, immolex 2017, 302; zitiert: *Pesek*, immolex 2017.

Pesek/Nademleinsky, §, in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017); zitiert: *Pesek/Nademleinsky* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴.

Pletzer/Böhm, Wann gilt ein Wärmebereitungsgerät als „mitvermietet“?, wobl 2015, 179; zitiert: *Pletzer/Böhm*, wobl 2015.

Prader, Manz Wohnrecht, WEG 2002^{4.06} (Stand 1.10.2016, Manz Wohnrecht in rdb.at); zitiert: *Prader*, WEG 2002^{4.06}.

Prader, „Erhaltungszirkus“ im Wohnrecht – die Neuregelung im WGG, immolex 2016, 41; zitiert: *Prader*, immolex 2016.

Prader, WWW – Wartung von Wärmebereitungsgeräten nach der WRN 2015, wobl 2015, 95; zitiert: *Prader*, wobl 2015.

Prader, WGG^{3.7} § 14a (Stand 1.1.2018, Manz Wohnrecht in rdb.at); zitiert: *Prader*, WGG^{3.7}.

Prader, OGH 7 Ob 156/16s: Zu Gewährleistung und Schadenersatz beim Kauf einer gebrauchten Wohnung mit mangelhafter (gefährlicher) Elektrik, immolex 2017, 9; zitiert: *Prader*, immolex 2017.

Rechberger/Klicka, vor § 226 ZPO, in *Rechberger* (Hrsg), ZPO⁴ (2014); zitiert: *Rechberger/Klicka*, in *Rechberger* ZPO⁴.

Reich-Rohrwig, Haftungsausschluss bei Liegenschaftskaufverträgen, NZ 2015, 441; zitiert: *Reich-Rohrwig*, NZ 2015.

Reischauer, Gewährleistung (§ 932 ABGB): Ermittlung der Mangelintensität durch Interessensabwägung?, Zak 2015, 404; zitiert: *Reischauer*, Zak 2015.

Reischauer, §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Rummel*, ABGB Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000); zitiert: *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³.

Reßler, § 32 WEG, in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014); zitiert: *Reßler* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar².

Riedler, §§ 879, 888, 889, 890, 891, 892 ABGB, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ Band 4 (2014); zitiert: *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴.

Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters - Ein Beitrag zur Lehre von den Leistungsstörungen im Dauerschuldverhältnis (2005); zitiert: *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters.

Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at); zitiert: *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}.

Riss, Dynamischer Erhaltungsbegriff und Verbesserungspflicht des Vermieters im MRG, wobl 2007, 237; zitiert: *Riss*, wobl 2007.

Riss, Verbotswidrigkeit von Mietvertragsklauseln – fünfte Klausel-Entscheidung, wobl 2012, 404; zitiert: *Riss*, wobl 2012.

Rosifka, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, ecolex 2007, 161; zitiert: *Rosifka*, ecolex 2007.

Rosifka, Erhaltungspflicht des Bestandgebers gemäß § 1096 und ihre vertragliche Abdingbarkeit, ecolex 2008, 720; zitiert: *Rosifka*, ecolex 2008.

Rummel in *Rummel*, ABGB § 1432 ABGB³ (Stand 1.1.2002, rdb.at); zitiert: *Rummel* in *Rummel*, ABGB³.

Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 6, 7 (Stand 1.10.2016, rdb.at); zitiert: *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}.

Schinnagl, Brennpunkt Heiztherme, Wasserboiler und sonstige Wärmebereitungsgeräte, Der Mieter 2016, 9; zitiert: *Schinnagl*, Der Mieter 2016.

Schurr, § 1042 ABGB, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015); zitiert: *Schurr* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³.

Stabentheiner, Die Wohnrechtsnovelle 2015, wobl 2015, 2; zitiert: *Stabentheiner*, wobl 2015.

Stanzl in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² Band 4: zitiert: *Stanzl in Klang*².

Strunz, Instandhaltung – Grundlagen, Strategien (2012); zitiert: *Strunz*, Instandhaltung.

Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 828, 848 ABGB (Stand 1.8.2015, rdb.at); zitiert: *Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas*, ABGB⁴.

Tanczos/Schoditsch, Zur Qualifikation von Forderungen der Miteigentümer, ecolex 2011, 504; zitiert: *Tanczos/Schoditsch*, ecolex 2011.

Terlitza, Der Vergleich im Streit über ursprüngliche Liegenschaftsmängel - Die Eigentümergemeinschaft im Gewährleistungskonflikt, wobl 2011, 335; zitiert: *Terlitza*, wobl 2011.

Terlitza, Praxis und Probleme der Abtretungslösung des § 18 Abs 2 WEG 2002, wobl 2013, 161; zitiert: *Terlitza*, wobl 2013.

Terlitza, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung - eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185; zitiert: *Terlitza*, wobl 2011.

Vonkilch, § 16 WEG, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht WEG³; zitiert: *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³.

Vonkilch, § 8 MRG, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht MRG³; zitiert: *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG³.

Vonkilch, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität (1. Teil), wobl 2008, 281; zitiert: *Vonkilch*, wobl 2008.

Vonkilch, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität (2. Teil), wobl 2008, 309; zitiert: *Vonkilch*, wobl 2008.

Vonkilch, Die Neuregelung der Erhaltungspflichten im Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, wobl 2016, 274; zitiert: *Vonkilch*, wobl 2016.

Vonkilch, § 37 WEG, in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht WEG³; zitiert: *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG³.

Wittwer, § 1295 ABGB, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015); zitiert: *Wittwer in Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³.

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ Kurzkommentar Band II (2015): zitiert: *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³.

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ Kurzkommentar Band I (2015): zitiert: *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³.

Würth/Zingher, Miet- und Wohnrecht¹⁹ (1989): zitiert: *Würth/Zingher*, Miet- und Wohnrecht¹⁹.

Würth in Rummel ABGB³ §§ 3, 8, 23, 24 MRG (Stand 1.1.2003, rdb.at); zitiert: *Würth in Rummel* ABGB³.

Würth in Rummel ABGB³ §§ 2, 37, 38 WEG 2002 (Stand 1.1.2003, rdb.at); zitiert: *Würth in Rummel* ABGB³.

Würth in Rummel ABGB³ § 1096 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at); zitiert: *Würth in Rummel* ABGB³.

Zöchling-Jud, § §§ 922, 923, 924, 929, 932, 933 ABGB, in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (2016); zitiert: *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Abgrenzung der Begriffe Neu- und Altbau bzw Althaus anhand der Phasen des Lebenszyklusses einer Immobilie	1
Abbildung 2: Bauträgervariante	4
Abbildung 3: Zubau-/Aufstockungsvariante.....	5
Abbildung 4: Stufen der Gewährleistungsbehelfe	18
Abbildung 5: Ersatz Deckungs- bzw Verbesserungskapital	57
Abbildung 6: Verwaltung und Verfügung im WEG.....	58
Abbildung 7: Zubau-/Aufstockungsvariante (Fallkonstellationen) Versprechen an der gemeinschaftlichen Sache	66
Abbildung 8: Unterschiedliche wirtschaftliche Konsequenzen bei Verbesserung und Geltendmachung von Verbesserungskapital	77
Abbildung 9: Gewährleistungsdifferenzierungen Wohnungseigentumseinheit und allgemeine Teile der Liegenschaft	81
Abbildung 10: Zusammenhang MRG und WEG.....	87
Abbildung 11: Modifikation der Gewährleistungsfristen	103
Abbildung 12: Übersicht unterschiedliche Rechtsfolgen Bauträger- und Zubau-/Aufstockungsvariante	119
Abbildung 13: Zusammenfassende Übersicht der Ansprüche	123

Zusammenfassung / Abstract

Die Master Thesis beschäftigte sich mit dem Thema der gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Ansprüche aus Mängeln an Wohnungseigentumsobjekten und den allgemeinen Teilen der Liegenschaft.

Bei der Bauträgervariante im Neubau – wo den Käufern faktisch identische Rechte eingeräumt werden – geht die hL und die Rechtsprechung davon aus, dass hinsichtlich des Erfüllungsinteresses eine Gesamthandforderung vorliegt. Forderungen auf Ersatz des Deckungs- bzw. Verbesserungskapitals für Mängelbeseitigung werden als teilbare Geldforderung qualifiziert. Bei der Verfolgung dieser teilbaren Ansprüche ist jeder Miteigentümer auf die Geltendmachung seines Anteiles beschränkt.

Dagegen kann bei der Zubau-/Aufstockungsvariante im Neubau die Fiktion einer Gesamthandforderung nicht mehr aufrechterhalten werden; entspringen die Rechte der Käufer doch aus dem individuellen Kaufvertrag. Verspricht hier der Bauträger jedoch zulässigerweise Haftung für die „gesamten“ allgemeinen Teile der Liegenschaft, so bedürfen Mängelbeseitigungsarbeiten in der Regel keiner Zustimmung der restlichen Miteigentümer, da diese in der Regel in den dem Bauträger eingeräumten Verfügungsrechten ihre Deckung finden.

Die Sonderregelung des § 37 Abs 4 WEG beinhaltet für allgemeine Teile im Althaus eine gewährleistungsrechtliche Sonderregelung. Diese Norm normiert zwei alternative Schutzmechanismen. Dies ist einerseits die Gutachtensvariante. Hier soll dem Wohnungseigentumsbewerber vor Augen geführt werden, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Für diesen im Gutachten beschriebenen Bauzustand – welche nach dem Wortlaut des Gesetzes in den Vertrag einzubeziehen ist – hat der Wohnungseigentumsorganisator Gewähr zu leisten.

Wählt der Organisator die „Gesetzesvariante“, d.h. wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen, so gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Hier trifft den Wohnungseigentumsorganisator die Rechtsfolge einer strengen, gesetzlich typisierten Gewährleistungspflicht, die zu durchaus fragwürdigen Ergebnissen führen kann.