

Gewährleistung im Wohnungseigentum - Anspruchsabtretung nach § 18 Abs 2 WEG 2002

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades
“Master of Science”

eingereicht bei
Michael Klinger, B.A.

Mag. Daniela Frühwald

01000651

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. DANIELA FRÜHWALD**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "GEWÄHRLEISTUNG IM WOHNUNGSEIGENTUM - ANSPRUCHSABTRETUNG NACH § 18 ABS 2 WEG 2002", 86 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich das Thema dieser Arbeit oder Teile davon bisher weder im In- noch Ausland zur Begutachtung in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 23.06.2020

Unterschrift

Kurzfassung

Aufgrund der stetig steigenden Anzahl an Neubau-Wohnprojekten sehen sich Hausverwaltungen zunehmend mit der Problematik der Gewährleistung und deren Abwicklung konfrontiert.

Die aus der Neuerrichtung von Liegenschaften resultierenden Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer sind grundsätzlich kein Thema der Hausverwaltung. Da in der Praxis allerdings viele Wohnungseigentümer fälschlicherweise davon überzeugt sind, dass die Durchsetzung dieser Ansprüche gegenüber dem Bauträger eine Angelegenheit der Verwaltung sei, kommt es oftmals zu Unstimmigkeiten.

In einem Spannungsverhältnis dazu, steht die Verpflichtung der Hausverwaltung, die allgemeinen Teiler der Liegenschaft zu erhalten und ernste Schäden des Hauses zu beheben. Diese Verpflichtung der Hausverwaltung ist oftmals schwierig mit den Gewährleistungsansprüchen der Wohnungseigentümer in Einklang zu bringen.

Durch – im Sinne der Erhaltung der Liegenschaft - in Auftrag gegebene Reparaturen kann passieren, dass der Mangel nicht mehr feststellbar ist und so womöglich die Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger vereitelt werden.

Diese Masterarbeit gibt einen allgemeinen Überblick über das geltende Gewährleistungsrecht aus der Perspektive der Hausverwaltung. Mit Fallbeispielen aus der „Verwalterpraxis“ werden problematische Konstellationen erörtert und problemspezifische Lösungswege erarbeitet.

Die Möglichkeit der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen des einzelnen Wohnungseigentümers an die Eigentümergemeinschaft, stellt einen weiteren zentralen Aspekt dar. Neben einer detaillierten rechtlichen Erörterung werden außerdem lösungsorientierte Vorgehensweisen für Hausverwaltungen erarbeitet.

Diese Arbeit liefert darüber hinaus einen Einblick in die „Verwalterpraxis“ in Hinblick auf die Abwicklung von Gewährleistungsthematiken, und zeigt Vorgehensweisen des Verwalters auf, die in rechtlicher Hinsicht haltbar sind und in praktischer Hinsicht keine Probleme aufwerfen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
1.1	<i>Thematische Relevanz, Problemaufriss und Forschungsgegenstand.....</i>	2
2	Allgemeines Gewährleistungsrecht.....	3
2.1	<i>Definition.....</i>	3
2.2	<i>Verhältnis der Gewährleistung zur Nichterfüllung:.....</i>	4
2.3	<i>Arten von Mängel.....</i>	6
2.4	<i>Sachmängel.....</i>	6
2.4.1	<i>Baumängel.....</i>	10
2.5	<i>Rechtsmängel.....</i>	11
2.6	<i>Rechtsfolgen – Das System der Gewährleistungsbehelfe.....</i>	12
2.6.1	<i>Verbesserung und Austausch.....</i>	13
2.6.2	<i>Voraussetzung für die Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe....</i>	14
2.6.3	<i>Wandlung und Preisminderung.....</i>	19
2.6.4	<i>Maßgebender Zeitpunkt und Vermutung der Mangelhaftigkeit.....</i>	24
2.7	<i>Geltendmachung der Gewährleistung und Verjährung.....</i>	25
2.8	<i>Rüge des Mangels, Ausschluss der Gewährleistung.....</i>	26
2.9	<i>Gewährleistung bei Verbrauchergeschäften.....</i>	28
2.9.1	<i>Negative Leistungsbeschreibung.....</i>	29
2.10	<i>Gewährleistung bei Montage.....</i>	30
2.11	<i>Der besondere Rückgriff in der Vertragskette (Händlerregress).....</i>	30
2.12	<i>Gewährleistung gemäß § 37 Abs 4 WEG.....</i>	31
3	Abtretung von Schadenersatz-, Gewährleistungs- und Unterlassungsansprüchen.....	32
3.1	<i>Titel und Voraussetzungen der Abtretung.....</i>	32
3.2	<i>Abtretbare Ansprüche.....</i>	33
3.3	<i>Abtretung an die Eigentümergemeinschaft.....</i>	33
3.3.1	<i>Abtretung als formloser Konsensualvertrag.....</i>	34
3.3.2	<i>Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft.....</i>	35
3.3.3	<i>Bestimmtheiterfordernis der Abtretungserklärung.....</i>	37

3.3.4	Annahme der Abtretungserklärung	37
3.3.5	Beschlussfassung über die Wahl des Gewährleistungsbehelfes	40
3.4	<i>Leitfaden für die Verwaltung zur konkreten schrittweisen Vorgehensweise:</i>	41
4	Exkurs	43
4.1	<i>Pflicht der Wohnungseigentümer zur Abtretung ihrer Ansprüche an die Eigentümergeinschaft?</i>	43
4.2	<i>Durchsetzung der Verpflichtung zur Abtretung?</i>	45
4.3	<i>Vertragliche Überwälzung des Risikos von Baumängeln auf den Wohnungseigentumsbewerber</i>	48
4.4	<i>Absicherung des Gewährleistungsrisikos beim Bauträgervertrag-Zession von Gewährleistungsansprüchen nach § 16 BTVG</i>	49
5	Rechtsbeziehungen	51
5.1	<i>Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und zum Bauträger</i>	51
5.2	<i>Verhältnis Wohnungseigentümer, Verwalter und Bauträger</i>	51
5.3	<i>Spannungsverhältnis zwischen notwendigen Erhaltungsarbeiten und Gewährleistungsansprüchen der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger</i>	53
6	Conclusio	55
	Literaturverzeichnis	59
	<i>Literatur:</i>	59
	<i>Kommentare:</i>	59
	<i>Zeitschriften:</i>	60
	<i>Oberstgerichtliche Entscheidungen:</i>	62
	<i>Entscheidungen EuGH:</i>	63
	<i>Rechtssätze:</i>	63
	<i>Gesetzesmaterialien:</i>	63
	Paragrafenverzeichnis	64
	<i>WEG</i>	64
	<i>MRG</i>	64

ABGB.....	64
KschG.....	65
Anhang:	66
<i>Interview mit Dr. Herbert Rainer vom 12.03.2020</i>	<i>66</i>
<i>Interview mit Mag. Kothbauer vom 13.03.2020</i>	<i>69</i>
<i>Interview mit Mag. Kothbauer vom 12.05.2020</i>	<i>75</i>

1 Einleitung

Der in Wien immer knapper werdende Wohnraum und die dadurch stetig steigende Nachfrage an Eigentumswohnungen führte in den letzten Jahren zu einem immensen Zuwachs an Bautätigkeit. Vor allem die Anzahl an Groß-Neubauprojekten mit mehr als 100 Wohnungen ist zuletzt deutlich gestiegen.¹

Durch die Zunahme an neu entstandenen Wohnungseigentumsanlagen, wird auch die Gewährleistungsabwicklung in der Praxis an Bedeutung zunehmen, da Neubauten stets mit einer Gewährleistungsverpflichtung des Bauträgers verbunden sind.

Eingangs ist diesbezüglich festzuhalten, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus der Errichtung eines Neubaus, grundsätzlich nie Thema der Hausverwaltung sein können, da diese immer aus den individuellen privaten Kaufverträgen zwischen Wohnungseigentümern und Bauträger resultieren.²

Die Praxis zeigt jedoch, dass viele Wohnungseigentümer der Meinung sind, dass die Verwaltung dafür verantwortlich ist, ihre Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger durchzusetzen, vor allem, wenn es um Mängel an allgemeinen Teilen der Liegenschaft geht.

Diese Masterarbeit widmet sich der Problematik der Gewährleistungsabwicklung bei Neubauten. Diese Thematik wird insbesondere aus der Perspektive einer Hausverwaltung behandelt, wobei auch auf die Sicht des Bauträgers und der einzelnen Wohnungseigentümer näher eingegangen wird. Die Schnittstellen und Graubereiche zwischen Theorie und Praxis werden dargelegt und erörtert.

Ein zentraler Aspekt dieser Arbeit, stellt auch die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen an die Eigentümergemeinschaft nach § 18 Abs 2 WEG 2002 dar. Folgt man *Löcker*⁴, so wurde durch die Einführung des § 18 Abs 2 WEG 2002 (vgl dazu Nov BGBl I 2006/124), der die Abtretung von Ansprüchen an die

Abbildung 2: Verdeutlichung der stetigen Zunahme an Neubauwohnungen in den Jahren 2014 bis 2018 in Wien

¹ Vgl *EHL/Buwog*, Erster Wiener Wohnungsmarktbericht 2019, S 13.

² Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

⁴ Vgl *Löcker*, wobl 2017/273.

Eigentümergeinschaft regelt, nicht etwa ein zweiter Bereich der Rechtsfähigkeit (neben der Liegenschaftsverwaltung) eingeführt, vielmehr wurde der Begriff der Liegenschaftsverwaltung um diese Facette bereichert und erweitert.⁵

1.1 Thematische Relevanz, Problemaufriss und Forschungsgegenstand

In der Praxis einer WEG-Hausverwaltung stellen sich zahlreiche Fragen in Bezug auf die Gewährleistungsabwicklung bei Neubauten.

Gemäß § 922 ff ABGB versteht man unter Gewährleistung das besonders bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Einstehenmüssen des Schuldners für Sach- und Rechtsmängel. Der Veräußerer hat dafür einzustehen, dass die Sache die ausdrücklich bedungenen, oder die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist.

Ziel dieser Arbeit ist es, die wesentlichen Pflichten eines WEG-Verwalters im Rahmen der Gewährleistungsabwicklung präzise darzustellen. Es sollen insbesondere die Rechtsverhältnisse zwischen den verschiedenen Protagonisten (Wohnungseigentümer – Verwalter – Bauträger) beleuchtet werden. Dabei soll insbesondere fallbezogen auf die Judikatur und die aktuelle Kommentarliteratur zurückgegriffen werden.

Folgende Forschungsfragen werden behandelt:

- Welche Rolle spielt die Verwaltung im Bereich der Gewährleistungsabwicklung von Neubauten?
- Welche Möglichkeiten haben Wohnungseigentümer zur Durchsetzung ihrer Gewährleistungsansprüche?

Die zentralen Forschungsfragen der Masterarbeit werden rechtswissenschaftlich bearbeitet. Die relevanten einschlägigen Normen und die nationale Judikatur werden analysiert.

Zusätzlich wird zur Veranschaulichung der Rechtsprobleme auf Beispiele aus der Praxis Bezug genommen und diese aus rechtswissenschaftlicher Sicht erörtert.

⁵ Vgl. *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1530, Lexis Nexis.

2 Allgemeines Gewährleistungsrecht

Um die thematische Relevanz des Gewährleistungsrechts für den Bereich des Wohnungseigentums besser verstehen zu können, ist es notwendig, einen Blick auf die allgemeinen Grundregeln des Gewährleistungsrechts zu werfen.

Zentrale Regelungsrundlage sind die §§ 922 ff ABGB, auf die hier nunmehr im folgenden Kapitel näher eingegangen wird.

2.1 Definition

„Gewährleistung ist die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Mängel (Sach- und Rechtsmängel), welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist.“⁶

Das Gewährleistungsrecht steht kraft Gesetzes zu und braucht daher nicht gesondert vereinbart zu werden. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Gewährleistung ist ein entgeltliches Geschäft. Getreu nach dem Motto „einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“ gibt es bei Schenkungen keine Gewährleistung.⁷

In den §§ 922 ff regelt das ABGB die Gewährleistung bei der entgeltlichen Überlassung von Sachen. Der Hauptanwendungsfall an den der Gesetzgeber gedacht hat, ist der systematischen Stellung im Gesetz zufolge, der Kauf. Diese Vorschriften sind als *lex generalis* zu verstehen, soweit das Gesetz nichts Besonderes bestimmt. Gewisse Sondervorschriften der Gewährleistung finden sich beispielsweise beim Bestandvertrag.⁸

§ 1096 ABGB regelt wechselseitige Rechte in Hinblick auf die Überlassung, Erhaltung und Benützung von Bestandobjekten. Vermieter und Verpächter sind demnach verpflichtet, „das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu

⁶ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 302.

⁷ *A.a.O.*, RZ 303.

⁸ *A.a.O.*, RZ 304.

übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören.“⁹

Das Werkvertragsrecht verweist für die Gewährleistung in § 1167 ABGB hingegen auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 922 ff ABGB.¹⁰

2.2 Verhältnis der Gewährleistung zur Nichterfüllung:

Sowohl beim Schuldnerverzug als auch beim Unmöglichwerden bleibt die Leistung aus. Beim Verzug kann sie noch nachgeholt werden, was jedoch beim Unmöglichwerden nicht der Fall ist.¹¹ Oft wird aber die Leistung (z.B. die verkaufte Sache oder das bestellte Werk) in mangelhaftem Zustand angeboten. In diesem Fall ist der Gläubiger nicht gezwungen, die mangelhafte Leistung / das mangelhafte Werk anzunehmen, er kann sie zurückweisen, wobei es nicht auf die Schwere des Mangels ankommt.¹² Außerdem stehen ihm die Rechte der §§ 918 ff ABGB aus Verzug und Unmöglichwerden zu. Wird die Leistung vom Gläubiger z.B. aufgrund der Unerkennbarkeit des Mangels angenommen, so wurde mangelhaft geleistet und stehen deshalb die Gewährleistungsrechte zur Verfügung.¹³

Gleichzeitig erhebt sich jedoch die Rechtsfrage des Verhältnisses zwischen den Rechten aus der Gewährleistung einerseits und den Rechten aus den §§ 918 ff ABGB (Verzug und Unmöglichwerden) andererseits. Die mangelhafte Leistung erfüllt nämlich fast immer auch einen Tatbestand der §§ 918 bis 921 ABGB. So spricht der Tatbestand des Verzugs in § 918 Abs 1 ABGB von der mangelhaften Leistung.¹⁴

Der Schuldner gerät nämlich dann in Verzug, wenn er „nicht auf die bedungene Weise, nicht zur gehörigen Zeit und nicht am gehörigen Ort“ leistet.¹⁵

⁹ § 1096 ABGB.

¹⁰ § 1167 ABGB.

¹¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 307.

¹² OGH SZ 63/197; *Krejci*, Abnahmeobligenheit trotz versteckter Baumängel, *ecolex* 1999, 816.

¹³ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 307.

¹⁴ *A.a.O.*, RZ 309.

¹⁵ § 918 Abs 1 ABGB.

Sobald die mangelhafte Leistung abgeliefert ist, stellt sie aber auch einen Gewährleistungsfall dar.¹⁶ Damit ergibt sich das Problem des Verhältnisses zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung. Die hM löst diese Rechtsfrage dadurch, dass sie die beiden Arten von Ansprüchen hintereinander ordnet, wobei die Ablieferung (Übergabe) der Leistung die Grenze bildet. Vor Übergabe kommen die Ansprüche des Verzugs bzw. der Nichterfüllung zum Tragen, nach der Übergabe die Ansprüche aus der Gewährleistung.¹⁷

Als Rechtsfolgen des objektiven Schuldnerverzugs¹⁸ kann der Gläubiger einerseits weiter auf Erfüllung bestehen, andererseits unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.¹⁹

Der subjektive Schuldnerverzug²⁰ löst zusätzlich Schadenersatzpflichten des Schuldners aus. Besteht der Gläubiger weiterhin auf Erfüllung, kann er außerdem den Verspätungsschaden²¹ geltend machen. Tritt der Gläubiger vom Vertrag zurück, kann er Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern.²²

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Durchsetzung dieser Ansprüche in einer Liegenschaft, an der Wohnungseigentum begründet wurde.

Zur Veranschaulichung ein hypothetisches Fallbeispiel:

Zwei Jahre nach Übergabe an die Wohnungseigentümer, entwickelte der Ventilator einer Druckbelüftungsanlage im Stiegenhaus einer Wohnungseigentumsanlage einen Defekt und musste ausgetauscht werden. Die Verwaltung bestellt ein neues Exemplar. Der Händler liefert nicht fristgerecht.

Die Bestellung des neuen Ventilators durch den Verwalter ist unproblematisch, da diese Handlung eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung im Sinne des § 28 WEG darstellt (ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile).

¹⁶ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 309.

¹⁷ RIS-Justiz RS0018234; *Welser/Jud*, Gewährleistung § 922 Rz 2.

¹⁸ Der objektive Schuldnerverzug ist der Verzug an sich, wie auch immer er zustande gekommen ist.

¹⁹ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 166, Lexis Nexis.

²⁰ Das ist der vom Schuldner zu vertretene Schuldnerverzug.

²¹ Jene Nachteile die ihm durch die Verspätung der Leistung entstanden sind.

²² *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 167, Lexis Nexis.

Nun gerät der Händler in Schuldnerverzug.

Wie bereits dargelegt, hat der Gläubiger, somit die Eigentümergeinschaft vertreten durch den bestellten Verwalter, das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Rücktritt unter Setzung einer Nachfrist.

Sollten die Wohnungseigentümer, weil es sich um einen subjektiven Schuldnerverzug handelt, zusätzlich einen Verspätungsschaden bzw vom Händler Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, so bedarf es keiner Anspruchsabtretung nach § 18 Abs 2 WEG 2002, da der Vertrag zur Lieferung des neuen Ventilators mit der Eigentümergeinschaft geschlossen wurde.

Um wiederum die Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger nicht zu vereiteln, empfiehlt es sich, seitens der Hausverwaltung, eine umfassende Beweissicherung vor dem Einbau des neuen Ventilators durchzuführen.

2.3 Arten von Mängel

Zur Durchsetzung etwaiger Gewährleistungsansprüche der jeweiligen Wohnungseigentümer ist es essentiell festzustellen, ob überhaupt ein Mangel vorliegt. Ganz allgemein kann zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln unterschieden werden.

2.4 Sachmängel

Sachmängel haften einer Sache körperlich an. Der Übergeber leistet nach § 922 Abs 1 ABGB dafür Gewähr, dass die Sache dem Vertrag entspricht. Nur der jeweilige Vertrag bestimmt daher, ob eine Leistung mangelhaft ist, oder nicht.²³

Ein Mangel ist daher jede Abweichung der Leistung vom geschuldeten Quantum und Quale.²⁴ Der Übergeber haftet somit für die vertraglich vereinbarten bzw. im Geschäftsverkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Die Vereinbarung dieser Eigenschaften kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Es darf aber

²³ OGH EvBI-LS 2013/161.

²⁴ *Rabel*, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (1902) 334.

nicht jede Äußerung des Übergebers über die verkaufte Sache als vertraglich bedungene Eigenschaft interpretiert werden.²⁵

Der Oberste Gerichtshof legt jedoch in seiner ständigen Rechtsprechung ein eher strenges Maß für den Übergeber fest. Beispielsweise hat er in einem Fall, indem ein Bauträger eher vage formulierte Angaben über die Anzahl von Räumen oder den Zinsertrag eines Hauses gemacht hat, eine fix zugesagte Eigenschaft dieser Liegenschaft erkannt, welche somit im Falle der Nichterfüllung einen Gewährleistungsmangel darstellt.²⁶ In einer anderen Entscheidung stellte der OGH fest, dass eine konkrete Flächenangabe in einem Liegenschaftskaufvertrag grundsätzlich als Eigenschaftszusage zu werten ist.²⁷

Ob eine bestimmte Eigenschaft als „gewöhnlich vorausgesetzt“ anzusehen ist, ist danach zu beurteilen, ob der Erwerber ihr Vorhandensein nach der Verkehrsauffassung erwarten kann.²⁸

So kann beispielsweise im allgemeinen Verkehrsbrauch erwartet werden, dass eine Stützmauer die entsprechende Kippsicherheit aufweist.²⁹ Außerdem kann beim Erwerb einer Liegenschaft, mangels gegenteiliger Hinweise, davon ausgegangen werden, dass der Untergrund eine natürliche Bodenbeschaffenheit aufweist.³⁰ In diesem Fall hatte der Verkäufer den Käufer nicht darauf hingewiesen, dass das Einfamilienhaus auf einer zugeschütteten Schottergrube errichtet wurde. Der OGH bejahte in diesem Fall den Preisminderungsanspruch.

Auch stellt das Fehlen einer Betriebsanleitung für eine elektrische Anlage einen Sachmangel dar.³¹

Das Fehlen einer Betriebsanleitung einer technischen Anlage eines Wohnhauses wird naturgemäß nur einer Hausverwaltung auffallen, wenn die Wartungen der Anlagen in

²⁵ OGH SZ 58/11.

²⁶ OGH wobl 2009/22.

²⁷ OGH Zak 2013/505.

²⁸ OGH SZ 73/160: zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Eigentumswohnung; vgl auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 319.

²⁹ OGH ZRB 2012,51 (Wenusch).

³⁰ OGH EvBl 2011/19.

³¹ OGH ecolx 1994, 754.

Auftrag gegeben werden. Dass eine solche Betriebsanleitung fehlt, wird im Normalfall kein Wohnungseigentümer feststellen.

Gemäß § 922 ABGB haftet der Übergeber außerdem dafür, dass die Sache der Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß, verwendet werden kann.³²

Fallbeispiel aus der Verwalterpraxis:

Eingangsbereich einer neu übergebenen hochwertigen Eigentumswohnung mit Echtholzparkettausstattung. Sieben Monate nach Übergabe - Monat Dezember - wellte sich der Parkettboden, aufgrund der durch nasse Schuhe bedingten leichten Feuchtigkeit.

Dieser Fall wurde bei der Versicherung eingereicht und auch bezahlt, sodass sich die Frage der Gewährleistung nicht stellte, obwohl richtigerweise zur gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft eines Parkettbodens wohl auch gehört, dass dieser zumindest wasserresistent ist. Somit stellte diese Ausführung einen Sachmangel dar, der die gewährleistungsrechtlichen Reglementierungen nach sich zieht und somit in die Verantwortungssphäre des Liegenschaftsveräußerers (Bauträgers) fällt.

Die Verwaltung wird in diesem Fall den Mangel informationshalber an den Bauträger weiterleiten. Für die Behebung des Mangels und zur Durchsetzung der Gewährleistungsrechte des Wohnungseigentümers ist die Verwaltung nicht legitimiert, da es sich bei Gewährleistungsansprüchen aus der Errichtung des Wohnhauses um höchstpersönliche Ansprüche der jeweiligen Wohnungseigentümer handelt und nicht um Ansprüche der Eigentümergemeinschaft.³³

Schließlich spielt es für die Vertragsgemäßheit der Sache eine Rolle, was der Übernehmer aufgrund der über sie gemachten öffentlichen Aussagen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben und Beiblättern, erwarten kann.³⁴

³² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 320.

³³ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

³⁴ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 321; vgl auch *Welser/Jud*, Gewährleistung, §§ 922 ff, RZ 13 ff.

Den Äußerungen des Herstellers, werden jene des EWR-Importeurs und jenen Personen, die sich durch Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder anderer Kennzeichnungen an der Sache, als Hersteller bezeichnen (=Anscheinshersteller), gleichgestellt. Derartige öffentliche Aussagen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrages berichtigt waren, oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten.³⁵

Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang auch, was in Immobilieninseraten angegeben wurde.³⁶

Nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts, muss der Übernehmer den Mangel beweisen.³⁷ Dies schließt den Beweis des Vertragsinhaltes ein, weil sich die Mangelhaftigkeit aus der Abweichung vom Vertrag ergibt.³⁸

Wenngleich für die Vertragsgemäßheit der Leistung, stillschweigend festgelegte Eigenschaften und damit die allgemeine Beschaffenheit der Sache, eine übergeordnete Rolle spielt, kommt es letztendlich immer auf die vertragliche Vereinbarung an. Denn ob eine Beschaffenheit auch wirklich als Gewährleistungsmangel anzusehen ist, kann nur für einen bestimmten Fall (aufgrund eines konkreten Vertrages) festgestellt werden.³⁹

Aus diesem Grund, sollten Gewährleistungsthematiken von Seiten der Verwaltung mit großer Vorsicht behandelt werden. Gewährleistungsansprüche aus der Errichtung eines Wohnhauses, stellen höchstpersönliche Rechte der Wohnungseigentümer dar. Was ein Gewährleistungsmangel ist und was nicht, ergibt sich zwangsläufig immer aus dem Vertrag zwischen Wohnungseigentümer und Bauträger.⁴⁰

Fallbeispiel:

Ein Wohnhaus-Neubauprojekt wurde an die neuen Eigentümer übergeben.

³⁵ § 922 Abs 2 ABGB.

³⁶ OGH immolex 2011/93.

³⁷ OGH EvBl 2009/66.

³⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 323.

³⁹ *A.a.O.*, RZ 324.

⁴⁰ Sh Interview mit Mag. Kothbauer.

Es wurde kein Stiegenhausgeländer montiert.

Ein Wohnungseigentümer beschwert sich bei der Verwaltung.

Theoretisch wäre folgendes Szenario denkbar: In den Kaufverträgen zwischen Bauträger und Wohnungseigentümer wurde festgehalten, dass das Stiegenhausgeländer von den Wohnungseigentümern selbst errichtet werden soll.

In diesem Fall läge kein Gewährleistungsmangel vor, weil sich aus dem Vertrag ergibt, was genau geschuldet ist und was nicht. Hier ist ein Stiegenhausgeländer eben nicht geschuldet.

Es ist wichtig festzuhalten, dass die Gewährleistungsthematik, genau aus solchen Gründen niemals ein Thema der Hausverwaltung sein kann. Der Verwalter kann nicht wissen, was in den privaten Kaufverträgen vereinbart wurde.

Die Tätigkeit des Verwalters beschränkt sich in einem solchen Fall darauf, festzustellen, dass ein Mangel vorliegt, nämlich das Fehlen eines Stiegenhausgeländers.

Die Verwaltung wird in einem solchen Fall den Bauträger, darüber informieren, dass das Stiegenhausgeländer fehlt, und die Errichtung desselben (aus Sicherheitsgründen so rasch als möglich) veranlassen.⁴¹

2.4.1 Baumängel

Ein Baumangel ist definitionsgemäß wie ein Sachmangel zu behandeln.

Es handelt sich hierbei um Mängel, die während der Errichtung einer Liegenschaft entstehen bzw. einer Liegenschaft anhaften.

Die Überwälzung des Risikos von Baumängeln vom Bauträger auf den Käufer, ist nicht zulässig. Dem Wohnungseigentumsbewerber bleibt aus dem Titel der Gewährleistung ein verschuldensunabhängiger Verbesserungsanspruch bestehen.

Die unüberschaubaren und unvorhersehbaren Folgen, für einen, auf seine Gewährleistungsrechte verzichtenden Wohnungseigentumsbewerber, würden den Rahmen der Verkehrsüblichkeit sprengen.⁵⁴

⁴¹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

⁵⁴ 5 Ob 231/02 k.

Die Verpflichtung des Käufers, in die vom Wohnungseigentumsorganisator abgeschlossenen Werkverträge einzutreten und damit Gewährleistungsansprüche nur gegen den Werkunternehmer geltend zu machen, verstößt gegen § 38 Abs 1 Z 4 WEG.⁵⁵

2.5 Rechtsmängel

Ein Rechtsmangel ist dann gegeben, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die rechtliche Position verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen muss.⁵⁶

Demnach ist ein Rechtsmangel, wenn jemand beispielsweise eine fremde Sache als die seinige veräußert und der Erwerber deshalb nicht Eigentümer wird.⁵⁷

Ein Rechtsmangel ist auch dann gegeben, wenn der Sache ungewöhnliche Lasten (z.B. Dienstbarkeiten, Reallasten) anhaften, oder wenn eine nicht existierende Sache, oder ein nicht bestehendes Recht, verkauft wird.⁵⁸

Ein Rechtsmangel wäre es auch, wenn für ein veräußertes Haus keine, oder nur eine widerrufliche Baubewilligung vorliegt.⁵⁹

Werden Sanierungsaufgaben der Behörde vom Verkäufer nicht erfüllt, stellt es einen Rechtsmangel dar, wenn dieser dem Käufer eine rechtskräftige Bau- und Benützungsbewilligung zugesagt hat.⁶⁰

Weiters stellt es einen Rechtsmangel dar, wenn die als bestandsfrei verkaufte Eigentumswohnung, wegen der Mietrechte eines Dritten vom Käufer nicht bewohnt werden kann.⁶¹

Um einen Rechtsmangel geltend zu machen, muss der Gewährleistungsberechtigte nicht warten, bis der Eigentümer der verkauften Sache, Ansprüche erhebt. Vielmehr genügt es, wenn der Rechtsmangel unzweifelhaft ist. Umgekehrt, begründet nicht

⁵⁵ § 38 WEG 2002; vlg *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, Lexis Nexis, RZ 169.

⁵⁶ OGH SZ 67/231.

⁵⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 329; Achtung jedoch kein Gewährleistungsanspruch, wenn der Käufer Eigentum kraft guten Glaubens gem. § 367 ABGB erwirbt.

⁵⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 330.

⁵⁹ OGH SZ 67/231.

⁶⁰ OGH eclex 2009/185.

⁶¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 330.

schon die Erhebung beliebiger Ansprüche durch einen Dritten, Gewährleistungsrechte gegenüber dem Verkäufer.⁶²

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, muss der Anspruchserhebung zumindest eine überwiegend wahrscheinliche Berechtigung zugrunde liegen. Die reine Möglichkeit der Aufhebung eines Genehmigungsbescheids ist kein Rechtsmangel.⁶³

2.6 Rechtsfolgen – Das System der Gewährleistungsbehelfe

§ 932 ABGB definiert die Verbesserung, den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) und die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) als Gewährleistungsbehelfe.⁶⁵ Diese Rechte stehen grundsätzlich unabhängig von Art und Schwere des Mangels zu.⁶⁶

Zu beachten gilt, dass bei bloß geringfügigen Mängeln kein Recht auf Wandlung besteht.⁶⁷

§ 932 Abs 2 und 4 ABGB bestimmen unter den Gewährleistungsbehelfen den Vorrang der Verbesserung und des Austausches (= Primat der Nacherfüllung).

Der Übergeber soll dadurch eine zweite Chance erhalten, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen.

Primäre Gewährleistungsbehelfe sind demnach die Verbesserung und der Austausch, die Preisminderung und die Wandlung, die sekundären.⁶⁹

Auf die Stufe der sekundären Gewährleistungsbehelfe (Preisminderung und Wandlung) kommt der Übernehmer nur, wenn die Verbesserung und der Austausch:

1. nicht möglich sind
2. für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären

⁶² *Welser/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 331.

⁶³ OGH ecolex 2007/209.

⁶⁵ *Welser/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 333.

⁶⁶ ZB OGH EvBl 2012/24.

⁶⁷ *Welser/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 333.

⁶⁹ *A.a.O.*, RZ 334.

3. oder wenn der Übergeber dem Verlangen des Übernehmers nicht, oder nicht in angemessener Frist nachkommt.⁷⁰

2.6.1 Verbesserung und Austausch

Ist der Mangel grundsätzlich behebbar, hat der Erwerber in erster Linie das Recht auf Verbesserung oder auf Austausch der Sache.⁷¹ Der Austausch soll nach herrschender Meinung als Gewährleistungsbehelf nur bei Gattungsschulden möglich sein.⁷²

Nach jüngerer Ansicht soll der Austausch vor allem dann möglich sein, wenn der Schuldner eine gleichartige, wirtschaftlich gleichwertige, Ersatzlage schaffen kann.⁷³ Der OGH hat diese Frage offen gelassen und möchte hier offenbar keine Antwort geben.⁷⁴

Verbesserung und Austausch sind in angemessener Frist und mit geringest möglichen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck, zu berücksichtigen sind.⁷⁵

Die Verbesserung ist am Erfüllungsort zu leisten. Außerdem ist sie unentgeltlich vorzunehmen – der Übergeber kann also dafür kein zusätzliches Entgelt in Rechnung stellen⁷⁶ und hat auch die Arbeits- und Materialkosten zu tragen⁷⁷.

§ 8 Abs 3 KSchG stellt dies besonders für das Verbrauchergeschäft klar.

Fraglich und bis dato nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der Übergeber beim Austausch einer vom Übernehmer eingebauten Sache (z.B. Fliesen, Parkettboden) auch die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache und des neuerlichen Einbaus zu tragen hat, wenn ursprünglich nur die Lieferung dieser Sache geschuldet war.

Nach der herrschenden Meinung in der Lehre, waren solche Schäden als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren und daher nur bei Verschulden zu ersetzen.⁷⁹

⁷⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 335.

⁷¹ *A.a.O.*, RZ 339.

⁷² *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 9.

⁷³ *Jud*, Schadenersatz 146 ff.

⁷⁴ OGH RdW 2012/272.

⁷⁵ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 932 Rz 26 ff.

⁷⁶ EuGH C-404/06.

⁷⁷ *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB ON § 932 Rz 11.

⁷⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 344.

Der EuGH hat aber in den Rechtssachen *Weber* und *Putz*⁸⁰ entschieden, dass der Verkäufer nach der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie dann, wenn der Verbraucher die Sache vor Auftreten des Mangels gutgläubig, gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der Austauschsache vorzunehmen, oder die Kosten zu tragen, die für den Ausbau und den Einbau notwendig sind.

Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, die ursprünglich gekaufte Sache einzubauen.⁸¹

Der OGH hat nach dieser Entscheidung des EuGH zunächst bestimmt, dass § 932 Abs 2 ABGB richtlinienkonform zu interpretieren sei und damit die Rechtsprechung des EuGH auf das österreichische Recht übertragen.⁸²

In einer jüngeren Entscheidung hat der OGH allerdings klargestellt, dass die Rechtsprechung des EuGH nur dann gelte, wenn der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie fällt (Verbraucherkaufvertrag über bewegliche Sachen) und sich damit für eine gespaltene Auslegung des Gewährleistungsrechts entschieden.⁸³

Gemäß § 932 ABGB hat der Übernehmer das Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch. Der Übergeber kann dem vom Übernehmer gewählten Behelf allerdings entgegenhalten, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist, oder für ihn mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist.⁸⁵

2.6.2 Voraussetzung für die Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe

Der Vorrang von Verbesserung und Austausch wurzelt in der Überlegung des Gesetzgebers, dem Übergeber eine „zweite Chance“ zu gewähren.

⁸⁰ EuGH, verb RS C-65/09 und C-87/09.

⁸¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 344.

⁸² OGH eclex 2013/43.

⁸³ OGH EvBl 2014/89.

⁸⁵ *Jud*, Schadenersatz 177ff.

Das Gesetz berücksichtigt allerdings auch das Interesse des Übernehmers, sich vom Vertrag lösen zu können, oder den Preis der Sache zu mindern⁹⁰.

Die Verbesserung und der Austausch kommen dann nicht in Betracht, wenn sie faktisch oder rechtlich unmöglich sind. Ist beispielsweise nur die Verbesserung der Sache unmöglich, so bleibt dem Übernehmer der Austauschanspruch. Ist umgekehrt der Austausch unmöglich, so hat der Übernehmer zunächst nur Anspruch auf Verbesserung. Sollten beide primären Gewährleistungsbefehle unmöglich oder untunlich sein, so kann der Übergeber die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (durch Verbesserung oder Austausch) verweigern und den Übernehmer auf die sekundären Befehle verweisen.⁹¹

Gemäß § 932 Abs 4 ABGB kann der Übernehmer die sekundären Gewährleistungsbefehle verlangen, wenn die Verbesserung und der Austausch mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären.

Diese Unverhältnismäßigkeit muss der Übergeber beweisen und einwenden.⁹³

Die Unverhältnismäßigkeit ist nach der Rechtsprechung „absolut“ zu beurteilen und dann gegeben, wenn der mit der Verbesserung bzw. mit dem Austausch verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zur Bedeutung des Mangels für den Übernehmer steht.⁹⁴

Der Übernehmer ist außerdem dann zur Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbefehle berechtigt, wenn der Übergeber die Verbesserung und den Austausch verweigert, oder nicht in angemessener Frist vornimmt.⁹⁵

Das ist dann der Fall, wenn der Übergeber untätig bleibt,⁹⁶ aber auch, wenn seine Bemühungen um Verbesserung fehlschlagen.⁹⁷

⁹⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 347.

⁹¹ A.a.O, RZ 348.

⁹³ OGH JBI 2013, 654.

⁹⁴ OGH JBI 2007, 519.

⁹⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 350.

⁹⁶ OGH Zak 2011/328.

⁹⁷ OGH Zak 2011/327.

Über die Länge der Frist enthält das Gesetz keine genaueren Angaben, sie richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.⁹⁸

Es bedarf keiner besonderen Fristsetzung durch den Übernehmer, der Übergeber muss vielmehr nach dem Verbesserungsbegehren des Übernehmers, von sich aus in angemessener Zeit Abhilfe schaffen.⁹⁹

Hat der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch zwar vorgenommen, dies aber nicht in einer angemessenen Frist, oder hat er erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer verursacht, so kann der Übernehmer dennoch die Preisminderung oder die Wandlung nicht mehr begehren, da dies sonst zu einer „doppelten Liquidation“ führen würde.¹⁰⁰

Fallbeispiel aus der Verwalterpraxis:

Bei der Errichtung eines Wohngebäudes wurden im gesamten Gebäude elektrische Türen verbaut. Der Elektromotor der Türe zu einem allgemeinen Aufenthaltsraum hatte seit Beginn an Probleme verursacht. Nach ca. 16 Monaten hatte der Elektromotor einen Totalschaden.

Bei Liegenschaften mit elektrischen Türen empfiehlt es sich seitens der Hausverwaltung, ab Übernahme, die regelmäßige Wartung der Türen im Rahmen der Technischen Betriebsführung zu veranlassen.

Die Praxis zeigt, dass sich in solchen Fällen die Bauträger oft auf die falsche Anwendung der Türen „herausreden“ und die Gewährleistung somit nicht übernehmen wollen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass Verwalter derartige Störungen oft gar nicht als Gewährleistungsmangel erkennen.

So geschieht es oft, dass seitens der Hausverwaltung „blind“ die konkrete Störungsbehebung in Auftrag gegeben wird, dies aber der Eigentümergemeinschaft in Rechnung gestellt wird und der Mangel nicht richtigerweise zunächst einmal dem Bauträger weitergeleitet wird, damit dieser ihn beheben kann.

⁹⁸ OGH ecolex 2006/422.

⁹⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 350.

¹⁰⁰ OGH ecolex 2008/74.

Dem Einwand des Bauträgers, dass es sich um Bedienfehler bzw um Vandalismus-Schäden durch die Wohnungseigentümer selbst handelt, können die Wartungsberichte entgegengehalten werden, sofern diese Türen auch wirklich regelmäßig gewartet wurden.

In derartigen Fällen sollte sich die Hausverwaltung im Sinne des § 20 Abs 1 WEG unter Wahrung der gemeinschaftsbezogenen Interessen der Wohnungseigentümer, ernstlich darum bemühen, den Bauträger über diese Mängel zu informieren und ihn gleichzeitig auffordern den Mangel zu verbessern.¹⁰¹ Sollte der Bauträger die Verbesserung ablehnen, hat die Verwaltung jedoch keine Kompetenz zur Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Wohnungseigentümer, sondern müssten diese selbst tätig werden.¹⁰²

Schließlich kann der Übernehmer die primären Gewährleistungsbehelfe ablehnen, wenn sie für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären¹⁰⁴, oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen, unzumutbar sind¹⁰⁵.

Der Einwand der „erheblichen Unannehmlichkeiten“ steht dem Übernehmer nur zum Schutz vor groben Unbilligkeiten zu.¹⁰⁶

Hypothetischer Praxisfall:

In einer Wohnung wird eine Klimaanlage eingebaut. Diese gibt ein leises „Klickgeräusch von sich“.

Es stellt sich heraus, dass das Klimagerät schadhaft ist und ausgebaut werden müsste.

Das Ausbauen wäre mit umfangreichen Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen verbunden.

In einem solchen Fall kann der Übernehmer die primären Gewährleistungsbehelfe, hier die Verbesserung, überspringen und direkt als sekundären Gewährleistungsbehelf

¹⁰¹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

¹⁰² A.a.O.

¹⁰⁴ OGH SZ 2005/157.

¹⁰⁵ OGH ecolex 2006/311.

¹⁰⁶ OGH 6 Ob 86/05a.

die Preisminderung verlangen, da die Verbesserungsarbeiten mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären.

Erhebliche Unannehmlichkeiten entstehen für den Übernehmer auch dann, wenn die Verbesserung misslingt, also die Sache nicht „im ersten Anlauf“ repariert wird.

Der Übergeber hat nämlich nur das Recht auf einen einzigen Verbesserungsversuch, mehrere Verbesserungsversuche muss er nicht dulden.¹⁰⁷

Erhebliche Unannehmlichkeiten bestehen beispielsweise auch dann, wenn der Verkäufer der Sache, seinen Sitz im schwer erreichbaren Ausland hat und ein Geldausgleich leichter abzuwickeln ist, als eine Reparatur oder ein Austausch der Sache.¹⁰⁸

Bei den, in der Person des Übergebers liegenden Gründen, geht es um Fälle, bei denen es allgemein begreiflich erscheint, dass der Übernehmer die Verbesserung der Sache durch den Übergeber nicht zulassen will. Zu derartigen Gründen gehören beispielsweise sicherheitsrelevante Umstände und andere Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahelegen.¹⁰⁹

Fallbeispiel aus der Verwalterpraxis:

Die Hausverwaltung beauftragt den Einbau von neuen Postkästen, wobei die Postkästen bestimmte von der Verwaltung vorgegebene Maße erfüllen müssen, damit das Gesamtbild des Stiegenhauseinganges nicht gestört ist.

Am Tag des Einbaus ist ein Mitarbeiter der Verwaltung vor Ort und weist die ausführende Firma darauf hin, dass die Maße nicht der Beauftragung entsprechen.

Der Werkunternehmer führt die Arbeiten trotzdem unverändert fort.

Hier wäre ein triftiger, in der Person des Werkunternehmers gelegener Grund gegeben, ebenfalls die primären Gewährleistungsbefehle zu überspringen.

In diesem Fall, kann sofort Preisminderung, oder sogar Wandlung begehrt werden.

¹⁰⁷ Zöchling-Jud in Kletecka/Schauer, ABGB ON § 932 Rz 55.

¹⁰⁸ Welser/Jud, Gewährleistung § 932 RZ 32 f.

¹⁰⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 351.

Strittig ist, ob der Übernehmer die Verbesserung selbst vornehmen lassen kann und dann vom gewährleistungspflichtigen Übergeber Ersatz der Verbesserungskosten verlangen kann. Als Preisminderung können die konkreten Kosten einer Verbesserung jedenfalls nicht begehrt werden.¹¹⁰

Für diese Problematik (Selbstverbesserung durch den Übernehmer) gibt es in Lehre und Literatur verschiedene Lösungsansätze.

Manche sind der Meinung, dass der Übernehmer vom Übergeber den Betrag, den dieser sich durch die Nichtvornahme der Verbesserung erspart hat, nach § 1042 ABGB¹¹¹ verlangen kann¹¹², oder seinen Anspruch auf § 1097 Satz 2 ABGB¹¹³ stützen kann¹¹⁴.

Nach der überwiegend herrschenden Meinung ist allerdings eine analoge Anwendung des §1168 ABGB¹¹⁵ vorzuziehen. Danach muss sich ein Werkunternehmer bei Unterbleiben der Ausführung des Werkes dasjenige auf seinen Werklohnanspruch anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Arbeit erspart hat.¹¹⁶

2.6.3 Wandlung und Preisminderung

Als sekundäre Gewährleistungsbefehle stehen dem Übernehmer die Rechte der Preisminderung und der Wandlung zu (§ 932 Abs 4 ABGB).

Bei der Wandlung und der Preisminderung handelt es sich um Gestaltungsrechte, die rechtlich durch Klage oder Einrede ausgeübt werden müssen. Bei einer Einigung der Parteien, erübrigt sich die gerichtliche Geltendmachung.¹¹⁷

Der gewährleistungsberechtigte Übernehmer, kann zwischen Preisminderung und Wandlung grundsätzlich wählen. Das Recht auf Wandlung besteht jedoch nur, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt.¹¹⁸

¹¹⁰ OGH JBI 2006, 518 (*P.Bydlinski*).

¹¹¹ §1042 ABGB.

¹¹² *Kletecka*, Gewährleistung neu, § 933 a RZ 6.

¹¹³ § 1097 ABGB.

¹¹⁴ *Reischauer*, Gewährleistung und verschuldensunabhängiger Verbesserungskostenersatz, Zak 2011/607, 323.

¹¹⁵ § 1168 ABGB.

¹¹⁶ OGH SZ 2008/87.

¹¹⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 354.

¹¹⁸ A.a.O, RZ 355.

Fraglich ist, nach welchen Kriterien diese Geringfügigkeit zu bestimmen ist. Der Begriff kann jedenfalls nicht mit dem des „unerheblichen Mangels nach § 932 Abs 2 ABGB gleichgesetzt werden, da dieser überhaupt keine Gewährleistung auslöst.¹¹⁹ Bei einem geringfügigen Mangel ist allerdings nur das Recht auf Wandlung ausgeschlossen.

Ob ein, die Wandlung ausschließender geringfügiger Mangel vorliegt, ist nach der Rechtsprechung im Rahmen einer Interessensabwägung zu prüfen, welche die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt.¹²⁰

Das Recht auf Wandlung steht dem Übernehmer jedenfalls dann nicht zu, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre.¹²¹ Bei Fehlen ausdrücklich zugesagter Eigenschaften kann grundsätzlich nicht von einer Geringfügigkeit des Mangels ausgegangen werden.¹²²

In einer Entscheidung über eine fehlerhafte Heizung in einem Auto (erreichte im Winter nicht mehr als 20 Grad), kam der OGH zu dem Schluss, dass es sich hierbei um keinen geringfügigen Mangel handelte.¹²³

Fallbeispiel aus der Verwalterpraxis:

Der Bauträger einer Liegenschaft im 9. Wiener Gemeindebezirk verbaute die Warmwasserleitungen im gesamten Gebäude fehlerhaft.

Diese fehlerhafte Verbauung wirkte sich derart aus, dass die Badezimmerfliesen in einigen Wohnungen im Sommer nahezu 40 Grad erreichten.

Ein von den Wohnungseigentümern eingeholtes Sachverständigengutachten ergab, dass die Ummantelung der Warmwasserleitung zu gering bemessen wurde, sodass die Dämmung der Rohre nicht ausreichend gewährleistet ist.

Dies führt zu einer massiven Wärmeabgabe in die Bausubstanz, was zu hohen Temperaturen in den Wohnungen und auch im Stiegenhaus führt.

¹¹⁹ Welser/Jud, Gewährleistung § 932 RZ 37.

¹²⁰ OGH EvBl 2005/181; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 355.

¹²¹ Welser/Jud, Gewährleistung § 932 RZ 37.

¹²² OGH SZ 2006/17.

¹²³ OGH RdW 2005/816.

Durch diese Wärmeabgabe ist ein weiterer Nebeneffekt, dass das Wasser nicht warm genug aus der Leitung kommt, weil die Wärme eben in die Umgebung abgegeben wird.

Vorauszuschicken ist, dass dieser Fall noch nicht gerichtlich entschieden wurde, somit der Ausgang noch offen ist. Laut dem Sachverständigengutachten, welches vom Bauträger eingeholt wurde, ist das Haus lediglich gut wärme gedämmt und die Temperaturen in den Wohnungen und im Stiegenhaus deshalb so hoch.

Der Richter wird in diesem Fall einen neuen Sachverständigen bestellen und auf Basis dieses Gutachtens entscheiden, was für ein Mangel vorliegt.

Sollte der Gerichtssachverständige das Gutachten der Wohnungseigentümer bestätigen, wäre rechtlich zu diesem Fall folgendes zu sagen:

Die Verbesserung der Rohrdämmung wird eher schwer möglich sein, außerdem wird bei einer Verbesserung ein unverhältnismäßig großer Nachteil für die Wohnungseigentümer anzunehmen sein.¹²⁴ So müssten die Wohnungseigentümer vermutlich aus den Wohnungen ausziehen und in sämtlichen Wohnungen die Wände entlang der Verrohrungen aufgestemmt werden. Eine derartige Maßnahme ist mit Sicherheit nicht verhältnismäßig.

Somit können in einem solchen Fall die Wohnungseigentümer die primären Gewährleistungsbehelfe überspringen und sich auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe berufen.

Hier können sie in erster Linie die Preisminderung verlangen.

Angelehnt an den vom OGH judizierten „Autofall“¹²⁵ könnte man aber auch davon ausgehen, dass dieser Mangel nicht geringfügig ist. Somit wäre in diesem Fall auch der Rücktritt vom Vertrag (die Wandlung) möglich.

Die Preisminderung ist auch dann zulässig, wenn es sich um einen schwerwiegenden Mangel handelt. In besonders schwerwiegenden Fällen, bei denen die Preisminderung dazu führen würde, dass der Übernehmer die Sache quasi umsonst behalten dürfte

¹²⁴ Vgl Kapitel: Voraussetzungen für die Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe.

¹²⁵ OGH RdW 2005/816.

(Preisminderung gegen Null), kann die Geltendmachung der Preisminderung rechtsmissbräuchlich und daher ausgeschlossen sein.¹²⁶

Die Wandlung (actio redhibitoria) bewirkt die Aufhebung des Vertrages. Sie wirkt schuldrechtlich ex tunc. Aufgrund eines Vertrages bereits vollzogene Übereignungsakte sind sachenrechtlich weiter wirksam, jedoch bestehen schuldrechtliche Ansprüche auf Rückübertragung (§1435 ABGB).¹²⁷

Schwierigkeiten bereitet, wenn die mangelhafte Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann, weil sie zB veräußert, vernichtet oder verarbeitet worden ist.

Hat der Übernehmer, nach Kenntnis vom Mangel, eine derartige Verfügung vorgenommen, welche die Rückstellung unmöglich macht, oder die Rückstellung sonst schuldhaft vereitelt, so kann er zwar wandeln,¹²⁸ muss aber Schadenersatz leisten.¹²⁹

Der gewährleistungsberechtigte Übernehmer, hat nach vollzogener Wandlung, auch einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Beseitigung der mangelhaften Sache.¹³⁰

Die Preisminderung (actio quanti minoris) ist wie die Wandlung ein Gestaltungsrecht, führt jedoch nicht zur Aufhebung des Vertrages, sondern zur Herabsetzung des Kaufpreises und damit zu einer Änderung des Vertrages.¹³¹

Die Preisminderung ist nach der relativen Berechnungsmethode vorzunehmen. Danach muss sich der vereinbarte Preis zum geminderten Preis so verhalten wie der objektive Wert der Sache ohne Mangel zum objektiven Wert der Sache mit Mangel.¹³²

$$P : p = W : w$$

¹²⁶ *Jud*, Schadenersatz 325 ff.

¹²⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 357.

¹²⁸ OGH SZ 61/238.

¹²⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 357.

¹³⁰ *Kurschel*, Gewährleistung 49 f.

¹³¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 361.

¹³² A.a.O., RZ 364.

Berechnungsbeispiel:

Herr Maier kauft eine Wohnung um 450.000 €, diese wäre ohne Mangel 370.000 € wert. Wegen der falsch verbauten Warmwasserleitungen ist die Wohnung nur 250.000 € wert.

Herr Maier kann somit den Kaufpreis um 146.000 € auf 304.000 € mindern.

Die konkreten Kosten einer Verbesserung können jedoch nicht als Preisminderung begehrt werden.¹³³

Die endgültige Entscheidung, ob und wie die Wohnungseigentümer gegen den Bauträger vorgehen möchten, obliegt den Wohnungseigentümern selbst.¹³⁴

Hypothetisches Fallbeispiel:

In einer neu erbauten Liegenschaft wurden auf sämtlichen Türen, Türknaufe montiert, welche bereits nach kurzer Zeit leicht abblättern.

Die Verwaltung leitet diesen Mangel an den Bauträger weiter und fordert diesen auf, Verbesserungsmaßnahmen zu treffen. Der Bauträger lässt die Türkäufe abschleifen. Ein Wohnungseigentümer beschwert sich bei der Hausverwaltung, weil er gewährleistungsrechtlich lieber alle Türkäufe ausgetauscht hätte bzw. lieber seinen Kaufpreis der Wohnung gemindert hätte.

Dieses Fallbeispiel stellt mit Sicherheit einen rechtlichen Graubereich dar.

Gewährleistung und Schadenersatz sind grundsätzlich Sache der Wohnungseigentümer. Ein Thema der Gemeinschaft ist es wiederum, sich um die Erhaltung der allgemeinen Teile zu kümmern. Folgt man der Meinung von Mag. Kothbauer, kann wohl kaum ein Wohnungseigentümer gegen den Verwalter schadenersatzrechtlich vorgehen, indem er ihm vorwirft, dass der Verwalter den Mangel verbessern ließ, obwohl der spezifische Wohnungseigentümer lieber eine Preisminderung oder den Austausch der Türkäufe gehabt hätte.

Zum einen sind Preisminderungsansprüche ohnehin nur mehr sekundär.

Zum anderen - selbst wenn es die volle Wahlmöglichkeit gäbe - wäre es rechtsmissbräuchlich, wenn ein Wohnungseigentümer sich auf den Standpunkt stellt,

¹³³ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht, RZ 365.

¹³⁴ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

er hätte statt der Verbesserung lieber Geldersatz geltend gemacht. Dies entspricht auch nicht dem Gedanken des Gewährleistungsrechts, das dem Veräußerer explizit eine „zweite Chance“ gewähren will.¹³⁵

2.6.4 Maßgebender Zeitpunkt und Vermutung der Mangelhaftigkeit

Damit das Recht der Gewährleistung überhaupt entsteht, muss der Mangel bereits bei der Übergabe der Sache vorhanden sein (§ 924 Satz 1 ABGB). Für Mängel die nach dem Zeitpunkt der Übergabe entstehen, haftet der Übergeber nicht.¹³⁶

Weitet sich, ein im Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhandener Mangel, später aus - Paradebeispiel in der Literatur ist hierfür eine defekte Bremse, wegen der es zu einem Unfall mit Totalschaden kommt - ist auch für den sogenannten „Weiterfresserschaden“ und nicht nur für den ursprünglichen Mangel, gewährleistungsrechtlich einzustehen.¹³⁷

Gemäß § 924 Satz 2 ABGB¹³⁸ gilt die Vermutung, dass ein Mangel schon bei der Übergabe vorhanden war, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt.¹³⁹ Durch diese Regelung, wird dem Übernehmer, der oft – vor allem bei komplizierten technischen Geräten – schwierige Beweis erspart, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Übergabe bestanden hat.¹⁴⁰

Dass überhaupt ein Mangel vorliegt, muss der Übernehmer allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen immer beweisen.¹⁴¹

Die Vermutungsregel greift auch dann ein, wenn der Mangel erst nach Ablauf der sechs Monate, aber innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht wird und bewiesen werden kann, dass der Mangel schon in den sechs Monaten nach

¹³⁵ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

¹³⁶ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 924 Rz 3 ff.

¹³⁷ *Zöchling-Jud*, Weiterfresserschaden und Haftpflichtversicherung, in FS Fenyves (2013) 849.

¹³⁸ § 924 ABGB.

¹³⁹ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 924 Rz 6 ff.

¹⁴⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 368.

¹⁴¹ RIS-Justiz RS0124354.

der Übergabe aufgetreten ist.¹⁴² Den Beweis für das Hervorkommen innerhalb der Sechsmonatsfrist trifft den Übernehmer.¹⁴³

Die Vermutung gilt jedoch nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist (§ 924 Satz 3 ABGB).¹⁴⁴ Damit sind typischerweise Mängel gemeint, die offensichtlich nicht bei der Übergabe vorhanden gewesen sein konnten, wie zB Gebrauchs- und Abnutzungserscheinungen.¹⁴⁵

2.7 Geltendmachung der Gewährleistung und Verjährung

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung treten nicht automatisch mit dem Vorhandensein des Mangels ein, sie müssen vom Erwerber innerhalb der Gewährleistungsfrist durch Klage oder Einrede geltend gemacht werden.¹⁴⁶

Einseitige außergerichtliche Erklärungen reichen nicht aus, eine vertragliche Einigung macht aber die gerichtliche Durchsetzung überflüssig.¹⁴⁷

Die Gewährleistungsfrist beträgt bei beweglichen Sachen zwei Jahre, bei unbeweglichen Sachen drei Jahre.¹⁴⁸

Der Fristenlauf für Sachmängel beginnt mit der vollständigen Ablieferung der Sache. Auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels kommt es nicht an.¹⁴⁹

Bei Rechtsmängeln beginnt die zwei- oder dreijährige Frist nicht mit der Ablieferung der Sache, sondern erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird.¹⁵⁰

Gewährleistungsfristen sind Verjährungsfristen. Sie sind daher mittels Einrede geltend zu machen und nicht von Amts wegen. Gewährleistungsfristen können gehemmt oder

¹⁴² *Jud*, ÖJZ 1997, 444.

¹⁴³ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 924 Rz 8 ff.

¹⁴⁴ A.a.O., Rz 9 ff.

¹⁴⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 370.

¹⁴⁶ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933 Rz 13 ff.

¹⁴⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 374.

¹⁴⁸ A.a.O., RZ 375.

¹⁴⁹ A.a.O., RZ 376.

¹⁵⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 377.

unterbrochen werden. Nach Ablauf der Frist bleibt die Forderung in Form einer Naturalobligation bestehen.¹⁵¹

Nach der Judikatur ist ein Verbesserungsversuch ein deklaratives Anerkenntnis, das die Verjährung unterbricht. Ebenso bewirken Vergleichsverhandlungen eine Ablaufshemmung der Gewährleistungsfristen.¹⁵²

Wird ein Mangel nach der ursprünglichen Lieferung verbessert, beginnt die Gewährleistungsfrist neu zu laufen.¹⁵³

Die Hausverwaltung ist nicht dazu verpflichtet, die Wohnungseigentümer darauf hinzuweisen, dass die Gewährleistungsfristen enden. Die Wohnungseigentümer sind dafür verantwortlich ihre Gewährleistungsfristen in Evidenz zu halten und ihre Gewährleistungsansprüche durchzusetzen.¹⁵⁴

2.8 Rüge des Mangels, Ausschluss der Gewährleistung

Der Übernehmer ist auch dann berechtigt seine Gewährleistungsrechte einzufordern, wenn er den Mangel dem Übergeber nicht angezeigt hat.

Es besteht daher im ABGB keine Rügepflicht des Übernehmers.¹⁵⁵

Gemäß § 928 ABGB findet keine Gewährleistung statt, wenn die Mängel einer Sache „in die Augen fallen“ oder auf der Sache haftende Lasten in öffentlichen Büchern eingetragen sind.¹⁵⁶

Ein in diesem Sinne Öffentliches Buch ist beispielsweise das Grundbuch- nicht jedoch der Altlastenkataster.¹⁵⁷ Sollten somit Altlasten im Altlastenkataster eingetragen sein,

¹⁵¹ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933 Rz 19 ff.

¹⁵² OGH EvBl-Ls 2011/140.

¹⁵³ *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 933 Rz 18.

¹⁵⁴ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

¹⁵⁵ *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933 Rz 20 ff; Anders bei unternehmensbezogenen Geschäften gem. §§ 377 ff UGB, hier muss der Käufer in angemessener Frist jene Mängel rügen, die er bei Untersuchung der Ware festgestellt hat oder feststellen hätte müssen.

¹⁵⁶ § 928 ABGB.

¹⁵⁷ *Zankl*, Altlastenatlas und Gewährleistungsausschluss, *ecolex* 1990, 609.

ist dies kein offenkundiger Mangel, bzw. ein Mangel der „in die Augen fällt“ und der Käufer verliert seine Gewährleistungsansprüche nicht.

Offenkundige Mängel werden gewöhnlich schon bei den Preisverhandlungen berücksichtigt, weshalb für sie nicht Gewähr zu leisten ist. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um eine Speziesschuld handelt, nicht um eine Gattungsschuld und dass der Erwerber die Sache besichtigt hat.¹⁵⁸

Trotz Offenkundigkeit, haftet der Verkäufer, wenn er die fehlenden Eigenschaften zugesichert hat, oder arglistig verschwiegen hat.¹⁵⁹

Hypothetisches Fallbeispiel:

Der Bauträger führt die Käufer durch die Wohnung, wobei er einen Raum absichtlich ausspart, indem ein großer Riss im Fenster ist.

Der Bauträger kann sich dann nicht darauf berufen, dass keine Gewähr zu leisten ist, weil es sich um einen offenkundigen Mangel handelt.

Ausgeschlossen ist umgekehrt der Mangel sehr wohl dann, wenn er zwar nicht in die Augen fällt, aber der Erwerber bei Vertragsabschluss sehr wohl von dem Mangel wusste.¹⁶⁰

Auch bei offenkundigen Mängeln müssen Schulden und Rückstände, welche der Sache anhaften, stets vertreten werden. Das ABGB vermutet, dass der Erwerber zwar mit Servituten und fortlaufenden Lasten einverstanden ist, mit Pfandrechten und rückständigen Leistungen aber selbst dann nicht, wenn er sie kannte. Nach allgemeinem Verkehrsbrauch, ist der Verkäufer im Zweifel verpflichtet die Sache lastenfrei zu machen (Depurierungspflicht). Auch diese Lastenfreiheit ist innerhalb der Frist des § 933 ABGB geltend zu machen.¹⁶¹

¹⁵⁸ Zöchling-Jud in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 928 Rz 9.

¹⁵⁹ OGH ecolex 1995, 173.

¹⁶⁰ Welser/Jud, Gewährleistung § 928 Rz 1 ff.

¹⁶¹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 389.

§ 929 ABGB schließt die Gewährleistung aus, wenn der Übernehmer wissentlich eine fremde Sache kauft, oder auf die Gewährleistungsrechte verzichtet.¹⁶³

Die Gewährleistungsbestimmungen sind daher dispositiv und somit auch ein gänzlicher Ausschluss grundsätzlich möglich.

Gewährleistungsausschluss-Vereinbarungen unterliegen jedoch der allgemeinen Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 Abs 1 ABGB. Außerdem sind Gewährleistungsausschlüsse laut OGH im Zweifel restriktiv auszulegen.¹⁶⁵

2.9 Gewährleistung bei Verbrauchergeschäften

Die Eigentümergemeinschaft übt in der Regel keine wirtschaftliche Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 KSchG aus und ist daher Verbraucherin (z.B. bei Abschluss und Kündigung eines Verwaltungs-, Versicherungs- oder Werkvertrages). Sie verliert diese Eigenschaft auch nicht, wenn sie damit ihr Organ, den Verwalter, beauftragt, der selbst Unternehmer ist.¹⁶⁶

Keine Verbraucherin ist die Eigentümergemeinschaft beim Abschluss von Dienstverträgen, wobei arbeitsrechtliche Bestimmungen gelten.

Unternehmerin ist die Eigentümergemeinschaft außerdem bei der Vermietung von allgemeinen Teilen der Liegenschaft, wie beispielsweise die ehemalige Hausbesorgerwohnung, Dachflächen für Mobilfunkantennen, Hauswände für Reklamezwecke, oder Parkplätze, an denen kein Wohnungseigentum begründet wurde.¹⁶⁸

Die §§ 8 ff KSchG bestimmen, dass die Gewährleistungsregeln bei Verbraucherverträgen zwingend sind. Dies gilt für alle entgeltlichen Verbrauchergeschäfte, insbesondere für Kaufverträge und Werkverträge.¹⁷⁰

Gewährleistungsrechte des Verbrauchers können vor Kenntnis des Mangels weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Nach Kenntnis des Mangels sind

¹⁶³ § 929 ABGB.

¹⁶⁵ OGH ZVR 2006/155.

¹⁶⁶ OGH 7 Ob 155/03z.

¹⁶⁸ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1373 ff, Lexis Nexis.

¹⁷⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 394.

Gewährleistungsverzichte auch nach dem KSchG zulässig, dabei sind aber strenge Anforderungen an die Verichtsvereinbarung zu stellen.¹⁷¹

Die Vertragsparteien haben die Möglichkeit, Eigenschaften und Beschaffenheit der Sache oder des Werkes im Rahmen einer Leistungsbeschreibung verbindlich zu umschreiben. In diesem Zusammenhang besteht die besondere Gefahr, dass Einschränkungen und Ausschlüsse der Gewährleistung in Leistungsbeschreibungen „versteckt“ werden.¹⁷² Aus diesem Grund wirken Leistungsbeschreibungen nur dann haftungsreduzierend, wenn sie die Beschaffenheit der Sache so offenlegen, dass der Verbraucher die Tragweite erkennen kann.¹⁷³

2.9.1 Negative Leistungsbeschreibung

In Bezug auf Immobilien braucht es, um den Ausschluss der Gewährleistung verbindlich zu vereinbaren, eine sogenannte „negative Leistungsbeschreibung“.

Das bedeutet, dass die Fehler und Schwachpunkte der Immobilie, also etwa in der Bausubstanz oder hinsichtlich technischer Mängel, offenzulegen sind.

Die Leistungsbeschreibung muss dabei so konkret gefasst werden, dass für den Käufer die Tragweite der Baumängel erkennbar ist und diese entsprechend bei der Vertragsverhandlung berücksichtigt werden können.

Sollte eine derartige Leistungsbeschreibung Inhalt des Kaufvertrages werden, bedeutet dies einen Haftungsausschluss für den Verkäufer, weil der beschriebene Fehler keinen Mangel im Rechtssinn darstellt.¹⁷⁴

Zwingend ist beim Verbrauchergeschäft auch die Gewährleistungsfrist des ABGB.

Eine Ausnahme normiert lediglich § 9 Abs 1 Satz 2 KSchG für den Verkauf gebrauchter beweglicher Sachen, bei welchen die Parteien die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr verkürzen können, wenn sie dies einzeln ausverhandeln.¹⁷⁶

¹⁷¹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 403.

¹⁷² Welser/Jud, Gewährleistung § 8 KSchG Rz 15.

¹⁷³ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 404.

¹⁷⁴ Illedits/ Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁶, RZ 233, Lexis Nexis.

¹⁷⁶ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 406.

2.10 Gewährleistung bei Montage

Ein Unternehmer, der nach dem Vertrag zur Montage verpflichtet ist, haftet auch für einen durch sein unsachgemäßes Verhalten an der Sache verursachten Mangel.

Dasselbe gilt, wenn die Sache zwar durch den Verbraucher montiert wurde, aber die unsachgemäße Montage auf einem Fehler der Montageanleitung beruht.¹⁷⁷

2.11 Der besondere Rückgriff in der Vertragskette (Händlerregress)

Gemäß § 933b Abs 1 ABGB kann ein Unternehmer, der gegenüber einem Verbraucher gewährleistungspflichtig geworden ist, von seinem Vormann auch nach Ablauf der Fristen des § 933 ABGB die Gewährleistung fordern. Er kann sich somit an seinem Vormann, von dem er die Sache bezogen hat, regressieren. Voraussetzung dieses besonderen Rückgriffsrechts nach § 933 b ABGB ist aber, dass das letzte Glied der Absatzkette Verbraucher und sein Vormann Unternehmer ist.¹⁷⁹

Die einzige zeitliche Begrenzung die sich durch § 933 b ABGB ergibt ist, dass der Regressanspruch innerhalb von zwei Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend zu machen ist. Darüber hinaus endet die Haftung eines Rückgriffspflichtigen jedenfalls fünf Jahre nach Erbringung seiner Leistung.¹⁸⁰

Hypothetisches Fallbeispiel:

Herr Maier kauft beim Bauträger X eine Luxuswohnung. Kurz nach Einzug stellt sich heraus, dass der Parkettboden an mehreren Stellen unangenehm laut „knackst“.

Aus diesem Grund, macht Herr Maier Preisminderung der Wohnung geltend.

Da dieses Knacksen auf eine unsachgemäße Verlegung des Parkettbodens zurückzuführen ist, kann sich der Bauträger X an seinem Lieferanten, der den Parkettboden verlegt hat gem. § 933 b ABGB regressieren.

Der Parkettbodenverleger, kann sich wiederum, sollte das Holz schadhaft gewesen sein, gem. § 933 b ABGB an seinem Holzlieferanten regressieren, usw.

¹⁷⁷ Welser/Jud, Gewährleistung § 9a KSchG Rz 1 ff.

¹⁷⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, RZ 409.

¹⁸⁰ A.a.O, RZ 412.

2.12 Gewährleistung gemäß § 37 Abs 4 WEG

§ 37 Abs 4 WEG 2002 stellt einen besonderen Gewährleistungsbehelf für Wohnungseigentümer dar.

Demgemäß haben die Wohnungseigentumsorganisatoren, vor oder mit der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, dem Wohnungseigentumsbewerber ein Gutachten eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen, über den Zustand der allgemeinen Teile des Hauses, insbesondere über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben. Das Gutachten darf zum Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein und ist in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einzubeziehen. Nur mit seiner Einbeziehung gilt der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft.

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.¹⁸¹

¹⁸¹ § 37 Abs 4 WEG 2002.

3 Abtretung von Schadenersatz-, Gewährleistungs- und Unterlassungsansprüchen

Das Kernstück der Wohnungseigentumsrechtlichen Novelle 2006, bestand in der Einführung der Möglichkeit zur Abtretung bestimmter Ansprüche des einzelnen Wohnungseigentümers, an die Eigentümergemeinschaft. Dadurch erwirbt die Gemeinschaft diese Ansprüche und kann sie in eigenem Namen geltend machen.

Der Gesetzgeber entsprach mit dieser Novelle dem Wunsch vieler Wohnungseigentümer, wonach die Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, oder aber auch die Abwehr von Störungen (z.B. Besitzstörungsklagen, Eigentumsfreiheitsklage, nachbarrechtliche Ansprüche) in die Rechtsverfolgungskompetenz der Gemeinschaft gehoben werden konnten und dem Einzelnen sohin das Mühsal der Rechtsdurchsetzung abgenommen werden konnte.¹⁸²

Durch die WRN 2006, kam es zu einer Erweiterung der Aufgabenbereiche der Eigentümergemeinschaft. Es können nunmehr nicht mehr nur Ansprüche des Verwaltungsbereiches, sondern auch Verfügungsakte von der Eigentümergemeinschaft geltend gemacht werden. Voraussetzung ist, dass die Ansprüche vorher an die Eigentümergemeinschaft abgetreten werden.¹⁸³

3.1 Titel und Voraussetzungen der Abtretung

Als kausales Verfügungsgeschäft setzt auch die Abtretung ein gültiges Grundgeschäft voraus. Der Titel ergibt sich bei der Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG 2002 dabei aus dem zwischen der Eigentümergemeinschaft und den einzelnen Wohnungseigentümern bestehenden Treueverhältnis. Es genügt das gemeinschaftliche Interesse der Wohnungseigentümer an der Schadensbehebung. Aus rechtsdogmatischer Sicht ist die Abtretung als Sonderfall des Auftrages einzuordnen, dessen Grundlage im Verhältnis zwischen den Wohnungseigentümern liegt. Die Formulierung eines Auftrages in der Abtretungserklärung ist nicht notwendig. Die Abtretung nach

¹⁸² Wobl 2011, 295, *Dirnbacher*, Baustelle Wohnrecht-Wünsche Anregungen und Forderungen an den Gesetzgeber.

¹⁸³ *Prader*, WEG^{5.04} § 18 (Stand 1.10.2019; rdb.at), RZ 1.

§ 18 Abs 2 WEG 2002 erfordert weder Schriftlichkeit, noch die Nennung eines Rechtsgrundes in einer Urkunde.¹⁸⁴ Die Abtretung kann somit grundsätzlich auch formlos erfolgen.¹⁸⁵

3.2 Abtretbare Ansprüche

Neben den Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, die gemäß § 18 Abs 2 WEG an die Eigentümergemeinschaft abgetreten werden können, spricht das Gesetz auch von abtretbaren Unterlassungsansprüchen.

Nach den Materialien zur Wohnrechtsnovelle 2006 fallen darunter insbesondere die Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB, nachbarrechtliche Ansprüche nach § 364 ff ABGB, die Räumungsklage gegen einen titellosen Benützer, oder die klassische Besitzstörungsklage. Aber auch ein Amtshaftungsanspruch wegen eines durch rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten verursachten Schadens an allgemeinen Teilen der Liegenschaft, zählen zu solchen zedierbaren Forderungen.¹⁸⁶

Da es sich bei derartigen Ansprüchen um keine Ansprüche iSd §§ 28 und 29 WEG handelt, bedarf es zur Begründung der Aktivlegitimation der Eigentümergemeinschaft, einer vorherigen Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG 2002.¹⁸⁷

3.3 Abtretung an die Eigentümergemeinschaft

§ 18 WEG 2002 normiert, dass die Eigentümergemeinschaft in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie klagen und geklagt werden kann. Außerhalb dieses Geschäftskreises, kann die Eigentümergemeinschaft weder Rechte erwerben, noch Verbindlichkeiten eingehen.¹⁸⁹ Somit ist sie nur teilrechtsfähig.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Wobl 2019, 53.

¹⁸⁵ OGH 5 Ob 71/12 w.

¹⁸⁶ Materialien zur WRN 2006.

¹⁸⁷ A.a.O.

¹⁸⁹ Wobl 1998,308/201.

¹⁹⁰ *Niedermayr*, wobl 1994,7.

Der einzelne Wohnungseigentümer kann jedoch der Eigentümergemeinschaft aus seinem Miteigentum resultierende Unterlassungsansprüche, sowie die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche, abtreten. Dadurch erwirbt die Eigentümergemeinschaft diese Ansprüche und kann sie in ihrem Namen geltend machen.¹⁹¹ Unterlässt die Eigentümergemeinschaft die Geltendmachung eines ihr abgetretenen Anspruchs und droht dadurch eine Frist für die Anspruchsverfolgung abzulaufen, so kann der betreffende Wohnungseigentümer den Anspruch für die Eigentümergemeinschaft geltend machen.¹⁹²

Ein Wohnungseigentümer kann dabei sowohl seine Ansprüche auf Gewährleistung an allgemeinen Teilen der Liegenschaft abtreten, als auch Gewährleistungsansprüche aus dem Inneren seines Wohnungseigentumsobjektes.¹⁹³

3.3.1 Abtretung als formloser Konsensualvertrag

Die Abtretung von Ansprüchen an die Eigentümergemeinschaft, stellt einen Konsensualvertrag¹⁹⁴ dar. Die Forderung muss demnach gem. § 1392 ABGB von einer Person an die andere übertragen werden und von dieser auch angenommen werden.¹⁹⁶

Die Abtretung besteht somit aus einer Abtretungserklärung des Zedenten (Wohnungseigentümer) und der Annahme des Zessionars (Eigentümergemeinschaft).¹⁹⁷

Möchte ein Wohnungseigentümer seine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche, die er an allgemeinen Teilen des Hauses, oder im Inneren seiner Wohnung hat, abtreten, so muss die Eigentümergemeinschaft diese Abtretung annehmen, was einen eigenen Rechtsakt darstellt. Somit wird sichergestellt, dass kein

¹⁹¹ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1527, Lexis Nexis.

¹⁹² § 18 Abs 2 WEG 2002.

¹⁹³ *Feil/Marent/Preis*, WEG § 18 Rz 13.

¹⁹⁴ vom lateilischen consensus - es sind übereinstimmende Willenserklärungen notwendig, damit der Vertrag zustande kommt.

¹⁹⁶ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1530, Lexis Nexis.

¹⁹⁷ A.a.O.

Wohnungseigentümer der Eigentümergemeinschaft einen Anspruch gegen deren Willen aufdrängen kann.¹⁹⁸

3.3.2 Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft

Die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft beschränkt sich auf Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft, weshalb sie außerhalb dieses Geschäftskreises weder Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen kann, noch klagen oder geklagt werden kann.¹⁹⁹ Sollte die Eigentümergemeinschaft ein Rechtsgeschäft schließen, welches nicht den Agenden der Verwaltung zuzuordnen ist, kann es rechtlich nicht existent werden, somit null und nichtig. Eine Heilung ist rechtlich dann nicht mehr möglich.²⁰⁰

Bei der Abtretung von Gewährleistungs-, Schadenersatz-, und/oder Unterlassungsansprüchen an die Eigentümergemeinschaft, stellt sich die Frage, ob es sich bei der Annahme der Abtretung, um Agenden der Verwaltung der Liegenschaft handelt.²⁰¹

Durch die Zession der Ansprüche an die Eigentümergemeinschaft, wird nämlich nicht der Anspruch selbst verändert und somit automatisch zu einer Angelegenheit der Verwaltung der Liegenschaft, sondern es wird lediglich die Rechtszuständigkeit auf eine neue Person (die Eigentümergemeinschaft) übertragen.²⁰²

Die Frage ob ein Wohnungseigentümer, der Eigentümergemeinschaft einen Anspruch, der von § 18 Abs 2 WEG 2002 erfasst ist, abtreten kann, ist danach zu beantworten, ob er auch ohne Zession den Anspruch selbst geltend machen könnte.²⁰³

¹⁹⁸ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1534 ff, Lexis Nexis.

¹⁹⁹ Wobl 2004/4.

²⁰⁰ *Apathy* in *Schwimann*, §865 ABGB, Rz 4.

²⁰¹ Immolex 2004/173.

²⁰² Immolex 2004/71.

²⁰³ Immolex 2012/26.

Verwaltungshandlungen zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass Geschäfte der Gemeinschaft besorgt werden. Sie zielen darauf ab, gemeinschaftliche Pflichten zu erfüllen, oder gemeinschaftliche Interessen zu wahren.²⁰⁴

Ob die Annahme der Abtretungserklärung eines Wohnungseigentümers, der ordentlichen, der außerordentlichen Verwaltung, oder dem Bereich der Verfügungen angehört, lässt sich nicht abschließend feststellen.²⁰⁵

Die Lösung dieser Frage hängt vor allem davon ab, um welche Art von Anspruch es sich handelt.²⁰⁶

Grundsätzlich geht die Rechtsprechung davon aus, dass eine Anspruchsgeltendmachung dann zum Bereich der ordentlichen Verwaltung gehört, wenn sie der ordnungsgemäßen Erhaltung der Liegenschaft dient, was jedenfalls auch dann der Fall ist, wenn die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustandes allgemeiner Teile der Liegenschaft bezweckt, wenn keinerlei über den Erhaltungszweck hinausgehende bauliche Änderungen davon umfasst sind und den Miteigentümern auch keine zusätzlichen Kosten entstehen.²⁰⁷

Egal um welchen Anspruch es sich handelt - also auch bei Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung, bei denen der Verwalter keinen Beschluss der Eigentümergeinschaft braucht - ist es empfehlenswert trotzdem immer einen Beschluss herbeizuführen.²⁰⁸

²⁰⁴ Immolex 2004/71.

²⁰⁵ Materialien WRN 2006: An was der Gesetzgeber gedacht hat, wenn er von Verfügungshandlungen spricht, bleibt in den Gesetzesmaterialien unbeantwortet. Dr. Herbert Rainer kann sich in seiner langjährigen Berufserfahrung an keinen Praktischen Anwendungsfall erinnern, sh Interview mit Dr. Herbert Rainer im Anhang.

²⁰⁶ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1530, Lexis Nexis.

²⁰⁷ A.a.O, RZ 1537.

²⁰⁸ A.a.O, RZ 1530.

3.3.3 Bestimmtheitserfordernis der Abtretungserklärung

In der OGH-Entscheidung 6 Ob 115/18 g geht es um eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche an die Eigentümergemeinschaft. Interessant an dieser Entscheidung erscheint, dass die Wohnungseigentümer pauschal „Ihre Gewährleistungsrechte“ an die Eigentümergemeinschaft abtreten. Es wird nicht spezifiziert um welche Mängel es sich handelt. Der OGH fordert somit kein Bestimmtheitserfordernis der Abtretungserklärung.²⁰⁹

Folgt man der Meinung von Mag. Kothbauer²¹⁰ ist diese Abtretung „in Bausch und Bogen“ durchaus problematisch. Denn wenn ein Wohnungseigentümer seine Gewährleistungsansprüche in ihrer Gesamtheit abtritt, dann hat er damit eine Anspruchsabtretung vollzogen - allenfalls auch hinsichtlich von Mängeln, die er im Zeitpunkt der Anspruchsabtretung noch gar nicht wusste, bzw nicht bedacht hat, oder die er vielleicht lieber selbst durchsetzen wollte.

Fallbeispiel:

Im Zeitpunkt der Abtretung denkt der Wohnungseigentümer an den nassen Keller, später bemerkt er, dass in seiner Wohnung auch Mängel bestehen.

Die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich dieser Mängel in seiner Wohnung, wollte der Wohnungseigentümer vielleicht gar nicht der Gemeinschaft abtreten, hat dies jedoch in seiner allgemein formulierten Abtretungserklärung gemacht.²¹¹

3.3.4 Annahme der Abtretungserklärung

Die Gesetzesmaterialien zur WRN 2006 lassen offen, ob es sich bei der Annahme der Abtretungserklärung um eine Maßnahme der ordentlichen, der außerordentlichen Verwaltung oder gar um eine Verfügungshandlung handeln soll.²¹²

²⁰⁹ OGH 6 Ob 115/18 g

²¹⁰ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²¹¹ A.a.O.

²¹² Materialien WRN 2006.

Bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen handelt es sich beispielsweise grundsätzlich um Verfügungshandlungen der einzelnen Wohnungseigentümer. Sie gehören damit einem Bereich an, in dem die Eigentümergemeinschaft nicht existent ist. Dennoch muss § 18 Abs 2 WEG 2002 eine Erweiterung der Rechtspersönlichkeit der Eigentümergemeinschaft auch zur Annahme einer solchen Abtretung implizit voraussetzen.²¹³

Der OGH vertritt die Ansicht, dass weder für die Abtretung, noch für die Annahme Einstimmigkeit Voraussetzung ist.²¹⁴

Es ist davon auszugehen, dass § 18 Abs 2 WEG 2002 die Annahme eines abgetretenen Anspruchs als eine (zumindest fingierte) Verwaltungsmaßnahme begreift. Für die Ansicht des OGH spricht auch, dass eine andere Form der Willensbildung in der Eigentümergemeinschaft, als jene durch Beschlussfassung nach dem Mehrheitsprinzip, nicht vorgesehen ist.

Dort wo im WEG Einstimmigkeit gefordert ist, sind die einzelnen Wohnungseigentümer angesprochen und nicht die Eigentümergemeinschaft.²¹⁵

Der Ansicht des OGH folgt Großteiles auch die Lehre. So spricht sich beispielsweise auch *Hausmann* dafür aus, dass die Annahme einer Abtretung jedenfalls als Akt der Verwaltung zu klassifizieren ist, für den nach § 28 und § 29 WEG das Mehrheitsprinzip gilt.²¹⁶

Prader hingegen fordert in Bezug auf Unterlassungs-, Besitzstörungs- Eigentumsfreiheitsklagen und Klagen gegen andere Wohnungseigentümer das Einstimmigkeitsprinzip und folgt daher nicht der Ansicht des OGH.²¹⁷

²¹³ Wobl 2012/70.

²¹⁴ *Prader*, WEG^{5.04} § 18 (Stand 1.10.2019; rdb.at), RZ 1: Einstimmigkeit nur dann wenn es sich um einen Fall einheitlicher Streitgenossenschaft handelt wie zb bei Feststellungsansprüchen über das Bestehen einer Dienstbarkeit, sh 3 Ob 140/11 a.

²¹⁵ Wobl 2012/70.

²¹⁶ *Hausmann*, Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht⁴, RZ 31.

²¹⁷ *Prader*, WEG^{5.04} § 18 (Stand 1.10.2019; rdb.at), RZ 1.

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Annahme durch die Eigentümergemeinschaft ist nur das Außenverhältnis relevant. Die Annahme der Abtretung durch den vertretungsbefugten Verwalter (rechtliches Können im Außenverhältnis) ist ausreichend - losgelöst vom allfälligen Bestehen bzw von der Notwendigkeit eines Mehrheitsbeschlusses, gerichtet auf Annahme der Abtretung (rechtliches Dürfen im Innenverhältnis).²²⁰

All dies hat zur Folge, dass der Verwalter allein aufgrund seiner Organschaftlichkeit im Außenverhältnis berechtigt ist, im „Alleingang“ darüber zu entscheiden, ob er die Abtretung der Ansprüche im Namen der Eigentümergemeinschaft annimmt.

§ 18 Abs 2 WEG 2002 qualifiziert die Annahme eines abgetretenen Anspruchs, wie auch dessen Durchsetzung, als eine Maßnahme der Verwaltung.

Ist für die Liegenschaft ein Verwalter bestellt, so ist dieser (und nur dieser) daher kraft seiner nach außen unbeschränkbaren Vertretungsmacht, für den gesamten Bereich der Liegenschaftsverwaltung (§ 20 Abs 1 WEG) in jedem Fall zur Annahme der Abtretung befähigt, unabhängig davon, welchem Bereich der Verwaltung die Annahme zuzuordnen ist und unabhängig davon, ob der Verwalter im Innenverhältnis zur Einholung eines Mehrheitsbeschlusses verpflichtet wäre, oder nicht.²²³

In einem später stattfindenden Prozess, wird vom Gericht nur geprüft, ob die Abtretung angenommen wurde, nicht ob der Verwalter im Innenverhältnis dazu auch legitimiert war.²²⁴

Der Verwalter wird aus diesem Grund (bei sonstiger Haftung) gut beraten sein, in jedem Fall die Annahme der Abtretung im Innenverhältnis, egal um was für einen Anspruch es sich handelt, durch einen Mehrheitsbeschluss zu legitimieren.

²²⁰ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1535, Lexis Nexis.

²²³ Wobl 2013, 161.

²²⁴ OGH 3 Ob 140/11 a.

3.3.5 Beschlussfassung über die Wahl des Gewährleistungsbefehles

Die Judikatur gibt nicht eine ganz einheitliche Linie, wann genau eine Beschlussfassung über die Wahl des Gewährleistungsbefehls notwendig ist.

In der überwiegenden Anzahl der Entscheidungen ist immer dann eine Beschlussfassung über die Wahl des Gewährleistungsbefehls erforderlich, wenn nur ein Wohnungseigentümer abtreten will und seine Ansprüche gegenüber dem Bauträger geltend machen möchte. Auch *Terlitz*²²⁵ vertritt die Ansicht, dass nur im Fall der Klagsführung durch einen Wohnungseigentümer selbst, eine vorherige gesonderte Willensbildung der Eigentümergemeinschaft zur Wahl des Gewährleistungsbefehls erforderlich ist, weil es ansonsten zu einer Beeinträchtigung von Gemeinschaftsinteressen kommen könnte. Die Willensbildung im Innenverhältnis ist somit Voraussetzung der Geltendmachung der Ansprüche im Außenverhältnis.²²⁶

In der Judikatur wird das Gemeinschaftsinteresse mit dem Interesse der Eigentümergemeinschaft gleichgesetzt und aus diesem Grund für die Entscheidung hinsichtlich des konkreten Rechtsbehelfs, ein Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft, oder eine substituierende Entscheidung des Außerstreitrichters gefordert.²²⁷ Die Entscheidung des Außerstreitrichters bzw der Mehrheitsbeschluss sind dann entbehrlich, wenn bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch einen einzelnen Wohnungseigentümer Gemeinschaftsinteressen nicht beeinträchtigt werden können, also ein Interessenskonflikt gar nicht möglich ist. Dies ist dann gegeben, wenn mit dem primär auf Verbesserung gestützten Begehren ein Geldbetrag angesprochen wird, der die gesamte Sanierung des Mangels ermöglicht und der klagende Wohnungseigentümer im Falle des Prozesserverfolges auch tatsächlich sanierungswillig ist. Diese Sanierung liegt grundsätzlich im Interesse aller Wohnungseigentümer.²²⁸

²²⁵ Wobl 2019, 64.

²²⁶ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1538, Lexis Nexis.

²²⁷ OGH 5 Ob 251/09 m.

²²⁸ OGH 5 Ob 126/12 h.

3.4 Leitfaden für die Verwaltung zur konkreten schrittweisen Vorgehensweise:

1. Abtretungserklärung als formloser Konsensualvertrag bestehend aus der Abtretungserklärung des Zedenten

Dabei genügt es, dass sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Titel der Gewährleistung wegen eines bestimmten Mangels gegen einen bestimmten Gewährleistungspflichtigen an die Eigentümergemeinschaft abgetreten werden.

Die Abtretungserklärung sollte dabei möglichst genau die Mängel beschreiben, aufgrund derer die Gewährleistungsansprüche an die Eigentümergemeinschaft abgetreten werden. Eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche in „Pausch und Bogen“ ist nicht empfehlenswert, da hier die Wohnungseigentümer möglicherweise Ansprüche abtreten, die sie gar nicht abtreten wollten.²²⁹

Ein derartiges Bestimmtheitserfordernis wurde bis dato oberstgerichtlich noch nicht festgestellt.²³⁰ Dennoch empfiehlt sich die genaue Auflistung der Mängel aus oben genanntem Grund.

2. Beschlussfassung über die Wahl des konkreten Gewährleistungsbehelfs

Sollte die Wahl auf Geldersatz fallen, kann jeder einzelne Teilhaber der Eigentümergemeinschaft, getreu nach dem zivilrechtlichen Grundsatz „nemo plus iuris transfere potest, quam ipse habet“ (niemand kann mehr Rechts übertragen, als er selbst hat) nur den ihm zustehenden aliquoten Anspruch übertragen.

Die Eigentümergemeinschaft wird daher kaum jemals den gesamten, dem Mangel oder Schaden entsprechenden Betrag, geltend machen können.²³¹

Nach der Judikatur handelt es sich beim sekundären Gewährleistungsanspruch auf Geltendmachung von Deckungskapital, um einen teilbaren Anspruch auf Geldersatz.

²²⁹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²³⁰ OGH 6 Ob 115/18 g.

²³¹ *Terlitzka*, in wobl 2013, 168.

Der primäre Gewährleistungsanspruch auf Verbesserung stellt als unteilbarer Anspruch eine Gesamthandforderung dar.²³²

3. Annahme der abgetretenen Forderungen der einzelnen Wohnungseigentümer durch den gemeinsamen Verwalter

Gerichtet nach dem jeweiligen Inhalt des zu übertragenden Anspruchs, stellt die Annahme der Abtretung und die Anspruchsverfolgung durch die Eigentümergemeinschaft einen Akt der ordentlichen, der außerordentlichen Verwaltung oder einen Verfügungsakt dar. Eine Beschlussfassung über die Annahme der Abtretung sollte wie oben schon dargelegt jedenfalls herbeigeführt werden.²³⁴

Egal ob es sich bei den abgetretenen Ansprüchen um Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung, der außerordentlichen Verwaltung oder Verfügungen handelt, sollte immer ein Mehrheitsbeschluss herbeigeführt werden. Einstimmigkeit wird nicht erforderlich sein, zumal der Gesetzgeber mit § 18 Abs 2 WEG 2002 eine Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung schaffen wollte.²³⁵

4. Konkrete Anspruchsverfolgung

Die gerichtliche Geltendmachung der abgetretenen Gewährleistungsansprüche erfolgt im Namen, auf Kosten und auf Risiko der Eigentümergemeinschaft.²³⁶

Die konkrete Anspruchsverfolgung sollte dabei nicht von der Hausverwaltung betrieben werden. Die Verantwortung im Zuge der Klagseinbringung und in der Führung des Prozesses alles richtig zu machen, sollte bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter liegen, nicht bei der Hausverwaltung. Die Aufgabe des Verwalters beschränkt sich auf eine koordinierende und kommunizierende.²³⁷

²³² Wobl 2010, 74/34.

²³⁴ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1542, Lexis Nexis.

²³⁵ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²³⁶ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1543, Lexis Nexis.

²³⁷ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

4 Exkurs

In diesem Kapitel wird die Frage behandelt, ob die Wohnungseigentümer möglicherweise dazu verpflichtet werden können, ihre Ansprüche der Eigentümergemeinschaft abzutreten.

Außerdem wird die Frage behandelt, ob ein Bauträger vertraglich sein Gewährleistungsrisiko auf den Wohnungseigentumsbewerber überwälzen kann.

4.1 Pflicht der Wohnungseigentümer zur Abtretung ihrer Ansprüche an die Eigentümergemeinschaft?

Wie im vorigen Kapitel bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber mit der Wohnrechtsnovelle 2006 eine Möglichkeit der Abtretung gewisser Ansprüche der einzelnen Wohnungseigentümer an die Gemeinschaft normiert.

Fraglich ist, ob aufgrund des Treueverhältnisses der Wohnungseigentümer zur Eigentümergemeinschaft eine Pflicht der Wohnungseigentümer zur Anbotstellung²³⁸ abgeleitet werden kann.

Für *Löcker* ergibt sich eine Pflicht der einzelnen Wohnungseigentümer zur Abtretung ihrer Ansprüche dann, wenn die Anspruchsverfolgung im Gemeinschaftsinteresse liegt, der Wohnungseigentümer den Anspruch aber nicht selbst durchsetzen will, oder die gemeinschaftliche Verfolgung zweckmäßiger ist und der Wohnungseigentümer dadurch nicht finanziell schlechter gestellt wird.²³⁹

Als schlagendes Argument für diese Abtretungsverpflichtung gilt dabei § 18 Abs 2 Satz 2 WEG, wonach dem Wohnungseigentümer bei Untätigkeit der Gemeinschaft die Möglichkeit zur selbstständigen Rechtsverfolgung eingeräumt wird.²⁴⁰

²³⁸ Also die Pflicht des Angebots der Wohnungseigentümer zur Abtretung ihrer Ansprüche an die Eigentümergemeinschaft.

²³⁹ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 18 WEG, RZ 29.

²⁴⁰ Wobl 2015, 251, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft.

Die Thematik der Verpflichtung zur Abtretung ist jedoch differenzierter zu betrachten. *Hochleitner* und *Pittl* gehen in ihrem Aufsatz „Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft“ davon aus, dass man nach der Art der abzutretenden Ansprüche unterscheiden muss.²⁴¹

Bei den aus dem Miteigentum erfließenden Unterlassungsansprüchen, handelt es sich um Anteilsverfügungen und nicht um Verwaltungsmaßnahmen.

Dabei spricht gegen eine Abtretungsverpflichtung derartiger Unterlassungsansprüche, dass es sich um Ansprüche handelt, die nicht in den originären Kompetenzbereich der Eigentümergemeinschaft fallen (weil ja keine Verwaltungsmaßnahmen). Somit ist für den Übergang der Ansprüche auf die Eigentümergemeinschaft eine vorherige Zession notwendig.²⁴²

Was Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche angeht, so steht die Geltendmachung grundsätzlich den Wohnungseigentümern zu. Betreffen diese jedoch allgemeine Teile der Liegenschaft, sind sie nach herrschender Meinung²⁴³ weitgehend deckungsgleich mit der ordnungsgemäßen Erhaltung der Liegenschaft.

Aus diesem Grund ist das Interesse der Eigentümergemeinschaft an der Geltendmachung derartiger Ansprüche als besonders hoch anzusetzen.

Die Autoren gehen demnach davon aus, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, unter bestimmten Voraussetzungen, eine aus dem Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zur Eigentümergemeinschaft erfließende Pflicht zur Abtretung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen anzunehmen.

Ausschlaggebende Kriterien zur Abtretung sind, ob es ansonsten zu gar keiner Rechtsdurchsetzung der Ansprüche käme, oder die Durchsetzung durch die Eigentümergemeinschaft erfolgsversprechender wäre.²⁴⁴

²⁴¹ Wobl 2015, 251, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft.

²⁴² A.a.O.

²⁴³ 5 Ob 181/03h.

²⁴⁴ Wobl 2015, 251, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft.

Terlitz nimmt in diesem Zusammenhang sogar an, dass es sinnvoller wäre eine Legalzession²⁴⁵ dieser Ansprüche auf die Eigentümergemeinschaft anzuordnen.²⁴⁶

Zusammenfassend sind die Autoren zu dem Schluss gekommen, dass eine Pflicht der Wohnungseigentümer zur Abtretung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen betreffend allgemeine Teile der Liegenschaft, aufgrund der Überschneidung mit dem Bereich der ordentlichen Erhaltung iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG eher anzunehmen ist, als jene von Unterlassungsansprüchen.

4.2 Durchsetzung der Verpflichtung zur Abtretung?

Wenn man von einer Pflicht der Wohnungseigentümer zum Anbot der Abtretung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen an die Eigentümergemeinschaft bei Ansprüchen, die der ordentlichen Verwaltung zuzuordnen sind, ausgeht, stellt sich die Frage was passiert, wenn sich ein Wohnungseigentümer weigert seine Ansprüche abzutreten.

Hypothetisches Fallbeispiel:

Im Jahr 2015 wurde eine Liegenschaft neu errichtet.

Am 1.1.2016 wurde die erste Wohnung an den ersten Wohnungseigentümer übergeben.

Mit Übergabe der ersten Wohnung entsteht somit die Eigentümergemeinschaft.

Sukzessive werden bis zuletzt im Jänner 2017 weitere Wohnungen abverkauft.

Die letzte Wohnung verkauft der Bauträger seinem Sohn im Februar 2020.

Für den Sohn des Bauträgers beginnt somit die gesetzliche Gewährleistungsfrist mit Februar 2020, also mit Übergabe der Wohnung, zu laufen.

Im April 2020 lösen sich die in sämtlichen Allgemeinbereichen verlegten Fliesen.

Der einzige Wohnungseigentümer, der bezüglich dieser allgemeinen Teile der Liegenschaft noch Gewährleistungsansprüche hat (Sohn des Bauträgers), beschließt, diese nicht der Gemeinschaft abtreten zu wollen, sodass die Eigentümergemeinschaft die Erneuerung der Fliesen selbst bezahlen muss.

²⁴⁵ Gesetzlich angeordneter Anspruchsübergang.

²⁴⁶ Wobl 2013, 161.

Fraglich ist, ob und wie die einzelnen Wohnungseigentümer den Sohn des Bauträgers dazu zwingen können, seine Gewährleistungsansprüche abzutreten und somit vom Bauträger die Verbesserung der gesamten Verfließung zu verlangen.

Gemäß § 27 Abs 1 Z 1 WEG besteht an jedem Miteigentumsanteil ein gesetzliches Vorzugspfandrecht zu Gunsten

1. der Forderungen der Eigentümergemeinschaft gegen den Eigentümer des Anteils und
2. der Rückgriffsforderungen eines anderen Wohnungseigentümers.

§ 27 Abs 3 WEG normiert dabei, dass das Vorzugspfandrecht innerhalb von sechs Monaten mit Klage geltend zu machen ist.

Die Klage nach § 27 Abs 2 WEG stellt eine der wesentlichen Pflichten des Verwalters dar.²⁴⁸

Paradebeispiel für das Vorzugspfandrecht ist das Einklagen von ausständigen Wohnbeiträgen eines säumigen Wohnungseigentümers.

Fraglich ist, ob in einem wie oben konstruierten Fall, ein Wohnungseigentümer die Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche schlichtweg verweigern kann, bzw er zur Abtretung gezwungen werden kann.

An dieser Stelle sei freilich angemerkt, dass diese Konstellation wie oben dargestellt, wohl einen Härtefall darstellt und in der Praxis kaum vorkommen wird, somit die Lösung rein von akademischem Interesse ist.

Dennoch erscheint es in diesem Zusammenhang als sinnvoll, die Folgen eines derartigen Falles zu diskutieren.

Unstrittig ist, dass Ansprüche der Eigentümergemeinschaft aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, wie etwa Bereicherungs- oder Verwendungsansprüche, die ihre

²⁴⁸ § 20 Abs 5 WEG 2002.

Wurzel in der Verwaltung der Liegenschaft haben, eine Forderung iSd § 27 Abs 1 Z 1 WEG darstellen.

Ebenso umfasst sind deliktische Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Verwaltung der Liegenschaft.²⁴⁹

Bei Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche der Eigentümergeinschaft gegen einen Wohnungseigentümer, aus einem nicht den Verwaltungsagenden zuzuordnenden Rechtsgeschäft, kann das Vorzugspfandrecht hingegen nicht in Anspruch genommen werden.²⁵⁰

*OGH- Fall:*²⁵¹

Die Beklagte ist Wohnungseigentümerin von mehreren Objekten einer Liegenschaft.

Sie veranlasste in diesem Haus den Ausbau des Dachbodens.

Die klagende Eigentümergeinschaft beehrte Zahlung von knapp 80.000 €, primär gestützt auf Schadenersatz, aber auch auf Bereicherung.

Durch Bauarbeiten der Beklagten seien Schäden an allgemeinen Teilen des Hauses entstanden. Die Kosten für die Instandsetzung, habe die Eigentümergeinschaft für die Beklagte vorgeschossen. Außerdem ist der Gehsteig vor dem Haus beschädigt worden. Auch diese Kosten hat die Eigentümergeinschaft übernommen.

Der OHG bejahte in diesem Falle die Klagsanmerkung nach § 27 Abs 2 WEG, weil es sich eben um deliktische Schadenersatzansprüche handelt.

Zurück zum Ausgangsfall:

Klar ist, dass der Eigentümergeinschaft durch die Reparatur der Fliesen ein Schaden entstanden ist.

Diesen Schaden kann sie, da sämtliche Gewährleistungsansprüche aller Wohnungseigentümer (außer einem – der Sohn des Bauträgers) aufgrund der Verfristung erloschen sind, nicht mehr geltend machen.

Nur der eine Wohnungseigentümer würde es, indem er seine Gewährleistungsansprüche der Gemeinschaft abtritt, ermöglichen, sämtliche Fliesen auf Kosten des Bauträgers zu tauschen.

²⁴⁹ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1565, Lexis Nexis.

²⁵⁰ A.a.O, RZ 1565; ebenso 5 Ob 141/07 g.

²⁵¹ OGH 5 Ob 95/04p.

Eine Möglichkeit den Wohnungseigentümer dazu zu zwingen wäre die Eintragung des Vorzugspfandrechts nach § 27 WEG.

Nach *Illedits* kann das Vorzugspfandrecht nicht für an die Eigentümergemeinschaft nach § 18 Abs 2 WEG zedierte Ansprüche in Anspruch genommen werden.²⁵²

Dabei stützt er sich insbesondere auf den Willen des Gesetzgebers, der den Materialien der WRN 2006 zu entnehmen ist.

Es wird festgehalten, dass ein ursprünglicher Einzelanspruch eines Wohnungseigentümers (wie der Gewährleistungsanspruch gegen den Bauträger), nicht in den Genuss des Vorzugspfandrechts für Gemeinschaftsansprüche gelangen soll. Dies stehe auch nicht im Widerspruch zur obigen Entscheidung des OGH²⁵³ (mit der das Vorzugspfandrecht für einen Anspruch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, wie etwa einem Schadenersatz-, Bereicherungs- oder Verwendungsanspruch bejaht wurde), weil es dort eben nicht um einen ursprünglich, einem Wohnungseigentümer zustehenden Anspruch ging, für den die Aktivlegitimation der Eigentümergemeinschaft erst durch Abtretung bewirkt worden wäre.²⁵⁴

Im Ergebnis ist somit zu sagen, dass der Sohn des Bauträgers nicht durch Eintragung des Vorzugspfandrechts zur Abtretung seiner Ansprüche an die Eigentümergemeinschaft gezwungen werden kann.

4.3 Vertragliche Überwälzung des Risikos von Baumängeln auf den Wohnungseigentumsbewerber

Die vertragliche Überwälzung des Risikos von Baumängeln ist nicht zulässig.

Der Wohnungseigentumsbewerber hat aus dem Titel der Gewährleistung einen verschuldensunabhängigen Gewährleistungsanspruch.

²⁵² *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 1565, Lexis Nexis.

²⁵³ OGH 5 Ob 95/04 p.

²⁵⁴ Materialien WRN 2006.

Ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung, hätte für den Wohnungseigentumsbewerber unüberschaubare Folgen, die den Rahmen der Verkehrsüblichkeit sprengen würden.²⁵⁵

Oft wurde versucht den Käufer, in die vom Wohnungseigentumsorganisator abgeschlossenen Werkverträge eintreten zu lassen. Damit hätte der Wohnungseigentumsbewerber nur Ansprüche gegen den Werkunternehmer.²⁵⁶

Diese Verpflichtung verstößt gegen § 38 Abs 1 Z 4 WEG.²⁵⁷

Der Wohnungseigentumsorganisator kann aus diesen Gründen seine Gewährleistungsrechte vertraglich nicht abbedingen.²⁵⁸

4.4 Absicherung des Gewährleistungsrisikos beim Bauträgervertrag-Zession von Gewährleistungsansprüchen nach § 16 BTVG

Bei Neubauten haben Wohnungseigentümer zusätzlich die Möglichkeit ihre Gewährleistungsansprüche, die sie gegen den Bauträger haben nach § 16 BTVG durchzusetzen.

Ist die Durchsetzung von Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüchen aufgrund mangelhafter Leistung gegen den Bauträger unmöglich oder erheblich erschwert, kann der Erwerber die Abtretung, von dem Bauträger gegen Dritte zustehende Gewährleistungsansprüche, verlangen²⁵⁹.

Bei dieser Form der Abtretung bedarf es keiner Mitwirkung des Bauträgers. Allein der Zugang des schriftlichen Abtretungsbegehrens beim Bauträger führt zum Übergang der Rechtsansprüche auf den Erwerber. Im Konkursfall scheiden dann diese Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus der „Sollmasse“ aus, womit eine Aussonderung bewirkt wird.²⁶⁰

²⁵⁵ *Illedits/ Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶, RZ 169, Lexis Nexis.

²⁵⁶ *A.a.O.*

²⁵⁷ OGH 5 Ob 231/02 k.

²⁵⁸ Gilt nicht bei Unternehmensbezogenen Geschäften (von Unternehmer zu Unternehmer) - hier kann die Gewährleistung sehr wohl ausgeschlossen werden. Grenze bildet hier die Sittenwidrigkeit.

²⁵⁹ § 16 BTVG.

²⁶⁰ *Georg Männl*, Zu den Inhalts- und Formerfordernissen der Willenserklärung nach § 16 BTVG in *immolex* 2017, S. 308ff.

Den allgemeinen Regeln des Zivilrechts folgend, kann der Zessus (Professionalist) gemäß § 1395 ABGB so lange mit schuldbefreiender Wirkung an den Zedenten (Bauträger) leisten, bis er von der Zession verständigt wurde.²⁶²

Es empfiehlt sich daher gleichzeitig mit der Erklärung an den Bauträger über die erfolgte Abtretung, auch dem Professionalisten eine Erklärung zukommen zu lassen, sodass er nur noch an den Zessionar (Wohnungseigentümer) schuldbefreiend leisten kann.

Problematisch ist, dass § 16 BTVG auf § 1396 ABGB verweist. Somit wird diese Möglichkeit der Abtretung kaum praktische Bedeutung haben.²⁶³

Gemäß § 1396 ABGB bleiben nämlich sämtliche Einwendungen, die der Zessus (Professionalist) gegen den Zedenten (Bauträger) hat und die bis zur Verständigung der Abtretung entstanden sind, erhalten, also im Insolvenzfall vor allem die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gem. § 1052 ABGB.²⁶⁴

Auch in formeller Hinsicht werden von § 16 BTVG strengere Vorschriften normiert. So muss die Abtretung schriftlich begehrt werden und darlegen, welche Ansprüche auf welchen Erwerber übergehen sollen. Für den Bauträger muss jeder konkrete Erwerber, der die Abtretung der Ansprüche verlangt feststehen, oder zumindest feststellbar sein, damit nachvollziehbar ist, welche Ansprüche auf welchen Erwerber übergegangen sind und welche sich noch beim Bauträger oder in der Konkursmasse befinden. Wenn ein Schreiben diesen Anforderungen nicht entspricht, erfolgt kein Anspruchsübergang.²⁶⁵

²⁶² §1395 ABGB.

²⁶³ Wobl 2008, 197.

²⁶⁴ § 1052 ABGB; Vgl. Punkt 4.6.2.

²⁶⁵ OGH 2 Ob 187/15 m.

5 Rechtsbeziehungen

Das folgende Kapitel widmet sich den Rechtsbeziehungen zwischen Wohnungseigentümern, Verwaltung und Bauträger.

Es wird das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und zum Bauträger erörtert, sowie das Verhältnis der Hausverwaltung zu beiden Parteien.

5.1 Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und zum Bauträger

Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander ist vielfältig.

Zum einen können die Wohnungseigentümer ihre Gewährleistungsansprüche nach § 18 Abs 2 WEG der Eigentümergeinschaft abtreten und so gemeinsam und geschlossen ihre Ansprüche gegen den Bauträger durchsetzen.

Andererseits kann auch ein einzelner Wohnungseigentümer nicht zur Abtretung seiner Ansprüche von der Mehrheit gezwungen werden.²⁶⁶

§ 16 BTVG eröffnet den einzelnen Wohnungseigentümern zusätzlich die Möglichkeit, vom Bauträger die Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche, die er gegenüber einem Professionisten hat, abzutreten.²⁶⁷

5.2 Verhältnis Wohnungseigentümer, Verwalter und Bauträger

Der Verwalter ist in Zusammenhang mit der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gut beraten, sich möglichst passiv zu verhalten, da etwaige Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer, welche aus der Errichtung der Liegenschaft resultieren, grundsätzlich kein Thema der Verwaltung sind²⁶⁸.

Der Verwalter kann die Wohnungseigentümer darauf hinweisen, dass es die Möglichkeit der Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG gibt. Eine Pflicht des Verwalters

²⁶⁶ Sh Kapitel 4.1.

²⁶⁷ Sh Kapitel 4.4.

²⁶⁸ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

die Wohnungseigentümer auf diese Abtretungsmöglichkeit hinzuweisen, kann allerdings nicht angenommen werden²⁶⁹.

Grundsätzlich ist die WEG Verwaltung in Vertretung der Eigentümergemeinschaft nur für die Erhaltung allgemeiner Teile der Liegenschaft, sowie für die Behebung ernster Schäden des Hauses in einem Wohnungseigentumsobjekt, zuständig.

Die gewährleistungsrechtliche Abwicklung von Mängelbehebungen ist keine Aufgabe des Verwalters. Vielmehr liegt es im Verantwortungsbereich der Wohnungseigentümer, ihre Ansprüche gegen den Bauträger durchzusetzen.²⁷¹

Was Gewährleistungsmängel gegen den Bauträger an allgemeinen Teilen der Liegenschaft betrifft, ist die Verwaltung verpflichtet, sollte es sich gleichzeitig um Maßnahmen der ordnungsgemäßen Erhaltung der Liegenschaft handeln, sich ernstlich zu bemühen, die Mängelbehebung beim Bauträger einzufordern. Diese Verpflichtung des ernsthaften Bemühens, kann aus § 20 Abs 1 WEG abgeleitet werden, wonach der Verwalter verpflichtet ist, die gemeinschaftsbezogenen Interessen aller Wohnungseigentümer zu wahren²⁷².

Unter gemeinschaftsbezogenen Interessen aller Wohnungseigentümer, wird die Pflicht zur Führung der Verwaltung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verstanden²⁷³.

Sollte der Verwalter somit erkennen, dass es sich bei einer Erhaltungsarbeit um einen Gewährleistungsmangel gegen den Bauträger handelt, gebietet das Prinzip der Verwaltung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, dass der Verwalter sich zumindest ernstlich bemüht, die Mängelbehebung direkt beim Gewährleistungsverpflichteten einzufordern.

Sollte sich der Gewährleistungsverpflichtete weigern die Mängel zu beheben, kann der Verwalter einen anderen Professionisten beauftragen.

Die Geltendmachung und Durchsetzung der Gewährleistungsrechte der einzelnen Wohnungseigentümer gegenüber einem Bauträger, ist nicht Aufgabe des Verwalters,

²⁶⁹ A.a.O.

²⁷¹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁷² § 20 WEG 2002.

²⁷³ Würth in *Rummel* ABGB3 § 20 WEG 2002, RZ 1 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

sondern ein Individualrecht der einzelnen Wohnungseigentümer,²⁷⁴ welches auch nur von diesen durchgesetzt werden kann.

Die Verwaltung sollte zwischen Wohnungseigentümern und Bauträger keinesfalls Vergleichsversuche unternehmen, sondern sich möglichst im Hintergrund halten und eine koordinierende, informationsweiterleitende Rolle einnehmen.²⁷⁵

5.3 Spannungsverhältnis zwischen notwendigen Erhaltungsarbeiten und Gewährleistungsansprüchen der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger

Zu den wesentlichen Pflichten einer Hausverwaltung gehört unbestritten die Erhaltung der allgemeinen Teile einer Liegenschaft, sowie die Behebung von ernsten Schäden des Hauses.²⁷⁶

Der Verwalter ist weiter auch verpflichtet, die gemeinschaftsbezogenen Interessen der Wohnungseigentümer zu wahren.²⁷⁷ Darunter wird die Pflicht zur Führung der Verwaltung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verstanden.²⁷⁸

Werden dem Verwalter Mängel an allgemeinen Teilen der Liegenschaft gemeldet, die er als Gewährleistungsmängel erkennt, so kann dieser Mangel im Sinne des § 20 Abs 1 WEG dem Bauträger als reine Wissenserklärung weitergeleitet werden.²⁷⁹ Beschließt der Bauträger zu verbessern, so entstehen keine Kosten für die Eigentümergemeinschaft.

Weigert sich der Bauträger zu verbessern, hat die Verwaltung nicht die Kompetenz, die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche der Wohnungseigentümer durchzusetzen.²⁸⁰

²⁷⁴ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁷⁵ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁷⁶ § 28 Abs 1 WEG 2002.

²⁷⁷ § 20 Abs 1 WEG 2002.

²⁷⁸ Würth in Rummel ABGB3 § 20 WEG 2002 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

²⁷⁹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁸⁰ Sh Kapitel 3.

Sollte ein Mangel zB aufgrund einer Gesundheitsgefahr eine dringende Behebung erfordern, so ist die Verwaltung bei sonstiger Haftung verpflichtet, den Mangel umgehend auf Kosten der Eigentümergemeinschaft zu beheben.

In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich seitens der Hausverwaltung, eine umfangreiche und lückenlose Beweissicherung der zu verbessernden Mängel und der vorgenommenen Arbeiten durchzuführen, um etwaige Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger nicht zu vereiteln.²⁸¹

²⁸¹ Sh Interview mit Mag. Kothbauer.

6 Conclusio

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zwar die Verantwortung für die Schadensbeseitigung von Mängeln aus der Errichtung eines Neubaus, bei der Eigentümergeinschaft liegt, die diesbezügliche gewährleistungsrechtliche Abwicklung jedoch auf der Ebene der Wohnungseigentümer angesiedelt ist. Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer, die aus der Errichtung eines Neubaus gegen den Bauträger entstehen, sind kein Thema der Verwaltung.²⁸²

Zur Durchsetzung Ihrer Ansprüche müssen die Wohnungseigentümer selbstständig tätig werden, oder Ihre Ansprüche gem. § 18 Abs 2 WEG 2002 der Eigentümergeinschaft abtreten.²⁸³

Sollten seitens der Verwaltung Mängel festgestellt werden, die auf eine mangelhafte Errichtung der Liegenschaft zurückzuführen sind, hat der Verwalter im Sinne des § 20 Abs 1 WEG 2002 lediglich die Möglichkeit diese Mängel als Wissenserklärung dem Bauträger weiterzuleiten und sich ernstlich zu Bemühen, die Verbesserung beim Bauträger einzufordern. Sollte der Bauträger der Aufforderung der Verwaltung nicht nachkommen, hat die Verwaltung keine Kompetenz zur Rechtsdurchsetzung.²⁸⁴

In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass die Verwaltung nicht dazu verpflichtet ist, die Liegenschaft auf mögliche Gewährleistungsmängel zu untersuchen.

Die oft gängige Praxis, dass die Verwaltung gegen Ende der Gewährleistungsfrist eine Erklärung im Namen der Eigentümergeinschaft abgibt und gegenüber dem Bauträger bestätigt, dass keine groben Mängel der Liegenschaft vorliegen, ist nicht korrekt. Es handelt sich bei einer derartigen Erklärung um ein rechtliches „Nullum“, weil die Eigentümergeinschaft und damit in Vertretung der Verwalter, keine Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger hat, sondern nur die Wohnungseigentümer selbst.

²⁸² Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁸³ A.a.O.

²⁸⁴ A.a.O.

Die Verwaltung sollte bei der Gewährleistungsabwicklung von Mängeln aus der Errichtung der Liegenschaft lediglich eine koordinierende und informationsweiterleitende Rolle einnehmen und sollte ein breites Wissen über den Ablauf der Gewährleistungsabwicklung in der Praxis haben. So lassen sich insbesondere Fehler, die später im Verfahren zu großen Problemen führen können, vermeiden.²⁸⁵

Gegenüber den Wohnungseigentümern muss von vornherein klar kommuniziert werden, dass die Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen, welche aus der Errichtung eines Neubaus resultieren, nicht in die Verpflichtung der Verwaltung fallen, sondern die Wohnungseigentümer hier selbstständig tätig werden müssen.

Die Verwaltung kann Gewährleistungsmängel informativ, als reine Wissenserklärung an den Bauträger weiterleiten. Sie kann den Bauträger auch im Sinne der Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit auffordern die Mängel zu verbessern.

Sollte sich der Bauträger gänzlich weigern, kann die Verwaltung die Eigentümer hinsichtlich ihrer Rechte nach § 18 Abs 2 WEG 2002 aufklären, sie kann jedoch nicht klagsweise gegen den Bauträger vorgehen.²⁸⁷

Eine Pflicht die Wohnungseigentümer über ihre Abtretungsmöglichkeiten aufzuklären, ist nicht anzunehmen.²⁸⁹

Bei Mängeln, die einerseits einen klassischen Gewährleistungsmangel gegen den Bauträger darstellen und andererseits jedoch, aufgrund einer akuten Gesundheitsgefährdung, auch ein rasches Einschreiten der Verwaltung erfordern, wird es oftmals im Ermessen der Verwaltung liegen, wie lange sie dem Bauträger Zeit lässt, um diese Mängel zu verbessern.

Bei Mängeln die eine Gefahr für die Sicherheit der Bewohner darstellen, wird die Verwaltung unter Umständen schneller tätig werden müssen und die Schadensbeseitigung auf Kosten der Eigentümergemeinschaft veranlassen.

²⁸⁵ Sh Interview mit Dr. Herbert Rainer im Anhang

²⁸⁷ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁸⁹ A.a.O.

Bei unerheblichen Mängeln wird die Verwaltung dem Bauträger zur Verbesserung länger Zeit lassen.²⁹⁰

Wichtig ist, dass vor einer Mängelbehebung, die auch ein Fall von Gewährleistung sein könnte, umfassende Beweissicherungen durchgeführt werden (zB durch einen Beweissicherungsantrag bei Gericht, bei dem auch der Bauträger eingeladen wird). Ansonsten könnte die Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen durch die Wohnungseigentümer, bzw nach Abtretung, durch die Eigentümergemeinschaft, vereitelt werden.²⁹¹

Auch wenn der Gesetzgeber mit der neu geschaffenen Möglichkeit der Anspruchsabtretung nach § 18 Abs 2 WEG 2002 eine wesentliche Erleichterung zur Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen geschaffen hat, so bleiben mittlerweile ca. 14 Jahre nach Inkrafttreten dieser Bestimmung, dennoch drei wesentliche Schwächen dieser Regelung.

Zum einen, wurde bislang in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung kein Bestimmtheitserfordernis der abgetretenen Ansprüche angenommen – die Mängel müssen sozusagen nicht spezifiziert werden. Dies kann oftmals dazu führen, dass Wohnungseigentümer in „Bausch und Bogen“ Ansprüche abtreten, die sie gar nicht abtreten wollten.²⁹²

Zum anderen, handelt es sich bei der Abtretung von Ansprüchen der Wohnungseigentümer an die Eigentümergemeinschaft zivilrechtlich unbestritten um eine Zession.²⁹³

Bei einer Zession werden die Ansprüche an den Zessionar (Eigentümergemeinschaft) abgetreten. Mit der Zession verliert der Zedent somit die Möglichkeit, die Forderung geltend zu machen. Fraglich erscheint somit, aufgrund welcher Rechtsgrundlage die erstrittenen Geldleistungen wieder zurück an die Wohnungseigentümer ausbezahlt werden sollen.

²⁹⁰ Sh Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁹¹ A.a.O.

²⁹² A.a.O.

²⁹³ Materialien WRN 2006.

Der Wille des Gesetzgebers war mit der Schaffung des § 18 Abs 2 WEG 2002, dass das Geld, welches im Rahmen einer Prozessführung erstritten wurde, an jene Wohnungseigentümer wieder ausbezahlt wird, die auch Ihre Ansprüche abgetreten haben. Die Intention des Gesetzgebers war es mit Sicherheit nicht, dass die Wohnungseigentümer der Eigentümergemeinschaft ein „Geschenk“ machen und die Rücklage aufbessern.²⁹⁴

Eine Rechtsgrundlage dafür, dass die Eigentümergemeinschaft die erstrittenen Geldbeträge an die abtretenden Wohnungseigentümer wieder auszahlen muss, gibt es jedoch nicht.²⁹⁵

Die dritte und für die Verwaltung wohl bedeutendste Schwäche dieser Regelung bleibt die nicht beantwortete Frage, ob die Annahme der abgetretenen Ansprüche nach § 18 Abs 2 WEG 2002, dem Bereich der ordentlichen, oder dem Bereich der außerordentlichen Verwaltung zuzuordnen ist.²⁹⁶

Dies spielt in der Praxis insofern eine große Rolle, als bei Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung gleich am nächsten Tag ein Anwalt beauftragt werden kann, bei Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung hingegen die Fristen von 3 oder 6 Monaten zu wahren sind. Bis dahin könnten schon etliche Ansprüche bereits verjährt sein.²⁹⁷

In diesem Sinne wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber hier insgesamt Klarheit schafft und seine gesetzliche Regelung dahingehend präzisiert.

²⁹⁴ Klarer Wortlaut in den Materialien zur WRN 2006 - § 18 Abs 2 WEG soll den Wohnungseigentümern als Mittel zur Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung dienen.

²⁹⁵ Sh. Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

²⁹⁶ Der in den Materialien angedeutete Lösungsvorschlag, dass es auf den abgetretenen Anspruch ankommen soll, scheint in diesem Zusammenhang als nicht sehr hilfreich.

²⁹⁷ Sh. Interview mit Mag. Kothbauer im Anhang.

Literaturverzeichnis

Literatur:

Illedits/ Illedits-Lohr, Wohnungseigentum, Wien: Lexis Nexis, Auflage 6

Löcker in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Wien: Verlag Österreich, Auflage 3

Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Wien: Verlag Österreich, Auflage 4

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II, Wien: Manz, Auflage 14

Kommentare:

Apathy in Schwimann, §865 ABGB

Feil/Marent/Preisl, WEG § 18

Kletecka, Gewährleistung Neu, § 933 a

Kurschel, Gewährleistung

Prader, WEG^{5.04} § 18 (Stand 1.10.2019; rdb.at)

Würth in Rummel ABGB³ § 20 WEG 2002

Welser/Jud, Gewährleistung § 9a KSchG

Welser/Jud, Gewährleistung § 8 KSchG

Welser/Jud, Gewährleistung § 922

Welser/Jud, Gewährleistung § 924

Welser/Jud, Gewährleistung § 928

Welser/Jud, Gewährleistung § 932

Welser/Jud, Gewährleistung § 933

Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 922

Zöchling-Jud in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 923

Zöchling-Jud in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 928

Zöchling-Jud in *Kletecka/Schauer*, ABGB ON § 932

Zöchling-Jud in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 933

Jud, Schadenersatz 146 ff

Jud, Schadenersatz 325 ff

Zeitschriften:

Wohnrechtliche Blätter

wobl 2004/4

wobl 2010, 74/34

wobl 2012/70

wobl 2013, 161

wobl 2013, 161

wobl 1998,308/201

wobl 2009/22

wobl 2019, 53

wobl 2008, 197

Terlitz, in wobl 2013, 168

wobl 2015, 251, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergeinschaft

Niedermayr, wobl 1994,7

wobl 2011, 295, *Dirnbacher*, Baustelle Wohnrecht-Wünsche Anregungen und Forderungen an den Gesetzgeber

Löcker, wobl 2017, S 273

Ecolex: Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht

OGH ecolex 1995, 173

OGH ecolex 1994, 754

OGH ecolex 2009/185

OGH ecolex 2007/209

OGH ecolex 2013/43

OGH ecolex 2006/422

OGH ecolex 2008/74

OGH ecolex 2006/311

OGH SZ 63/197; *Krejci*, Abnahmeobliegenheit trotz versteckter Baumängel, ecolex 1999, 816

Zankl, Altlastenatlas und Gewährleistungsausschluss, ecolex 1990, 609

Zak: Zivilrecht Aktuell

OGH Zak 2013/505

OGH Zak 2011/328

OGH Zak 2011/327

Reischauer, Gewährleistung und verschuldensunabhängiger Verbesserungskostenersatz, Zak 2011/607, 323

EvBl: Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

OGH EvBl-LS 2013/161

OGH EvBl-LS 2011/140

OGH EvBl 2011/19

OGH EvBl 2009/66

OGH EvBl 2012/24

OGH EvBl 2014/89

OGH EvBl 2005/181

Sonstige:

Immolex 2011/93

Immolex 2004/173

Immolex 2004/71

Immolex 2012/26

OGH ZVR 2006/155

OGH SZ 58/11

OGH ZRB 2012,51

OGH SZ 73/160
OGH SZ 67/231
OGH SZ 56/106
OGH JBl 2013, 654
OGH JBl 2007, 519
OGH SZ 2005/157
OGH JBl 2006, 518
OGH SZ 2008/87
OGH SZ 2006/17
OGH RdW 2005/816
OGH RdW 2005/816
OGH SZ 61/238

Jud, ÖJZ 1997, 444

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (1902) 334

Zöchling-Jud, Weiterfresserschaden und Haftpflichtversicherung, in FS Fenyves (2013) 849

Georg Männl, Zu den Inhalts- und Formerfordernissen der Willenserklärung nach § 16 BTVG in immolex 2017

EHL/Buwog, Erster Wiener Wohnungsmarktbericht 2019

Oberstgerichtliche Entscheidungen:

OGH 2 Ob 7/10 h
OGH 2 Ob 135/10 g
OGH 2 Ob 176/10 m
OGH 2 Ob 187/15 m
OGH 3 Ob 140/11 a
OGH 4 Ob 65/10 b
OGH 5 Ob 251/09 m
OGH 5 Ob 126/12 h
OGH 5 Ob 95/04 p
OGH 5 Ob 141/07 g
OGH 5 Ob 181/03 h

OGH 5 Ob 104/99 a
OGH 5 Ob 231/02 k
OGH 5 Ob 71/12 w
OGH 6 Ob 86/05 a
OGH 6 Ob 115/18 g
OGH 7 Ob 155/03z
OGH 8 Ob 25/10 z
OGH 9 Ob 50/10 h

Entscheidungen EuGH:

EuGH C-404/06
EuGH C-65/09
EuGH C-87/09

Rechtssätze:

RIS-Justiz RS0018234
RIS-Justiz RS0124354

Gesetzesmaterialien:

Materialien WRN 2006

Paragrafenverzeichnis

WEG

§ 18 WEG 2002

§ 20 WEG 2002

§ 27 WEG 2002

§ 28 WEG 2002

§ 37 WEG 2002

§ 38 WEG 2002

MRG

§ 3 MRG 2002

ABGB

§ 834 ABGB

§ 879 ABGB

§§ 918 ff ABGB

§§ 922 ff ABGB

§ 923 ABGB

§ 924 ABGB

§ 928 ABGB

§ 929 ABGB

§ 932 ABGB

§ 933a ABGB

§ 933b ABGB

§ 1042 ABGB

§ 1052 ABGB

§ 1096 ABGB

§ 1097 ABGG

§ 1167 ABGB

§ 1168 ABGB

§1392 ABGB

§ 1395 ABGB

§ 1396 ABGB

KschG

§ 8 KSchG.

§ 9 KSchG

Bausträgervertragsgesetz:

§ 16 BTVG

Anhang:

Interview mit Dr. Herbert Rainer vom 12.03.2020

Im Rahmen des Interviews wurden an Herrn Dr. Rainer folgende Fragen gestellt:

Frage: Ist die Einführung des § 18/2 WEG aus Ihrer Sicht sinnvoll?

Antwort Dr. Rainer: „Ja der § 18/2 WEG ist sehr sinnvoll, da er die Anspruchsverfolgung wesentlich erleichtert.“

Frage: Wie sehen Sie die Rolle der Verwaltung bei der Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen?

Antwort Dr. Rainer: „Die Verwaltung muss den ganzen Prozess und Ablauf steuern. Daher muss die Verwaltung genau Bescheid wissen, wie Abtretungen in der Praxis genau funktionieren. Das habe ich in meiner Praxis schon mehrmals gesehen, dass hier häufig Fehler auftreten, die später im Verfahren zu großen Problemen führen können. Beispielsweise dann, wenn die Abtretung nicht wirksam erfolgt ist.

Die Abtretung von Ansprüchen ist ja juristisch gesehen ein Vertrag, dieser muss auch wirksam abgeschlossen werden. Einer der ersten Einwände von der Gegenseite kann eben sein, dass die Abtretung nicht wirksam erfolgt ist. Wenn man (Anmerkung: die Verwaltung) dies nicht entsprechend dokumentiert und nachgewiesen hat, gibt es dann Probleme.“

Frage: Welche Probleme kommen Ihnen hier insbesondere in den Sinn?

Antwort Dr. Rainer: „In der Verwaltung wird ja unterschieden zwischen Maßnahmen der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung.

Wenn wir jetzt im Bereich der ordentlichen Verwaltung sind, dann kann der Verwalter aufgrund seiner Vollmacht, für die Eigentümergemeinschaft die Abtretung annehmen. Wenn man im Bereich der außerordentlichen Verwaltung ist, dann müsste ja die Mehrheit zustimmen. Alleine diese Unterscheidung ist oft schwierig, weil es, je nachdem wo man es einordnet, nicht immer eindeutig ist, auf den ersten Blick.

Empfehlenswert ist eigentlich jeweils die Mehrheit zustimmen zu lassen, wenn es überhaupt zu einer Mehrheit kommt. Außer es ist eindeutig irgendeine kleinere Angelegenheit, wo man sagen kann, das ist sowieso ordentliche Verwaltung, dann kann der Verwalter das selbständig entscheiden. Außer er hat interne Probleme oder interne Beschränkungen im Verwaltungsvertrag. Aber das ist im Grunde genommen im Außenverhältnis egal, da ja der Verwalter eine Generalvollmacht hat.“

Frage: Manche fordern in der Literatur und den Materialien zur Wohnrechtsgesetzesnovelle 2006 die Einstimmigkeit für die Annahme der Abtretung, beispielsweise bei Schadenersatzansprüchen, Besitzstörungsklagen etc.

Wie sehen Sie dieses Einstimmigkeitserfordernis?

Antwort Dr. Rainer: „Ja, das ist nicht ganz unberechtigt, da es oft um Verfügungshandlungen gehen kann. Dort würde es eben Einstimmigkeit oder einen entsprechenden Gerichtsbeschluss brauchen. Das ist leider sehr schwierig für den Verwalter zu erkennen, in welchem Bereich befinde ich mich hier überhaupt - und das richtig zu machen, ist für viele eine Herausforderung.“

Frage: Ich habe jetzt einen aktuellen Fall, wo sämtliche Rohrleitungen in einem Wohngebäude nicht richtig isoliert wurden. Diese korrodieren äußerlich nahezu gänzlich, wir haben hier auch überall Wasserschäden und sind aus diesem Grund gezwungen, das ganze Rohrsystem offenzulegen und zu erneuern. Jetzt stellt sich die Frage (Gewährleistung geht ja nicht mehr, aber eventuell Schadenersatz wäre eine Möglichkeit) was man hier für eine Stimmenmehrheit braucht.

Antwort Dr. Rainer: „Hier kann man argumentieren, im Kern geht es um die Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten, diese sind Maßnahmen der ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltung und die Frage ist auch nur, wer zahlt diese Arbeiten?“

Frage: Für die Annahme der Abtretung, was für ein Quorum brauche ich da?

Antwort Dr. Rainer: „Hier wäre meine Meinung, dass es mehrheitlich geht, denn entweder es ist eine Erhaltungsarbeit, dann wären wir sowieso in der ordentlichen Verwaltung, oder es ist eine größere Reparatur, die unter Verbesserungen zu subsumieren ist, dann wären wir in der außerordentlichen Verwaltung. Um hier sicherzugehen wäre ein Mehrheitsbeschluss herbeizuführen. Ich glaube, man blickt

hier durch auf die Maßnahmen, die zu treffen sind. Aber es gibt hier unterschiedliche Ansichten.“

Frage: Das heißt, Gewährleistungsansprüche, Schadenersatzansprüche und Unterlassungsansprüche – alles mit Mehrheit?

Antwort Dr. Rainer: „Im Großen und Ganzen ja, im Einzelfall wird man schauen müssen, um was geht es da wirklich im Kern. Im Verfahren könnte man das Ganze noch reparieren, wenn das Thema aufkommt, ist jetzt die Eigentümergeinschaft überhaupt entsprechend legitimiert? Wenn es da Zweifel gibt, könnte man dies noch reparieren, da gibt es in der Prozessordnung eine Möglichkeit, wo man diese Zustimmung nachreichen kann. Ich glaube §6 ZPO.“

Frage: Die Materialien der Wohnrechtsnovelle 2006 sprechen davon, dass auch Verfügungshandlungen abgetreten werden können. Fallen Ihnen dazu mögliche Verfügungshandlungen ein, die der Eigentümergeinschaft abgetreten werden könnten?

Antwort Dr. Rainer: „Naja, ich muss ehrlich sagen, ich habe noch nie einen praktischen Fall gesehen, wo es um Verfügungshandlungen geht. Die Hauptanwendung, die ich bisher gesehen habe, sind irgendwelche Mängelbehebungen gegen Bauträger, wo es nach der Übergabe von Objekten, zu Mängeln an allgemeinen Teilen kommt. Das sehe ich alles immer relativ problemlos im Rahmen der ordentlichen Verwaltung, dass man diese Mängel behebt, daher die Abtretung relativ leicht geht.

Eine Verfügungshandlung habe ich in der Praxis noch nie gesehen, dass dies in diesem Rahmen verfolgt wird.“

Interview mit Mag. Kothbauer vom 13.03.2020

Frage: Wie sehen Sie die Rolle der Verwaltung im Rahmen der Gewährleistungsabwicklung bei Neubauten?

Antwort Mag. Kothbauer: „Grundsätzlich versuche ich immer zu vermitteln, dass die Gewährleistungsthematik kein Thema des Verwalters ist. Das ist das, was die Leute wenig verstehen. Dass zwar die Verantwortung für die Schadensbeseitigung bei der Eigentümergeinschaft liegt, aber die gewährleistungsrechtliche Abwicklung auf der Ebene der Wohnungseigentümer angesiedelt ist.

Ich sehe auch keine Verantwortung des Verwalters die Wohnungseigentümer über ihre ideellen Rechte aufzuklären, da sehe ich zunächst einmal überhaupt keine Aufgabe der Verwaltung. Wenn ein Verwalter den Wohnungseigentümern den Hinweis gibt, dass es die Möglichkeit der Anspruchsabtretung gibt, dann wird man das aber auch nicht als unzulässige Befugnisüberschreitung verstehen können, aber eine Verpflichtung des Verwalters sehe ich nicht. Der Verwalter kann sich hier völlig passiv verhalten, das würde im Prinzip auch seiner Rolle entsprechen, weil er ja nur das vertretungsbefugte Organ der Eigentümergeinschaft ist und zunächst die Eigentümergeinschaft in dieser Frage überhaupt keine Zuständigkeit hat.

Die Eigentümergeinschaft kommt dann ins Spiel, sobald auch nur ein Wohnungseigentümer nach § 18/ 2 WEG eine Anspruchsabtretung vorgenommen hat, weil dann stellt sich die Frage, wie die Eigentümergeinschaft mit dieser Anspruchsabtretung umgehen soll- also ob jetzt dieser abgetretene Anspruch von der Gemeinschaft angenommen werden soll oder nicht.“

Frage: Also eine besondere Hinweispflicht des Verwalters in Hinblick auf die Abtretungsmöglichkeit nach § 18 Abs 2 WEG sehen Sie nicht?

Antwort Mag. Kothbauer: „Vor 15 Jahren gab es dazu eine durchaus passende Entscheidung vom Obersten Gerichtshof, die davon ausgeht, dass es keine Verpflichtung des Verwalters gibt, die Wohnungseigentümer darüber zu informieren, dass ihre Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Bauträger demnächst auslaufen. Mit genau der Erklärung- das geht die Gemeinschaft nichts an.

Also man kann diese Botschaft grundsätzlich verstärken und sagen die Passivität des Verwalters ist nicht nur gesetzlich gedeckt, sondern vielmehr auch gesetzlich geboten. Denn wenn er den Wohnungseigentümern hier Hinweise liefert, dann bewegt er sich außerhalb der Liegenschaftsverwaltung für die es keine Eigentümergemeinschaft gibt, es daher auch keine Verantwortung des Verwalters geben kann.“

Frage: Wann beginnen die GWL-Fristen zu laufen bei sukzessiver Wohnungseigentumsbegründung?

Antwort Mag. Kothbauer: „Das ist grundsätzlich ganz unstrittig und ausjudiziert, dass die jeweiligen Fristen auch für die Allgemeinbereiche ab der jeweiligen Übergabe an den Wohnungseigentümer zu laufen beginnen.

Da hat es früher Lehrmeinungen gegeben, dass die Fristen zu laufen beginnen, wenn die Hälfte der Wohnungseigentumsobjekte verkauft und übergeben wurden, aber das ist mittlerweile überholt.

Das spannende Phänomen bei sukzessiver Veräußerung ist, dass die Gewährleistungsfrist auch für die allgemeinen Teile immer wieder neu zu Laufen beginnt.“

Frage: Die Eigentümergemeinschaft muss die Abtretung ja wie wir wissen annehmen. Was sehen Sie hier für Beschlusserfordernisse?

Antwort Mag. Kothbauer: „Das ist die große Unbekannte.

Meine Position ist, dass es auf Einstimmigkeit grundsätzlich nicht ankommen kann. Ich sehe es ganz pragmatisch. Man wird dem Gesetzgeber, der mit der WRN 2006 ja eindeutig eine Erleichterung schaffen wollte, wohl kaum unterstellen können, eine Regelung geschaffen zu haben, die dann deshalb totes Recht bleibt, weil man die Einstimmigkeit nie erreichen wird. Ich habe also grundsätzlich einmal den Zugang, dass man im Normalfall hier von ordentlicher Verwaltung auszugehen hat. Wann die Sache in die außerordentliche Verwaltung kippt und wir daher auch qualifizierte Abtretungsmöglichkeiten haben, das wird von den Autoren unterschiedlich behandelt. Löcker in Hausmann/Vonkilch schreibt hier durchaus überzeugend und das habe ich dann in der immolex auch wiedergegeben, dass man bei entsprechenden Erschwernissen nicht mehr davon ausgehen kann, dass es ordentliche Verwaltung, sondern außerordentliche Verwaltung ist. Eine Erschwernis läge dann vor, wenn die

Klage gegen Miteigentümer eingebracht werden soll-also beispielsweise der Bauträger noch Miteigentümer ist, bzw. wenn es aufgrund irgendwelcher Umstände verminderte Erfolgchancen gibt. Wobei man da die Frage stellen muss, wer das vorweg wirklich feststellen soll. Ich habe seinerseits in der immolex gesagt, unter bestimmten Voraussetzungen, vor allem wenn man kein gemeinschaftliches Interesse erkennen kann, wird es außerordentliche Verwaltung sein. Ich bin damals noch dafür eingetreten, dass es außerordentliche Verwaltung nach ABGB sei, also nach § 29/5 WEG unter Verweis auf das ABGB, was letztlich auch auf die Einstimmigkeit hinausläuft.

§ 29/1 WEG - also die klassische außerordentliche Verwaltung - betrifft ja vom Wortlaut her Veränderungen der Liegenschaft, also bauliche Veränderungen. Darunter kann man ja diese Geschichte (Anmerkung: verminderte Erfolgchancen) nicht subsumieren, deswegen habe ich vor 10 oder 12 Jahren gesagt, naja dann wird es außerordentliche Verwaltung nach § 29 Abs 5 WEG sein. Ich habe jetzt diese Meinung nie klar revidiert, aber ich würde es für sehr zweckmäßig erachten, wenn die Rechtsprechung sagt wir machen es so wie beim Fenstertausch mit der Kostenrefundierung, es ist eine außerordentliche Verwaltung, die man doch unter § 29 Abs 1 WEG subsumiert. Ich bin durchaus dafür offen, mit der Einstimmigkeit wird man es umbringen. Im Normalfall ordentliche, wenn es was komplizierteres ist - wie immer man diese Erschwernis definiert - dann meinetwegen außerordentliche Verwaltung. Dass es eine außerordentliche Verwaltung nach § 29 Abs 1 WEG ist, das müsste die Rechtsprechung hier analog einmal feststellen, weil vom Wortlaut her trägt es das nicht. Vom Wortlaut sind unter Abs 1 nur bauliche Veränderungen umfasst.

Die Meinung von Prader, dass es da und dort Einstimmigkeit bräuchte, halte ich für nicht zweckmäßig. Das Letzte, was man hier ins Treffen führen kann ist schon auch dieses Manko, dass es der Gesetzgeber einfach nicht geklärt hat. Meine Empfehlung an die Verwalter, wenn Sie sich nicht sicher sind, dann bitte Mehrheitsbeschluss.

Unangenehm für den Verwalter ist es immer noch, weil man im Detail dann nicht wirklich weiß, ist es ordentliche oder außerordentliche Verwaltung. Das hat auf die Vollziehbarkeit des Beschlusses und auf die Anfechtungsfristen Auswirkungen.

Hier mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wäre dringend geboten.“

Frage: Das bedeutet Sie fordern keine Einstimmigkeit?

Antwort Mag. Kothbauer: „Nein, weil es sich aus dem Gesetz nicht ergibt. Außerdem ergibt sich dies aus dem Sinn und Zweck der Regelung nicht, weil sie ja explizit als Erleichterungsregelung vorgesehen war.“

Frage: In den Materialien zur WRN 2006 wird nicht abschließend festgestellt, ob die Annahme der abgetretenen Forderungen eine Angelegenheit der ordentlichen, der außerordentlichen Verwaltung oder gar eine Verfügung ist. Wann kann Ihrer Meinung nach eine Annahme der Abtretung durch die Eigentümergemeinschaft eine Verfügung sein?

Antwort Mag. Kothbauer: „Genau da wird alles offen gelassen.

Wie gesagt, Verfügungen sind auch das, worauf sich Prader stützt und sagt Einstimmigkeit ist erforderlich. Ich würde diese Auslegung für nicht zweckmäßig erachten. Ich sage in aller Vorsicht, aus den vorhandenen Lehrmeinungen und auch von bestehenden Entscheidungen ausgehend, deutet nichts darauf hin, dass es wirklich der Verfügung zuzurechnen sei.

Es scheint sich somit das Bild zu verdichten, dass ein Mehrheitsbeschluss ausreichend ist. Die für mich nicht klar beantwortbare Frage ist für mich aber, in welchen Bereich es fällt – ordentliche oder außerordentliche Verwaltung. Das spielt in der Praxis schon eine große Rolle, denn wenn es ordentliche Verwaltung ist, kann man am nächsten Tag schon den Anwalt beauftragen und klagen, wenn es außerordentliche Verwaltung ist, dann haben wir eine aufschiebende Wirkung der Beschlussanfechtung - da muss man 3 oder 6 Monate warten und bis dahin sind dann manche Ansprüche schon verjährt. Das würde uns dann auch in eine Drucksituation bringen, daher bin ich sehr daran interessiert, dass dies von der Rechtsprechung aufgeklärt wird. Noch besser wäre natürlich eine Klarstellung durch den Gesetzgeber selbst.“

Frage: Wie sollte Ihrer Meinung nach, die Verwaltung bei der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen schrittweise vorgehen?

Antwort Mag. Kothbauer: „Es bedarf zunächst der Beschlussfassung über die Annahme des abgetretenen Anspruchs. Man wird vielleicht bei der Annahme der abgetretenen Ansprüche, sich näher darauf festlegen, welchen Gewährleistungsbefehl man wählt - geht man eher in Richtung Preisminderung oder Richtung Verbesserung. Beim Schadenersatz wäre die Wahl zwischen Naturalrestitution und Geldersatz. Das

sind diese Weichenstellungen die man beschlussmäßig auch dann braucht, wenn ein einzelner Wohnungseigentümer bezüglich der allgemeinen Teile selbst klagen möchte.

Ansonsten empfehle ich dem Verwalter den Ball relativ flach zu halten. Er hat auch für die Einbringung der Klage keine Verantwortung. Das muss ein Anwalt machen. Also wird hier sicherlich auch darüber zu entscheiden sein, wer hier beauftragt wird. Am Ende liegt die Verantwortung, auch im Zuge der Klagseinbringung und in der Führung des Prozesses alles richtig zu machen, beim Anwalt.

Die Aufgabe des Verwalters beschränkt sich dann auf eine koordinierende und kommunizierende.“

Mag. Kothbauer: „Vielleicht darf ich Ihnen an dieser Stelle noch etwas sagen, was mir zu dieser Thematik einfällt. Ich sehe hier zwei ganz große Unsicherheiten.

Erstens: In der OGH-Entscheidung 6 Ob 115/18 g ging es um eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche. Was mir hier missfallen hat ist, dass nicht näher spezifiziert wurde. Also es gibt überhaupt kein Bestimmtheitserfordernis. Also die Wohnungseigentümer treten einfach Gewährleistungsansprüche ab, ohne dazuzusagen wegen welcher Mängel. Das halte ich für problematisch, denn wenn ein Wohnungseigentümer in Bausch und Bogen seine ganzen Gewährleistungsansprüche abtritt, dann hat er damit ja eine Anspruchsabtretung gemacht, allenfalls auch hinsichtlich von Mängeln die er im Zeitpunkt der Anspruchsabtretung noch gar nicht wusste, ihm bzw nicht eingefallen sind, die er vielleicht lieber selbst durchsetzen wollte. Also im Zeitpunkt der Abtretung denkt er an den nassen Keller, später kommt er aber drauf, dass in der Wohnung auch etwas nicht passt - das ist dann vielleicht ein Mangel bei dem er nicht so gern hat, dass die Gemeinschaft tätig wird, aber er hat ja letztendlich alles abgetreten. Das ist eine Frage mit der sich die Rechtsprechung auch auseinandersetzen sollte, also ob es nicht ein Bestimmtheitserfordernis geben sollte.

Zweitens: Was ist denn die Anspruchsabtretung jetzt genau? Ich stelle Ihnen jetzt eine Frage. Gesetzt den Fall es geht jetzt um Preisminderungsansprüche, es geht schadenersatzrechtlich um Geldersatz - wer bekommt das Geld?“

Meine Antwort: „Die Eigentümergemeinschaft und in weiterer Folge anteilmäßig die jeweiligen Eigentümer die abgetreten haben.“

Mag. Kothbauer: „Das was der Gesetzgeber vermutlich gedacht hat ist, ja natürlich, dass das Geld, das hier reinkommt an die Wohnungseigentümer wieder auszubezahlen ist, an die die abgetreten haben.

Also Beispiel: 10 Wohnungen Preisminderung 10% macht aus in Summe 200.000€.

Die Gemeinschaft erstreitet das Geld und zahlt es anteilig denen zurück, deren Ansprüche abgetreten worden sind. So hat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Gesetzgeber gedacht. Der Einwand den ich gebe und der auch schwer weg zu argumentieren ist, ist: Wo steht das? Also dass die Gemeinschaft das Geld hergeben muss? Die Zession ist die Abtretung einer Forderung. Es wird auch in den Erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen, dass es eine Zession ist.

Bei der Abtretung einer Forderung bekomme ich das Geld nicht mehr. Da habe ich ja die Forderung abgetreten. Das ist ganz interessant, dass mit dem Bild der Zession ein Ergebnis erzielt wird, also wenn ich streng auslege, das mit großer Wahrscheinlichkeit nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Ich weiß nicht ob Sie hier etwas finden, ich bin hier noch auf nichts gestoßen. Nur zu sagen, wenn es eine Zession ist, dann wurde die Forderung abgetreten und dann erstreitet die Eigentümergemeinschaft das Geld und man legt das Geld dann in die Rücklage, das ist ein Ergebnis, das der Gesetzgeber nicht wollte. Denn er wollte nur die Anspruchsdurchsetzung erleichtern. Er wollte sicher nicht, dass die Wohnungseigentümer der Gemeinschaft ein Geschenk machen. Das ist ein ganz blinder Fleck“.

Interview mit Mag. Kothbauer vom 12.05.2020

Frage: Sie haben mir in Ihrem telefonischen Interview vom 13.3.2020 erklärt, dass das GWL-Thema grundsätzlich keine Angelegenheit des Verwalters sein soll (außer es wird abgetreten nach § 18/2 WEG).

Jetzt habe ich in der Praxis oft folgendes Problem:

Mir meldet ein Eigentümer einen Mangel (zB die Stiegenhaus-Geländer sind nicht fest genug montiert).

Ich erkenne dies eindeutig als GWL-Mangel. Gleichzeitig ist die Reparatur auch eine Angelegenheit der ordentlichen Verwaltung und ich muss die Behebung aus Sicherheitsgründen sofort veranlassen.

Ist es hier eine Befugnisüberschreitung, wenn ich diesen GWL-Mangel dem Bauträger weiterleite und ihn zur Verbesserung auffordere?

Einerseits bin ich nicht zuständig GWL-Mängel beim Bauträger einzufordern und sollte es den Wohnungseigentümern überlassen, andererseits muss ich aber im Sinne des § 20 Abs 1 WEG die gemeinschaftsbezogenen Interessen der Wohnungseigentümer wahren. Und dazu zählt auch, dass ich möglichst zweckmäßig und kostengünstig verwalte.

Ist es verfehlt, die These aufzustellen, dass der Verwalter sich iSd § 20 Abs 1 WEG zumindest ernstlich bemühen muss, die Verbesserung beim Bauträger einzufordern, sollte er einen Mangel als GWL-Mangel erkannt haben?

Ich bin in meiner Praxis immer sehr bemüht, möglichst viele GWL-Mängel an den Bauträger zu kommunizieren und ihn darauf hinzuweisen, dass es GWL-Mängel sind. Im Zuge dessen fordere ich meistens auch immer die Verbesserung ein.

Oft wird dann verbessert, manchmal nicht, aber dann kann ich zumindest vorweisen, dass ich mich darum ernstlich bemüht habe.

Die Frage ist, ob ich diese Vorgehensweise auch auf eine rechtliche Grundlage stellen kann iSd §20/1 WEG und als generelle Empfehlung an Verwaltungen formulieren kann, so bei der GWL-Abwicklung vorzugehen?

Antwort Mag. Kothbauer:

Das was wir wissen und festhalten müssen ist: Der Verwalter kann niemals für den Wohnungseigentümer in Sachen Gewährleistung oder Schadenersatz tätig werden.

Wenn er aber nach der Übergabe des Hauses, mehr oder weniger informell Schäden an den Bauträger kommuniziert, tut dies niemandem weh. Das ist rechtlich in Ordnung, weil sich der Verwalter damit keine Vertretungsbefugnisse anmaßt.

Wichtig ist hier festzustellen, welche Rolle der Verwalter hier spielt: die Eigentümergeinschaft hat sich natürlich um die Erhaltung der allgemeinen Teile zu kümmern, sie hat sich auch um Schadensbeseitigungen zu kümmern. Wenn ich als Verwalter sehe, da ist etwas nicht in Ordnung, dann ist es rechtlich nicht verwerflich, das dem Bauträger zu kommunizieren. Aber dies nicht im Sinne einer Erklärung im Namen der Eigentümergeinschaft, sondern als faktische Mitteilung an den Bauträger. Wenn man dies so kommuniziert, maßt man sich keine Vertretungsbefugnisse an. Der Verwalter weiß in der Regel auch nicht, ob ein Mangel ein Gewährleistungsmangel ist oder nicht, weil er auch nicht weiß, was der Bauträger den Wohnungseigentümern versprochen hat im Kaufvertrag.

Theoretisch wäre es ja möglich, dass in einem Kaufvertrag drinnen steht: „das Stiegenhausgeländer hat die Eigentümergeinschaft zu errichten“.

In diesem Sinne kann der Verwalter ja nicht wissen, was vereinbart wurde in den einzelnen Kaufverträgen und so sollte er auch auftreten.

Derartige Mängel sollten nicht als Gewährleistungsmängel an den Bauträger kommuniziert werden. Es muss sich um eine reine Wissenserklärung des Verwalters an den Bauträger handeln, dass gewisse Mängel festgestellt wurden.

Diese Vorgehensweise ist auch sicherlich der Sache dienlich, da es schon eine gewisse Erwartungshaltung der Wohnungseigentümer ist, dass die Verwaltung hier tätig wird. Was ich in der Praxis feststelle ist, dass es gewisse Vorgehensweisen von Verwaltungen gibt, die nicht mit den rechtlichen Rahmenbedingungen in Einklang zu bringen sind.

Also noch einmal: wenn ich als Verwalter Schäden mitteile – und dies auf eine sehr informelle Art und Weise einfach nur um eine mögliche Schadensbeseitigung durch den Bauträger zu erwirken und zu beschleunigen, ohne dass ich dafür eine Verantwortung habe, dass dies geschieht, dann ist es rechtlich ok.

Es gibt Fälle in denen eine Liegenschaft übergeben wird und die allgemeinen Teile an den Verwalter „übergeben“ werden und hier seitens der Verwaltung eine „Abnahme“ stattfindet - das ist ein völliger Schwachsinn, das kann nicht sein. Denn diese Übernahme hieße, dass der Vertragspartner, der vom Bauträger übernimmt, die

Eigentümergeinschaft ist. Die Eigentümergeinschaft ist aber kein Vertragspartner, sondern die einzelnen Wohnungseigentümer. Eine Abnahme durch den Verwalter, wäre bereits eine Überschreitung dieses rechtlichen Rahmens. Es kann somit nicht an die Gemeinschaft oder den Verwalter übergeben werden. Übergeben wird nur an die Vertragspartner des Bauträgers und das sind die Wohnungseigentümer. Der Verwalter kann nicht ein Protokoll unterschreiben, wo festgestellt wird, dass keine Mängel vorhanden sind, das wären klare Befugnisüberschreitungen.

Die Wohnungseigentümer müssen erkennen, dass der Verwalter nicht mehr kann, als zu kommunizieren. Für den Verwalter ist sehr wichtig, nicht den Anschein zu erwecken, dass er die Ansprüche für die Eigentümer durchsetzen kann und den Bauträger auch klagen kann. Der Verwalter ist eine kommunikative Drehscheibe die, die Mängel dem Bauträger mitteilt. Wenn es zu keiner Einigung mit dem Bauträger kommt, müssen schon die Wohnungseigentümer selbst klagen. Eine rechtliche Befugnis hier Handlungen zu setzen im Namen der Wohnungseigentümer, das gibt es nicht.

Frage: Sollte es für Verwaltungen iSd § 20/1 WEG, die Pflicht eines zumindest ernsthaften Bemühens geben, dem Bauträger Mängel mitzuteilen und die Verbesserung einzufordern? Denn im Sinne einer zweckmäßigen Verwaltung wäre es meiner Ansicht nach verfehlt als Verwaltung die Augen davor zu verschließen und sich gänzlich aus der Verantwortung zu ziehen. Die Verwaltung muss ja die gemeinschaftsbezogenen Interessen der Wohnungseigentümer wahren und dazu zählt meiner Ansicht nach auch ein ernstliches Bemühen, eine Verbesserung von Gewährleistungsmängeln beim Bauträger zu erwirken.

Antwort Mag. Kothbauer:

Ja man kann sich grundsätzlich darüber schon unterhalten und dies durchaus so stehen lassen. Der Anknüpfungspunkt kann aber nicht sein, dass ein Mangel von der Verwaltung als Gewährleistungsanspruch oder Schadenersatzanspruch erkannt wird, denn hier würde man wieder die Rolle des Wohnungseigentümers einnehmen und diesen vertreten, das kann die Verwaltung ja nicht. Sie müssen es immer über die Gemeinschaftsebene spielen. Man kann als Verwaltung sagen: „Ich sehe, dass etwas nicht in Ordnung ist“. Also Sie bringen es nicht mit Gewährleistung oder

Schadenersatz in Verbindung. Ich habe als Verwalter diesbezüglich Scheuklappen-ich will nicht wissen, was Gewährleistung ist. Als Verwaltung habe ich mich darum zu kümmern, dass die allgemeinen Teile des Hauses in Ordnung sind, das ist dann auch die Wahrung der gemeinschaftsbezogenen Interessen. In diesem Rahmen kann man wohl auch die Wahrnehmungen in Bezug auf Mängel, die man hat, an den Bauträger weiterleiten und kommunizieren.

Frage: Kann man meiner These, dass die Verwaltung sich im Sinne der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und der Kostenersparnis ernsthaft bemühen muss, Gewährleistungsmängel dem Bauträger mitzuteilen und auch die Verbesserung durch diesen zu fordern, Folge leisten?

Antwort Mag. Kothbauer:

Das kann man alles so stehen lassen, wenn man das Wort Gewährleistung mit dem Wort Mangel ersetzt. Sobald Sie das Thema Gewährleistung und Schadenersatz ins Spiel nehmen, kommen Sie auf diese individuelle vertragliche Ebene, die es zu vermeiden gilt. Was der Bauträger, dann letztendlich mit dieser Information macht, liegt nicht mehr im Verantwortungsbereich der Verwaltung. Man kann also alles, was Sie sich praktisch gedacht haben, so stehen lassen, nur der Bezugspunkt ist nicht: „ich sehe etwas, das könnte Gewährleistung oder Schadenersatz sein“, sondern „ich sehe etwas, das könnte nicht in Ordnung sein und leite es dem Bauträger weiter und fordere im selbst Schritt auch die Verbesserung“.

Frage: In Wahrheit wünsche ich mir, dass der Bauträger den Mangel verbessert, wenn ich ihm einen Mangel mitteile. Nachdem die primären Gewährleistungsbehelfe aber Verbesserung oder Austausch sind und der Gewährleistungsberechtigte hier die freie Wahl hat, nehme ich dann den Wohnungseigentümern die Wahl, wenn ich die Verbesserung einfordere und nicht zB den Austausch, wenn beides möglich wäre?

Antwort Mag. Kothbauer:

Wir bewegen uns hier jedenfalls in einem Graubereich.

Gewährleistung und Schadenersatz ist Sache des Wohnungseigentümers, Sache der Gemeinschaft ist es wiederum sich um die Erhaltung der allgemeinen Teile zu

kümmern. Es kann wohl kaum ein Wohnungseigentümer gegen den Verwalter schadenersatzrechtlich vorgehen, indem er ihm vorwirft, dass der Verwalter den Mangel verbessern ließ, obwohl der spezifische Wohnungseigentümer lieber eine Preisminderung gehabt hätte.

Erstens, Sie haben es bereits richtig erkannt, sind Preisminderungsansprüche, ohnehin nur mehr sekundär. Zweitens, selbst wenn es die volle Wahlmöglichkeit gäbe, wäre es rechtsmissbräuchlich, wenn ein Wohnungseigentümer sich auf den Standpunkt stellt, er hätte statt der Verbesserung lieber Geldersatz gehabt. Das entspricht auch nicht dem Gedanken des Gewährleistungsrechts, das dem Veräußerer ja eine zweite Chance gewähren will. Hier sehe ich ehrlicherweise kein Problem.

Wie bereits gesagt, es muss immer klar kommuniziert werden, dass der Verwalter nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, wenn Mängel durch den Bauträger nicht behoben werden. Wohnungseigentümer glauben oft, die allgemeinen Teile der Liegenschaft gehen sie nichts an, sondern sind nur Sache des Verwalters.

Genau da fängt es an problematisch zu werden, denn die Wohnungseigentümer lehnen sich dann zurück und der Verwalter ist dann am Ende des Tages derjenige, der versagt hat, weil man glaubt er kümmert sich darum und sie selbst sehen keine Veranlassung tätig zu werden. Genau dieses Bild muss von vornherein zerstreut werden. Dass man sagt: „ich bin euch dazu behilflich, im Rahmen dessen, was ich tun kann. Ich kann objektiv und nüchtern dem Bauträger die Dinge mitteilen, rein informativ, aber die Sache zu verfolgen und auch rechtlich Druck machen, das kann die Verwaltung nicht“.

Es liegt jedenfalls im gemeinschaftsbezogenen Interesse der Wohnungseigentümer, dem Bauträger den Mangel mitzuteilen und dann in weiterer Folge auch zu schauen, ob hier auch etwas im Sinne der Schadensbeseitigung passiert. Wenn man sieht, der Bauträger tut nichts, dann ist es wiederum die Verantwortung des Verwalters früher oder später, selbst die Dinge in die Hand zu nehmen in Richtung Schadensbehebung. Das ist dann auch ein Thema, wenn von den Mängeln auch Gefahr ausgeht.

Anmerkung von mir: Es ist hier ja auch ein Abgrenzungsproblem. Welchen Mangel sitze ich aus. Also in dem Sinne, welchen Mangel melde ich dem Bauträger und wie lange warte ich ab, bis ich ihn selbst behebe?

Da wird es auch darauf ankommen, ob eventuell Gefahren von dem Mangel ausgehen. Da wird der Verwalter sogar die Pflicht haben, den Mangel sofort zu beheben und nicht erst die Verbesserung durch den Bauträger abzuwarten. Hier macht es dann auch Sinn entsprechende Beweismittel für die spätere Erhebung von Gewährleistungsansprüchen zu sichern. Denn der Mangel muss ja erst einmal bewiesen werden. Das ist manchmal ja nicht mehr möglich, weil der Mangel bereits behoben wurde. Hier kann es zu Beweisproblemen und unter anderem, zum Verlust von Gewährleistungsansprüchen der Wohnungseigentümer kommen, wenn der Verwalter nicht entsprechend dokumentiert und Beweise sicherstellt.

Antwort Mag. Kothbauer:

Ja das ist ein spannendes Thema. Viel geschieht hier auch in einem gewissen Graubereich. Faktisch ist es hier empfehlenswert sich als Verwaltung nicht komplett rauszunehmen, obwohl es eigentlich ginge.