

# Wohnungseigentumsbegründung im Altbau - Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Erwerberschutz nach § 37 Abs 4 WEG 2002

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades  
“Master of Science”

eingereicht bei  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch

Christian Maurice Frick, LL.M.

00651706

## Eidesstattliche Erklärung

Ich, **CHRISTIAN MAURICE FRICK, LL.M.**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "WOHNUNGSEIGENTUMSBEGRÜNDUNG IM ALTBAU - RECHTSFRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM ERWERBERSCHUTZ NACH § 37 ABS 4 WEG 2002", 112 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, 16.01.2023



\_\_\_\_\_  
Unterschrift

## Disclaimer

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Die personenbezogenen Angaben beziehen sich hierbei jedenfalls gleichermaßen auf alle Geschlechter.

## Kurzfassung

In der vorliegenden Arbeit wird die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 detailliert untersucht. Diese in der Praxis sehr relevante, aber oftmals ‚verkannte‘ bzw unbekannte Norm, sieht einen besonderen gewährleistungsrechtlichen Schutzmechanismus vor, der den Erwerber eines Wohnungseigentumsobjektes im ‚Altbau‘ vor unerwarteten Belastungen, die in Unkenntnis eines allenfalls mangelhaften Bau- und Erhaltungszustandes des Gebäudes aus der allgemeinen Kostentragungspflicht entstehen können, bewahren soll. Wohnungseigentumsorganisatoren, wie etwa Entwickler von ‚klassischen Zinshäusern‘, haben bei der Begründung und beim Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten in Gebäuden, deren Baubewilligung älter als 20 Jahre ist, dem Erwerber ein Gutachten über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses, insb über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben und dieses in den Kaufvertrag miteinzubeziehen. Mit Einbeziehung in den Kaufvertrag gilt der im Gutachten beschriebene Zustand als bedungene Eigenschaft und Haftungsmaßstab. Wird ein solches Gutachten nicht in den Kaufvertrag miteinbezogen, nicht erstellt, oder erfüllt dieses nicht die gesetzlichen Anforderungen, so gilt demgegenüber ein Erhaltungszustand des Gebäudes als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Die Rsp hat den Anwendungsbereich der Norm auch für den Fall des sukzessiven Abverkaufs von Wohnungseigentumsobjekten durch jene Person(en), die seinerzeit die Wohnungseigentumsbegründung veranlasst hat bzw haben, ausgedehnt. Die Bestimmung gelangt demnach auch dann zur Anwendung, solange noch eine ‚Erstverwertung‘ durch den (ehemaligen) Wohnungseigentumsorganisator erfolgt, selbst wenn die Wohnungseigentumsbegründung bereits viele Jahre oder gar Jahrzehnte zurückliegt. Die Norm bietet ein beträchtliches Haftungs-potenzial für Wohnungseigentumsorganisatoren. Die Haftung des Wohnungseigentumsorganisations ist nicht ausschließlich auf Gewährleistungsansprüche beschränkt, stattdessen kann es darüber hinaus va zu schadenersatzrechtlichen und/oder irrumsrechtlichen Ansprüchen seitens des Wohnungseigentumsbewerbers kommen. Aber auch Gutachter, die ein unrichtiges bzw fehlerhaftes Gutachten attestiert haben, und Vertragsverfasser, wie etwa Rechtsanwälte oder Notare, kommen als mögliche Haftungsadressaten des Wohnungseigentumsbewerbers in Frage.

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht	hM	herrschende Meinung
AB	Anfragebeantwortung im Nationalrat	Hrsg	Herausgeber
ABl	Amtsblatt	insb	insbesondere
Abs	Absatz	idF	in der Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811	idR	in der Regel
Anm	Anmerkung	iSd	im Sinne des
Arg	Argumentation	iSv	im Sinne von
Art	Artikel	iVm	in Verbindung mit
BGBI	Bundesgesetzblatt	iZm	im Zusammenhang mit
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates	Kap	Kapitel
BTVG	Bauträgervertragsgesetz, StF: BGBl. I Nr. 7/1997	krit	kritisch
bspw	beispielsweise	KSchG	Konsumentenschutzgesetz, StF: BGBl. Nr. 140/1979.
bzw	beziehungsweise	leg cit	Abkürzung für lateinisch „ <i>legis citate</i> “.
DG	Dachgeschoss	mE	meines Erachtens
dh	das heißt	MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
EAVG 2012	Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012, StF: BGBl. I Nr. 27/2012.	MRG	Mietrechtsgesetz, StF: BGBl. Nr. 520/1981
EB	Erläuternde Bemerkungen	OGH	Oberster Gerichtshof
EO	Exekutionsordnung, StF: RGBl. Nr. 79/1896	OLG	Oberlandesgericht
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage	OV	Ohne Verfasser
etc	et cetera	mwN	mit weiteren Nachweisen
f (ff)	und der, die folgende(n)	Rn	Randnummer
FS	Festschrift	RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
GBV	Gemeinnützige Bauvereinigung	RS	Rechtssatz
gem	gemäß	Rsp	Rechtsprechung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	RV	Regierungsvorlage

Rz	Randzahl	va	vor allem
S	Seite	VfGH	Verfassungsgerichtshof
sog	so genannt	vgl	vergleiche
StF	Stammfassung	vs	versus
stRsp	ständige Rechtsprechung	VwGH	Verwaltungsgerichtshof
SVG	Signatur- und Vertrauensdienstgesetz, StF: BGBl. I Nr. 50/2016 idF BGBl. I Nr. 27/2019	WEG 1975	Wohnungseigentums- gesetz 1975, StF: BGBl. Nr. 417/1975
SZ	Sammlung Zivilsachen	WEG 2002	Wohnungseigentums- gesetz 2002, StF: BGBl. I Nr. 70/2002 idF BGBl. I Nr. 114/2002
ua	unter anderem	WGG	Wohnungsgemeinnüt- zigkeitsgesetz, StF: BGBl. Nr. 139/1979.
udgl	und dergleichen	Z	Ziffer
UGB	Bundesgesetz über besondere zivil- rechtliche Vorschriften für Unterneh-	zB	zum Beispiel
usw	und so weiter	zT	zum Teil
uU	unter Umständen	zust	zustimmend
uvm	und viele mehr		

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. EINLEITUNG, PROBLEMAUFRISS UND UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DIE ERWERBERSCHUTZBESTIMMUNGEN DES WEG 2002 – GRUNDLAGEN UND ÜBERBLICK ....</b>	<b>5</b>
2.1. Der ‚Wohnungseigentumsbewerber‘ .....	6
2.2. Der ‚Miteigentumsbewerber‘ .....	9
2.3. Der ‚Wohnungseigentumsorganisator‘ .....	9
2.4. Derivativer Erwerb der Rechtsstellung des Wohnungseigentumsorganisors.....	13
2.5. Schutzbedürftigkeit des Wohnungseigentumsbewerbers in der Gründungsphase.....	14
2.6. Systematisierung der Schutzbestimmungen nach § 37 WEG 2002 .....	16
<b>3. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES § 37 ABS 4 WEG 2002 .....</b>	<b>20</b>
3.1. Novelle des WEG 1975 (BGBl I 7/1997).....	20
3.2. Übernahme durch das WEG 2002 (BGBl I 70/2002).....	22
<b>4. ANWENDUNGSBEREICH/TATBESTANDSMERKMALE.....</b>	<b>25</b>
4.1. Anwendungsbereich der Norm.....	25
4.1.1. Überblick/Systematik § 37 Abs 4 WEG 2002.....	25
4.1.2. ‚Altbauten‘ .....	26
4.1.3. Anwendung der Bestimmung im ‚Mischhaus‘ .....	27
4.1.4. (Analoge) Anwendung bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten.....	28
4.1.5. Anwendung bei nachträglicher Nutzwertneufestsetzung.....	36
4.1.6. Beschränkung auf Verkaufsvorgänge.....	36
4.1.7. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	37
4.1.8. Abdingbarkeit/Einschränkbarkeit des Anspruches? .....	37
4.1.9. Ausschluss gegenüber langjährigen Mietern des Hauses?.....	38
4.1.10. Exkurs: Kaufoption gemäß WGG .....	38
4.2. Notwendigkeit und Mindestinhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002.....	40
4.2.1. Gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Aushändigung bzw Übergabe des Gutachtens? .....	40
4.2.2. Einjährige Frist des Bauzustandsgutachtens.....	43
4.2.3. Fachliche Qualifikation des Gutachters.....	45
4.2.4. Der Terminus ‚Allgemeine Teile des Hauses‘ .....	46
4.2.5. Der Terminus ‚in absehbarer Zeit‘ .....	47
4.2.6. Der Terminus ‚Erhaltungsarbeit‘ .....	48
4.2.7. Umfang der Untersuchungspflicht des Sachverständigen .....	51
<b>5. HAFTUNGSFRAGEN UND ANSPRÜCHE IM ZUSAMMENHANG MIT § 37ABS 4 WEG 2002.....</b>	<b>53</b>
5.1. ‚Gutachtensvariante‘ – Einbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag.....	53
5.1.1. Haftung des Wohnungseigentumsorganisors.....	53
(a) Gewährleistung .....	53

(b) Schadenersatz.....	61
(c) Irrtum .....	66
(d) List .....	70
5.1.2. Haftung des Sachverständigen/Bauzustandsgutachters .....	70
5.2. „Gesetzesvariante“ – Nichterstellung, Nicht-Erfüllung der Anforderungen oder Nichteinbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag .....	76
5.2.1. Haftung des Wohnungseigentumsorganisations.....	77
(a) Gewährleistung .....	77
(b) Schadenersatz.....	81
(c) Irrtum .....	82
(d) List .....	83
5.2.2. Haftung des Vertragsverfassers .....	83
<b>6. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .....</b>	<b>86</b>
<b>QUELLENVERZEICHNIS .....</b>	<b>93</b>



## 1. Einleitung, Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand

Der Erwerber eines Wohnungseigentumsobjektes, wie bspw einer Eigentumswohnung oder einer Geschäftsräumlichkeit, an dem in weiterer Folge Wohnungseigentum begründet werden soll, und dem die Einräumung dieser Rechtsposition schriftlich, etwa von einem Projektentwickler, zugesagt wurde, wird vom Wohnungseigentumsgesetz 2002 (WEG 2002) als ‚Wohnungseigentumsbewerber‘<sup>1</sup> bezeichnet. Das WEG 2002 umfasst dabei eine Reihe von Bestimmungen, durch die die Rechtsposition des Wohnungseigentumsbewerbers in der Phase der Begründung von Wohnungseigentum, dh ab Wohnungseigentumszusage an einem Objekt bis zur Übergabe desselben in bezugsfertigem Zustand und Einverleibung des Wohnungseigentumsrechtes im Grundbuch, besonders geschützt werden soll (vgl. §§ 37 bis 44 WEG 2002).<sup>2</sup> Dieser ist in der Begründungsphase des Wohnungseigentums va in Hinblick auf eine Insolvenz des ‚Wohnungseigentumsorganitors‘<sup>3</sup> als besonders schutzwürdig anzusehen, da sein Rechtserwerb noch nicht vollendet ist (weil er zB noch kein dingliches Recht<sup>4</sup> an einem Wohnungseigentumsobjekt erworben hat) und/oder sein Vertragsobjekt noch nicht fertiggestellt ist (trotz häufig bereits im Vorfeld geleisteter Zahlungen).<sup>5</sup> Als Wohnungseigentumsorganisor gilt beispielsweise ein Bauträger, der die Liegenschaft für das Bauvorhaben aus sucht, das Projekt entwickelt bzw die Errichtung des Gebäudes koordiniert und Wohnungen verkauft.

Die Begründungsphase des Wohnungseigentums ist weiters aber auch dadurch gekennzeichnet, dass dem Wohnungseigentumsbewerber als Vertragspartner ein Wohnungseigentumsorganisor mit Vertrags- und Verhandlungsübermacht gegenübersteht, der unter Ausnutzung seiner Position dazu neigen könnte, für sich selbst günstige Vertragsbestimmungen durchzusetzen.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> § 2 Abs 6 Satz 1 WEG 2002; zur begrifflichen Definition siehe Abschnitt 2.1.

<sup>2</sup> Vgl. OGH 5 Ob79/22m.

<sup>3</sup> § 2 Abs 6 Satz 2 WEG 2002; zur begrifflichen Definition siehe Abschnitt 2.3.

<sup>4</sup> § 2 Abs 1 WEG 2002.

<sup>5</sup> Pittl, Wohnungseigentumsrecht (2021) Kap 4 Rz 4.1.

<sup>6</sup> Vgl. Pittl, Wohnungseigentumsrecht (2021) Kap 4 Rz 4.1 mwN OGH 5 Ob 219/04y, immolex 2005/52 = wobl 2005/91; OGH 5 Ob79/22m.

Das WEG 2002 soll somit im Erwerbs- bzw Gründungsstadium den Wohnungseigentumsbewerber gegen nachteilige Vertragsgestaltungen durch den Wohnungseigentumsorganisator schützen. Bereits seit der Fassung des WEG 1975 war der Gesetzgeber bestrebt, Ungleichgewichte zwischen professionellen/institutionellen Immobilienentwicklern einerseits und – zumeist unerfahrenen – Privatpersonen andererseits durch die gesetzliche Normierung von Schutzbestimmungen auszugleichen und den Inhalt des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen den genannten Beteiligten durch zwingendes Recht auszugestalten.<sup>7</sup> Die Schutzbestimmungen zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers, die ursprünglich den Erwerb von Wohnungseigentumsobjekten in neu errichteten Gebäuden<sup>8</sup> vor Augen hatten, wurden schließlich schrittweise weiter ausgebaut<sup>9</sup> und auch auf die (kontinuierlich zunehmenden) Fälle nachträglicher Begründung von Wohnungseigentum in Altbauten bzw klassischen Zinshäusern erstreckt. Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem die Hintanhaltung von zum Teil konsumentenschutzfeindlichen Praktiken professioneller Althausverwertungsfirmen – insbesondere am Wiener Zinshausmarkt – im Fokus.

Eine spezielle Erwerberschutzbestimmung, die im Zuge des Inkrafttretens des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) im Jahr 1997 mit der Novelle BGBl I 7/1997 im WEG 1975 eingefügt wurde<sup>10</sup>, ist jene nach § 37 Abs 4 WEG 2002. Im Gesetz ist seitdem ein besonderer Schutzmechanismus statuiert, der den Erwerber eines Wohnungseigentumsobjektes im Altbau vor überraschenden Belastungen, die in Unkenntnis des Bau- und Erhaltungszustandes des Gebäudes aus der allgemeinen Kostentragungspflicht des zukünftigen Wohnungseigentümers entstehen können, bewahren soll.<sup>11</sup> Nach Intention des Gesetzgebers soll durch diese (relativ) zwingende<sup>12</sup> Bestimmung denjenigen Sachverhalten Rechnung getragen werden, bei denen sich Käufer, etwa einer Eigentumswohnung, im Altbau plötzlich mit

---

<sup>7</sup> Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 4.

<sup>8</sup> Vgl. dazu etwa auch *Würth*, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979,57 (58).

<sup>9</sup> Etwa durch das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz - 3. WÄG.

<sup>10</sup> Damals § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975; zur historischen Entstehung der Bestimmung siehe Kap. 3.

<sup>11</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 WEG Rz 37.

<sup>12</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 WEG Rz 7, 16 mit Verweis auf EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP; Vgl. auch OLG Wien 1 R 249/77, MietSlg 29.518; *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2003) § 37 WEG 2002 Rz 2; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> (2015) § 37 WEG Rz 1.

unerwarteten bzw nicht eingeplanten und budgetierten Reparatur- und Erhaltungsarbeiten an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft konfrontiert sehen, die schlussendlich von ihnen als Miteigentümer zu bezahlen sind. Hierdurch soll vermieden werden, dass Eigentümer, die gerade eben erst eine Wohnung erworben haben, mit beträchtlichen Kosten, die durch nicht offengelegte Mängel an der Bausubstanz des Hauses entstanden, konfrontiert werden. Grundlegendes Ziel dieser Regelung ist es, „*die Übervorteilung des (einzelnen) Wohnungseigentumsbewerbers, der oft rechtlich unerfahren ist und die Problematik des Wohnungseigentums an einem Gebäude, das hohen Instandsetzungsaufwand erfordert, nicht abzuschätzen vermag, zu verhindern*“.<sup>13</sup> In dieser in der Praxis oftmals unbekanntenen Bestimmung besteht eine durchaus beachtliche Haftungsfall.

Im Falle eines mehr als 20 Jahre alten Gebäudes – gemessen vom Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung bis zum Zeitpunkt der Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG 2002 – muss der Wohnungseigentumsorganisator den Wohnungseigentumsbewerbern nach der Erwerberschutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 ein (Bau-)Sachverständigengutachten über den Bau- bzw Erhaltungszustand des Hauses, insbesondere über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, vorlegen und den darin beschriebenen Zustand als ‚bedungene Eigenschaft‘ (§ 922 Abs. 1 ABGB) in die Kaufverträge einbeziehen. Kommt der Wohnungseigentumsorganisator dieser ‚Verpflichtung‘<sup>14</sup> nicht nach, gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.<sup>15</sup> Jeder Eigentümer bzw Immobilienprojektentwickler, der im Althaus Sanierungen vornimmt und Wohnungseigentum begründet sowie in weiterer Folge einzelne Wohnungen abverkauft, ist daher bis auf weiteres geraten, seinem Kaufvertrag auch ein bautechnisches Sachverständigengutachten über den Erhaltungszustand des Hauses zu Grunde zu legen, um Haftungsrisiken zu vermeiden.

---

<sup>13</sup> OGH 6 Ob 56/16b, NBL 2016/N36 mwN *Dirnbacher*, WEG idF WRN 2009: Das Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010) 439.

<sup>14</sup> Vgl. dazu die Diskussion unter Abschnitt 4.2.1.

<sup>15</sup> Vgl. § 37 Abs 4 letzter Satz WEG 2002.

In der vorliegenden Arbeit sollen nun diesbezüglich folgende Fragestellungen untersucht werden:

- Welche grundlegenden Erwerberschutzmechanismen kennt das WEG 2002 in der Phase der Begründung von Wohnungseigentum und wie fügt sich die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 in dieses Gesamtsystem ein?
- Wie ist die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 im Kontext der Schutzmechanismen des WEG 2002 historisch entstanden?
- Welcher (erweiterter) Anwendungsbereich ergibt sich für die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 und welche Schutzwirkungen entfaltet die Norm zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers?
- Welche Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers ergeben sich gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator, dem Bauzustandsgutachter und dem Vertragsverfasser?

Die hohe praktische Relevanz dieser Thematik zeigt sich an der Vielzahl der Altbauten, die nachträglich in ‚Wohnungseigentumshäuser‘ überführt werden. Gründerzeit-Zinshäuser sind, va in Wien, bei Investoren sehr gefragt. Während es im Herbst 2009 noch 15.529 Gründerzeit-Zinshäuser in Wien gab, sind es mit Stichtag 16.08.2022 nur noch 13.675, was einem Rückgang von etwa 11,9 % entspricht<sup>16</sup>. Hauptgrund für diese Entwicklung ist die Begründung von Wohnungseigentum an solchen Gründerzeit-Zinshäusern. In der vorliegenden Arbeit wird daher die geschichtliche Entwicklung der bisherigen (höchst-)gerichtlichen Judikatur und dem Schrifttum / der Literatur zur Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 systematisch aufgearbeitet und analysiert, um die oben genannten Fragestellungen beantworten zu können.

---

<sup>16</sup> OV, Otto Immobilien – Erster Wiener Zinshaus-Marktbericht (2022) S 2.

## 2. Die Erwerberschutzbestimmungen des WEG 2002 – Grundlagen und Überblick

Die Rechtsbeziehungen der einzelnen Beteiligten (Liegenschaftseigentümer, Bau-träger, Architekt, Generalunternehmer, etc.) bei einem Immobilienprojekt sind vielfältig bzw für Außenstehende oftmals schwer durchschaubar, etwa aufgrund von Verfügungsrechten verschiedenster Art und Intensität. Speziell für – zumeist unerfahrene – Konsumenten sind die Projektabläufe sowie die rechtlichen Beziehungen der einzelnen Projektbeteiligten untereinander oft nicht greifbar und un-durchsichtig. Im 9. Abschnitt des WEG 2002 sind eine Reihe von Bestimmungen vorgesehen, durch die die Rechtsposition des Wohnungseigentumsbewerbers (zur begrifflichen Definition siehe Abschnitt 2.1) in der Gründungsphase des Woh-nungseigentums besonders geschützt werden soll (§§ 37-44 WEG 2002). Die Schutzbestimmungen der §§ 37-44 WEG 2002 sind durch § 2 Abs 6 WEG 2002 zu ergänzen, der die Begriffe ‚Wohnungseigentumsbewerber‘<sup>17</sup>, ‚Wohnungseigentums-organisator‘<sup>18</sup> sowie ‚Miteigentumsbewerber‘<sup>19</sup> (iZm vorläufigem Wohnungsei-gentum) näher definiert.

Dieses Kapitel der vorliegenden Arbeit soll va dazu dienen, die Begrifflichkeiten des ‚Wohnungseigentumsorganisations‘, des ‚Wohnungseigentumsbewerbers‘ und des ‚Miteigentumsbewerbers‘ abzustecken und einen grundlegenden Überblick über die Schutzmechanismen des WEG 2002 zu verschaffen. Zudem soll auch eine Einordnung von § 37 Abs 4 WEG 2002 in das Gesamtsystem der durch das Gesetz vorgesehenen Erwerberschutznormen vorgenommen werden. Die begriffliche Ab-grenzung des Wohnungseigentumsbewerbers und des Wohnungseigentumsorgani-sators (wie auch des Miteigentumsbewerbers) ist insbesondere deshalb von Rele-vanz, da diese letztlich den Anwendungsbereich der Schutzbestimmungen festlegt. So kommt es nach dem WEG 2002 nämlich nicht auf das Vorliegen eines Verbrau-chergeschäfts iSd KSchG an<sup>20</sup>, was zur Folge hat, dass sich auch ein Unternehmer iSd UGB (wie etwa eine GmbH, die ein Wohnungseigentumsobjekt erwirbt) als Wohnungseigentumsbewerber auf die Schutzbestimmungen der §§ 37 ff

---

<sup>17</sup> § 2 Abs 6 Satz 1 WEG 2002.

<sup>18</sup> § 2 Abs 6 Satz 2 WEG 2002.

<sup>19</sup> § 2 Abs 6 Satz 3 WEG 2002.

<sup>20</sup> Vgl. auch OGH 5 Ob 159/04z, wobl 2005/50.

WEG 2002 berufen kann. Das WEG 2002 (wie auch bereits das WEG 1975) bietet keinen einen Anhaltspunkt dafür, dass die Anwendung seiner Bestimmungen auf Wohnungseigentumsbewerber deren Verbrauchereigenschaft iSd KSchG voraussetzt.<sup>21</sup>

Das Rechtsverhältnis zwischen Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentumsorganisator sowie die Möglichkeit zur Übertragung von Rechten, Pflichten und Rechtspositionen aus diesem Rechtsverhältnis ist grundsätzlich nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln zu beurteilen.<sup>22</sup> Ähnlich dem BTVG knüpft das WEG 2002 ausschließlich an die zivilrechtliche Beziehung zwischen dem Wohnungseigentumsbewerber und dem Wohnungseigentumsorganisator an und setzt keine öffentlich-rechtliche Befugnis (etwa einen Gewerbeschein) für die Ausübung des Gewerbes voraus. Allerdings entbindet diese Entkoppelung der zivilrechtlichen Folgen von der gewerberechtlichen Berechtigung den Wohnungseigentumsorganisator wiederum nicht von seiner Pflicht zur Erfüllung der geforderten öffentlich-rechtlichen Pflichten und Voraussetzungen.<sup>23</sup>

## 2.1. Der ‚Wohnungseigentumsbewerber‘

§ 2 Abs 6 Satz 1 WEG 2002 definiert einen Wohnungseigentumsbewerber wie folgt: „*Wohnungseigentumsbewerber ist derjenige, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde.*“ Diese Legaldefinition ist weitgehend angelehnt an die Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 1 Satz 1 WEG 1975.<sup>24</sup>

Unter dem Begriff des Wohnungseigentumsbewerbers wird also derjenige (natürliche Personen, juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften) verstanden, dem „*schriftlich*“<sup>25</sup>, wenn auch bedingt (zB unter der Bedingung des Erhalts von Fördermitteln oder des Vorliegens von behördlichen Genehmigungen) oder befristet, die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt

<sup>21</sup> OGH 5 Ob 159/04z = MietSlg 57.519 = bbl 2005/93.

<sup>22</sup> Vgl. auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 29.

<sup>23</sup> *Flener/Mörzinger*, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen<sup>2</sup> (2018) S. 3.

<sup>24</sup> Siehe dazu etwa *Würth*, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979, 57 (57).

<sup>25</sup> OGH 5 Ob 233/02d = MietSlg 54.502; 5 Ob 14/10k = MietSlg 62.898.



bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt von einem Wohnungseigentumsorganisator zugesagt wurde.<sup>26</sup> Keine Voraussetzung für die Qualifikation als Wohnungseigentumsbewerber ist es, dass der Betreffende bereits schlichter Miteigentümer einer Liegenschaft ist.<sup>27</sup> Entscheidend für die Anwendung der wohnungseigentumsrechtlichen Normen ist also die Zusage eines solchen Rechts (Anm.: eine bloße in Aussichtstellung des Rechtes ist nicht ausreichend<sup>28</sup>), wobei die Verwendung des Wortes ‚Zusage‘ nicht notwendig ist.<sup>29</sup>

Für die Beurteilung, ob eine Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum vorliegt, ist wesentlich, dass die schriftliche Erklärung aus Sicht des Wohnungseigentumsbewerbers dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Wohnungseigentumsorganisator dem Wohnungseigentumsbewerber die Einräumung des Wohnungseigentumsrechts an einem bestimmt bezeichneten Wohnungseigentumsobjekt zusage wollte – unerheblich ist dabei die Bezeichnung als solche. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass die Zusage bereits als Vertrag an sich zu qualifizieren ist, wesentlich ist, dass der ‚juristische Laie‘ „*etwas Schriftliches in der Hand*“<sup>30</sup> hat.

Die schriftliche<sup>31</sup> Zusage muss sich jedenfalls mit ausreichender Bestimmtheit auf ein bestimmtes Wohnungseigentumstaugliches Objekt beziehen<sup>32</sup>, um die gesetzlichen Rechtsfolgen des 9. Abschnitts des WEG 2002 auszulösen. Als Beurteilungsmaßstab für die Einhaltung des Formgebotes der Schriftlichkeit kann die generelle Regel des § 886 ABGB herangezogen werden, wonach die Erklärung des Wohnungseigentumsorganisations eigenhändig unterschrieben sein muss.<sup>33</sup> Die

<sup>26</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 39; mwN OGH 6 Ob 56/16b, immolex 2016, 259 (*Männl/Stockhammer*) = wobl 2016, 432 (*Illedits*) = JBl 2016, 586.

<sup>27</sup> OGH 5 Ob 38/01a, immolex 2001/92 = wobl 2001/108 (*Call*).

<sup>28</sup> OGH 5 Ob 178/02s = MietSlg. 54.320.

<sup>29</sup> Etwa OGH 5 Ob 55/88=MietSlg. 40.669/22. Punctuation (OGH 5 Ob 96/99z= MietSlg. 51.567) und – naturgemäß - bereits abgeschlossener Kaufvertrag oder bereits abgeschlossener WE-Vertrag (OGH 5 Ob 92/15p=MietSlg. 67.429) ist hinreichend.

<sup>30</sup> LGZ Wien 45 R 444/79 = MietSlg 31.539.

<sup>31</sup> Zum Formgebot der „Schriftform“ vgl. etwa *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 9; OGH 5 Ob 233/02d = MietSlg 54.502; 5 Ob 14/10k = MietSlg 62.898.

<sup>32</sup> Vgl. etwa MietSlg 50.565 = immolex 1998, 340/212.

<sup>33</sup> Zur Thematik der Erklärung etwa bei Telefax vgl. *Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 886 ABGB Rz 4. Beachte auch die Möglichkeit der elektronischen Signatur gemäß § 4 Abs 1 SVG.

Anforderungen an die Zusagen dürfen dabei jedoch „*nicht überspannt werden*“<sup>34</sup>; von entscheidender Bedeutung ist, dass der zugrundeliegende Titel für den Eigentumserwerb zumindest erkennbar ist und das Wohnungseigentumsobjekt in ausreichendem Maße individualisiert wird.<sup>35</sup> Die nähere Bestimmung des Wohnungseigentumsobjektes kann insbesondere auch durch Verweis auf Baupläne erfolgen.<sup>36</sup> Bei bereits bestehenden Objekten – wie dies etwa in einem vor langer Zeit errichteten Zinshaus der Fall ist – reicht hingegen die Angabe der topografischen Bezeichnung aus, „*um den Zweck einer Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 – die Rangsicherung für die spätere Einverleibung des konkret zugesagten Rechts – zu erfüllen.*“<sup>37</sup> An den Nachweis der Existenz des betreffenden Wohnungseigentumsobjektes sind jedenfalls keine strikten Anforderungen zu stellen.<sup>38</sup> Abgesehen von der gesetzlich geforderten Schriftlichkeit bzw der formgerechten Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an einem eindeutig bestimmbar Objekt bedarf es nach der hL – und größtenteils der Rsp<sup>39</sup> – keiner weiteren Voraussetzungen, um die rechtliche Position des Wohnungseigentumsbewerbers zu erlangen.

Für die Annahme der Zusage durch den Wohnungseigentumsbewerber sind hingegen keine gesetzlichen Formvorschriften festgelegt.<sup>40</sup> Diese kann auch formlos erfolgen. Selbstverständlich kommt eine Vereinbarung iSv § 37 Abs 2 WEG 2002, die Voraussetzung für die Geltendmachung von Leistungsansprüchen des Wohnungseigentumsbewerbers ist, erst mit der Annahme der Zusage durch den Wohnungseigentumsbewerber zustande.<sup>41</sup>

Der Rsp<sup>42</sup> zufolge gilt als Wohnungseigentumsbewerber auch eine Person, deren Wohnungseigentum bereits verbüchert ist, der die Wohnung aber noch nicht übergeben ist.

---

<sup>34</sup> Vgl. Prader, WEG<sup>6.01</sup> § 2 (2022) E 114.

<sup>35</sup> Vgl. .OV, Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum - Bezeichnung des Wohnungseigentumsobjekts, ZRInfo 2003/152.

<sup>36</sup> Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 41.

<sup>37</sup> RIS-Justiz RS0109567 (T1, T2, T4); OGH 5 Ob 304/02w.

<sup>38</sup> RIS-Justiz RS0109567 (T1).

<sup>39</sup> Vgl. etwa OGH 5 Ob 165/92 = MietSlg 45.567: „*um von einem Eigentumsanwartschaftsrecht hinsichtlich einer „Wohnung“ sprechen zu können, bedarf es jedenfalls einer gültigen Vereinbarung, die auch formlos und schlüssig zustande kommen kann und den Titel für den in Aussicht genommenen Eigentumserwerb darstellt.*“

<sup>40</sup> LGZ Wien 45 R 444/79 = MietSlg 31.539.

<sup>41</sup> Pittl, Wohnungseigentumsrecht Kap 4 (2021) Rz 4.2.

<sup>42</sup> OGH 5 Ob 228/99m, wobl 2000/6 (Call); 6 Ob 664–666/76 = MietSlg 29/11.



## 2.2. Der ‚Miteigentumsbewerber‘

Miteigentumsbewerber ist nach § 2 Abs 6 Satz 3 WEG 2002 (im Falle des vorläufigen Wohnungseigentums<sup>43</sup>) „*derjenige, dem im Fall der Begründung von vorläufigem Wohnungseigentum schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, vom (früheren) Alleineigentümer die Einräumung von Miteigentum an der Liegenschaft und der Erwerb von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten Wohnungseigentumsobjekt zugesagt wurde*“. Sobald eine andere Person als der Alleineigentümer Miteigentum an der Liegenschaft erwirbt, wie zB der Miteigentumsbewerber, geht das vorläufige Wohnungseigentum in Wohnungseigentum über (vgl. § 51 WEG 2002). Sofern Wohnungseigentum noch nicht im Grundbuch einverleibt wurde oder das Vertragsobjekt noch nicht in bezugsfertigem Zustand übergeben wurde, wird diesfalls aus dem Miteigentumsbewerber ein Wohnungseigentumsbewerber.

Die Rechte des Miteigentumsbewerbers sind grundsätzlich in § 50 WEG 2002 geregelt. In diesem wird die im 9. und 11. Abschnitt des WEG 2002 den Wohnungseigentumsbewerbern eingeräumten Rechte verwiesen, die bei vorläufigem Wohnungseigentum des Alleineigentümers den Miteigentumsbewerbern zukommen.

## 2.3. Der ‚Wohnungseigentumsorganisator‘

Nach der ebenfalls in § 2 Abs 6 WEG 2002 enthaltenen Legaldefinition (dort Satz 2) ist unter einem Wohnungseigentumsorganisator „*sowohl der Eigentümer oder außerbücherliche Erwerber der Liegenschaft als auch jeder, der mit dessen Wissen die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder – bei bereits bezogenen Gebäuden – der Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dieser Abwicklung in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist*“ zu verstehen. Die Definition des Wohnungseigentumsorganisators entspricht dabei im Wesentlichen den bisherigen Umschreibungen in § 23 Abs 1 1. bis 3. Satz WEG 1975, wobei im 3.

---

<sup>43</sup> „*Vorläufiges Wohnungseigentum*“ ist das beschränkte Wohnungseigentum, das unter den in Abschnitt 10 des WEG 2002 beschriebenen Voraussetzungen vom Alleineigentümer einer Liegenschaft begründet werden kann (vgl. § 2 Abs 1 WEG 2002).

WÄG darauf geachtet wurde, diese etwas komprimierter und klarer zu fassen, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung des Begriffs beabsichtigt gewesen wäre.<sup>44</sup>

Unter dem weitgefassten Begriff des Wohnungseigentumsorganisationsorganismators fällt daher in erster Linie der grundbücherliche Allein- oder Miteigentümer einer Liegenschaft. Als „außerbücherlicher Erwerber“<sup>45</sup> iSd leg cit ist vermutlich nur der Erwerber zu verstehen, der bereits über einen Rechtstitel sowie auf eigene Rechnung die tatsächliche Gewalt über die Liegenschaft erlangt hat.<sup>46</sup> Jedenfalls muss ein gewisses Maß an Verfügungsberechtigung über die Liegenschaft – in welcher Form auch immer – gegeben sein.

Die Eigentümerstellung (bzw die Stellung als außerbücherlicher Erwerber) alleine ist aber noch nicht ausreichend, um automatisch als Wohnungseigentumsorganisationsorganismator qualifiziert zu werden. Entscheidend ist, dass der Liegenschaftseigentümer entweder selbst Organisationsmaßnahmen in Zusammenhang mit der Begründung von Wohnungseigentum setzt, eine schriftliche Zusage auf Einräumung von Wohnungseigentum erteilt oder andere Personen unter seinem Wissen organisieren<sup>47</sup> Der Eigentümer einer Liegenschaft, an der Wohnungseigentum begründet werden soll, wird demnach von der Rsp als Wohnungseigentumsorganisationsorganismator angesehen, wenn er Schritte zur Wohnungseigentumsbegründung setzt oder billigt.<sup>48</sup> Eine „Organisation mit „Wissen“ des Eigentümers“<sup>49</sup> liegt dann vor, wenn dieser Kenntnis von den Handlungen bzw Maßnahmen des Organisierenden hat, jedoch keine ihm zumutbaren Maßnahmen dagegen ergreift.<sup>50</sup> Kenntnis des Wohnungseigentumsbewerbers bzw fahrlässige Unkenntnis von der mangelnden Berechtigung des vermeintlichen Wohnungseigentumsorganisationsorganismators zieht die Konsequenz nach sich, dass diesem gegenüber dem Organisierenden kein Ansprüche zustehen.

---

<sup>44</sup> Vgl. die EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 35f.

<sup>45</sup> § 2 Abs 6 Satz 2 WEG 2002.

<sup>46</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 47 mwN *Wüth*, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979, 57 (65f).

<sup>47</sup> OGH 5 Ob 269/00w, immolex 2001/54 mwN; *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 23f.

<sup>48</sup> RIS-Justiz RS0108166.

<sup>49</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 46.

<sup>50</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 46. „*Volitives Element*“ – vgl. dazu *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 20.

Im Bereich des Miteigentums – das va im Bereich der Begründung von Wohnungseigentum im ‚Althaus‘ besondere Relevanz haben kann – ist die Einstufung als Wohnungseigentumsorganisator für jeden einzelnen Miteigentümer individuell zu prüfen. Bei der Begründung von Wohnungseigentum an einer Liegenschaft ist ein einheitliches Vorgehen aller Miteigentümer erforderlich, weshalb bei Nichtvorliegen der Eigenschaft als Wohnungseigentumsorganisator bei allen Miteigentümern die Durchsetzung der Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers nicht möglich sein wird.<sup>51</sup> Ebenso kann sich der Fall ergeben, dass ein Wohnungseigentumsbewerber selbst als Wohnungseigentumsorganisator anzusehen ist. Dies gilt dann, wenn sein Miteigentum im Grundbuch bereits einverleibt ist, dies aber nur gegenüber anderen Wohnungseigentumsbewerbern und nicht gegenüber einem Wohnungseigentumsorganisator, der dem Wohnungseigentumsbewerber und späteren Miteigentümer die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt hatte und auch nach der Eintragung seiner Miteigentumsanteile an der organisatorischen Abwicklung des Bauvorhabens maßgeblich beteiligt war.<sup>52</sup>

Wohnungseigentumsorganisator ist somit, wer mit Wissen des Eigentümers die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens durchführt oder in eigener Verantwortlichkeit an diesem beteiligt ist.<sup>53</sup> Unter organisatorischer Organisation eines Bauvorhabens ist dabei etwa die das kaufmännische Management, die Projektkalkulation, das Beschaffen von Finanzierungsmitteln, die Bauüberwachung, der Abschluss von Verträgen mit ausführenden Gewerken bzw einem Generalunternehmer/Totalunternehmer zu verstehen.<sup>54</sup> Der Begriff der organisatorischen Abwicklung kann somit vielseitig und die Aufgabenstellung fließend sein und zB das Planen, Leiten, Ordnen, Koordinieren, Einschreiten bei Behörden, Beschaffen der Finanzmittel, die Bauüberwachung, die Vertragsvorbereitung, Kalkulation und Vermittlung sowie den Abschluss mit Bauunternehmern, Bauhandwerkern und Architekten umfassen.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 21.

<sup>52</sup> MietSlg 67.429 = OGH 5 Ob 92/15p.

<sup>53</sup> Vgl. § 2 Abs 6 Satz 2 WEG 2002.

<sup>54</sup> Pittl, Wohnungseigentumsrecht Kap 4 (2021) Rz 4.4; Faistenberger/ Barta/ Call, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz (1976) N 23.

<sup>55</sup> Siehe dazu auch Flener/Mörzinger, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen<sup>2</sup> (2018) S 119.

Durch diese Betrachtung wird deutlich, dass nicht jede Person, die an der organisatorischen oder administrativen Abwicklung des Bauvorhabens oder der Wohnungseigentumsbegründung beteiligt ist, bereits Wohnungseigentumsorganisator ist.<sup>56</sup> Würde dieser Bezeichnung ein solches wörtliches Verständnis zu Grunde gelegt, wäre etwa auch ein für das Bauvorhaben verantwortlicher Polier des Bauunternehmens als Wohnungseigentumsorganisator zu qualifizieren.<sup>57</sup> Ein derartiges Verständnis ist jedoch zu weit gefasst und wäre sinnwidrig.<sup>58</sup> Wesentlich für die Beurteilung der Frage, ob einer Person die Eigenschaft des Wohnungseigentumsorganisationszukunft kommt, ist, inwiefern ein Element der Selbstständigkeit, der eigenständigen Verantwortlichkeit vorliegt.<sup>59</sup> Die Ansicht, dass auf die eigenständige Verantwortlichkeit abzustellen ist, wurde durch die Lehre und Rsp bereits zu § 23 Abs 1 Satz 2 WEG 1975 vertreten und nunmehr vom WEG 2002 kodifiziert.<sup>60</sup>

Der Begriff des Wohnungseigentumsorganisationszukunft ist somit iS einer funktionalen Definition zu verstehen. Von der Rsp wurden insb die berufstypischen Tätigkeiten von Generalunternehmern<sup>61</sup>, Architekten<sup>62</sup>, Bauträgern<sup>63</sup> und Bauunternehmern<sup>64</sup> als Organisationsmaßnahmen iSd § 2 Abs 6 WEG 2002 gewertet. Zu diesen Tätigkeiten „zählt auch der Abschluss von Werk-, Kauf-, Versicherungs-, Kredit-, Bevollmächtigungs-, Energielieferungs- und Transportverträgen, die Einholung von Offerten, das Führen der Verhandlungen, sowie die Antragstellung bei Behörden“<sup>65</sup>. Die ausgeführten Aufgaben dürfen dabei sich jedoch nicht auf die reine Planerstellung ohne weiteren Kontakt zum Projekt beschränken.<sup>66</sup> Ebenso erfüllen weder die Tätigkeiten von Maklern, Rechtsanwälten oder Notaren (als bloße Vertragserrichter) und Kreditinstitute nicht die geforderte Funktionalität des § 2 Abs 6

<sup>56</sup> Vgl. auch EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 36.

<sup>57</sup> Vgl. auch EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 35f; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 95.

<sup>58</sup> EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 36.

<sup>59</sup> So auch explizit die EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 35f.

<sup>60</sup> Vgl. § 2 Abs 6 WEG 2002.

<sup>61</sup> OGH 6 Ob 666/76, SZ 50/14; 3 Ob 634/77, MietSlg 30.580; 8 Ob 566/78, MietSlg 31.542/21.

<sup>62</sup> OGH 1 Ob 11/12t. *Prader*, WEG<sup>6.01</sup> § 2 (2022) E 137.

<sup>63</sup> OLG Wien 15 R 60/02g; *Prader*, WEG<sup>6.01</sup> § 2 (2022) E 139.

<sup>64</sup> Vgl. OGH 1 Ob 773/78, MietSlg 31.538.

<sup>65</sup> *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina* et.al (Hrsg), *GeKo Wohnrecht II* § 2 WEG (2018) Rz 48.

<sup>66</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 24.

WEG 2002. Dies gilt auch für den bloßen Auftrag zur Erstellung eines Nutzwertgutachtens inklusive der Vorlage der Unterlagen/Urkunden.<sup>67</sup>

Die Anzahl der Wohnungseigentumsorganisatoren, die bei einem Projekt mitwirken, ist aufgrund der funktionalen Definition zahlenmäßig nicht auf einen Wohnungseigentumsorganisator beschränkt.<sup>68</sup> An einem Wohnungseigentumsprojekt können daher auch mehrere Wohnungseigentumsorganisatoren gleichzeitig mitwirken. So ist etwa der Liegenschaftseigentümer, der einen Miteigentumsanteil veräußert und gleichzeitig die Begründung von Wohnungseigentum an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt zusagt, ebenso Wohnungseigentumsorganisator wie ein Bauunternehmer, der die entsprechende Organisation des Bauprojektes übernommen hat.<sup>69</sup> Eine (privatautonome) Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen mehrerer Wohnungseigentumsorganisatoren lässt das WEG 2002 hingegen nicht zu.<sup>70</sup>

#### **2.4. Derivativer Erwerb der Rechtsstellung des Wohnungseigentumsorganisations**

Wie bereits unter Abschnitt 2.3 ausgeführt, wird ein Eigentümer einer Liegenschaft, an der Wohnungseigentum begründet werden soll, in der Rsp als Wohnungseigentumsorganisator behandelt, wenn er Schritte zur Wohnungseigentumsbegründung setzt oder billigt.<sup>71</sup> Nicht ausreichend für die Qualifikation als Wohnungseigentumsorganisator ist jedoch, wenn Liegenschaftsanteile von einem früheren Allein- oder Miteigentümer, der über die Stellung eines Wohnungseigentumsorganisations verfügt hat, erworben werden,<sup>72</sup> da dies noch nicht den Übergang von Pflichten des Wohnungseigentumsorganisations bewirkt.<sup>73</sup> Allerdings handelt es sich bei den Pflichten des Wohnungseigentumsorganisations nicht um höchstpersönliche Pflichten.<sup>74</sup> Ein Schuldbeitritt – iSe kumulativen Schuldübernahme - ist

---

<sup>67</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG (2018) Rz 48.

<sup>68</sup> Vgl. *Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Die Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers im Gründungs- bzw Erwerbsstadium Rz 93.

<sup>69</sup> Siehe auch *Illedits/Illedits-Rohr*, Wohnungseigentum<sup>6</sup> (2018) Rz 75.

<sup>70</sup> *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 28.

<sup>71</sup> OGH 5 Ob 171/17h; 5 Ob 37/13x mwN; RIS-Justiz RS0108166.

<sup>72</sup> OGH 5 Ob 171/17h, bbl 2018/56.

<sup>73</sup> RIS-Justiz RS0083143; OGH 5 Ob 92/15p; 1 Ob 11/12t.

<sup>74</sup> OGH 5 Ob 92/15p; RIS-Justiz RS0083143.

somit möglich, ohne, dass es der Zustimmung der Wohnungseigentumsbewerber bedarf.<sup>75</sup> Lediglich eine befreiende Schuldübernahme wäre nur mit Zustimmung der Wohnungseigentumsbewerber zulässig.<sup>76</sup>

Wer letztendlich Wohnungseigentumsorganisator ist, ist somit immer auf den Einzelfall bezogen zu prüfen.

## 2.5. Schutzbedürftigkeit des Wohnungseigentumsbewerbers in der Gründungsphase

Schon durch die ursprüngliche Fassung des WEG 1975 (vgl etwa die §§ 23-25a WEG 1975) wurde das Ziel verfolgt, den in der Praxis bei der Errichtung von Wohnungseigentumsanlagen beobachteten Benachteiligungen von (zumeist) Privatpersonen (als Wohnungseigentumsbewerber), die sich mit spezialisierten Immobilienunternehmen als Vertragspartner konfrontiert sahen, durch die Schaffung von zwingenden Schutzbestimmungen entgegenzuwirken.<sup>77</sup> Im 9. Abschnitt des WEG 2002 wurden – mit Ausnahme von ein paar punktuellen Änderungen im Rechtsbestand – im Wesentlichen die §§ 23-25a des WEG 1975 fortgeschrieben.<sup>78</sup>

Die in den § 37 ff WEG 2002 behandelte Gründungsphase des Wohnungseigentums bezieht sich im Wesentlichen auf das Spannungsverhältnis bzw die oftmals gegensätzlichen Interessen zwischen Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentumsorganisator. Die §§ 37-44 iVm § 2 Abs 6 WEG 2002 gewähren dem Wohnungseigentumsbewerber einen – mit Ausnahme des § 43 Abs 4 WEG 2002 – nur obligatorischen<sup>79</sup> Mindestanspruch gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator. Die Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers haben grundsätzlich „keinen dinglichen Charakter“<sup>80</sup>, wobei im Schrifttum aufgrund der verschiedenen Schutzbestimmungen des Gesetzes auch iS einer „*quasidinglichen Stellung des Wohnungseigentumsbewerbers*“<sup>81</sup> argumentiert wird. Eine analoge

---

<sup>75</sup> OGH 5 Ob 92/15p; RIS-Justiz RS0083143.

<sup>76</sup> Vgl. OGH 5 Ob 55/95.

<sup>77</sup> Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 1.

<sup>78</sup> Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 1.

<sup>79</sup> OGH 5 Ob 7/78, *MietSlg* 30.581; 5 Ob 166/99v; 5 Ob 128/08x.

<sup>80</sup> OGH 3 Ob 113/91.

<sup>81</sup> OGH 3 Ob 113/91; *Prader*, *WEG*<sup>6.00</sup> § 37 E 1.



Anwendung von Normen über das Wohnungseigentum wird von der Lehre<sup>82</sup> wegen der umfassenden Regelungen in den §§ 37 ff WEG 2002 ausgeschlossen. Abgesehen von den Vorschriften der §§ 37-44 WEG 2002 (im Speziellen § 38) besteht auch zwischen Wohnungseigentumsbewerbern und Wohnungseigentumsorganisationsorganen grundsätzlich Vertragsfreiheit.<sup>83</sup>

Die Gründungsphase des Wohnungseigentums dauert für den einzelnen Wohnungseigentumsbewerber zumindest von der Zusage der Wohnungseigentumseinräumung an seinem Wohnungseigentumsobjekt bis zur Bezugsfertigstellung bzw Übergabe des Wohnungseigentumsobjektes und Einverleibung des Wohnungseigentums im Grundbuch.<sup>84</sup> „Endgültiges“<sup>85</sup> Wohnungseigentum wird nämlich erst durch die Einverleibung im Grundbuch erworben (aufgrund eines Titels nach § 3 Abs 1 WEG 2002).<sup>86</sup> Die Eintragung wirkt somit konstitutiv, erst durch sie wird ein wohnungseigentumstaugliches Objekt zu einem Wohnungseigentumsobjekt.<sup>87</sup> Die Erlangung außerbücherlichen Wohnungseigentums iZm der erstmaligen konstitutiven Wohnungseigentumsbegründung ist dem WEG 2002 unbekannt.<sup>88</sup>

Der Wohnungseigentumsbewerber ist in der Gründungsphase des Wohnungseigentums va in Hinblick auf eine Insolvenz des Wohnungseigentumsorganisationsorganen als besonders schutzwürdig anzusehen.<sup>89</sup> Die Gründungsphase des Wohnungseigentums ist weiters aber auch dadurch geprägt, dass dem Wohnungseigentumsbewerber als Vertragspartner ein Wohnungseigentumsorganisationsorgan mit Vertrags- und Verhandlungsübermacht gegenübersteht.<sup>90</sup> Andere Bestimmungen sollen wiederum

---

<sup>82</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> (2015) § 37 WEG Rz 2; Pittl, Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers: Änderungen durch das WEG 2002, wobl 2002, 149; Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> (2003) Vor § 37 WEG 2002 Rz 2.

<sup>83</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> (2015) § 37 WEG Rz 2; OGH 5 Ob 35/82, MietSlg 34.559.

<sup>84</sup> Vgl. Pittl, Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers: Änderungen durch das WEG 2002, wobl 2002, 149. Siehe auch Pittl, Wohnungseigentumsrecht – Kapitel 4 (2021) Rz 4.1; OGH 5 Ob 79/22m.

<sup>85</sup> Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 12 Vorläufiges Wohnungseigentum des Alleineigentümers Rz 2478.

<sup>86</sup> Vgl. § 5 Abs 3 WEG 2002.

<sup>87</sup> Vgl. OGH 5 Ob 113/13y, NZ 2014/136 (Hoyer) = MietSlg 65.550.

<sup>88</sup> Pittl, Wohnungseigentumsrecht – Kapitel 2 (2021) Rz 2.8.

<sup>89</sup> Pittl, Wohnungseigentumsrecht (2021) Kap 4 Rz 4.1; Vgl. auch oben weiter unter Kapitel 1.

<sup>90</sup> Vgl. die EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP 35f; so auch Pittl, Wohnungseigentumsrecht Kap 4 (2021) Rz 4.1.

die Fortsetzung der Bautätigkeit der zu errichtenden Wohnungseigentumsanlage bei Insolvenz des Bauträgers sicherstellen (vgl etwa § 44 WEG 2002).

Für den Wohnungseigentumsbewerber ergibt sich bei näherer Betrachtung der Bestimmungen des WEG 2002 jedoch kein einheitliches und übersichtliches Schutzsystem, sondern zeigen sich lediglich punktuelle Schutzbestimmungen mit unterschiedlichen Zielrichtungen.<sup>91</sup> Die historisch im Zuge verschiedenster Novel­len des WEG 1975 gewachsenen Schutzmechanismen wurden auch durch das WEG 2002 nicht grundlegend überholt, was als nach *Vonkilch*<sup>92</sup> „wohl zu den ge­wichtigsten legislatischen Defiziten des WEG 2002“ zählt.

## 2.6. Systematisierung der Schutzbestimmungen nach § 37 WEG 2002

Die in der vorliegenden Arbeit zu behandelnde Erwerberschutzbestimmung im Alt­bau ist in § 37 WEG 2002, welche die Überschrift „*Annahmeverbot; Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers*“ führt, eingebettet. § 37 WEG 2002 umfasst da­bei einen vielschichtigen Regelungsgehalt und beinhaltet Bestimmungen, die dem Wohnungseigentumsbewerber Ansprüche gegenüber dem Wohnungseigentumsor­ganisator zugestehen oder Schutznormen zu seinen Gunsten etablieren. Der § 37 WEG 2002 fungiert als Nachfolgebestimmung von § 23 WEG 1975. Die beiden korrespondierenden Bestimmungen von WEG 1975 und WEG 2002 weichen – mit Ausnahme von einigen punktuellen Rechtsänderungen und Klarstellungen der Rechtslage – va dadurch voneinander ab, dass § 37 WEG 2002 im Unterschied zu § 23 Abs 1 WEG 1975 keine umfassende Definition des Wohnungseigentumsorga­nisators und des Wohnungseigentumsbewerbers mehr beinhaltet.<sup>93</sup> Diese Definiti­onen lassen sich, wie an obiger Stelle ausgeführt<sup>94</sup>, nunmehr in Abs 6 des § 2 WEG 2002 finden.

Nach § 37 Abs 1 WEG 2002 trifft den Wohnungseigentumsorganisator ein gesetz­liches Annahmeverbot (auch ‚Forderungsverbot‘<sup>95</sup>) von Zahlungen vom Woh­nungseigentumsbewerber, solange die Zusage der Einräumung von

<sup>91</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37–44 Rz 1.

<sup>92</sup> Vgl. auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 1.

<sup>93</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 1.

<sup>94</sup> Zu den Definitionen siehe Abschnitt 2.1 bis 2.3.

<sup>95</sup> Vgl. etwa *Richter*, *Lexis Nexis Briefings Zivilrecht – Wohnungseigentumsbewerber* (2022) S 2.



Wohnungseigentum (§ 40 Abs 2 WEG 2002) nicht grundbücherlich angemerkt wurde. Dadurch soll der Druck auf den Wohnungseigentumsorganisator dergestalt erhöht werden, dass dieser selbst ein Interesse an der raschen Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum hat, da er sonst die mit dem Wohnungseigentumsbewerber vereinbarten Zahlungen nicht geltend machen kann.<sup>96</sup> Erst die grundbücherliche Eintragung der Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 löst die Fälligkeit der zwischen einem Wohnungseigentumsorganisator und einem Wohnungseigentumsbewerber vereinbarten Leistungen des Letzteren aus.<sup>97</sup>

§ 37 Abs 2 WEG 2002 regelt – sozusagen als „*Kernstück*“<sup>98</sup> des Erwerberschutzes – Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers auf faktische Übergabe des Wohnungseigentumsobjektes und die Einleitung der zur Wohnungseigentumsbegründung notwendigen Schritte nach Bezahlung aller bis zur Vollendung der Bauführung zu bezahlenden Beträge an Grund-, Bau- und sonstigen Kosten. § 37 Abs 2 WEG 2002 soll somit eine Verschleppung der tatsächlichen Übergabe nach Baufertigstellung sowie eine Verschleppung der formellen Begründung von Wohnungseigentum verhindern. Ergänzt wird dies durch § 37 Abs 3 WEG 2002, der wiederum Aufklärungs- und Informationspflichten des Wohnungseigentumsorganisators gegenüber dem Wohnungseigentumsbewerber beinhaltet, bspw durch die Auskunftspflicht darüber, ob ein Nutzwertgutachten oder eine Entscheidung über die gerichtliche Nutzwertfestsetzung vorliegt und welches Nutzwertverhältnis sich für die Liegenschaft ergibt. Verstößt der Wohnungseigentumsorganisator schuldhaft gegen die dort festgelegten Aufklärungspflichten, so ist ein daraus entstehender Schaden zu ersetzen.<sup>99</sup>

§ 37 Abs 4 WEG 2002, der in weiterer Folge noch ausführlicher behandelt wird, entfaltet spezielle Verpflichtungen des Wohnungseigentumsorganisators bei ‚Althäusern‘. Diese Norm hat – wie bereits ausgeführt<sup>100</sup> – den Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers vor überraschenden Belastungen zum Ziel, die im Rahmen

---

<sup>96</sup> Vgl. OGH 1 Ob11/12t.

<sup>97</sup> *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 1

<sup>98</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 3.

<sup>99</sup> *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina* et. al., *GeKo Wohnrecht II* § 37 WEG (2018) Rz 13.

<sup>100</sup> Vgl. dazu Kapitel 1.

des Erwerbs von Wohnungseigentum aufgrund des mangelhaften Erhaltungszustandes eines Gebäudes alten Bestandes auftreten können. Die Erwerberschutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 ist, wie etwa auch die als Leistungsansprüche<sup>101</sup> ausgestalteten Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers nach § 37 Abs 2 und Abs 3 WEG 2002, der Kategorie der ‚Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers‘ zuzuordnen.

Abschließend<sup>102</sup> wird durch § 37 Abs 5 WEG 2002 geregelt, welche gesetzlichen Normen bei Erfüllung welcher Voraussetzungen im Vorstadium der Wohnungseigentumsbegründung, dh *vor* Einverleibung des Wohnungseigentums im Grundbuch, zur Anwendung gelangen. Zu beachten ist dabei, dass die Bestimmung des § 37 Abs 5 WEG 2002 als relativ zwingendes Recht<sup>103</sup> ausgestaltet ist, also zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers auch eine günstigere Regelung vereinbart werden kann. Aber auch gegen die vertragliche Vereinbarung der Anwendbarkeit der Normen des WEG 2002 vor dem von § 37 Abs 5 WEG 2002 vorgegebenen Zeitpunkt bestehen grundsätzlich keine Bedenken.<sup>104</sup>

§ 37 Abs 6 WEG 2002 regelt die vertragliche Unabdingbarkeit der Abs 1-5 zu Lasten des Wohnungseigentumsbewerbers.

Abgesehen von den Schutzbestimmungen des § 37 WEG 2002 lassen sich – wie oben bereits angedeutet – im WEG 2002 noch einige weitere Bestimmungen finden, die Ansprüche und Rechte von Wohnungseigentumsbewerbern beinhalten, wie etwa hinsichtlich des Schutzes des Wohnungseigentumsbewerbers nach § 38 WEG (unzulässige Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken), der grundbücherlichen Anmerkungen nach § 40 WEG 2002, des insolvenz- und exekutionsrechtlichen Schutzes des Wohnungseigentumsbewerbers (vgl. § 43 WEG 2002), etc. Auf diese Erwerberschutzbestimmungen wird jedoch aufgrund der Zielsetzung

---

<sup>101</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> (2015) § 37 WEG, Rz 10.

<sup>102</sup> OGH 5 Ob 173/08i, wobl 2009/55 = MietSlg 60.053.

<sup>103</sup> Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 199; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 56.

<sup>104</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 Rz 56. Vgl. auch OGH 5 Ob 105/10t = MietSlg 62.070.

und dem Themenschwerpunkt der vorliegenden Arbeit im Folgenden nicht näher eingegangen.

### 3. Historische Entwicklung des § 37 Abs 4 WEG 2002

Im Zuge des Inkrafttretens des BTVG<sup>105</sup>, das als Spezialgesetz neben dem WEG 1975 „den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich des Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen“<sup>106</sup> gegenüber einer Insolvenz des Bauträgers absichern soll, wurde auch jene wohnungseigentumsrechtliche Regelung erlassen, durch die Erwerber von Wohnungseigentum in ‚Altbauten‘ vor ungebührlichen Nachteilen aufgrund eines schlechten bzw mangelhaften Zustandes der Bausubstanz geschützt werden sollen. Ziel dessen war es, den Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers weiter zu verbessern, indem Schutzbestimmungen, durch die ursprünglich vordergründig der Schutz von Erwerbern in neu zu errichtenden Gebäuden (Neubauprojekte) verfolgt wurde, auf die nachträgliche Begründung von Wohnungseigentum in Altbauten (bspw ehemalige Zinshäuser) auszudehnen.<sup>107</sup> Insb bei der Begründung von Wohnungseigentum und dem Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten in Althäusern bestand ein Schutzdefizit, dem der Gesetzgeber entgegenwirken wollte.<sup>108</sup>

#### 3.1. Novelle des WEG 1975 (BGBl I 7/1997)

§ 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 wurde im Zuge der Novelle des WEG 1975 (BGBl I 7/1997) neu aufgenommen und lautete in seiner damaligen Form wie folgt:

„(4) Vor oder mit der Zusage des Wohnungseigentums an einem Gebäude, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage vor mehr als 20 Jahren erteilt worden ist, dem Wohnungseigentumsbewerber ein Gutachten eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen für das Hochbauwesen über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses, insbesondere über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben; das Gutachten darf zum

---

<sup>105</sup> BGBl I 7/1997.

<sup>106</sup> § 2 Abs 1 BTVG.

<sup>107</sup> Vgl. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 5f.

<sup>108</sup> Männl, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers gegen den Wohnungseigentumsorganisator gemäß § 37 Abs 4 WEG, wobl 2020, 161 (162).

*Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein; dieses Gutachten ist in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einzubeziehen; wird ein solches Gutachten nicht in den Kaufvertrag einbezogen, so gilt ein Erhaltungszustand des Gebäudes als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.“*

In der Regierungsvorlage<sup>109</sup> zum BGBI I 7/1997 war die entsprechende Bestimmung noch nicht enthalten. Diese findet sich erst später im Bericht des Justizausschusses<sup>110</sup> über die Regierungsvorlage 312 BlgNR XX. GP wieder. Zu § 23 Abs 3 Z 4 wurde im Bericht des Justizausschusses Folgendes angemerkt:

*„Der Verkäufer (Wohnungseigentumsorganisator) hat nach dieser neuen Bestimmung in Z 4 entsprechend den Regelungen des Vertragsrechts für die Beschaffenheit des Kaufobjekts einzustehen, die aus dem Inhalt des Gutachtens hervorgeht. Wurde kein Gutachten in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einbezogen, so haftet der Verkäufer für einen ordnungsgemäßen Erhaltungszustand des Gebäudes, der in den kommenden zehn Jahren keine größeren Reparaturarbeiten erfordert. Diese Bestimmung betrifft nur das Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, sie entfaltet keine Wirkung gegenüber Dritten, wie zB anderen Miteigentümern.“*

Im Wesentlichen wurde im Bericht des Justizausschusses nur der Gesetzestext wiedergegeben. Ergänzend dazu wurde im Bericht des Justizausschusses ausgeführt, dass die Bestimmung ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen Wohnungseigentumsbewerber (= Käufer) und Wohnungseigentumsorganisator (= Verkäufer) betreffe, und dies folglich keine Auswirkungen auf die übrigen Miteigentümer habe. Diese Begründung kann nur dahingehend verstanden werden, dass es sich hierbei um einen Individualanspruch des Wohnungseigentumsbewerbers gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator handelt und nicht um einen

---

<sup>109</sup> RV 312 BlgNR XX. GP.

<sup>110</sup> Abänderungsantrag vom 19.11.1996; AB 450 BlgNR XX. GP; vgl. Call, Die Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes 1975 im Rahmen des Bauträgervertragsgesetzes – ein Überblick, wobl 1997, 5.

Rechtsanspruch der von der Eigentümergemeinschaft geltend gemacht werden kann.<sup>111</sup> Die Einschränkung der Rechtswirkung auf die Vertragspartner des Kaufvertrages lässt sich damit erklären, dass nur Verkäufer und Käufer den Inhalt des Gutachtens zum Vertragsgegenstand gestalten können. Die negativen Rechtsfolgen einer Nichteinbeziehung müssen daher grundsätzlich auch nur den hierfür verantwortlichen Vertragspartner treffen. In diesem Sinne ist es auch konsequent, dass § 37 Abs 4 WEG 2002 als Rechtsfolge den Kaufgegenstand neu definiert und somit in das Vertragsverhältnis eingreift.<sup>112</sup> Darüberhinausgehende Erkenntnisse oder Anhaltspunkte zur Auslegung und Interpretation der Gesetzesbestimmung können den Materialien nicht entnommen werden.

### 3.2. Übernahme durch das WEG 2002 (BGBl I 70/2002)

Durch das WEG 2002<sup>113</sup> wurde die Erwerberschutznorm im Wesentlichen unverändert übernommen:

*„(4) Vor oder mit der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, haben die Wohnungseigentumsorganisatoren dem Wohnungseigentumsbewerber ein Gutachten eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen über den Bauzustand 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; mit seiner Einbeziehung gilt der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft (§ 922 Abs. 1 ABGB). 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.“*

<sup>111</sup> So auch *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161.

<sup>112</sup> *Ofner Böhm/Pletzer/Spruzina* et al (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 20.

<sup>113</sup> BGBl I 70/2002.

Die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 geht in seiner Historie inhaltlich<sup>114</sup> auf jene des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 zurück. Zur Klarstellung der rechtlichen Konsequenzen<sup>115</sup> aus der Einbeziehung des Gutachtens in den Kaufvertrag wurde dem zweiten Satz ein Halbsatz angefügt, demzufolge mit der Einbeziehung des Gutachtens der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft iSd § 922 Abs 1 ABGB gilt. Dazu wird in den Gesetzesmaterialien<sup>116</sup> Folgendes ausgeführt:

*„In den Materialien zum Bundesgesetz BGBl. I Nr. 7/1997, mit dem neben der Schaffung des Bausträgervertragsgesetzes auch das Wohnungseigentumsgesetz 1975 ua. durch Anfügung einer neuen Z 4 in § 23 Abs. 3 geändert wurde, wird zu dieser Frage zwar ausdrücklich ausgeführt, dass der Verkäufer entsprechend den Regelungen des Vertragsrechts für die Beschaffenheit des Kaufobjekts einzustehen hat, die aus dem Inhalt des Gutachtens hervorgeht (JAB 450 BlgNR 20. GP 4). Dennoch wurde die Frage nach der Rechtsfolge einer solchen „Einbeziehung“ des Gutachtens im Schrifttum nicht eindeutig beantwortet; so wurde vor allem von Call die Meinung vertreten, dass der Wohnungseigentumsorganisator für die im Gutachten beschriebenen Eigenschaften nicht gewährleistungsrechtlich einzustehen habe, sondern ihn „mit dem Gutachten bloß eine vorvertragliche Hinweis- bzw. Aufklärungspflicht“ treffe (Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand eines Althauses, in dem Wohnungseigentum nach § 23 WEG 1975 begründet werden soll, ImmZ 1997, 339 [341 f.]). Angesichts dieser Zweifel in der Lehre wird durch den neu eingefügten zweiten Halbsatz des zweiten Satzes der schon aus den Gesetzesmaterialien hervorleuchtende Wille des Gesetzgebers nun auch im Gesetzestext verdeutlicht: Mit der Einbeziehung des Gutachtens gilt der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft im Sinn des § 922 Abs. 1 ABGB; der Wohnungseigentumsorganisator bzw. Verkäufer hat also für diesen Bauzustand Gewähr zu leisten.“*

---

<sup>114</sup> Vgl dazu das Vorblatt der Materialien zu BGBl I 70/2002, 989 der Beilagen; Kolmasch in Kolmasch (Hrsg), Das Wohnungseigentumsgesetz<sup>2</sup> (2006) zu § 37 WEG – Annahmeverbot; Ansprüche des Wohnungseigentümers (Kolmasch).

<sup>115</sup> Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum (2018) Rz 86.

<sup>116</sup> Vorblatt der Materialien zu BGBl I 70/2002, 989 der Beilagen.

Durch die ergänzende Neufassung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 in Form des WEG 2002 konnten zwar die Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die gewährleistungsrechtlichen Rechtsfolgen der Einbeziehung eines Gutachtens einer klaren Regelung zugeführt werden, dahingegen wirkt § 37 Abs 4 WEG 2002 aber weiterhin einige Fragen auf bzw enthält Unklarheiten, die im Folgenden ausführlich behandelt werden.



## 4. Anwendungsbereich/Tatbestandsmerkmale

In diesem Kapitel der Arbeit sollen der Anwendungsbereich der Erwerberschutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 aufgezeigt und die einzelnen Tatbestandsmerkmale dessen näher analysiert werden.

### 4.1. Anwendungsbereich der Norm

Zunächst gilt es, den Anwendungsbereich des § 37 Abs 4 WEG 2002 abzustecken. Einen Überblick soll dazu die unter Abschnitt 4.1.1 angeführte Grafik liefern. Darüber hinaus sollen Detailfragen zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen untersucht sowie die Judikatur des OGH einer umfassenden Betrachtung unterzogen werden.

#### 4.1.1. Überblick/Systematik § 37 Abs 4 WEG 2002

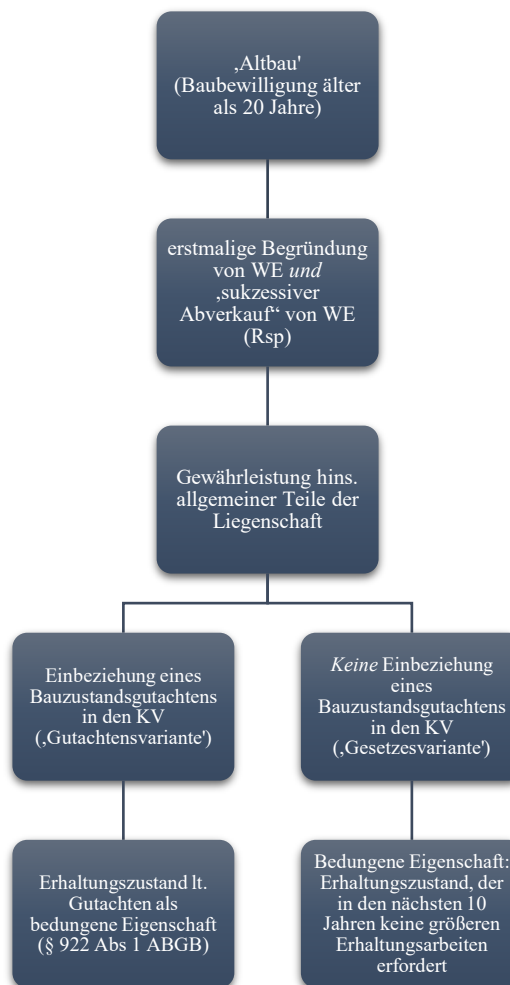


Abb 1: Systematik § 37 Abs 4 WEG 2002 (eigene Darstellung)

#### 4.1.2. ‚Altbauten‘

Die Schutzbestimmungen des WEG sind grundsätzlich auch auf den Fall der nachträglichen Begründung von Wohnungseigentum an bereits bestehenden Gebäuden unmittelbar anzuwenden, auch wenn es dabei zu keinen baulichen Maßnahmen kommt.<sup>117</sup> Dies ergibt sich deutlich durch die Bezugnahme von § 37 Abs 4 WEG 2002 auf ‚Altbauten‘. Darunter werden nach dem WEG 2002 Objekte (Häuser) bzw Teile davon verstanden, deren Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage des Wohnungseigentums älter als 20 Jahre ist. Weshalb der Gesetzgeber genau eine starre ‚Altersfrist‘ von 20 Jahren für die Qualifikation als ‚Altbau‘ angenommen hat, und nicht etwa 25 oder 30 Jahre, lässt sich sowohl den Materialien zum WEG 1975<sup>118</sup> als auch zum WEG 2002<sup>119</sup> nicht entnehmen.

Hinsichtlich des Datums der Baubewilligung wird dabei vermutlich die Rechtskraft derselben entscheidend sein.<sup>120</sup> Der Fall, dass ein Gebäude (zunächst) ohne Baubewilligung errichtet wurde, und die Baubewilligung erst nachträglich eingeholt wurde, bleibt durch das Gesetz unbehandelt. Wurde ein Gebäude ohne Bewilligung oder bereits vor deren Erteilung errichtet, so wird mE – unter Bezugnahme auf die Rsp zum MRG<sup>121</sup> – auf das Datum des tatsächlichen Baubeginns („*Zeitpunkt der tatsächlichen Inangriffnahme des Bauvorhabens*“<sup>122</sup>) abzustellen sein.

Weiters stellt sich die Frage, ob die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 auch dann zur Anwendung gelangt, wenn keine Begründung von Wohnungseigentum an Teilen eines Hauses erfolgt, deren Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum älter als 20 Jahre ist, wie etwa bei einem neu ausgebauten Dachboden. Betrachtet man jedoch die entsprechende gesetzliche Formulierung näher, so ergibt sich unzweifelhaft, dass es für die Anwendbarkeit des § 37 Abs 4 WEG 2002 ausreichend ist, wenn das Haus *insgesamt* älter als 20 Jahre ist. Anwendungsvoraussetzung ist, dass Wohnungseigentum an Teilen eines

---

<sup>117</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 18.

<sup>118</sup> Vgl. Abänderungsantrag vom 19.11.1996; AB 450 BlgNR XX. GP

<sup>119</sup> Vorblatt der Materialien zu BGBl I 70/2002, 989 der Beilagen.

<sup>120</sup> Vgl. etwa *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG<sup>4</sup> (2021) zu § 1 MRG Rz 87.

<sup>121</sup> OGH 5 Ob 47/83, MietSlg 35.312; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> MRG (2015) § 1 Rz 56. Vgl. auch *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – MRG<sup>4</sup> (2021) § 1 MRG Rz 87.

<sup>122</sup> OGH 5 Ob 47/83, MietSlg 35.312.

Hauses begründet wird, *dessen* Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage nicht älter als 20 Jahre ist. Auch wenn Teile des Hauses erst nachträglich geschaffen werden, wie etwa DG-Ausbauten oder Zubauten, ist dies für die Anwendung der Bestimmung ausreichend. Die Wortfolge „[...] *an Teilen eines Hauses, dessen* [...]“<sup>123</sup> kann folglich nur bedeuten, dass nicht die Teile des Hauses (,deren‘), sondern das Haus selbst (,dessen‘) eine Baubewilligung aufweisen muss, die zum Zeitpunkt des Abverkaufs älter als 20 Jahre ist.<sup>124</sup> Abweichende Interpretation sind somit ausgeschlossen. Gleiches muss gelten, wenn ein neu errichtetes Objekt durch Einbeziehung des Altbestandes (zB Umbau der bisherigen DG-Ebene und Einbeziehung in die Aufstockung des Daches, wie etwa bei einer zweigeschossigen Maisonettewohnung) geschaffen wird. Wird an einem im Freien gelegenen KFZ-Abstellplatz selbstständiges Wohnungseigentum begründet, so ist der Anwendungsbereich wohl ebenfalls eröffnet<sup>125</sup> (wobei streng genommen argumentiert werden kann, dass dieser kein [verbundener] Teil des Hauses ist, sondern sich lediglich auf derselben Liegenschaft befindet).

#### 4.1.3. Anwendung der Bestimmung im ‚Mischhaus‘

Nach dem WEG 1975 war es zulässig, Wohnungseigentum auch nur an Teilen einer Liegenschaft (zB an einzelnen Wohnungen) zu begründen (sogenannte ‚Mischhäuser‘<sup>126</sup>). Zur Wohnungseigentümergeinschaft nach § 13c WEG 1975 gehörten in einem solchen Fall nicht nur die Wohnungseigentümer, sondern auch die schlichten Miteigentümer.<sup>127</sup> Nach dem 30.06.2002 (Inkrafttreten des WEG 2002) ist die Begründung von Wohnungseigentum nur an *einzelnen Teilen* der Liegenschaft nicht mehr möglich.<sup>128</sup> Grundsätzlich ist nach § 3 Abs 2 WEG 2002 an allen wohnungseigentumstauglichen und als Wohnungseigentumsobjekten gewidmeten Liegenschaftsanteilen Wohnungseigentum zu begründen (obligatorische Gesamtparifizierung)<sup>129</sup>. Diese Bestimmung bezweckt primär das Verhindern des

---

<sup>123</sup> § 37 Abs 4 Satz 1 WEG 2002.

<sup>124</sup> So auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365 (369).

<sup>125</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (369).

<sup>126</sup> Vgl. ua OGH 5 Ob 16/21w = wobl 2022/9; 5 Ob 84/14k.

<sup>127</sup> RIS-Justiz RS0110530.

<sup>128</sup> *OV*, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 277 (296)

<sup>129</sup> RIS-Justiz RS0118850.

Entstehens neuer Mischhäuser ab dem 01.07.2002 und langfristig die Überführung von Mischhäuser in ‚reine‘ Wohnungseigentumsanlagen.<sup>130</sup>

Die Erwerberschutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 muss konsequenterweise nicht nur dann Anwendung finden, wenn nachträgliches schlichtes Miteigentum (wie etwa bei einem klassischen Zinshaus, an dem noch kein Wohnungseigentum begründet wurde) oder Alleineigentum des Wohnungseigentumsorganisors in Wohnungseigentum überführt wird (dh erstmals nach Begründung des vorläufigen Wohnungseigentums abverkauft wird), sondern auch dann, wenn nach an den gesamten im ‚schlichten‘ Miteigentum gehaltenen Wohnungseigentumsanteilen Wohnungseigentum begründet wird und der abverkaufende ‚schlichte‘ Miteigentümer die Rolle des Wohnungseigentumsorganisors übernimmt.<sup>131</sup>

#### **4.1.4. (Analoge) Anwendung bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten**

Gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 hat ein Wohnungseigentumsorganisor dem Wohnungseigentumsbewerber *vor oder mit der Zusage* der Einräumung des Wohnungseigentums an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, ein Gutachten eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses, insb über in absehbarer Zeit notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben und in den Kaufvertrag einzubeziehen. Die Bestimmung gelangt somit grundsätzlich nur *vor* der erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum zugunsten jenes Erwerbers zur Anwendung, dem die Einräumung von Wohnungseigentum *zugesagt* wurde.

IdR endet die Stellung als Wohnungseigentumsorganisor mit der Begründung von Wohnungseigentum, dh durch die Erbringung der vertragsgemäßen Leistung, die auf Seiten des Wohnungseigentumsorganisors va in der Begründung von Wohnungseigentum und Übertragung der damit verbundenen Rechtsposition auf

---

<sup>130</sup> Vgl. ua OGH 5 Ob 16/21w. Vgl auch § 56 Abs 4 WEG 2002.

<sup>131</sup> Siehe so etwa auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (368).

den Wohnungseigentumsbewerber liegt.<sup>132</sup> Der OGH vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass der Wohnungseigentumsbewerber aber auch jene Person ist, deren Wohnungseigentum bereits verbüchert, deren Wohnung aber noch nicht übergeben ist. Dies entspricht dem Ziel, dass der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers während der gesamten Gründungsphase gewährt werden soll. Diese Gründungsphase endet – wie bereits oben ausführlich dargestellt<sup>133</sup> – mit dem Einzug in die Räumlichkeiten, an denen Wohnungseigentum begründet wurde.<sup>134</sup>

Bereits zu der Vorgängerbestimmung des WEG 1975 war zudem strittig, inwiefern die Schutzbestimmung nicht dadurch umgangen werden kann, dass dem Wohnungseigentumsbewerber nicht die (erstmalige) Wohnungseigentumsbegründung in einem Althaus zugesagt wird, sondern diesem bereits die eigentliche Stellung des Wohnungseigentümers, dh *nach* Begründung Wohnungseigentum, übertragen wird.<sup>135</sup> Aufgrund des Gesetzestextes, der eigentlich auf die Begründungsphase des Wohnungseigentums abstellt, blieb (bzw bleibt nach wie vor) unklar, inwieweit die Schutzbestimmung auch auf den sukzessiven Abverkauf (und dem somit derivativen, abgeleiteten Erwerb von Wohnungseigentum<sup>136</sup>) von Wohnungseigentumsobjekten in Althäusern übertragen werden kann. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob (zT erheblich) spätere Verkäufe von Wohnungseigentumsobjekten, an denen nicht unmittelbar Wohnungseigentum begründet wird (dieses besteht ja bereits), anders zu behandeln sind. Insb in jenen Fällen, in denen die Wohnungseigentumsbegründung mit sogenannten „Gründungshelfern“<sup>137</sup> erfolgt ist, gilt es, dies zu klären. Bei solchen ‚Gründungshelfern‘ handelt es sich nach der gesetzlichen Definition des § 49 Abs 2 WEG 2002 um Personen, die mit dem Wohnungseigentumsorganisator durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden sind.<sup>138</sup> Ebendiese Fragestellung, wie auch jene des Erwerbs vom bisherigen

---

<sup>132</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 32.

<sup>133</sup> Vgl. Abschnitt 2.5.

<sup>134</sup> OGH 6 Ob 666/76, MietSlg 29.516/11.

<sup>135</sup> Vgl. ua Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 Rz 38.

<sup>136</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365 (370).

<sup>137</sup> AB 1050 BlgNR XXI. GP; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 12 Vorläufiges Wohnungseigentum des Alleineigentümers Rz 2465.

<sup>138</sup> AB 1050 BlgNR 21. GP 12; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et al* (Hrsg) GeKo Wohnrecht II § 49 WEG Rz 6; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* Wohnrecht – MRG<sup>4</sup> (2021) § 49 WEG Rz 11 ff; vgl. auch OGH 6 Ob 56/16b, wobl 2016/140.

Alleineigentümer der Liegenschaft (und sohin nach Begründung von vorläufigem Wohnungseigentum), wurde vom Gesetzgeber des WEG 2002 in den Materialien<sup>139</sup> explizit behandelt. Dazu wurde festgehalten:

*„Besonders sei darauf hingewiesen, dass vom Verweis auf den 9. Abschnitt auch die Bestimmung des § 37 und hier im Speziellen auch die Regelung des § 37 Abs. 4 erfasst ist. Daher gilt etwa die letztgenannte Regelung auch für den nach bereits erfolgter Begründung vorläufigen Wohnungseigentums abgeschlossenen Kaufvertrag über ein Wohnungseigentumsobjekt zwischen dem Alleineigentümer und einem Kaufinteressenten. Nach den Regeln über Umgehungsgeschäfte gilt Gleiches, wenn eine Eigentümergemeinschaft nur aus dem Wohnungseigentumsorganisator und einem Strohmann (,Gründungshelfer‘; siehe auch die Regelung des § 49 Abs. 2 und die Erläuterungen hierzu) gebildet und sodann entweder vom Organisator oder dem Gründungshelfer ein Wohnungseigentumsobjekt verkauft wird.“*

Während der Gesetzgeber zur obenstehenden Frage iZm der Begründung von Wohnungseigentum mit Hilfe eines Gründungshelfers eindeutig Stellung bezogen hat, blieb ungeklärt, ob die Anwendbarkeit des § 37 Abs 4 WEG 2002 auch bei ‚jeglichem sukzessiven‘ Abverkauf von bereits bestehendem Wohnungseigentum durch den Wohnungseigentumsorganisator gegeben ist. Die Ausdehnung der Anwendung auf jeglichen sukzessiven Weiterverkauf von Objekten, an denen bereits Wohnungseigentum begründet ist, begründet nämlich eine nicht unbeachtliche Erweiterung der Schutzbestimmung über den gesetzlichen Wortlaut hinaus. Nach – derzeit aktueller Rsp<sup>140</sup> – hat der OGH eine ebensolche Anwendbarkeit der Schutznorm auch beim sukzessiven Abverkauf von Wohnungseigentum angenommen:

*„Nach § 3 Abs 2 WEG 2002 kann WE nur an allen WE-tauglichen (nicht anders gewidmeten) Objekten begründet werden; daher muss selbst beim ‚Abverkauf‘ auch nur einer einzigen Wohnung im WE dieses an allen Objekten begründet werden. Damit wird bei späteren Verkäufen von WE-Objekten durch den ehemaligen Eigentümer, obwohl die Interessenlage der*

<sup>139</sup> AB 1050 BlgNR XXI. GP.

<sup>140</sup> vgl. 6 Ob 56/16b = wobl 2016, 432/140 (*Illedits*) = immolex 2016, 259/71 (*Männl/Stockhammer*) = EvBl-LS 2016/117 (*Rohrer*).



*Neubegründung von WE durchaus ähnlich ist, WE nicht mehr ‚begründet‘, sondern formal ein WE-Objekt wie sonst von einem vorhergehenden Wohnungseigentümer erworben (Würth, Gedanken zur Gewährleistung im Wohnrecht, FS Welser 1217 [1227]).“*

Der OGH folgt damit der Ansicht *Calls*<sup>141</sup>, wonach der Schutz des einzelnen Wohnungseigentumsbewerbers nach § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht mit dem Argument umgangen werden könne, es liege keine sukzessive neue Wohnungseigentumsbegründung, sondern lediglich derivativer, also abgeleiteter Erwerb von Wohnungseigentum vor. Der OGH hat sich diesbezüglich für einen sehr weitreichenden Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers gegenüber einem abverkaufenden Wohnungseigentumsorganisator entschieden und dies durchaus nachvollziehbar und schlüssig begründet. Somit wirkt der Schutzzweck dieser Bestimmung zu Lasten des früheren Wohnungseigentumsorganisations auch *nach* Wohnungseigentumsbegründung fort. Richtigerweise darf es mE nicht in der Hand des Wohnungseigentumsorganisations liegen, den Schutz einzelner Wohnungseigentumsbewerber nach § 37 Abs 4 WEG 2002 durch (kreative) Vertragsgestaltung auszuschließen. Jeglicher Erwerb iZm der nachträglichen Begründung von Wohnungseigentum im Althaus muss den Schutzbestimmungen des § 37 Abs 4 WEG 2002 unterliegen, unabhängig davon, wie sich die konkrete Erwerbsvariante darstellt.

Wird dieser – mE dogmatisch gerechtfertigten und dem Schutzzweck der Norm entsprechenden – Ausdehnung auf den derivativen Wohnungseigentumserwerb gefolgt, so kann dies in der Praxis vor dem Hintergrund eines (zeitlich) ‚ausufernden‘ Schutzes von eigentlich ‚nicht mehr schutzwürdigen Wohnungseigentumsbewerbern‘ aber dennoch problematisch sein. § 37 Abs 4 WEG 2002 ist demnach so lange anzuwenden, wie der (ursprüngliche) Wohnungseigentumsorganisator (oder ein diesem gleichzusetzender ‚Gründungshelfer‘) Wohnungseigentumsobjekte veräußert, auch wenn sich der sukzessive Abverkauf über Jahre oder Jahrzehnte<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> *Call*, Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar?, wobl 2006, 69.

<sup>142</sup> Im vorliegenden Fall war auf der Liegenschaft im Jahre 1984 WE begründet worden, während der verfahrensgegenständliche Kaufvertrag erst im Jahr 2009 abgeschlossen wurde. Dass der Schutzmechanismus des § 37 Abs 4 WEG im Jahr 1984 noch gar nicht gegolten hatte (weil dieser - zunächst in Gestalt des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 – erst am 01.01.1997 etabliert wurde, steht seiner Anwendung

erstreckt.<sup>143</sup> Der Haftungszeitraum des Wohnungseigentumsorganisors darf jedoch mE nicht ungebührlich verlängert werden. Nach der zuvor beschriebenen Rsp trifft den Wohnungseigentumsorganisor nämlich auch viele Jahre nach Wohnungseigentumsbegründung bei Abverkauf einer Wohnung die Verpflichtung, dem Erwerber ein aktuelles Bauzustandsgutachten, das nicht älter ein Jahr sein darf, zu übergeben und dieses in den Kaufvertrag miteinbeziehen. Dies kann zu einer paradoxen Situation führen: Verkauft Wohnungseigentümer A bspw seine Wohnung zum selben Zeitpunkt wie der (ursprüngliche) Wohnungseigentumsorganisor eine seiner letzten in demselben Haus verbliebenen Wohnungen, muss Wohnungseigentümer A seinem Käufer kein Bauzustandsgutachten übergeben. Der seinerzeitige Wohnungseigentumsorganisor ist dazu hingegen verpflichtet, da er nach der Rsp seinen Status als Wohnungseigentumsorganisor auch nach vielen Jahren nicht verloren hat. Diesbezüglich ist fraglich, ob der Gesetzgeber eine solch massive Benachteiligung eines Verkäufers einer von ihm errichteten bzw als Wohnungseigentumsorganisor organisierten Eigentumswohnung in dieser Form regeln wollte. Unstrittig dürfte hingegen sein, dass die Fälle eines echten derivativen Erwerbs, also einer Weiterveräußerung von Wohnungseigentumsobjekten durch andere Personen als dem damaligen Wohnungseigentumsorganisor (oder einem damaligen Gründungshelfer), von § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht mehr erfasst sind.<sup>144</sup>

Die Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002 beim sukzessiven Abverkauf von Wohnungen wurde vom OGH auch in weiteren Entscheidungen<sup>145</sup> bejaht, weshalb ein Abrücken von der mittlerweile als ‚gesichert‘ anzusehenden Rsp nur sehr unwahrscheinlich ist. ME liegt es am Gesetzgeber<sup>146</sup>, die Erwerberschutzbestimmung und va den zeitlichen Haftungsrahmen neu zu definieren bzw zu begrenzen. Dies könnte dahingehend umgesetzt werden, dass eine Anwendbarkeit von § 37 Abs 4 WEG 2002 dann nicht mehr gegeben ist, wenn ein gewisser Zeitraum zwischen der Begründung von Wohnungseigentum und dem tatsächlichen Verkaufsvorgang (Abschluss des Kaufvertrages zwischen dem ehemaligen

---

übrigens nicht entgegen, weil es nach Ansicht des OGH diesbezüglich nicht auf den Zeitpunkt der WE-Begründung, sondern auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags ankommt.

<sup>143</sup> Vgl. *Kothbauer*, Zum Baugutachten nach § 37 Abs 4 WEG, *immolex* 2017, 64.

<sup>144</sup> *Kothbauer* in *Artner/Kohlmaier*, *Praxishandbuch Immobilienrecht*<sup>3</sup> (2019) Kap. 7.4.2.2.

<sup>145</sup> Vgl. dazu OGH 6 Ob 141/16b; 5 Ob 218/16v; 5 Ob 207/18d = *MietSlg* 71.467.

<sup>146</sup> In diesem Sinne auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (370).



Wohnungseigentumsorganisator und dem Erwerber) liegt. *Illedits/Illedits*<sup>147</sup> plädieren in dieser Hinsicht für eine zehnjährige Frist. Meiner Ansicht nach erscheint selbst eine solche jedoch überzogen und wäre mit drei Jahren zu begrenzen (in Anlehnung an die dreijährige Gewährleistungsfrist für unbewegliche Sachen<sup>148</sup>). Bei einer Begrenzung der Frist mit drei Jahren kann der vom Gesetzgeber (eigentlich) beabsichtigte zeitliche Zusammenhang (iSd ratio legis) mit dem Ereignis der Wohnungseigentumsbegründung („vor oder mit der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums“<sup>149</sup>) noch argumentiert werden, während hingegen bei einer zehnjährigen Frist dieser unmittelbare Zusammenhang als nicht mehr gegeben anzusehen ist. Es ergeben sich aus dem WEG 2002 klare Hinweise darauf, dass die dem Verhältnis von Wohnungseigentumsorganisationsorganismen und Wohnungseigentumsbewerbern gewidmete Regelungen bestehen, die im Einzelfall auch dann zur Anwendung gelangen, wenn zwar der Erwerb von schon begründetem Wohnungseigentum zu beurteilen ist, dieser Vorgang aber „ausreichende Rechtsähnlichkeit zur erstmaligen Wohnungseigentumsbegründung“<sup>150</sup> durch den Wohnungseigentumsorganisator aufweist.<sup>151</sup> Die Rechtsähnlichkeit wird bei einer kurzen Frist von drei Jahren eher gegeben sein, als bei einer Frist von zehn Jahren. IdR wird ein Wohnungseigentumsorganisator in den meisten Fällen ohnehin dazu bestrebt sein, die Wohnungseigentumsobjekte möglichst rasch, zB nach Abschluss der Umbau- und/oder Sanierungsarbeiten und der Neuparifizierung des Hauses abzuverkaufen. Bei einer Ausdehnung der Frist auf zehn Jahre könnte ein Bauträger theoretisch dazu gezwungen werden, zehn Bauzustandsgutachten einzuholen, was mit nicht unerheblichem organisatorischen und finanziellen Aufwand verbunden ist. Verkäufe von nachträglich parifizierten Altbauhäusern könnten sich durch die Judikatur verteuern, da jeder Verkäufer das zusätzliche Gewährleistungsrisiko wirtschaftlich durch die Kaufpreisgestaltung auf die potentiellen Käufer zu übertragen versuchen wird.

---

<sup>147</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (370).

<sup>148</sup> Vgl. § 933 Abs 1 ABGB.

<sup>149</sup> § 37 Abs 4 WEG 2002.

<sup>150</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 34.

<sup>151</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44 Rz 34.

Männl/Stockhammer<sup>152</sup> plädieren dahingegen dafür, dass § 37 Abs 4 WEG 2002, über die eigentliche Wohnungseigentumsbegründung hinaus, nur anzuwenden ist, solange der veräußernde (ursprüngliche) Wohnungseigentumsorganisator noch Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist. Argumentiert wird dieser Lösungsansatz damit, dass der Wohnungseigentumsorganisator, solange er Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist, bspw einen ihm genehmen Verwalter bestellen oder Beschlüsse in Eigentümerversammlungen fassen oder verhindern kann. Der Wohnungseigentumsorganisator als Mehrheitseigentümer kann daher insb die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile gemäß § 28 Abs 1 Z 1 WEG 2002 steuern.<sup>153</sup> Den restlichen Mit- und Wohnungseigentümern kommt in einem solchen Fall nur ihr Minderheitenrecht gemäß § 30 WEG 2002 zu. Ein einzelner Wohnungseigentümer kann Erhaltungsarbeiten dann nur erzwingen, wenn eine unzumutbare Untätigkeit in Hinblick auf die Liegenschaft vorliegt.<sup>154</sup> Diesem Ansatz kann va auch vor dem Hintergrund des im Zuge der WGG-Novelle 2019 neu eingefügten §19a Abs 4 WGG (vgl dazu Abschnitt 4.1.10) etwas abgewonnen werden. In diesem ist geregelt, dass § 37 Abs 4 WEG 2002 für nachträgliche Übertragungen ins Wohnungseigentum nur so lange anzuwenden ist, wie die GBV über die Mehrheit der Miteigentumsanteile verfügt. IdS ist auch in den Materialien<sup>155</sup> zur WGG Novelle 2019 mit Verweis auf die Ansicht von *Ofner*<sup>156</sup> Folgendes festgehalten:

*„Nach der Rsp (OGH 6 Ob 5611 6b) findet § 37 Abs. 4 WEG 2002 auch bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentum über das Stadium der WE-Begründung hinaus Anwendung, solange noch der ursprüngliche WE-Organisator veräußert. Dies selbst dann, wenn sich der Abverkauf über Jahre und Jahrzehnte erstreckt, jedoch nur solange, als der veräußernde WE-Organisator noch Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist (Ofner in GeKo Wohnrecht II § 37 WEG 2002). Dementsprechendes soll grundsätzlich auch nur eine veräußernde gemeinnützige Bauvereinigung (GBV) gelten, jedenfalls in den Fällen einer nachträglichen Begründung (bzw. Veräußerung*

<sup>152</sup> Männl/Stockhammer, Sukzessiver Abverkauf von Wohnungen, immolex 2016, 259 (261); zust. Kothbauer, Zum Baugutachten nach § 37 Abs 4 WEG, immolex 2017, 64; *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et al* (Hrsg) GeKo Wohnrecht II (2018) § 37 WEG Rz 18.

<sup>153</sup> Männl/Stockhammer, Sukzessiver Abverkauf von Wohnungen, immolex 2016, 259 (261).

<sup>154</sup> OGH 5 Ob 116/07f immolex 2008/67 (150)#.

<sup>155</sup> 907/A XXVI. GP - Selbständiger Antrag; AB 653 der Beilagen XXVI. GP.

<sup>156</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et al* (Hrsg) GeKo Wohnrecht II (2018) § 37 WEG Rz 18.

*von bestehendem, ‚eigenen‘) Wohnungseigentum nicht an die bisherigen Mieter.“*

Diese Auffassung wurde in der Rsp zu § 37 Abs 4 WEG 2002 – soweit ersichtlich – bislang nicht behandelt, weshalb abzuwarten bleibt, ob und inwiefern dieser gefolgt wird. Dadurch, dass bereits in den Materialien zum WGG auf ebendiese Problematik der zeitlichen Begrenzung der Anwendbarkeit von § 37 Abs 4 WEG 2002 auf Fälle des sukzessiven Abverkaufs von Wohnungseigentum Bezug genommen wird, deutet mE einiges darauf hin, dass sich auch die Rsp (und womöglich auch der Gesetzgeber zum WEG 2002) der Ansicht *Ofners* bzw *Männl/Stockhammers* anschließen könnte. Zu bedenken gilt allerdings, dass bei diesem Lösungsansatz wiederum Umgehungskonstellationen mittels Gründungshelfern geschaffen werden könnten, um eine zeitliche Verkürzung der Frist zu erwirken. Hinsichtlich der Umgehungskonstellationen sind *Illedits/Illedits-Lohr*<sup>157</sup> der Ansicht: *„Die in der L[ehre] ebenfalls angedachte Lösung, dass die strenge Haftung des § 37 Abs 4 WEG 2002 nur solange gilt, solange der abverkaufende WE-Organisator noch Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist, überzeugt uA deshalb nicht, weil hier wiederum „Strohmann/frau-Lösungen“ denkbar wären, um dem Anwendungsbereich der Norm frühzeitig zu entkommen.“* Welche zeitliche Grenze man schließlich im Zuge einer – mE erforderlichen – legislatischen Korrektur einführt, ist eine politische Entscheidung.

Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 37 Abs 4 WEG 2002 bedingt auch, dass beim Abverkauf von bereits bestehendem Wohnungseigentum keine Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum für das abzuverkaufende Objekt mehr existiert. Im Gutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 wird darauf abgestellt, dass dieses nicht älter als ein Jahr – berechnet ab dem Datum der Zusage – sein darf (*„Das Gutachten darf zum Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein [...]“*<sup>158</sup>). Da beim sukzessiven Verkauf – wie bereits ausgeführt – keine Zusage mehr vorliegt, wird vermutlich auf das Datum des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts<sup>159</sup> (rechtsgültiges Kaufanbot oder Kaufvertragsabschluss)

<sup>157</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 129.

<sup>158</sup> § 37 Abs 4 Satz 2 WEG 2002.

<sup>159</sup> So auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (371).

abzustellen sein. Das Gutachten muss somit spätestens bei der Angebotserstellung vorliegen. Von der Rsp wurde diese Thematik noch nicht aufgegriffen. Auch hier bedarf eines mE einer Klarstellung durch den Gesetzgeber.

#### **4.1.5. Anwendung bei nachträglicher Nutzwertneufestsetzung**

Der Terminus ‚Nachparifizierung‘ bzw ‚Umparifizierung‘ oder ‚Neuparifizierung‘ (etwa durch Löschung und Wiedereinräumung von Wohnungseigentum) beschreibt einen Vorgang der nachträglichen Nutzwert(neu)festsetzung (insb im Altbau) und ist von der erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum an einer Liegenschaft zu unterscheiden.<sup>160</sup> Bei reinen Umwidmungen von Allgemeinflächen in Wohnungseigentumsobjekte bzw Wohnungseigentumszubehörobjekte ist idR kein Verhältnis von Wohnungseigentumsorganisator zu Wohnungseigentumsbewerber gegeben, weshalb der Anwendungsbereich von § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht eröffnet wird.<sup>161</sup>

#### **4.1.6. Beschränkung auf Verkaufsvorgänge**

Der Anwendungsbereich von § 37 Abs 4 WEG 2002 erfasst zunächst bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung nur Verkaufs- bzw entgeltliche Erwerbsvorgänge („*Das Gutachten [...] ist in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einzubeziehen*“). Daraus kann geschlossen werden, dass die Schutzbestimmung bei unentgeltlichen Rechtsvorgängen (wie etwa Schenkungen) oder im Falle einer Zwangsversteigerung von (zukünftigen) Wohnungseigentumsobjekten<sup>162</sup> nicht anwendbar ist und kein Bauzustandsgutachten erforderlich ist. Dies ist insofern konsequent, als Schenkungen vom Gewährleistungsrecht grundsätzlich ausgenommen sind.<sup>163</sup> Der Ersteher einer Liegenschaft bzw eines Liegenschaftsanteiles aus einer exekutiven Versteigerung hat ebenso keinen Gewährleistungsanspruch.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> Vgl. *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 9 WEG Rz 1; mwN etwa LGZ Wien 41 R 254/82, MietSlg 34.580.

<sup>161</sup> Vgl. *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (368).

<sup>162</sup> Siehe auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (366).

<sup>163</sup> *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 922 ABGB Rz 4.

<sup>164</sup> Vgl §§ 189 Abs 2, 278 Abs 2 EO; *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 922 ABGB Rz 6.

#### 4.1.7. Zeitlicher Anwendungsbereich

Es stellt sich auch die Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs der Bestimmung. Hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 37 Abs 4 WEG 2002 ist nicht der Zeitpunkt der Begründung von Wohnungseigentum ausschlaggebend, sondern jener des Abschlusses des Kaufvertrages mit dem Wohnungseigentumsbewerber.<sup>165</sup> Die genannte Bestimmung gilt daher für alle Kaufverträge, die ab ihrem Inkrafttreten (gem § 54 Abs 1 WEG 2002 am 01.07.2002) abgeschlossen wurden. Wird somit ein Kaufvertrag nach dem Inkrafttreten des WEG 2002 geschlossen, ist § 37 Abs 4 WEG 2002 auch dann anwendbar, wenn die Wohnungseigentumsbegründung bereits lange Zeit zurückliegt. Diese Konstellation kann *va* beim unter Abschnitt 4.1.4 beschriebenen sukzessiven Abverkauf von Wohnungseigentumseinheiten durch den (ehemaligen) Wohnungseigentumsorganisator gegeben sein. Eine detailliertere Ausführung zur Problematik der zeitlichen Begrenzung der ‚Nachhaftung‘ des ehemaligen Wohnungseigentumsorganisations erfolgte bereits unter Abschnitt 4.1.4.

#### 4.1.8. Abdingbarkeit/Einschränkbarkeit des Anspruches?

Wie bereits in Abschnitt 2.6 ausgeführt, erklärt § 37 Abs 6 WEG 2002 die Regelungen der Abs 1-5 für vertraglich nicht abdingbar („Die Regelungen der vorstehenden Absätze können nicht vertraglich abbedungen werden“), einerseits jede für sich und andererseits unabhängig davon, ob der Wohnungseigentumsbewerber Verbraucher oder Unternehmer ist.

Vertragliche Abweichungen von § 37 Abs 4 WEG 2002 sind aufgrund des relativ zwingenden<sup>166</sup> Charakters der Bestimmung (wie auch der übrigen Schutznormen des § 37 WEG 2002) zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers zulässig.<sup>167</sup> Eine Einschränkung dahingehend, dass diese Bestimmung nur bei Verträgen mit Verbrauchern iSd KSchG gilt, besteht daher – *mE* zutreffenderweise – nicht.<sup>168</sup> Das WEG 2002 bietet „keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Anwendung seiner

<sup>165</sup> OGH 6 Ob 56/16b, wobl 2016/140 (434).

<sup>166</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 7 mit Verweis auf EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP. Vgl. auch OLG Wien 1 R 249/77, *MietSlg* 29.518; *Würth* in *Rummel*, *Kommentar zum ABGB*<sup>3</sup> (2003) § 37 WEG 2002 Rz 2.

<sup>167</sup> u.a. *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht II* § 37 WEG (2018) Rz 26.

<sup>168</sup> *Prader*, *WEG*<sup>6,00</sup> § 37 (2022) E 22; OGH 5 Ob 159/04 z, *immolex* 2005/84; OGH 6 Ob 56/16 b *immolex* 2016/71 (zust. *Männl/Stockhammer*) = wobl 2016/140 (krit *Illedits*).

*Bestimmungen auf Wohnungseigentumsbewerber deren Verbrauchereigenschaft iSd KSchG voraussetzt.*<sup>169</sup> Es erscheint mit dem Zweck des Gesetzes auch nicht vereinbar, einzelne Bestimmungen des Erwerberschutzes derart einzuschränken.<sup>170</sup> Vielmehr hat der Wohnungseigentumsorganisator diesen Schutz kraft Gesetzes jeglichem Wohnungseigentumsbewerber angedeihen zu lassen.<sup>171</sup>

#### **4.1.9. Ausschluss gegenüber langjährigen Mietern des Hauses?**

Die Gewährleistungsvorschriften des § 37 Abs 4 WEG 2002 sind zwingend und können nach § 37 Abs 6 WEG 2002 nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Dies gilt auch gegenüber einem Erwerber, der bereits seit mehreren Jahren Mieter im Haus war.<sup>172</sup> Dass ein solcher Mieter den Erhaltungszustand des Hauses womöglich besser beurteilen kann als ein Erwerber nach einer oder mehreren Besichtigungen, rechtfertigt der Rsp des OGH<sup>173</sup> zufolge nicht den Entfall jener zwingenden Pflichten, die den Wohnungseigentumsorganisator nach § 37 Abs 4 WEG 2002 treffen. Die Einbeziehung von Personen in den Schutzbereich der Norm, selbst wenn diese jahrelang ein Objekt im Haus gemietet haben, ist insofern richtig, als idR ein ‚Informationsdefizit‘ von Mietern gegenüber Eigentümern besteht, va in Bezug auf den Zustand von Allgemeinflächen des Hauses. Eigentümer werden idR wesentlich besser über den Zustand von Allgemeinflächen informiert sein (zB durch die Teilnahme an Eigentümerversammlungen und dem dementsprechenden Einblick in alle Belange der Liegenschaft) als Mieter. Notwendige Erhaltungsarbeiten und Kostenfolgen können durch die Mieter aufgrund des Informationsdefizits gegenüber Eigentümern nicht ohne Weiteres beurteilt werden.

#### **4.1.10. Exkurs: Kaufoption gemäß WGG**

Wie bereits obenstehend unter Abschnitt 4.1.4 ausgeführt, regelt § 19a Abs 4 WGG in Bezug auf § 37 Abs 4 WEG 2002 ua Folgendes:

---

<sup>169</sup> OGH 5 Ob 159/04z, bbl 2005/93. *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1-43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht<sup>3</sup> (2014) zu §§ 6, 7 ABGB Rz 73

<sup>170</sup> Vgl. OGH 5 Ob 159/04 z.

<sup>171</sup> OGH 5 Ob 159/04z, wobl 2005, 178/50 (*Call*).

<sup>172</sup> Vgl. OGH 5 Ob 218/16v, Zak 2017/54 (*Kolmasch*).

<sup>173</sup> OGH 5 Ob 218/16v, Zak 2017/54 (*Kolmasch*). *Prader*, WEG<sup>6.00</sup> § 37 (2022) E 24.



„[...] Solange die Bauvereinigung über die Mehrheit der Miteigentumsanteile verfügt, ist § 37 Abs. 4 WEG 2002 für nachträgliche Übertragungen in das Wohnungseigentum anzuwenden, die nicht gemäß § 15c zugunsten der bisherigen Mieter oder sonstigen Nutzungsberechtigten mit einer zuvor mindestens fünfjährigen Miet- oder Nutzungsdauer erfolgen, Anstelle eines Gutachtens gemäß § 37 Abs. 4 WEG 2002 hat die Bauvereinigung diesen jedoch mit Angebotslegung eine Vorausschau gemäß § 20 Abs. 2 WEG 2002 zu übermitteln.“

Mit § 19a Abs 4 WGG, welcher im Zuge der Novelle 2019<sup>174</sup> eingeführt wurde, erfährt die Gewährleistungsverpflichtung einer GBV bei einer nachträglichen Übereignung, nämlich dann, wenn gem § 15c WGG an einen Mieter oder sonstigen Nutzungsberechtigten veräußert wird, der das Objekt seit mindestens fünf Jahren gemietet oder genutzt hat, eine Einschränkung bzw Erleichterung.<sup>175</sup> § 37 Abs 4 WEG 2002 ist dann nicht anwendbar, wenn die GBV *nicht* mehr über die Mehrheit der Miteigentumsanteile an der Liegenschaft verfügt.<sup>176</sup> Zu beachten gilt allerdings, dass diesfalls mit der Legung des Übereignungsangebotes durch die GBV eine Vorausschau gemäß § 20 Abs 2 WEG zu übermitteln ist.<sup>177</sup> Hält sich die GBV an diese Vorgaben, so treten die strengen Haftungs- bzw Gewährleistungsfolgen, die aus § 37 Abs 4 WEG 2002 resultieren, nicht ein.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> BGBl I 2019/85 vom 31.07.2019.

<sup>175</sup> Rudnigger in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar - Update (2020) § 19a WGG Rz 7; Molnar, Die Kaufoption gemäß WGG, immo aktuell 2021, 63 (68).

<sup>176</sup> Prader/Pittl, WGG<sup>2</sup> § 19a (2022) Rz 5.

<sup>177</sup> § 19 a Abs 4 letzter Satz WGG.

<sup>178</sup> Rudnigger in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht (2020) § 19a WGG Rz 7.

## 4.2. Notwendigkeit und Mindestinhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002

In diesem Abschnitt der Arbeit soll nun geklärt werden, welche *Anforderungen* an das Bauzustandsgutachten zu stellen sind bzw welchen *Mindestinhalt* dieses haben muss.

Vorweg ist festzuhalten, dass das Gutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 in den Kaufvertrag „*einzu beziehen*“<sup>179</sup> ist. Darunter ist die Bezugnahme auf das Gutachten im Kaufvertrag, mit dem das Wohnungseigentumsobjekt erworben wird, sowie die Integration des Gutachtens als Anhang zum Kaufvertrag zu verstehen (Anschluss des Gutachtens als Beilage zum Kaufvertrag iSv ‚aufnehmen‘ bzw ‚einbinden‘).<sup>180</sup> Mit der Einbeziehung dieses Gutachtens in den Kaufvertrag verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, Willensmängel hinsichtlich des Kaufentschlusses und der Preisbildung zu vermeiden. Die im Gutachten ermittelten Tatsachen und Prognosen werden somit zu Vertragsinhalten, die die Beschaffenheit des Wohnungseigentumsobjektes beschreiben und für die der Wohnungseigentumsorganisator nach den entsprechenden Regelungen des Vertragsrechts einzustehen hat.<sup>181</sup> Nicht ausreichend wird es mE sein, wenn man bloß auf ein bereits vorliegendes Gutachten im Vertrag verweist, ohne dass dies im konkreten Fall als integrierender Bestandteil zum Kaufvertrag genommen wird.

### 4.2.1. Gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Aushändigung bzw Übergabe des Gutachtens?

Innerhalb der Lehre ist umstritten, ob durch das Gesetz eine unbedingte und gerichtlich (selbstständig) einklagbare Verpflichtung dahingehend geschaffen wird, dass dem Erwerber eines Wohnungseigentumsobjektes jedenfalls ein Bauzustandsgutachten übergeben werden muss, oder ob der Wohnungseigentumsorganisator ein entsprechendes ‚Wahlrecht‘<sup>182</sup> hat, und die Anfertigung und Aushändigung eines Bauzustandsgutachtens von diesem durch den

---

<sup>179</sup> § 37 Abs 4 Satz 2 WEG 2002.

<sup>180</sup> Vgl. auch *Hausmann*, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes im Überblick, *ecolex* 1997, 336; *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, *wobl* 2019, 365 (366).

<sup>181</sup> *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht II* § 37 WEG (2018) Rz 19; *mWn Call*, Die Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes 1975, *wobl* 1997, 5.

<sup>182</sup> Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40.



Wohnungseigentumsbewerber nicht erzwungen werden kann. Sowohl *Vonkilch*<sup>183</sup> als auch etwa *Gartner*<sup>184</sup> und *Illedits*<sup>185</sup> plädieren dafür, dass vom Wohnungseigentumsorganisator die Ausstellung eines Bauzustandsgutachtens nicht erzwungen werden kann und diesem insoweit ein Wahlrecht, entweder durch Anwendung der ‚Gutachtensvariante‘ oder, durch Anwendung der ‚Gesetzesvariante‘, zukommt.

In einer älteren Kommentierung vertrat *Ofner*<sup>186</sup> dahingegen zur (diesbezüglich gleichlautenden) Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 die Auffassung, dass nach dem Wortlaut der Bestimmung („[...] haben [...] einzubeziehen“) eine unbedingte Pflicht zur Übergabe eines Bauzustandsgutachtens statuiert ist und dementsprechend durch die Gewährleistungsverpflichtung lediglich die unterlassene Einbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag ersetzt wird. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung könne nach *Ofner* hinsichtlich der kausalen Schäden, wie in den anderen Fällen des § 37 Abs 3 WEG 2002, zu Schadenersatzansprüchen gegen den Wohnungseigentumsorganisator führen.

ME ist jener überwiegenden<sup>187</sup> Ansicht der Lehre zu folgen, in der sich gegen eine unbedingte Pflicht zur Anfertigung und Aushändigung eines Bauzustandsgutachtens gewendet wird. Für den Wohnungseigentumsbewerber wird es iSd Argumentation von *Illedits*<sup>188</sup> praktisch unmöglich sein, das Bauzustandsgutachten nachträglich – etwa im Rahmen eines erst Jahre später stattfindenden Gerichtsprozesses – durchzusetzen, da das Gutachten lediglich den Zustand zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zu dokumentieren hat. Bei nachträglicher Verschlechterung des Gebäudezustandes kann sich der Wohnungseigentumsbewerber somit nicht auf Ansprüche nach § 37 Abs 4 WEG 2002 stützen.<sup>189</sup> Für einen Sachverständigen wird es unmöglich sein, rückblickend den ursprünglichen Gebäudezustand zum

---

<sup>183</sup> Siehe dazu *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 42.

<sup>184</sup> *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 21.

<sup>185</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (368).

<sup>186</sup> *Ofner* in *Schwimann* (Hrsg), Kommentar zum ABGB IV<sup>2</sup> (2001) § 23 WEG 1975 Rz 21; vgl. auch zu § 37 Abs 4 WEG 2002: *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II (2018) § 37 WEG Rz 21; in diese Richtung auch *Stabentheiner*, Die Privatisierung der Nutzwertbestimmung, immolex 1997, 21 (23).

<sup>187</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 111.

<sup>188</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Rz 112; Vgl auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (368).

<sup>189</sup> So auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43.

Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zu ermitteln, ohne anzweifelbare Vermutungen und Annahmen aufzustellen.

*Vonklich*<sup>190</sup> argumentiert gegen eine unbedingte Pflicht zur Anfertigung und Aus-händigung eines Bauzustandsgutachtens, dass die „in Frage stehende Bestimmung historisch unter großem Zeitdruck entstanden (und dem entsprechend erfahrungsgemäß geringer legislatischer Sorgfalt) entstanden war“ und „allzu große Bedeutung [...] den Nuancen des Wortlauts daher nicht beigemessen werden [sollten]“.

Darüber hinaus ist mE der Ansicht der Lehre<sup>191</sup> zu folgen, dass der Wohnungsei-gentumsbewerber – selbst wenn es der Wohnungseigentumsorganisator unterlassen hat, ein Bauzustandsgutachten beizubringen – durch die strenge verschuldensun-abhängige Gewährleistungsverpflichtung des § 37 Abs 4 WEG 2002 (vgl. dazu Ab-schnitt 5.2.1(a)) in ausreichendem Maße vor ihn überraschenden Erhaltungskosten geschützt wird. Diese Argumentation entspricht dem grundsätzlichen Wesen bzw Zweck der Norm. *Vonklich*<sup>192</sup> hält diesbezüglich mE zutreffender Weise fest: „Te-lelogisch muss es demgegenüber bei weitem überschießend erscheinen, zusätzlich zur Auferlegung der strengen Gewährleistungspflicht durch § 37 Abs 4 noch von einer selbstständigen Pflicht des WE-Organisators zur Überreichung eines den ge-setzlichen Anforderungen entsprechenden Gutachtens auszugehen. Vor ihn über-raschend treffenden Erhaltungskosten wird der Erwerber nämlich in ausreichen-dem Maße geschützt, wenn er diese gewährleistungsrechtlich, d.h. ohne dass es auf ein Verschulden seines Vertragspartners ankäme, auf den WE-Organisator über-wälzen kann.“ Insofern ist es auch nicht rechtfertigbar, dass ein Erwerber, unmit-telbar nach Unterlassung von Übergabe und Einbeziehung eines Gutachtens in den Kaufvertrag, eigenständig die Erstellung eines Bauzustandsgutachtens beauftragt und nachträglich die dafür angemessenen Kosten vom Wohnungseigentumsorgani-sator fordert. Der Erwerber würde in einem solchen Fall in den Genuss der strengen Gewährleistungspflicht des Wohnungseigentumsorganisations kommen und dieser wäre zusätzlich mit den Kosten der Erstellung des Bauzustandsgutachtens

---

<sup>190</sup> *Vonklich* in *Hausmann/Vonklich* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 42.

<sup>191</sup> Vgl. *Vonklich* in *Hausmann/Vonklich* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 42; *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 21; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel Rz 113.

<sup>192</sup> *Vonklich* in *Hausmann/Vonklich* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 42

belastet.<sup>193</sup> In Anbetracht der zwei alternativen Schutzmechanismen, die im Gesetz vorgesehen sind, bleibt dafür keine Rechtfertigung. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber *keine* ausdrückliche Anordnung des Rechts auf gerichtliche Geltendmachung der Aushändigung eines Bauzustandsgutachtens, wie dies etwa bei einem Energieausweis nach § 7 Abs 2 EAVG 2012 der Fall ist, vorgesehen hat.<sup>194</sup> ISe gesetzes-systematischen Interpretation ist daher davon auszugehen, dass das Unterbleiben einer solchen ausdrücklichen Anordnung in § 37 Abs 4 WEG 2002 nur derart ausgelegt werden kann, dass der Gesetzgeber einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch nicht gewähren wollte, vorausgesetzt, es wird keine planwidrige Gesetzes-lücke angenommen.<sup>195</sup> Ein gerichtlich selbstständig durchsetzbarer Anspruch auf Aushändigung bzw Übergabe des Gutachtens seitens des Wohnungseigentumsbewerbers besteht mE daher schon aufgrund der mangelnden gesetzlichen Anordnung nicht.

#### 4.2.2. Einjährige Frist des Bauzustandsgutachtens

Das schriftliche Bauzustandsgutachten darf nach dem Gesetzeswortlaut zum „*Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein*“<sup>196</sup>. Wenn somit zu unterschiedlichen Zeitpunkten mehreren Wohnungseigentumsbewerbern die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt wird, so kann sich die Notwendigkeit ergeben, mehrere unterschiedliche bzw aktualisierte Bauzustandsgutachten anzufertigen.<sup>197</sup> Dies gilt, weil gegenüber den *einzelnen* Wohnungseigentumsbewerbern die Frist von maximal einem Jahr zwischen dem Datum der Errichtung/Ausfertigung des Bauzustandsgutachtens und der Zusage jeweils *individuell* zu wahren und gesondert zu beurteilen ist.

Im Falle, dass ein Wohnungseigentumsbewerber seine Anmerkung aufgrund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden oder von Todes wegen mit Rang wahrer Wirkung an den Erwerber des Rechts auf Einräumung des Wohnungseigentums übertragen hat (Anmerkung der Übertragung des Rechts auf

---

<sup>193</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kap 1 Rz 113.

<sup>194</sup> So auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (368).

<sup>195</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kap 1 Rz 114.

<sup>196</sup> § 37 Abs 4 Satz 2 WEG 2002.

<sup>197</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kap 1Rz 106.

Wohnungseigentumseinräumung<sup>198</sup>), so ist mE der Ansicht von *Illedits/Illedits*<sup>199</sup> zu folgen, wonach es zu keiner neuen Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum kommt. Dementsprechend sei es bei Übertragung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum auf den neuen Wohnungseigentumsbewerber gem § 40 Abs 2 Satz 4 WEG 2002 ausreichend, dass zwischen der ursprünglichen Zusage des Wohnungseigentumsorganisationsorgans und dem Datum der Errichtung/Ausfertigung des Bauzustandsgutachtens maximal ein Jahr liegt.<sup>200</sup>

Durch die von der Rsp judizierte Erweiterung des Anwendungsbereiches der Norm auf die Fälle der sukzessiven Abverkäufe von Wohnungseigentumseinheiten nach erfolgter Parifizierung (vgl Abschnitt 4.1.4) ergeben sich auch bei der Fristberechnung Unklarheiten, die gesetzlich nicht explizit geregelt sind. Bei einem (sukzessiven) Abverkauf von bereits ‚bestehenden Wohnungseigentumseinheiten‘ existiert keine Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum mehr (und nur auf diese ‚Zusage‘ stellt das Gesetz ab). Daher wird es mE für den Beginn des Fristenlaufs auf den Abschluss bzw das Zustandekommen des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts ankommen, dh mit Angebot und Annahme eines rechtsverbindlichen Kaufanbots bzw mit Abschluss des bindenden Kaufvertrages. Für diesen Zeitpunkt gilt dann, dass das Bauzustandsgutachten nicht älter als ein Jahr sein darf. Ob die Parteien mit ihren Erklärungen tatsächlich bereits ihren Willen zu vertraglicher Bindung ausdrücken wollten, ist immer im Einzelfall zu prüfen.<sup>201</sup>

Die Konsequenzen einer Überschreitung der einjährigen Frist sind gesetzlich ebenfalls nicht geregelt. Da die formellen Voraussetzungen nach § 37 Abs 4 WEG 2002 durch die Vorlage eines älteren Bauzustandsgutachtens nicht erfüllt sind (Arg.: ‚Wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen [...]‘<sup>202</sup>), ist vermutlich davon auszugehen, dass die Rechtsfolgen dieselben sein müssen, wie wenn die

---

<sup>198</sup> § 40 Abs 2 Satz 4 WEG 2002.

<sup>199</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (367). Siehe dort auch die weiteren Überlegungen der Autoren zur Umgehung mittels ‚Schein-Wohnungseigentumsbewerbern‘ bzw Gründungshelfern. Die Autoren argumentieren diesbezüglich zustimmender Weise, dass solche Konstrukte als Umgehungsgeschäfts zu qualifizieren sind vom Ergebnis her als ‚neue Zusage‘ anzusehen sind, welche die Rechtsfolgen nach § 37 Abs 4 WEG 2002 auslösen.

<sup>200</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (367).

<sup>201</sup> P. Bydlinski, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, NZ 2015, 283.

<sup>202</sup> § 37 Abs 4 Satz 4 WEG 2002.

Gutachtenserstattung generell unterbleibt. Dies gilt dahingehend, dass ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart gilt, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten fordert.<sup>203</sup>

Das Gutachten muss den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses zum Erstellungszeitpunkt ausweisen (unter Bezugnahme auf eine Toleranzfrist von einem Jahr).<sup>204</sup> Ist das Gutachten älter als ein Jahr, so kann angenommen werden, dass sich auch der Bauzustand des Hauses (einschließlich der erforderlichen Maßnahmen) zwischenzeitlich verändert hat und ist der Wohnungseigentumsbewerber über den aktuellen Stand zu informieren. Dem widerspricht klar die in der Praxis teilweise gelebte Vorgehensweise, das alte Gutachten einfach ‚neu zu datieren‘, dh das Gutachten mit einem neuen Ausfertigungsdatum zu versehen, um sich die Kosten für die *„im Jahresrhythmus erforderlichen neuen Gutachten“*<sup>205</sup> zu sparen. Hierdurch ergibt sich va auch ein Haftungsproblem des Gutachters, da das Gutachten ausschließlich den Bauzustand zum Erstellungszeitpunkt wiedergeben muss. Die ‚Weiterverwendung‘ des alten Gutachtens ohne neuerliche Befundung und sonstige Anpassungen an den aktuellen Stand stellt somit ein inhaltliches Problem dar.

#### 4.2.3. Fachliche Qualifikation des Gutachters

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 37 Abs 4 WEG 2002 erfüllt *ausschließlich* ein Bauzustandsgutachten, das von einem für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen verfasst wurde, die Anforderungen des Gesetzes. Darunter sind dementsprechend nur für den Hochbau zuständige Ziviltechniker<sup>206</sup> oder Sachverständige zu verstehen, die in der Sachverständigenliste des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs unter der Fachgruppe 72.01<sup>207</sup> (Hochbau, Architektur) geführt werden. Selbst wenn das Gutachten durch bspw einen professionellen Immobiliensachverständigen verfasst wird und in fachlicher Hinsicht nicht zu beanstanden ist (dh es

<sup>203</sup> Vgl. § 37 Abs 4 letzter Satz WEG 2002; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 109.

<sup>204</sup> Vgl. § 37 Abs 4 Satz 1 und 2 WEG 2002.

<sup>205</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 109.

<sup>206</sup> Zum Ziviltechnikerverzeichnis <https://ziviltechniker.at/>, abgerufen am 24.10.2022.

<sup>207</sup> <https://suche.gerichts-sv.at/Default.aspx?LV=WNB&NG=72.01>, abgerufen am 24.10.2022.

ist inhaltlich richtig und vollständig), werden die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Sachverständigengutachten, die von anderen Personen („qualifizierte Personen“<sup>208</sup>) als den genannten verfasst werden, sind konsequenterweise so zu behandeln, als wäre das Gutachten nicht beigebracht worden (Arg.: „*Wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen [...]*“<sup>209</sup>).<sup>210</sup> Dementsprechend muss auch hier die Rechtsfolge gelten, dass ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart gilt, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert („Gesetzesvariante“)<sup>211</sup>. Dies lässt sich auch dadurch argumentieren, dass die Regelung des § 37 Abs 4 WEG 2002 nach § 37 Abs 6 WEG 2002 vertraglich nicht abdingbar ist.

#### 4.2.4. Der Terminus ‚Allgemeine Teile des Hauses‘

Im § 37 Abs 4 Satz 1 WEG 2002 lässt sich die Formulierung des Bauzustandes der „*allgemeinen Teile des Hauses*“ entnehmen, jedoch ohne, dass diese näher konkretisiert werden. Das Bauzustandsgutachten ist demnach ausschließlich für die allgemeinen (gemeinschaftlichen<sup>212</sup>) Teile des Hauses zu erstellen. Der Zustand des einzelnen vertragsgegenständlichen Wohnungseigentumsobjektes an sich ist nicht Gegenstand der Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002. Die Rsp<sup>213</sup> zu § 37 Abs 4 WEG 2002 verweist hinsichtlich der allgemeinen Teile des Hauses auf § 2 Abs 4 WEG 2002.

Unter der Bezeichnung ‚allgemeine Teile des Hauses‘ (der Liegenschaft) sind grundsätzlich all jene Gebäudeteile (Liegenschaftsteile) zu verstehen, die der allgemeinen Benützung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Benützung entgegensteht.<sup>214</sup> In weiterer Folge gilt es daher, zwischen notwendig (§ 2 Abs 4 2. Fall WEG 2002) und gewillkürten/gewidmeten (§ 2 Abs 4 1. Fall

---

<sup>208</sup> OGH 6 Ob 141/16b.

<sup>209</sup> § 37 Abs 4 Satz 4 WEG 2002.

<sup>210</sup> *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Rz 105.

<sup>211</sup> Vgl dazu auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43: Als Konsequenz für den Fall, dass kein *den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes* Gutachten in den Vertrag einbezogen wird, sieht § 37 Abs 4 WEG 2002 vor, dass ein Erhaltungszustand als vereinbart gilt, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.

<sup>212</sup> Call, Die Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes 1975, wobl 1997, 5.

<sup>213</sup> OGH 6 Ob 141/16b.

<sup>214</sup> Vgl. ua OGH 5 Ob 29/08p, immolex 2008/148 (*Stibi*); OGH 5 Ob 228/13k, immolex 2014/39 (*Prader*).



WEG 2002) allgemeinen Teilen der Liegenschaft zu unterscheiden. Notwendige allgemeine Teile einer Liegenschaft sind Gebäudeteile, die kraft ihrer faktischen Beschaffenheit von vornherein nicht als Wohnung oder Zubehör nutzbar sind, da ihnen die Eignung fehlt, selbständig und ausschließlich benutzt zu werden, wie etwa Stiegenhäuser und Gänge als Zugang zu einzelnen Wohnungseigentumsobjekten<sup>215</sup>, Hofflächen, Heiz- und Aufzugsanlagen<sup>216</sup>, Stiegenaufgänge<sup>217</sup>, Gänge und Durchgänge<sup>218</sup>, Kelleraußenwände und die Bodenplatte des Hauses<sup>219</sup>, die Außenfassade<sup>220</sup>, eine weiter bestehende Hausbesorgerwohnung<sup>221</sup>, etc. Trennwände zwischen Wohnungseigentumsobjekten<sup>222</sup> gelten ebenso wie Stützmauern oder sonstige Befestigungen an der Grundgrenze der Liegenschaft<sup>223</sup> als allgemeine Teile dieser. Als allgemeine Teile kraft Widmung werden zB Fahrradabstellräume oder Gemeinschaftssaunas klassifiziert. Die Widmung durch die Eigentümer kann dabei ausdrücklich oder mangels Schriftlichkeitsgebots auch stillschweigend geschehen, ebenso wie durch das Unterbleiben einer anders gerichteten Zuordnung (zB allgemeiner Vorgarten).<sup>224</sup>

#### 4.2.5. Der Terminus ‚in absehbarer Zeit‘

Durchwegs mehr Probleme bereitet die Bestimmung der Formulierung ‚in absehbarer Zeit‘<sup>225</sup>. Bei dieser zeitlichen ‚Definition‘ handelt es sich um einen gänzlich unbestimmten Gesetzesbegriff. Die Rsp<sup>226</sup> hat sich zur Konkretisierung der Bezeichnung ‚in absehbarer Zeit‘ mit einem pauschalen Verweis der hM<sup>227</sup>

<sup>215</sup> OGH 5 Ob 264/08x, MietSlg 60.437. ua. auch *Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 2 WEG Rz 18.

<sup>216</sup> LGZ Wien 41 R 1236/85, MietSlg 38.617; OGH 5 Ob 5/15v, immolex-LS 2015/36.

<sup>217</sup> LGZ Wien 41 R 1014/85, MietSlg 38.616.

<sup>218</sup> OGH 5 Ob 5/95, MietSlg 47.501; 5 Ob 113/95, wobl 1998/116 (zust. *Call*) = MietSlg 48.465; 5 Ob 201/09h, immolex-LS 2010/68 = wobl 2010/76 = ecolex 2010/272 = MietSlg 62.431.

<sup>219</sup> OGH 5 Ob 66/14p, EvBl-LS 2014/129 (*Brenn*).

<sup>220</sup> OGH 5 Ob 73/10m, MietSlg 62.425; 5 Ob 78/10x, immolex 2011/6 (*Klein*) = wobl 2011/79 (*Vonkilch*) = MietSlg 62.427.

<sup>221</sup> OGH 5 Ob 126/95, wobl 1996/35 (*Call*) = ecolex 1996, 593 (*Kletečka*) = MietSlg 47.507 = SZ 68/235.

<sup>222</sup> OGH 5 Ob 251/09m.

<sup>223</sup> OGH 5 Ob 256/09x.

<sup>224</sup> *Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 2 WEG Rz 22.

<sup>225</sup> § 37 Abs 4 Satz 1 WEG 2002.

<sup>226</sup> OGH 6 Ob 141/16b. *Prader*, WEG<sup>6.00</sup> § 37 (2022) E 23.

<sup>227</sup> Vgl ua *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 WEG Rz 40; *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 339 (342); *Engin-*



angeschlossen und diesen mit einem Zeitraum von zehn Jahren angenommen. *Vonkilch*<sup>228</sup> argumentiert diesbezüglich – mE zutreffenderweise –, dass „die 10-Jahresfrist, die § 37 Abs 4 im Fall des Eingreifens der gesetzlich typisierten Gewährleistung als zeitlichen Horizont vorgibt, den grundsätzlichen Maßstab auch für die nähere Bestimmung der ‚absehbaren Zeit‘ abgeben müssen, um bei beiden Schutzmechanismen des § 37 Abs 4 zum im Wesentlichen gleichen Schutzstandard für den Erwerber zu gelangen.“ Sowohl bei der ‚Gutachtensvariante‘ als auch bei der ‚Gesetzesvariante‘ soll somit von einem äquivalenten Schutzstandard ausgegangen werden. *Call*<sup>229</sup> verweist zudem systematisch auf die in § 18 MRG (Verfahren zur Erhöhung der Hauptmietzinse) angeführte Frist von zehn Jahren. *Ofner*<sup>230</sup> verweist darauf, dass das Abstellen auf einen Zeitraum von zehn Jahren deshalb erforderlich sei, da sich die Notwendigkeit größerer Erhaltungsarbeiten unter Umständen erst mit einer deutlichen Verzögerung herausstelle. Ein Gutachter muss demnach in seinem Bauzustandsgutachten all jene Erhaltungsarbeiten, die in den folgenden zehn Jahren ab Gutachtenserstellung schlagend werden könnten, bewerten bzw berücksichtigen. Fraglich ist, ob ein solcher Zeitraum für einen Sachverständigen immer überschaubar ist. Ist dies nicht der Fall, wird vermutlich an nicht an einer starren Frist festgehalten werden können und in Ausnahmefällen eine Unterschreitung dieser Frist zugelassen werden müssen.<sup>231</sup>

#### 4.2.6. Der Terminus ‚Erhaltungsarbeit‘

Der Terminus ‚Erhaltungsarbeit‘<sup>232</sup> ist nach der Rsp<sup>233</sup> iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG 2002 und damit in Einklang mit § 3 Abs 1 und 2 MRG auszulegen. Aufgrund der Fülle der Judikatur zum Terminus der Erhaltungsarbeit wird iSd Zielsetzung und des vorgegebenen Umfangs der vorliegenden Arbeit auf eine detaillierte

---

*Deniz*, BTVG-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1999) § 23 WEG 1975, Rz 5; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 18.

<sup>228</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40; mwN *Engin-Deniz*, BTVG-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1999) § 23 WEG 1975, Rz 5.

<sup>229</sup> *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, *ImmZ* 1997, 342.

<sup>230</sup> *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 18.

<sup>231</sup> So auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40.

<sup>232</sup> § 37 Abs 4 Satz 1 WEG 2002.

<sup>233</sup> OGH 6 Ob 141/16b, *immolex* LS 2016/64 = *immolex* 2016/110, 361 = *wobl* 2016/141, 436 = *bbl* 2017/26, 33; *Prader*, WEG<sup>6.00</sup> § 37 (2022) E 23.

Aufarbeitung der zu § 3 MRG ergangenen Entscheidungen und Lehrmeinungen jedoch verzichtet.

Gegenstand der Regelung des § 3 MRG ist die Erhaltungspflicht des Vermieters im eigentlichen Sinn.<sup>234</sup> Als Erhaltungsarbeiten sind solche Arbeiten am Eigentum zu qualifizieren, die der ordnungsgemäßen Erhaltung der gemeinsamen Teile und Anlagen der Liegenschaft dienen, einschließlich baulicher Änderungen, die über den Erhaltungszweck nicht hinausgehen.<sup>235</sup> Die Erhaltung im eigentlichen Sinn knüpft generell an das Vorliegen eines Mangels an. Voraussetzung ist demnach prinzipiell eine (teilweise) Einschränkung der Funktionsfähigkeit oder Brauchbarkeit bzw eine Reparaturbedürftigkeit oder zumindest Schadensgeneigntheit.<sup>236</sup> Anders als § 1096 ABGB und § 6 MG wird in § 3 MRG von einem flexiblen, dynamischen und weitgehend objektiven Erhaltungsbegriff ausgegangen.<sup>237</sup> Der Vermieter hat demzufolge nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten den jeweils ortsüblichen Standard zu erhalten.<sup>238</sup> Einerseits ist dabei auf die technische Weiterentwicklung sowie auf die Entwicklung des einschlägigen Normenmaterials (insb baurechtlicher Vorschriften und ÖNORMEN) Bedacht zu nehmen; andererseits gelten aufgrund des Kriterium des ortsüblichen Standards auch Anforderungen einer zeitgemäßen Wohnkultur Berücksichtigung.<sup>239</sup> Zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsmaßnahmen sind aufgrund des Verweises auf den ortsüblichen Standard ebenso den Erhaltungsarbeiten zuzuordnen, selbst wenn es sich um die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands handelt oder es dabei zu einer vollständigen Erneuerung kommt und

---

<sup>234</sup> Vgl. § 3 Abs 1 MRG: „Der Vermieter hat nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass das Haus, die Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner des Hauses dienenden Anlagen im jeweils ortsüblichen Standard erhalten und erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Bewohner beseitigt werden.“

<sup>235</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (372).

<sup>236</sup> OGH 5 Ob 157/02b, immolex 2003/60; 5 Ob 106/08m, immolex 2009/2 (*Prader*) = wobl 2009/34 (*Riss*); 5 Ob 271/08a, immolex 2009/127 (*Karauschek*) zu § 28 WEG; OGH 5 Ob 127/09a, immolex 2010/17 (*Prader*) = wobl 2010/54 (*Vonkilch*);

<sup>237</sup> OGH 5 Ob 157/02b, immolex 2003/60; OGH 5 Ob 233/04g, immolex 2005/43 (*Weixelbraun; Hüttler*); OGH 9 Ob 27/10a, immolex 2013/10 (*Prader*) = wobl 2011/62 (*Vonkilch*); OGH 2 Ob 215/10x, wobl 2012/131 (*Vonkilch; Riss*); 5 Ob 143/14m, immolex 2015/59 (*Cerha*) = wobl 2015/4 (*Vonkilch*); 5 Ob 225/15x, immolex 2017/18 (*Hagen*); RIS-Justiz RS0069944.

<sup>238</sup> Vgl. dazu etwa *Riss*, Dynamischer Erhaltungsbegriff und Verbesserungspflicht des Vermieters im MRG, wobl 2007, 238.

<sup>239</sup> *Pletzer in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht I § 3 MRG (2017) Rz 28.

mitunter auch Veränderungen vorgenommen werden.<sup>240</sup> Wesentlich ist jedoch, dass nur jene Erhaltungsarbeiten relevant sind, die – der Systematik des Gewährleistungsrechts entsprechend – bereits zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (Übergabe) notwendig waren, nicht allerdings nachträgliche Verschlechterungen des Zustandes des Gebäudes.

Ob die in absehbarer Zeit notwendigen Erhaltungsmaßnahmen auch ziffernmäßig bewertet werden müssen, dh dass die voraussichtlichen Kosten dieser Erhaltungsmaßnahmen eigens ausgewiesen werden, ist durch das Gesetz nicht ausdrücklich vorgegeben. Unter Bezugnahme auf *Engin-Deniz*<sup>241</sup> argumentiert *Call*<sup>242</sup> dafür, dass der Sachverständige zumindest eine grobe Kostenschätzung der Erhaltungsmaßnahmen vornehmen muss, um dem Wohnungseigentumsbewerber eine finanzielle Übersicht zu verschaffen.<sup>243</sup> IdS argumentiert auch *Vonkilch*<sup>244</sup>, der meint, dass eine bloße Auflistung der infragestehenden Erhaltungsmaßnahmen dem Schutzzweck der Norm nicht ausreichend genüge tue und es jedenfalls einer groben Kostenschätzung bedarf. Durch Bekanntgabe eines ungefähren Kostenrahmens (iSe Grobkostenschätzung) wird dem potenziellen Käufer eines Objektes in einem Altbau das finanzielle Risiko einer solchen Anschaffung vor Augen geführt. Nur so kann sich der Erwerber ein ausreichendes Bild über eine mögliche Kostenbelastung verschaffen und dies in seiner Ankaufsentscheidung berücksichtigen. Anstehende Erhaltungs- bzw Sanierungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Gebäudes (Dach, Keller, Stiegenhaus etc) können mitunter sehr teuer werden. Ohne konkrete Bezifferung erscheint es für einen technischen und fachlichen Laien daher unmöglich, ein Verständnis für die zu erwartenden Kosten der in absehbarer Zeit notwendig werdenden Erhaltungsarbeiten zu erhalten. Eine exakte Kostenaufstellung wird sich – insb in Anbetracht des geforderten langen Prognosezeitraums von zehn Jahren (vgl Abschnitt 4.2.5) – für einen Sachverständigen nicht bzw nur schwer bewerkstelligen lassen und ist diesem auch nicht zu empfehlen, da zu präzise

---

<sup>240</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (372).

<sup>241</sup> *Engin-Deniz*, BTVG-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1999) § 23 WEG 1975, Rz 5.

<sup>242</sup> *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 342.

<sup>243</sup> Vgl. auch *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 18.

<sup>244</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40.

Summen bei deren Überschreitung durch den tatsächlich notwendigen Aufwand ein an sich vermeidbares Haftungsrisiko für den Gutachter darstellen.<sup>245</sup>

#### 4.2.7. Umfang der Untersuchungspflicht des Sachverständigen

An dieser Stelle gilt es die Frage zu klären, in welchem Umfang der Sachverständige, der mit der Erstellung des Bauzustandsgutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 beauftragt ist, die Untersuchungen des Zustandes der allgemeinen Teile des Hauses vorzunehmen hat. Demnach ist ungewiss, ob es für die Durchführung der Untersuchung ausreichend ist, wenn der Sachverständige bloß eine ‚augenscheinliche‘ zerstörungsfreie Befundung und Begutachtung vornimmt<sup>246</sup>, oder vom Sachverständigen eine umfassende Detailprüfung erwartet werden kann. Zudem ist zu klären, welches Maß an Sachkunde von einem für den Hochbau zuständigen Ziviltechniker bzw einem allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen bei der Prüfung der allgemeinen Teile eines Gebäudes inklusive aller seiner Anlagen und technischen Einrichtungen dabei erwartet werden darf.

In der Entscheidung des OGH vom 26.04.2016<sup>247</sup> hat der beauftragte Sachverständige im zu Grunde liegenden Sachverhalt darauf hingewiesen, dass der Keller des Hauses bei der Begutachtung der Liegenschaft nicht in Augenschein genommen worden und eine „zielgerichtete Untersuchung“<sup>248</sup> der Tragfähigkeit der Fundamente, Mauern udgl nicht erfolgt sei. In seinem aus zwei DIN-A4-Seiten bestehenden Gutachten hat der Sachverständige weiters festgehalten, dass „aufgrund der augenscheinlichen Besichtigung“<sup>249</sup> keine Anzeichen einer Instabilität, wie Risse im Mauerwerk, an den Decken und Stiegen im Stiegenhaus und an den Außenfasaden, vorhanden gewesen seien. Allerdings enthielt das Gutachten keine Aussage über den (letztlich den Sanierungsaufwand verursachenden) Zustand des Kellers und dort allenfalls zu erwartende Erhaltungsarbeiten, was eben ausdrücklich damit begründet wurde, dass der Keller nicht besichtigt worden war. Inwiefern die Verkäuferin mit einem solchen Gutachten ihre Verpflichtung nach § 37 Abs 4 WEG

<sup>245</sup> Vgl. auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (372). *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Rz 136.

<sup>246</sup> Vgl. auch *Kothbauer*, Aktuelle Judikatur zum Wohnungseigentum (2019 S 113).

<sup>247</sup> OGH 6 Ob 141/16b = bbl 2017/26 (34).

<sup>248</sup> OGH 6 Ob 141/16b = bbl 2017/26 (34).

<sup>249</sup> OGH 6 Ob 141/16b = bbl 2017/26 (34).

2002 erfüllt hat, blieb aber letztlich durch den OGH unbeantwortet. Da jedoch nicht das gesamte Gebäude in die Begutachtung einbezogen wurde, ist mE wohl zu verneinen, dass ein derartiges Gutachten den gesetzlichen Anforderungen Genüge tut (unvollständiges Gutachten). Wie bereits oben ausgeführt, ist es Sinn und Zweck der Schutzbestimmung, die Übervorteilung des (einzelnen) Wohnungseigentumsbewerbers, der oft rechtlich unerfahren ist und die Problematik des Wohnungseigentums an einem Gebäude, das hohen Instandsetzungsaufwand erfordert, nicht abzuschätzen vermag, zu verhindern.<sup>250</sup> Nur wenn *alle* allgemeinen Teile der Liegenschaft mit ausreichender Sorgfalt und Sachkunde begutachtet worden sind, kann dem Käufer das volle finanzielle Risiko der Anschaffung vor Augen geführt werden (iSe Warnfunktion<sup>251</sup>). Zerstörungen der Bausubstanz für die Durchführung der Untersuchung erscheinen aber mE nicht geboten. Bestehen jedoch Hinweise auf notwendige Erhaltungsmaßnahmen, so werden derartige Sachverhalte mit dem notwendigen Maß an Detailliertheit und Genauigkeit zu prüfen sein; insb, wenn es sich um Anhaltspunkte für ‚größere‘ Erhaltungsmaßnahmen handelt (siehe Abschnitt 5.2.1). Ein Nachbesserungsanspruch des Wohnungseigentumsbewerbers auf Ausstellung eines ordnungsgemäßen Gutachtens durch den Sachverständigen ist mE jedoch zu verneinen (vgl hierzu auch die Ausführungen in Abschnitt 4.2.1 –die dort beschriebenen Grundsätze müssen hier analog gelten).

---

<sup>250</sup> OGH 6 Ob 56/16b, NBL 2016/N36 mwN *Dirnbacher*, WEG idF WRN 2009: Das Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010) 439.

<sup>251</sup> Vgl. *Hausmann*, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes, *ecolex* 1997,336.

## 5. Haftungsfragen und Ansprüche im Zusammenhang mit § 37 Abs 4 WEG 2002

Wie bereits kurz dargestellt (vgl dazu insb die Übersichtsgrafik in Abschnitt 4.1.1) sieht das Gesetz, je nachdem, ob das Bauzustandsgutachten in den Kaufvertrag einbezogen wird („Gutachtensvariante“) oder ob dieses nicht einbezogen, die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt oder gar nicht erstellt wird („Gesetzesvariante“) unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Aus diesem Grund wird zwischen zwei alternativen Schutzmechanismen differenziert, die in den folgenden Abschnitten 5.1 und 5.2 genauer erläutert werden.

### 5.1. „Gutachtensvariante“ – Einbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag

Wird das Bauzustandsgutachten gemäß § 37 Abs 4 Satz 3 WEG 2002 in den Kaufvertrag einbezogen, „so gilt der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft (§ 922 Abs 1 ABGB)“. Welche rechtlichen Konsequenzen es hat, wenn das Bauzustandsgutachten zum Vertragsinhalt wird, wird in den folgenden Abschnitten 5.1.1 und 5.1.2 dargestellt.

#### 5.1.1. Haftung des Wohnungseigentumsorganisations

In diesem Unterkapitel soll näher beleuchtet werden, welche möglichen Haftungsansprüche dem Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator zustehen. Zu beantworten ist dabei va die Frage, ob neben Gewährleistungsansprüchen weitere Ansprüche, wie etwa Schadenersatzansprüche oder Irrtumsanfechtungsansprüche, bestehen.

##### (a) Gewährleistung

War bei Einführung der Bestimmung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 zunächst in der Lehre umstritten<sup>252</sup>, ob die Einbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag lediglich eine vorvertragliche Hinweis- und Aufklärungspflicht des Wohnungseigentumsorganisations begründet oder dieser für den im

---

<sup>252</sup> Vgl zum damaligen Meinungsstand in der Lehre Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 341 ff.



Bauzustandsgutachten befundeten Zustand wie für eine vertraglich zugesicherte Eigenschaft Gewähr zu leisten hat<sup>253</sup>, so ist aufgrund der im Rahmen des WEG 2002<sup>254</sup> eingefügten Klarstellung (vgl dazu auch die Ausführungen in Abschnitt 3.2) davon auszugehen, dass der im Bauzustandsgutachten befundene Zustand als bedungene Eigenschaft iSd § 922 ABGB gilt.<sup>255</sup> Zweifel an dieser Ansicht<sup>256</sup> wurden ausgeräumt. So heißt es in den EB zur RV 989 BlgNR XXI. GP:

*„Angesichts dieser Zweifel in der Lehre wird durch den neu eingefügten zweiten Halbsatz des zweiten Satzes der schon aus den Gesetzesmaterialien hervorleuchtende Wille des Gesetzgebers nun auch im Gesetzestext verdeutlicht: Mit der Einbeziehung des Gutachtens gilt der darin beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft im Sinn des § 922 Abs. 1 ABGB; der Wohnungseigentumsorganisator bzw. Verkäufer hat also für diesen Bauzustand Gewähr zu leisten.“*

Hierbei handelt es sich um keine sondergesetzliche Gewährleistungsbestimmung, vielmehr wird durch den Verweis an das allgemeine Gewährleistungsrecht angeknüpft.<sup>257</sup> Gewährleistungsrechtliche Ansprüche richten sich daher nach den §§ 922 ff ABGB.<sup>258</sup>

Gemäß § 922 Abs 1 S 2 ABGB haftet der Übergeber für die bedungenen (und grds auch für die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten) Eigenschaften. Ob eine Eigenschaft als bedungen gilt, ist nach Auslegung der Willenserklärungen der Vertragsparteien zu beurteilen. Hierbei gilt es zu prüfen, ob die Parteien die Eigenschaft in die vertragliche Vereinbarung einbeziehen wollten.<sup>259</sup> Welche konkreten Eigenschaften bzw welche Verwendungsmöglichkeit der versprochenen Leistung

---

<sup>253</sup> T. Hausmann, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes im Überblick, *ecolex* 1997, 336; vgl. auch *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 137.

<sup>254</sup> BGBl I 70/2002.

<sup>255</sup> Vgl auch OGH 5 Ob 159/04z= *immolex* 2005/84: „Unabhängig davon ist die Beschreibung des Bauzustandes in dem nach § 23 Abs 3 Z 4 WEG zu übergebenden Gutachten als ‚bedungene Eigenschaft‘ im Sinn des § 922 Abs 1 ABGB zu verstehen (so nun ausdrücklich § 37 Abs 4 WEG 2002).“

<sup>256</sup> Etwa Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, *ImmZ* 1997, 341 ff.

<sup>257</sup> Vgl auch zu § 6 des EAVG: Marzi, Das Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012, *wobl* 2012, 182 (188).

<sup>258</sup> Mondel in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 6 EAVG Rz 2.

<sup>259</sup> Ofner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar Band 5*<sup>5</sup> (2021) § 922 ABGB Rz 17.



unterliegt, ergibt sich demnach aus dem Vertrag.<sup>260</sup> Dabei können Qualitäten und Quantitäten eigens vereinbart sein, wie etwa durch Beschreibung des Bauzustandes in einem Gutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002.<sup>261</sup> Wenn eine ausdrückliche Zusage (bedungene Eigenschaft) vorliegt, ist irrelevant, ob es sich um eine unerhebliche Eigenschaft handelt oder ob der Verkäufer deren Fehlen erkennen konnte.<sup>262</sup> Die durch übereinstimmende Parteienerklärung ‚bedungenen‘ Eigenschaften einer Sache gehen dabei denjenigen vor, die bloß ‚gewöhnlich vorausgesetzt‘ werden.<sup>263</sup> Aus der Zusicherung konkreter Eigenschaften kann aber nicht ohne Weiteres eine über die Gewährleistung hinausgehende Übernahme der Haftung für alle Folgen eines Mangels abgeleitet werden.<sup>264</sup>

Gewährleistung ist die verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Mängel, die seine aufgrund eines Rechtsgeschäfts geschuldete Leistung bei ihrer Erbringung aufweist.<sup>265</sup> Bei unentgeltlichen Geschäften (zB Schenkung) muss keine Gewähr geleistet werden. Mit Einbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag mit dem Erwerber (Wohnungseigentumsbewerber) haftet der Verkäufer (Wohnungseigentumsorganisator) für den Inhalt des Bauzustandsgutachtens – iSe ausdrücklichen Zusage über den Zustand des Gebäudes (bedungene Eigenschaft) – verschuldensunabhängig. Dies ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien zum § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975<sup>266</sup>:

*„Der Verkäufer (Wohnungseigentumsorganisator) hat nach dieser neuen Bestimmung in Z 4 entsprechend den Regelungen des Vertragsrechts für die Beschaffenheit des Kaufobjekts einzustehen, die aus dem Inhalt des Gutachtens hervorgeht.“*

Die im Gutachten ermittelten Tatsachen und Prognosen werden somit zu Vertragsinhalten, die die Beschaffenheit des Wohnungseigentumsobjektes beschreiben und

---

<sup>260</sup> OGH 2 Ob 234/14x; 3 Ob 143/12v; 2 Ob 135/10g.

<sup>261</sup> Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 922 ABGB Rz 8.

<sup>262</sup> Ofner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Band 5<sup>5</sup> (2021) § 922 ABGB Rz 17.

<sup>263</sup> Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 16.

<sup>264</sup> OGH 5 Ob 53/12y; Hödl in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) zu § 923 ABGB Rz 9.

<sup>265</sup> Kolmasch in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015) Leistungsstörungen, S 85.

<sup>266</sup> AB zur Novelle 1997 450 BlgNR XX. GP

für die der Verkäufer nach den entsprechenden Regelungen des Vertragsrechts gewährleistetungsrechtlich einzustehen hat. Der im Gutachten erhobene Zustand gilt dabei als bedungene Eigenschaft des Gebäudes bzw seiner allgemeinen Teile.<sup>267</sup> Die Haftung des Wohnungseigentumsorganisations entspricht seinen gesetzlich definierten Gewährleistungsverpflichtungen.<sup>268</sup> Richtigerweise muss es den Vertragsparteien innerhalb der allgemeinen zivil-, verbraucherschutz- (vgl va § 9 KSchG) und wohnungseigentumsrechtlichen Grenzen (vgl va § 38 Abs 1 Z 4 WEG 2002) die weiteren gewährleistetungsrechtlichen Rechtsfolgen im Detail privatautonom auszugestalten, soweit dies den Schutzzweck von § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht aushöhlt.<sup>269</sup> ‚Negative Leistungsbeschreibungen‘ bringen so etwa die Gefahr mit sich, dass die zwingende Regelung des § 9 KSchG unterlaufen werden könnte.<sup>270</sup> Als überschießend<sup>271</sup> muss jedoch die Aussage im Judikat des OGH<sup>272</sup> bezeichnet werden, wonach *„durch die Übergabe des Gutachtens [...] ohnehin die volle Parteiendisposition gewahrt [bleibt], ob und inwieweit der Verkäufer für einen bestimmten Erhaltungszustand des Gebäudes einzustehen hat.“* Der privatautonome Gestaltungsspielraum hinsichtlich der gewährleistetungsrechtlichen Rechtsfolgen wird aufgrund des Zwecks der Bestimmung sowie der Vorgaben des WEG 2002 (hier insb auf Grund von § 38 Abs 1 Z 4 WEG 2002) und des KSchG mE nur sehr eingeschränkt sein.

Werden die allgemeinen gewährleistetungsrechtlichen Grundsätze herangezogen, so ist davon auszugehen, dass gegenüber dem einzelnen Wohnungseigentumsbewerber die Pflicht besteht, für den nicht vertragskonformen Zustand der allgemeinen Teile der Liegenschaft in vollem Umfang einzustehen. Aufgrund des Vorrangs der

<sup>267</sup> *Ofner in Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 19.

<sup>268</sup> *Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 18; *Pittl*, Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2002, 149.

<sup>269</sup> *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40; mwN *T. Hausmann*, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes im Überblick, *ecolex* 1997, 336 (*„im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen“*); *Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Die Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers im Gründungs- bzw Erwerbsstadium Rz 138.

<sup>270</sup> Vom Gesetzgeber (ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 24.) wurde festgehalten, dass auch solche Vereinbarungen unzulässig sein müssen, *„die im Ergebnis auf eine – mittelbare – Beschränkung [der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers] hinauslaufen“*.

<sup>271</sup> Vgl. *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) § 37 WEG Rz 40; zustimmend auch *Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1 Rz 138;

<sup>272</sup> OGH 5 Ob 159/04z, immolex 2005/84.

primären Gewährleistungsansprüche, namentlich Verbesserung und Austausch, wäre der Wohnungseigentumsorganisator bzw Verkäufer grundsätzlich dazu verpflichtet – da ein Austausch der allgemeinen Teile der Liegenschaft ausscheiden wird – die veräußerte Sache zu verbessern, indem er die mangelhaften Teile in den vertraglich bedungenen Zustand versetzt. Diese Ansicht wird jedoch abgelehnt.<sup>273</sup> Hinsichtlich des Inhalts bzw des Umfangs des Gewährleistungsanspruches geht die hL davon aus, dass die Verpflichtung des Verkäufers, für den bedungenen Zustand des Gebäudes bzw den Inhalt des Gutachtens einzustehen, nicht in der physischen Verbesserung besteht, sondern im anteiligen Ersatz des Aufwandes.<sup>274</sup> Dh, der Wohnungseigentumsorganisator haftet nur für jene Kosten des Erwerbers, die diesen bei Vornahme der Reparatur bzw der Erhaltungsarbeiten anteilig treffen, egal ob sie der Reparaturrücklage entnommen oder von den Wohnungseigentümern direkt finanziert werden.<sup>275</sup> *Vonkilch*<sup>276</sup> begründet diese Auffassung damit, dass „*bei Geltendmachung der primären Gewährleistungsbeihilfe und deren unmodifizierter Erfüllung [dies] zu dem Ergebnis führen [könnte], dass indirekt auch die übrigen Wohnungseigentümer in den Genuss der vom einzelnen gegen den WE-Organisator geltend gemachten Ansprüche gelangen könnten.*“ Um ein „Trittbrettfahren“<sup>277</sup> von anderen Wohnungseigentümern zu vermeiden, trifft den Wohnungseigentumsorganisator daher nur die Pflicht zum anteiligen Kostenersatz, die seinem Vertragspartner (Wohnungseigentumsbewerber) durch die Verbesserung angefallen sind. *Dirnbacher* nennt in diesem Zusammenhang den Begriff der „*Schadloshaltung*“<sup>278</sup> des Käufers, was aber nicht derart missverstanden werden darf, dass diese Ersatzpflicht Inhalt eines Schadenersatzanspruches ist.

---

<sup>273</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44; *Kulka*, *Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002*, wobl 2012, 374 (376); *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel 1, Rz 156.

<sup>274</sup> *Würth/Zingher/Kovanyi*, *Miet- und Wohnrecht II*<sup>23</sup> § 37 WEG (2015) Rz 16; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et al* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht II* § 37 WEG (2018) Rz 20; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44; *Kulka*, *Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002*, wobl 2012, 374 (376).

<sup>275</sup> *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 23.

<sup>276</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44.

<sup>277</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44. Vgl. auch *Männl*, *Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers*, wobl 2020, 161 (162); *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 23.

<sup>278</sup> *Dirnbacher*, *WEG idF WRN 2009: Das Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Wohnrechtsnovelle 2009* (2010) 440.

Kulka<sup>279</sup> schließt sich im Ergebnis der obenstehenden Ansicht an, argumentiert diesbezüglich jedoch wie folgt:

*„Die Zahlung dieser Beträge kann man nämlich auch als den primären Gewährleistungsbehelf der Verbesserung qualifizieren. Da die physische Verbesserung der allgemeinen Teile durch den Verkäufer nicht in Frage kommt, kann eine Verbesserung des geschuldeten Kaufgegenstandes darin bestehen, die mit dessen Innehabung verbundenen Lasten – gleichsam wie bei einem Rechtsmangel – auszugleichen. Der Verkäufer verbessert, indem er die den Käufer treffenden anteiligen Kosten der physischen Verbesserung trägt.“*

ME ist der Ansicht der hL zum Umfang der Gewährleistungspflicht zu folgen.<sup>280</sup> Der Wohnungseigentumsorganisator sollte nämlich nur zur Kostenersatzpflicht jener Maßnahmen verpflichtet werden, die auf seinen Vertragspartner entfallen; nur dieser ist vom Schutzbereich des § 37 Abs 4 WEG 2002 umfasst (Individualanspruch des Wohnungseigentümers gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator<sup>281</sup>). Aus Sicht des Wohnungseigentumsorganisationsorgans wäre es unbillig, wenn andere Wohnungseigentümer mitpartizipieren würden, obwohl die Gewährleistungsansprüche in erster Linie dazu dienen, den Erwerber an sich mängelfrei zu stellen. Dies geht allerdings zu Lasten des grundsätzlichen ‚Wahlrechts‘ des Erwerbers, welchen Gewährleistungsbehelf er in Anspruch nehmen will. Insb vor dem Hintergrund des § 38 Abs 1 Z 4 WEG 2002, in dem eine Beschränkung der aus den §§ 922-924, 932 und 933 ABGB (Gewährleistungsrecht) erfließenden Rechte für unwirksam erklärt werden, ist die Ansicht der hL diesbezüglich als durchaus nicht unkritisch anzusehen.

Aufgrund der sowohl zwingend aktiven als auch passiven Korrealität zwischen mehreren Wohnungseigentumsorganisatoren<sup>282</sup> sind sämtliche

<sup>279</sup> Kulka, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (376).

<sup>280</sup> Vgl krit dazu Fink/Seeber-Grimm/Seeber, Geltendmachung von Rechten aus Gewährleistung und Schadenersatz an Wohnungseigentumsobjekten, ZRB 2021, 14.

<sup>281</sup> Vgl. dazu auch AB 450 BlgNR XX. GP; siehe dazu auch unter Abschnitt 3.2.

<sup>282</sup> Vgl dazu Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) Vor §§ 37-44Rz 28.

Wohnungseigentumsorganisatoren als (gewährleistungsrechtlich) passiv legitimiert anzusehen.<sup>283</sup> In Bezug auf die Abtretbarkeit der Gewährleistungsansprüche nach § 37 Abs 4 WEG 2002 ist festzuhalten, dass diese vom ursprünglichen Wohnungseigentümer durch Zession an den Erwerber eines Wohnungseigentumsobjektes abgetreten werden können, wenn Letzterer daran ein gerechtfertigtes Interesse hat, zB weil er als nunmehriger Eigentümer das Wohnungseigentum von einem Dritten erworben hat, dem kein Gutachten iSv § 37 Abs 4 WEG übergeben wurde.<sup>284</sup>

Hinsichtlich der Fristen zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nach § 37 Abs 4 WEG 2002 wird in der Lehre<sup>285</sup>, sowohl für die ‚Gutachtensvariante‘ als auch die ‚Gesetzesvariante‘ (vgl dazu auch Abschnitt 5.2.1(a)), die Ansicht vertreten, dass von einer Modifikation der Gewährleistungsfrist des § 933 Abs 1 ABGB (für unbewegliche Sachen drei Jahre ab Übergabe) auszugehen ist. Demzufolge ist ein Erwerber dazu berechtigt, Ansprüche gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 stets innerhalb von drei Jahren *ab jenem Zeitpunkt* geltend zu machen, an dem sich innerhalb des Zeitraums von zehn Jahren für ihn Mängel bzw größere Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestieren.<sup>286</sup> Sowohl *Kulka*<sup>287</sup> als auch *Vonkilch*<sup>288</sup> sind der Ansicht, dass die Modifikation der allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen – ungeachtet der Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm – bereits deshalb gerechtfertigt sei, da bei der Zusage besonderer (bedungener) Eigenschaften deren mangelfreies Vorliegen während der gesetzlichen Gewährleistungsfrist nicht überprüft werden kann. Gestützt wird diese Ansicht insb durch den Verweis auf die Rsp des OGH<sup>289</sup>, wonach der Fristbeginn der dreijährigen Verjährungsfrist des § 933 ABGB bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, deren

---

<sup>283</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (372); *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 45. aA etwa *Palten*, *Wohnungseigentumsrecht. Erläuterung und Rechtsprechung*<sup>2</sup> (1997) Rz 259a.

<sup>284</sup> *Kolmasch*, Gewährleistung beim Verkauf von Altbau-Eigentumswohnungen, ZAK 2019, 137.

*Kepplinger* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), *ABGB Taschenkommentar*<sup>5</sup> (2020) zu § 1393 ABGB Rz 8.

<sup>285</sup> Vgl. etwa *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht - WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 46a; *Kulka*, *Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002*, wobl 2012, 374 (376).

*Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 26

<sup>286</sup> *Riedl* in *Stabentheiner/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht 2022 Band 2* (2022) 229.

<sup>287</sup> *Kulka*, *Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002*, wobl 2012, 374 (376).

<sup>288</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 46a.

<sup>289</sup> OGH 5 Ob 53/12y = ZRB 2012, 210 (210); 5 Ob 404/96.

Nichtvorliegen erst in späterer Zeit erkannt wird, auf den Zeitpunkt der Mangelerkennbarkeit hinausgeschoben wird.<sup>290</sup> Diesfalls beginnt der Fristenlauf erst ab der sicheren Erkennbarkeit des Fehlens dieser Eigenschaft.<sup>291</sup> Es wird diesbezüglich als Begründung angeführt, dass mit der vertraglichen Zusage einer erst später feststellbaren Eigenschaft die stillschweigende Vereinbarung verbunden ist, den Fristbeginn abweichend vom dispositiven Recht zu verzögern.<sup>292</sup>

Auch der OGH schloss sich obenstehender Auffassung hinsichtlich der Frist zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nach § 37 Abs 4 WEG 2002 an<sup>293</sup>:

*„§ 37 Abs 4 WEG ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die Notwendigkeit größerer Erhaltungsarbeiten uU erst mit einer deutlichen Verzögerung manifestiert. Diese Ratio des Gesetzes erfordert, dass die dreijährige Gewährleistungsfrist erst zu dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem sich – innerhalb von zehn Jahren – für den Erwerber die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens bzw die Erforderlichkeit von ‚größeren‘ Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestiert. Aus diesem Grund kann nicht auf den Zeitpunkt der Übergabe abgestellt werden.“*

*Kulka*<sup>294</sup> verweist darauf, dass die allgemein akzeptierte Auffassung, § 37 Abs 4 WEG 2002 normiere eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf zehn Jahre, nicht korrekt sei. Vielmehr gelte die allgemeine Frist des § 933 ABGB, die einsetzt, sobald die Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten objektiv erkennbar ist. Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der zitierten Entscheidung des OGH, der eine dreijährige Gewährleistungspflicht nennt. Als Zeitpunkt, an dem ein Defizit ‚objektiv erkennbar‘ wird, fasst *Kulka* jenen Moment auf, in dem sich ein bestimmter Mangel durch Einwirkungen auf die Liegenschaft manifestiert, sodass *„objektive Hinweise existieren, dass die Sanierung durch größere Erhaltungsarbeiten*

---

<sup>290</sup> Vgl. auch *Wenusch*, Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer, ZRB 2018, 13 (13)

<sup>291</sup> *Hödl* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) zu § 933 ABGB Rz 9;

<sup>292</sup> *Hödl* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) zu § 933 ABGB Rz 9 mwN OGH 4 Ob 202/16h; 7 Ob 604/82.

<sup>293</sup> *Prader*, WEG<sup>6,00</sup> § 37 (2022) E 22; OGH 6 Ob 56/16b.

<sup>294</sup> *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (378).



*erforderlich ist*<sup>295</sup>; dies sei der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist. Ob der konkrete Gewährleistungsberechtigte subjektiv dazu in der Lage ist, die Notwendigkeit der Erhaltungsarbeiten zu erkennen, spiele indes keine Rolle.<sup>296</sup>

## (b) Schadenersatz

Inwiefern sich aus der Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 weitere Ansprüche, wie etwa Schadenersatzansprüche oder Irrtumsanfechtungsansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator, ableiten lassen, ist umstritten bzw bisher durch die Rsp – soweit ersichtlich – nicht judiziert. *Pittl*<sup>297</sup> und *Männl*<sup>298</sup> sind diesbezüglich der Ansicht, dass sich weder aus dem Wortlaut des § 37 Abs 4 WEG 2002 noch aus dem Verweis auf § 922 ABGB oder den Materialien und dem Zweck des Gesetzes ableiten lasse, dass dem Wohnungseigentumsbewerber *ausschließlich* Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator zustehen können.

Dies ist mE richtig. Insb die Rechte aus der Gewährleistung und der Mangelschadenersatz nach § 933a ABGB sind eng verwandt. Der im Zuge des GewRÄG<sup>299</sup> eingefügte § 933a Abs 1 ABGB regelt als *lex specialis*, die den §§ 1295 ff ABGB vorgeht, explizit, dass der Übergeber einer Sache – neben den Rechten aus der Gewährleistung– auch Schadenersatz zu leisten hat, wenn er den Mangel verschuldet hat (Parallelität von Gewährleistung und Schadenersatz; Grundsatz der vollen Konkurrenz<sup>300</sup>). Durch die Vorlage eines Gutachtens gilt ein bestimmter Vertragsinhalt (als bedungene Eigenschaft iSd § 922 ABGB) vereinbart. Stellen sich nun im Nachhinein notwendige Erhaltungsarbeiten heraus, die in dem Gutachten nicht angeführt sind, so liegt ein Mangel vor (= Abweichen des tatsächlichen Zustandes vom vertraglich Geschuldeten). Ebenso liegt damit ein Schaden am Vermögen des Käufers (Wohnungseigentumsbewerbers) unzweifelhaft vor, da die übergebene mangelhafte Sache (diesfalls allgemeine Teile des Hauses, wie zB ein schadhafte

---

<sup>295</sup> *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (378).

<sup>296</sup> *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (378). Mit dem zusätzlichen Verweis, dass sich der Wohnungseigentümer die Kenntnisse und Erfahrungen des Verwalters zurechnen lassen müsse.

<sup>297</sup> *Pittl*, Wohnungseigentumsrecht Kap 4 (2021) Rz 4.11.

<sup>298</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (162).

<sup>299</sup> Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2001/48.

<sup>300</sup> RIS-Justiz RS0122651.



Dach) reparaturbedürftig ist und Mängelbehebungs- bzw Sanierungskosten anfallen.

In weiterer Folge gilt es, für einen möglichen Schadenersatzanspruch des Wohnungseigentumsbewerbers, die Kausalität der Schadenszufügung durch den verkaufenden Wohnungseigentumsorganisator und die Rechtswidrigkeit als weitere Voraussetzungen zu prüfen. § 933a ABGB findet grundsätzlich nur dann Anwendung, wenn der Übergeber den Mangel verschuldet hat. Wurden dem das Bauzustandsgutachten anfertigenden Sachverständigen etwa Unterlagen oder Informationen, aus denen sich auf notwendige Erhaltungsmaßnahmen schließen lassen könnte (bspw eindeutige Hinweise auf ein schadhaftes Dach aus früheren Untersuchungen, die aber für den Gutachter ohne Zerstörung der Bausubstanz nicht erkennbar waren), durch den Wohnungseigentumsorganisator (fahrlässig) nicht übergeben, oder hätte sich der Wohnungseigentumsorganisator – bei Vorliegen von Anhaltspunkten – leicht Kenntnis<sup>301</sup> über die Notwendigkeit von weiteren erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen verschaffen können (zB durch die Beauftragung weiterer, detaillierterer Untersuchungen), so lässt sich durchaus ein sorgfaltswidriges (rechtswidriges) und vorwerfbares Verhalten des Wohnungseigentumsorganisations argumentieren. Hierbei handle es sich um eine Verletzung von Sorgfalts-, Informations- und Aufklärungspflichten,<sup>302</sup> der Wohnungseigentumsbewerber wird dadurch nicht über drohende finanzielle Verbindlichkeiten aufgeklärt. Das gebotene Tun des Wohnungseigentumsorganisations bestünde in der Zurverfügungstellung aller relevanten Informationen und Unterlagen an den Gutachter. Dieses Gutachten dient schließlich dem Erwerber – so zumindest die gesetzliche Intention – als Informationsbasis, die er seiner Kaufentscheidung zu Grunde legt.

Für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches kann sich aber ein Problem auf der Ebene der Kausalität ergeben. Das Fehlen von notwendigen

---

<sup>301</sup> An Wohnungseigentumsorganisations wird oftmals ein subjektiver Beurteilungsmaßstab anzulegen sein – vgl dazu auch die Entscheidungen OGH 9 Ob 98/06m, 2 Ob 185/10k in denen die Judikatur die Sachverständigenhaftung des § 1299 ABGB auf verschiedenste Berufsfelder, wie zB Architekten oder planende Baumeister sowie sonstige im Bauwesen zusammenarbeitende Unternehmen ausgeweitet hat (vgl hierzu auch die weite Definition des Wohnungseigentumsorganisations, wonach solche Berufsgruppen oftmals als Wohnungseigentumsorganisations auftreten).

<sup>302</sup> Vgl *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (164); *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (375).

Informationen bzw vorwerfbare, unzureichende Aufklärung über Erhaltungsarbeiten ist nicht kausal für den damit im Zusammenhang stehenden Beseitigungsaufwand. Wie *Kulka*<sup>303</sup> zu dieser Thematik ausführt, werden die Erhaltungsmaßnahmen auch dann (unabhängig) erforderlich, selbst wenn diese ordnungsgemäß im Gutachten angeführt worden wären (Conditio-sine-qua-non-Formel). Die Notwendigkeit der Durchführung von Erhaltungsarbeiten bestünde sowohl bei Aufklärung als auch bei Nichtaufklärung durch den Wohnungseigentumsorganisator. *Kulkas* Ansicht nach könnte der Käufer diesfalls nur einen Schaden in Höhe jenes Betrages geltend machen, den der Käufer in Kenntnis des Mangels weniger an Kaufpreis für das Objekt bezahlt hätte.<sup>304</sup> Die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis und jenem, den der Käufer bei richtiger und vollständiger Information bereit gewesen wäre zu zahlen, wird seiner Argumentation zufolge oftmals nicht jenem Betrag entsprechen, den der Käufer anteilig für die Durchführung der zusätzlichen Erhaltungsarbeit zu leisten hat. Aufgrund dieses Verständnisses und der mangelnden Kausalität wird der Schadenersatzanspruch als unzulänglich angesehen und verneint.<sup>305</sup>

Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass die Rechtswidrigkeit auch darin liegen kann, dass die Leistung des Wohnungseigentumsorganisations bzw Verkäufers vom vertraglich vereinbarten Inhalt abweicht und sohin ein Zustand des Hauses vorliegt, der in absehbarer Zeit notwendige Erhaltungsarbeiten erfordert. Das Verschulden des Wohnungseigentumsorganisations liegt dann va darin, dass er diesen Mangel schuldhaft nicht beseitigt hat.<sup>306</sup> Die Ersatzpflicht folgt also aus der verschuldeten Schlechtleistung.<sup>307</sup> Zu prüfen ist demnach ein Schadenersatzanspruch infolge Nichterfüllung vertraglicher Leistungspflichten. Dies setzt im Fall der ‚Gutachtensvariante‘ – wie bereits oben ausgeführt – voraus, dass der Wohnungseigentumsorganisator sorgfaltswidrig gehandelt hat und dem Gutachter etwa

---

<sup>303</sup> *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (375).

<sup>304</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers wobl 2020, 161 (164) unter Bezugnahme auf *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (376).

<sup>305</sup> *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (375).

<sup>306</sup> Vgl *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (165) mwN *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 933a ABGB Rz 2; ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP; *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 933a ABGB Rz 2; RIS-Justiz RS0122651.

<sup>307</sup> OGH 1 Ob 184/12h = JBl 2013, 510 (510).

relevante Unterlagen (fahrlässig) nicht übergeben hat, oder der Wohnungseigentumsorganisator sich – bei Vorliegen von entsprechenden Anhaltspunkten – leicht Kenntnis über die Notwendigkeit von (weiteren) erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen verschaffen hätte können. Der Wohnungseigentumsorganisator haftet somit, wenn er bei Abgabe des Leistungsversprechens wusste oder wissen musste, dass er nicht auf die vertraglich bedungene Weise werde leisten können. Wenn nun eine Abweichung vom vertraglich Geschuldeten vorliegt und auch auf Verschuldensebene ein dem Wohnungseigentumsorganisator vorwerfbares Verhalten vorliegt, kann der Wohnungseigentumsbewerber den Nichterfüllungsschaden (positives Vertragsinteresse, Erfüllungsinteresse – §§ 918, 920, 921 ABGB) begehren. Darunter versteht der OGH<sup>308</sup> – unter Berufung auf *Reischauer*<sup>309</sup> – „den Nachteil, den der Gläubiger dadurch erfährt, dass seine Forderung entweder überhaupt nicht, nicht zur gehörigen Zeit, nicht am gehörigen Ort oder gegen die bedungene Weise erfüllt wird. Der Nichterfüllungsschaden umfasst alles, was der Gläubiger hätte, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Der Gläubiger ist also so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.“

*Männl*<sup>310</sup> argumentiert diesbezüglich zu § 37 Abs 4 WEG 2002, dass bei einem ursprünglich unbehebbareren Mangel dem Wohnungseigentumsbewerber nicht das Erfüllungsinteresse, sondern lediglich der Vertrauensschaden zustehe. Es gilt jedoch mE auch folgende Überlegungen zu berücksichtigen: Kann bspw ein Sachmangel bis zur Fälligkeit nicht behoben werden und liegt somit ein behebbares anfängliches Leistungshindernis vor, so handelt es sich um einen Fall der anfänglichen Unmöglichkeit rechtzeitiger ordnungsgemäßer Erbringung der Leistung.<sup>311</sup> Die Frage, ob bei anfänglicher Unmöglichkeit auch eine Haftung des Schuldners auch auf das Erfüllungsinteresse gibt, ist umstritten und Gegenstand zahlreicher – auch unlängst geführter – Diskurse.<sup>312</sup> Der OGH hat diesbezüglich in einer kürzlich ergangenen Entscheidung<sup>313</sup> jedoch deutlich die Position eingenommen, dass auch bei anfänglicher

---

<sup>308</sup> Vgl ua OGH 6 Ob 47/20k;

<sup>309</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1293 (2007) Rz 13.

<sup>310</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (165).

<sup>311</sup> *Reischauer*, Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses bei anfänglicher Unmöglichkeit – eine Replik, JBl 2022, 560 (566).

<sup>312</sup> Einen Überblick dazu liefernd etwa *Vonkilch*, Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit, die Rechtswissenschaft und das ABGB, Zak 2021/407 (228).

<sup>313</sup> OGH 6 Ob 47/20k.

‚schlichter‘ Unmöglichkeit bei sorgfaltswidriger Abgabe des Leistungsversprechens der Schuldner für das Erfüllungsinteresse hafte. Auch in der hL wird dies entsprechend angenommen.<sup>314</sup> Der Schuldner hat demzufolge dem Gläubiger das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, wenn er nicht den Beweis erbringt, dass er das schon bei Vertragsabschluss bestehende Hindernis weder kannte noch kennen musste, noch (aufgrund der konkreten Umstände) ernsthaft in Betracht ziehen musste.<sup>315</sup> Der Ansicht der hL ist mE zu folgen. Insb der Begründung *Vonkilchs*<sup>316</sup> für die Richtigkeit dieses Ergebnisses, ist Beachtung zu schenken. *Vonkilch* verweist auf die bereits durch die Urfassung des ABGB in diese Richtung getroffene Wertungsentscheidung. Das ABGB statuiere seiner Ansicht nach in § 1119 Alt 1 eine Haftung des Bestandgebers für die anfängliche Unmöglichkeit einer vertragsgemäßen Erfüllung.<sup>317</sup> Nach *Vonkilch*<sup>318</sup> stehe das Leistungsversprechen des Bestandgebers „in seiner Qualität bzw Dignität jenem zB des Werkunternehmers oder des Verkäufers in nichts nach“. Insofern wird iZm § 37 Abs 4 WEG 2002 von einer schadenersatzrechtlichen Haftung des Wohnungseigentumsorganisations auf das Erfüllungsinteresse in dem oben beschriebenen Fall ausgehen werden können.

Für die Verjährung des Mangelschadenersatzanspruches nach § 933a ABGB gilt grundsätzlich die Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB. Der Anspruch verjährt diesfalls in drei Jahren ab Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen (Schaden, Schädiger, Kausalzusammenhang und verschuldensbegründende Umstände), längstens aber nach dreißig Jahren ab der schädigenden Handlung (Übergabe des mangelhaften Leistungsgegenstandes).<sup>319</sup> Von diesen allgemeinen Grundsätzen der Verjährung von Ansprüchen nach § 933a ABGB in Hinblick auf § 37 Abs 4 WEG 2002 abzuweichen, besteht mE kein Grund. Zu beachten gilt weiters, dass bei einem Schadenersatzanspruch infolge von Nichterfüllung vertraglicher

---

<sup>314</sup> Zur Übersicht über den Meinungsstand *Reischauer*, Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses, JBl 2022, 560 (561).

<sup>315</sup> *Reischauer*, Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses, JBl 2022, 560 (561) mwN *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 920 (2018) Rz 175 ff, 229 ff und 231 sowie § 933a Rz 183 ff und 235.

<sup>316</sup> *Vonkilch*, Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit, Zak 2021/407 (230).

<sup>317</sup> „Wenn dem Vermieter die Nothwendigkeit der neuen Bauführung schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages bekannt seyn mußte [...] so muß dem Miether für den vermiften Gebrauch eine angemessene Entschädigung geleistet werden.“

<sup>318</sup> *Vonkilch*, Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit, Zak 2021/407 (230).

<sup>319</sup> *Schopper*, Verkürzung der Verjährungsfrist beim Ersatz des Mangelschadens nach § 933a ABGB, ZRB 2017, 53 (54).

Leistungspflichten eine Beweislastumkehr zu Lasten des verkaufenden Wohnungsorganisations besteht (Verschuldensvermutung des § 1298 ABGB).<sup>320</sup>

### (c) Irrtum

Ein weiterer Ansatzpunkt für Ansprüche des Wohnungseigentümbewerbers gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisations auf Grund von § 37 Abs 4 WEG 2002 wegen eines unrichtigen bzw fehlerhaften Gutachtens, ergibt sich auch aus dem Irrtumsrecht.

Als Irrtum wird eine unrichtige (oder mangelnde) Vorstellung von der Wirklichkeit bezeichnet.<sup>321</sup> Voraussetzungen für die Anfechtung/Anpassung wegen Irrtums sind ein beachtlicher, für den Vertragsschluss kausaler Irrtum, der vom anderen Teil veranlasst wurde, diesem offenbar auffallen musste oder rechtzeitig aufgeklärt wurde, oder (nach stRsp auch) ein gemeinsamer Irrtum sowie Wesentlichkeit bzw Unwesentlichkeit des Irrtums.<sup>322</sup>

Ein Irrtum gilt dann als ‚beachtlich‘, wenn er für den Vertrag kausal war, also bei Kenntnis der wahren Umstände der Vertrag gar nicht oder anders geschlossen worden wäre.<sup>323</sup> Daher ist ein Willensmangel gefordert, der bei Abgabe der Erklärung vorliegen muss.<sup>324</sup> Beachtlich sind bei entgeltlichen Geschäften – wie eben einem Kaufvertrag eines Wohnungseigentumsorganisations mit einem Wohnungseigentümbewerber über ein Wohnungseigentumsobjekt im ‚Althaus‘ – jedoch nur ein Erklärungsirrtum oder ein Geschäftsirrtum.<sup>325</sup> Ein Erklärungsirrtum ist gegeben, *„wenn der Erklärende meint, etwas anderes auszudrücken als er tatsächlich erklärt, er also schon über die (objektive) Bedeutung der Erklärung irrt“*.<sup>326</sup> Der

---

<sup>320</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentümbewerbers, wobl 2020, 161 (165); OGH 8 Ob 12/05f mwN.

<sup>321</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 871 (2014) Rz 3; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 4.

<sup>322</sup> *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 871 ABGB Rz 5; *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu §871 ABGB Rz 1.

<sup>323</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0016262; *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 871 ABGB Rz 3.

<sup>324</sup> *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 871 ABGB Rz 3; OGH 7 Ob 246/74.

<sup>325</sup> *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 871 ABGB Rz 7;

<sup>326</sup> *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 871 ABGB Rz 5 mwN OGH 1 Ob 606/88; 3 Ob 564/94; vgl. auch *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 871 ABGB Rz 8.

Geschäftsirrtum, auf dem in diesem Abschnitt der vorliegenden Arbeit der Fokus liegt, ist hingegen ein Irrtum über die Art des Geschäfts, den Leistungsgegenstand bzw dessen Beschaffenheit oder eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft (oder Identität) der Person des Geschäftspartners, also über Punkte, die zum Inhalt des Vertrages zählen.<sup>327</sup> Ein Motivirrtum – damit wird eine Fehlvorstellung über einen Umstand, der außerhalb des Geschäfts liegt und daher ausschließlich zum Risikobereich des Irrenden gehört, bezeichnet – gilt demgegenüber nur dann als beachtlich, wenn der Vertragspartner wegen Arglist besonders schutzunwürdig ist (§ 870 ABGB) oder keine Gegenleistung erbringt.<sup>328</sup>

Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, gilt nach § 871 Abs 2 ABGB immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages, dh immer als Geschäftsirrtum. Durch den Inhalt des Bauzustandsgutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 und dessen Einbeziehung in den Kaufvertrag wird der darin beschriebene Zustand zum vertraglich Vereinbarten. Werden nun in „*absehbarer Zeit*“<sup>329</sup> Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses notwendig, über die das Gutachten nicht oder nicht vollständig informiert hat, liegt ein Geschäftsirrtum vor.<sup>330</sup> Dieser Irrtum wird zumeist auch beachtlich sein, da der Käufer den Kaufvertrag in Kenntnis der zusätzlichen Kosten der notwendigen Erhaltungsarbeiten vermutlich anders geschlossen hätte (zB durch Einpreisung bzw Einwertung zusätzlicher Sanierungskosten). Gerade durch die Einbeziehung der gutachterlichen Erhebungen versucht der Gesetzgeber Willensmängel hinsichtlich des Kaufentschlusses und der Preisbildung hintanzuhalten.<sup>331</sup>

In einem nächsten Schritt ist die Veranlassung des Irrtums zu prüfen. Unter der Veranlassung ist adäquate Verursachung zu verstehen.<sup>332</sup> Eine Veranlassung ist dann gegeben, wenn der Irrtum entweder aktiv (durch eine aktive Handlung) oder passiv (durch ein Unterlassen einer gebotenen, verkehrüblichen Aufklärung)

---

<sup>327</sup> Riedler in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Band 5<sup>5</sup> (2021) § 871 ABGB Rz 12.

<sup>328</sup> § 901 S 3 iVm § 572 ABGB.

<sup>329</sup> § 37 Abs 4 Satz 1 WEG 2002.

<sup>330</sup> Vgl dazu auch *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentümers, wobl 2020, 161 (165).

<sup>331</sup> *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et al* GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 19.

<sup>332</sup> RIS-Justiz RS0016195; *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 871 ABGB Rz 14.



verursacht wird.<sup>333</sup> Eines Verschuldens bedarf es dazu nicht.<sup>334</sup> Wesentlich ist, dass der Vertragspartner derart zur Entstehung des Irrtums beigetragen hat, dass sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung nicht schutzwürdig erscheint.<sup>335</sup> Ein ‚verkehrswidriges‘ Verhalten liegt bereits dann vor, wenn unrichtige Informationen gegeben oder die gebotene Aufklärung, die der Irrende nach den Grundsätzen des Verkehrs erwarten durfte, unterlassen wurde.<sup>336</sup> Im vorvertraglichen Schuldverhältnis hat der Verkäufer den Kaufinteressenten ua über die Beschaffenheit des in Aussicht genommenen Leistungsgegenstandes aufzuklären.<sup>337</sup> Dieses Aufklärungs- und Informationserfordernis wird durch das WEG 2002 in § 37 Abs 4 ausdrücklich festgelegt, da das Gutachten den Bauzustand der allgemeinen Teile zu dokumentieren und den Erwerber insb über in absehbarer Zeit notwendige Erhaltungsarbeiten informieren muss. Ein fehlerhaftes Gutachten, in dem bspw zusätzliche, notwendige Erhaltungsarbeiten am Gebäude nicht angeführt sind, kann als irrtumsveranlassend angesehen werden. Zugunsten einer Anfechtungsmöglichkeit des Wohnungseigentumsbewerbers wird also, wenn das Bauzustandsgutachten gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 derart fehlerhaft (insbesondere inhaltlich unrichtig oder unvollständig) ist, zu entscheiden sein, ob selbst die genaue Durchsicht des Gutachtens nach Lage der Dinge den konkreten Irrtum nicht verhindert hätte.<sup>338</sup> Der Irrtum eines Vertragspartners als Folge einer Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch den anderen ist als ein vom Aufklärungspflichtigen beim Vertragspartner veranlasster Geschäftsirrtum anzusehen.<sup>339</sup> Das durch den Wohnungseigentumsorganisator übergebene fehlerhafte Bauzustandsgutachten führt den Irrtum über die Eigenschaft des Kaufgegenstandes, nämlich dem Erfordernis von (zusätzlichen) in absehbarer Zeit notwendigen Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses, herbei.

---

<sup>333</sup> Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 46.

<sup>334</sup> Rauter in Pfeffer/Rauter, Handbuch Kunstrecht<sup>2</sup> 14. Kapitel (2020) Rz 14.96.

<sup>335</sup> Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 871 (2014) Rz 3; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 44.

<sup>336</sup> Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 44/1; P. Bydlinski, Die Irrtumsanfechtung von Spekulations- und Vermögensanlagegeschäften, ÖBA 2010, 646 (648 f).

<sup>337</sup> OGH 1 Ob 183/00v.

<sup>338</sup> Vgl dazu auch P. Bydlinski, Die Irrtumsanfechtung, ÖBA 2010, 646 (648 f).

<sup>339</sup> OGH 4 Ob 44/97t, immolex 1997/134.



Eine alternative Anfechtungsmöglichkeit besteht dann, wenn der Irrtum dem Vertragspartner des Irrenden *auffallen muss*, dh wenn er für diesen bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt erkennbar war oder der Vertragspartner wenigstens Verdacht hätte schöpfen müssen.<sup>340</sup> Dabei ist es irrelevant, ob der Irrtum dem Irrenden selbst hätte auffallen müssen.<sup>341</sup> Ein Verschulden des Anfechtungsgegners im (subjektiven) Sinn ist ebenfalls nicht entscheidend; vielmehr kommt es auf die objektive Erkennbarkeit des Irrtums an.<sup>342</sup> Von einem professionellen Projektentwickler, bei dem es sich in der Praxis oftmals um den abverkaufenden Wohnungseigentumsorganisator handeln wird, kann idR erwartet werden, dass ihm der Irrtum des Wohnungseigentumsbewerbers über die Notwendigkeit der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen auffällt.

Durch das Vorliegen der zuvor beschriebenen Voraussetzungen erscheint daher mE auch eine Anfechtung wegen Irrtum durch den kaufenden Wohnungseigentumsbewerber denkbar, wenn ein fehlerhaftes, dh inhaltlich unrichtiges oder unvollständiges Bauzustandsgutachten in den Kaufvertrag miteinbezogen bzw diesem zu Grunde gelegt wurde. Ob der Irrtum als wesentlich oder unwesentlich klassifiziert wird, hängt dabei vermutlich stark von den Kosten der notwendigen Erhaltungsarbeiten, die im Gutachten nicht abgebildet sind, ab. Der Irrtum gilt als wesentlich, wenn der Käufer das Geschäft ohne diesen nicht abgeschlossen hätte; als unwesentlich gilt er, wenn das Geschäft mit einem anderem Inhalt (zB zu einem niedrigeren Kaufpreis) zustande gekommen wäre.<sup>343</sup> Die Beurteilung, ob ein Irrtum wesentlich ist, erfolgt primär nach dem tatsächlichen, sekundär nach dem hypothetischen Parteiwillen der konkreten Parteien.<sup>344</sup> Die Unterscheidung ist dabei deshalb von Relevanz, weil nur bei einem wesentlichen Irrtum die Aufhebung des gesamten Vertrages begehrt werden kann. Ist der Irrtum (für beide Parteien) unwesentlich,

---

<sup>340</sup> Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 49. OGH 3 Ob 131/66, EvBl 1967/218; 7 Ob 671/78, SZ 51/144; 1 Ob 608/84, MietSlg 36.078; *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 871 (2014) Rz 24.

<sup>341</sup> OGH 7 Ob 671/78, SZ 51/144; OGH 8 ObA 34/05 s, JBl 2006, 331.

<sup>342</sup> Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 50.

<sup>343</sup> Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 58; mwN OGH 1 Ob 197/75, SZ 48/112; 1 Ob 617/95, ÖBA 1996/547; 9 Ob 247/02 t, JBl 2003, 573; ua.

<sup>344</sup> Riedler in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Band 5<sup>5</sup> (2021) § 872 ABGB Rz 2.

berechtigt er hingegen zur Anpassung des Vertrages.<sup>345</sup> Der Irrrende hat zwischen diesen Behelfen grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit.<sup>346</sup>

Hinsichtlich der Verjährungsfrist gilt es zu beachten, dass das Recht zur Anfechtung von Verträgen wegen Irrtums gemäß § 1487 ABGB in drei Jahren ab Vertragsabschluss verjährt<sup>347</sup>, auch wenn der Irrtum erst später aufgeklärt wurde<sup>348</sup>.

#### (d) List

Für den Fall, dass der Wohnungseigentumsorganisator Kenntnis über weitere notwendige Erhaltungsmaßnahmen hat und dieser den Käufer bewusst (rechtswidrig und vorsätzlich) über anstehende Erhaltungsarbeiten getäuscht hat (etwa, wenn dem Gutachter und – in weiterer Folge – dem Käufer Tatsachen absichtlich verschwiegen wurden), so sind auch Ansprüche des Käufers auf Anfechtung/Anpassung des Vertrages nach § 870 ABGB (List) denkbar.<sup>349</sup> Dies setzt jedoch, wie bereits ausgeführt, die aktive Kenntnis des Wohnungseigentumsorganisationsorgans voraus, andernfalls sind die Ansprüche wegen listiger Täuschung zu verneinen.

#### 5.1.2. Haftung des Sachverständigen/Bauzustandsgutachters

Erweist sich der Inhalt eines Bauzustandsgutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 als unrichtig, etwa weil der Sachverständige (schuldhaft) eine unzureichende oder ‚schlampige‘ Befundung der allgemeinen Teile der Liegenschaft durchgeführt hat und deswegen notwendige Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses unberücksichtigt geblieben sind, kann sich uU eine Haftung des Sachverständigen ergeben. Schadensverursachend kann eine unrichtige Auskunft (schadensstiftende Fehlauskunft) in einem Gutachten *va* dann sein, wenn im Vertrauen darauf nachteilige Dispositionen getätigt werden. Ist das Gutachten falsch und zeichnet sich beim Erwerber ein Schaden ab, da er etwa einen zu hohen Kaufpreis für die Liegenschaftsanteile gezahlt hat, stellt sich die Frage, ob er diesen (reinen) Vermögensschaden vom Gutachter ersetzt bekommt, obwohl eigentlich kein

<sup>345</sup> Vgl. *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 (2019) Rz 59.

<sup>346</sup> OGH 1 Ob 34/72; 1 Ob 197/75.

<sup>347</sup> OGH 3 Ob 563/95.

<sup>348</sup> *Bollenberger/Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 871 ABGB Rz 23; OGH 6 Ob 60/10g; 2 Ob 78/15g.

<sup>349</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentümers, wobl 2020, 161 (166).

Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Gutachter besteht. Vertragspartner des Gutachters war nämlich ausschließlich der verkaufende Wohnungseigentumsorganisator.

In erster Linie haftet der Sachverständige dem Wohnungseigentumsorganisator als Besteller/Auftraggeber des Bauzustandsgutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 nach vertraglichen Schadenersatzgrundsätzen.<sup>350</sup> Die Ersatzpflicht entspringt dem Schuldverhältnis mit dem Wohnungseigentumsorganisator. Eine strenge Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB (Sachverständigenhaftung) besteht daher im Allgemeinen immer nur demjenigen gegenüber, mit dem eine Sonderbeziehung (Vertrag) eingegangen wurde, also insb gegenüber dem Gutachtensauftraggeber als Vertragspartner (im Falle des § 37 Abs 4 WEG 2002 also gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator).<sup>351</sup> In der Rsp wurde die Dritthaftung für bloße Vermögensschäden lange Zeit kritisch betrachtet, da davon ausgegangen wurde, dass – wie bereits erwähnt – grundsätzlich nur gegenüber dem Gutachtensauftraggeber gehaftet werden sollte.<sup>352</sup> Die §§ 1299 und 1300 ABGB dienen nach dieser Judikaturlinie lediglich zur Konkretisierung der Haftung zwischen den Vertragspartnern und bilden darüber hinaus keine eigene Grundlage für eine Haftung gegenüber einem Dritten. Eine Dritthaftung wurde nur bei sittenwidriger Schädigung durch den Gutachter angenommen.<sup>353</sup> Die restriktive Haltung der Rsp wurde in weiterer Folge aber aufgegeben. Der OGH hat nach jüngerer Rsp eine Dritthaftung auch dann angenommen, wenn die Schädigung des Dritten zwar nicht sittenwidrig geschieht, für den Gutachter aber immerhin erkennbar war, dass mit dem Gutachten auch die Interessen Dritter verfolgt werden sollen.<sup>354</sup> Konstruiert wurde diese Haftung über die Rechtsfigur eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Eine Haftung für bloße Vermögensschäden eines Dritten wird also ausnahmsweise in jenen Fällen angenommen, in denen das Gutachten für den Gutachter erkennbar drittgerichtet ist, also ein Dritter – etwa ein potentieller Käufer (wie dies ein

---

<sup>350</sup> Vgl. *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (373); mwN *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 342.

<sup>351</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II– Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 26; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1300 ABGB (2007) Rz 9.

<sup>352</sup> OGH 2 Ob 226/27; 6 Ob 313, 314/64 JBl 1965, 319 (*F. Bydlinski*); RIS-Justiz RS0026645.

<sup>353</sup> OGH 6 Ob 313, 314/64, JBl 1965, 319 (*F. Bydlinski*).

<sup>354</sup> Vgl. *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 4; OGH 6 Ob 457/60; 8 Ob 281/70; 1 Ob 530/79, JBl 1981, 319; ua; RIS-Justiz RS0017178.

Wohnungseigentumsbewerber im Falle des § 37 Abs 4 WEG 2002 ist) – zu einer vermögensrechtlichen Entscheidung veranlasst werden soll.<sup>355</sup> Die ‚Hauptleistung des Gutachtens‘ soll einem Dritten zukommen.<sup>356</sup> Tritt der Schaden also typischerweise auch oder nur bei einem Dritten ein, wird eine Haftung ebenso für bloße Vermögensschäden bejaht, weil keine Ausuferung der Haftung droht.<sup>357</sup>

In weiterer Folge etablierte sich in der Rsp die Ansicht, dass als Haftungsgrundlage objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten des Gutachters gegenüber Dritten heranzuziehen seien.<sup>358</sup> Diese Sorgfaltspflichten werden für einen Gutachter immer dann schlagend, wenn er bei Gutachtenserstellung damit rechnen muss, dass seine fachliche Expertise als Grundlage für Dispositionen Dritter dient und damit deren Interessen mitverfolgt werden.<sup>359</sup> Eine namentliche Bekanntheit des Dritten für den Gutachter spielt dabei aber keine Rolle. Der Schutz des Dritten leitet sich in diesem Fall ebenfalls vom Vertragsverhältnis zwischen Gutachter und Gutachtensbesteller ab (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder Erstreckung der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten).

§ 37 Abs 4 WEG 2002 stellt unzweifelhaft eine Schutznorm zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers dar.<sup>360</sup> Nach der oben beschriebenen stRsp des OGH muss ein Sachverständiger für sein unrichtiges Bauzustandsgutachten auch gegenüber dem Wohnungseigentumsbewerber eintreten, wenn er damit rechnen musste, dass das Gutachten die Grundlage für dessen Disposition bildet.<sup>361</sup> Eine Haftung des Sachverständigen ist nach dieser Ansicht immer dann anzunehmen, wenn der Sachverständige – wie im Fall des Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 – eine erkennbar drittgerichtete Erklärung abgegeben hat, die eine vertrauensveranlassende

---

<sup>355</sup> Vgl ua OGH 7 Ob 513/96; 3 Ob 67/05g; Vgl. dazu auch ausführlich *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 4 ff.

<sup>356</sup> OGH 1 Ob 536/86; 7 Ob 541/87; 2 Ob 613/89; 1 Ob 672/90; 4 Ob 2/93; 8 Ob 614/93; 8 Ob 287/01s; 4 Ob 146/10i.

<sup>357</sup> *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 4.

<sup>358</sup> *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 8.

<sup>359</sup> OGH 7 Ob 513/96; 3 Ob 67/05g; 2 Ob 191/06m; 8 Ob 51/08w; 3 Ob 79/10d; 1 Ob 91/12g; 6 Ob 141/16b; 4 Ob 245/18k.

<sup>360</sup> OGH 6 Ob 141/16b, wobl 2016/141 (436).

<sup>361</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 26; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1300 ABGB (2007) Rz 27 mwN OGH 4 Ob 75/92, JBl 1993, 518 (krit *Koziol*); 7 Ob 273/00y, ÖBA 2001, 922; OGH 2 Ob 191/06m, JBl 2007, 518 = ZVR 2007/211 (*Ch. Huber*); OGH 6 Ob 141/16b, wobl 2016/141 (436).

Fehldisposition auslöst.<sup>362</sup> Entscheidend ist dabei der Zweck des Gutachtens, der eine Einflussnahme im geschäftlichen Verkehr darstellen muss.<sup>363</sup> Abgesehen von der erkennbaren Drittrichtung setzt eine Haftung zusätzlich die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens voraus, die wiederum darin liegt, dass dem Dritten eine sachverständige und neutrale Entscheidungsgrundlage zur Verfügung gestellt wird, durch die eigene Untersuchungen des Dritten oder die Einholung weiterer Gutachten überflüssig werden sollen.<sup>364</sup> Für die Dritthaftung des Sachverständigen kommt es also darauf an, ob der Sachverständige gegenüber dem Dritten durch die Erstellung einer verkehrsfähigen Expertise einen Vertrauenstatbestand gesetzt hat<sup>365</sup>, was regelmäßig zu bejahen sein wird. Das Gutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 wird häufig dazu dienen, den Wohnungseigentumsbewerber in seiner Willensbildung zu beeinflussen, in dem es über zusätzliche Kostenbelastungen, die mit dem Erwerb in Verbindung stehen, aufklärt. Dabei setzt der Wohnungseigentumsbewerber idR ein hohes Maß an Vertrauen in die Richtigkeit des Gutachtens, zumal ihm eine andere Überprüfung des Zustandes der allgemeinen Teile des Gebäudes ohne (zusätzliche) fachliche Expertise und weitere Untersuchungen vermutlich nicht möglich ist. Auf Basis des Gutachtens tätigt der Käufer schließlich seine vertragliche Disposition.

Zu beachten gilt, dass dem Dritten gegenüber rein internen, für ihn nicht erkennbaren Gestaltungen oder Einschränkungen des Gutachtensauftrages dementsprechend keinerlei Bedeutung zukommt. Haftungsausschlüsse, die zwischen dem Sachverständigen und dem Gutachtensauftraggeber somit lediglich intern vereinbart wurden, können dem Dritten daher nicht entgegengehalten werden. Ein allfälliges Mitverschulden des Auftraggebers an der Unrichtigkeit des Gutachtens, wie etwa unzureichende Angaben zu bereits bekannten aber nicht leicht ersichtlichen Mängeln an allgemeinen Teilen des Hauses, schmälert die Schadenersatzansprüche des Dritten ebenfalls nicht.<sup>366</sup>

---

<sup>362</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 35.

<sup>363</sup> OGH 3 Ob 547/84, SZ 57/122; 8 Ob 667/87, ÖBA 1989, 89; 7 Ob 513/96, SZ 69/258 = JBl 1997, 524.

<sup>364</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 35.

<sup>365</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 34.

<sup>366</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A/6/ (2018) Rz 34.

Sohin ergibt sich zusammenfassend über die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bzw die Erstreckung der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten eine Haftungsgrundlage des Sachverständigen gegenüber den Wohnungseigentumsbewerbern ex contractu – und nicht bloß deliktisch. Gegenüber dem Wohnungseigentumsbewerber ist der Wohnungseigentumsorganisator – neben der Haftung für Auswahlverschulden nach § 1010 ABGB – als Geschäftsherr für den Sachverständigen nach § 1313a ABGB kraft des vorvertraglichen Schuldverhältnisses verantwortlich. Der Sachverständige wird dem Wohnungseigentumsorganisator gegenüber jedoch regresspflichtig.<sup>367</sup>

Im oben behandelten Falls der Haftung des Gutachters wird immer an den Vertrag zwischen Gutachtensauftraggeber und dem Gutachter angeknüpft. Die aus diesem Vertragsverhältnis resultierenden Schutzpflichten werden sozusagen auf den Dritten erstreckt (derivativer Schutz).<sup>368</sup> In den bisherigen Entscheidungen des OGH spielte – mit Ausnahme der Entscheidung OGH 4 Ob 106/19y<sup>369</sup> – eine originäre (iSe direkten) Schutzpflicht des Sachverständigen gegenüber einem Dritten beinahe keine Rolle. Der Gutachtenszweck bildet folglich eine Grundlage und Grenze des abgeleiteten Drittschutzes.<sup>370</sup> Zu klären ist, ob demgegenüber auch eine originäre Haftung des Sachverständigen gegenüber dem Dritten, dh ein eigenständiger Haftungsmaßstab ‚außerhalb‘ des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, bestehen kann. Die Frage in Hinblick auf § 1300 Satz 1 ABGB, ob und inwiefern eine dementsprechende Haftung voraussetzt, dass zwischen dem Sachverständigen (Auskunftgeber) und dem Geschädigten eine vertragliche Sonderbeziehung bestehen muss, ist in Rsp und Lehre umstritten.<sup>371</sup> Diesbezüglich existieren zwei Positionen, nämlich einerseits die jener, die neben § 1300 Satz 1 ABGB eine zusätzliche Sonderbeziehung fordern, um eine Haftung zu bejahen (deklaratives Normverständnis), sowie andererseits die jener, nach denen § 1300 Satz 1 ABGB ex lege zur Entstehung einer Sonderbeziehung führt, die eine Haftung rechtfertigt

---

<sup>367</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (373). mWn Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 342.

<sup>368</sup> Vgl. dazu ausführlich *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 4 ff.

<sup>369</sup> Hier rückt der OGH verstärkt ein direktes Schutzverhältnis zwischen Sachverständigem und Dritten in den Fokus.

<sup>370</sup> *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 10.

<sup>371</sup> *I. Vonkilch*, Schadenersatz wegen irreführender Produktinformation – UWG versus ABGB, wbl 2022, 615 (616).



(konstitutives Normverständnis).<sup>372</sup> Teile der Rsp und Lehre erachten § 1300 Satz 1 ABGB außerhalb eines bereits bestehenden Verpflichtungsverhältnisses nicht als taugliche Haftungsgrundlage für den Ersatz bloßer Vermögensschäden.<sup>373</sup> Das Erfordernis eines Verpflichtungsverhältnisses ist dabei va aus dem Wortlaut „gegen Belohnung“ in § 1300 Satz 1 ABGB abgeleitet.<sup>374</sup> Zur Ersatzfähigkeit eines bloßen Vermögensschadens gegenüber Dritten ist daher zusätzlich ein weiterer Haftungsgrund gefordert, wie etwa der Vertrag zugunsten Dritter sowie objektiv-rechtliche Schutzpflichten gegenüber Dritten.<sup>375</sup> Daneben existieren auch andere Meinungen der jüngeren Lehre und Rsp, denen zufolge das Vorliegen eines Verpflichtungsverhältnisses keine Voraussetzung für eine Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB darstelle. Die Bestimmung des § 1300 Satz 1 ABGB habe dieser Auffassung zufolge konstitutiven Charakter. Eine Raterteilung ‚gegen Belohnung‘ liege bereits dann vor, wenn der Sachverständige im Verhältnis zum Geschädigten einen eigenwirtschaftlichen Vorteil verfolgt.<sup>376</sup> Somit würde bei Erfüllung der Tatbestandselemente des § 1300 Satz 1 ABGB ex lege eine Sonderbeziehung entstehen, die eine Haftung des Auskunftgebers für bloße Vermögensschäden infolge nachteiliger Vertrauensdispositionen rechtfertigt.<sup>377</sup> *I. Vonkilch*<sup>378</sup> spricht dahingegen für eine gänzliche Loslösung von einer Sonderbeziehung als Haftungsgrundlage und die Einordnung des § 1300 Satz 1 ABGB als deliktische Haftungsnorm aus, die dem jeweiligen Adressaten eines ‚gegen Belohnung‘ erteilten Sachverständigenrats zum Schutz gereicht. Bei Zugrundelegung eines deliktischen Haftungsverständnisses bedarf es diesfalls – sofern Tatbestandsmäßigkeit gegeben – keiner Sonderbeziehung zwischen Gutachter und Drittem (Geschädigten), die begründungswürdig

---

<sup>372</sup> Vgl dazu ausführlich *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (616) mwN *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 45 ff.

<sup>373</sup> *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (617); RIS-Justiz RS0026596.

<sup>374</sup> *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) zu § 1300 ABGB Rz 2; *Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBL 2011, 69 (83).

<sup>375</sup> *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) zu § 1300 ABGB Rz 6 ff; *Wittwer* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) zu § 1300 ABGB Rz 3; *Karner*, Amtshaftungsansprüche des Kreditgebers bei unrichtiger Baulandbestätigung, ÖBA 2001, 235 (238); *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (617).

<sup>376</sup> OGH 1 Ob 44/94; 8 Ob 246/01m; 4 Ob 13/04x; 6 Ob 104/06x; 9 Ob 49/09k; 4 Ob 137/10s; 8 Ob 66/12g; 4 Ob 249/14t; *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) S 57ff.; *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (617); *Baumgartner*, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016) 293.

<sup>377</sup> *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (617); OGH 8 Ob 246/01m; 6 Ob 104/06x; 9 Ob 49/09k; 4 Ob 249/14t.

<sup>378</sup> *I. Vonkilch*, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (618). Zur ausführlichen Begründung s auch hier *I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) 45 ff.



wäre (Schutzgesetz im weiteren Sinne).<sup>379</sup> Im Kontext des § 37 Abs 4 WEG 2002 ließe sich bei dieser – mE sehr schlüssigen und nachvollziehbaren – Argumentation die Haftung des Gutachters (als Liegenschaftsgutachter) gegenüber dem kaufenden Wohnungseigentumsbewerber bei einem „*nachtheiligen Rath* [sic]“<sup>380</sup> unmittelbar auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen, sodass es – im Gegensatz zur bisherigen Rsp – keines Rückgriffs auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten bedürfe.<sup>381</sup>

## 5.2. ‚Gesetzesvariante‘ – Nichterstellung, Nicht-Erfüllung der Anforderungen oder Nichteinbeziehung des Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag

Wird das Bauzustandsgutachten gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 (i) nicht erstellt, (ii) erfüllt dieses nicht die gesetzlichen Anforderungen oder (iii) wird dieses – aus welchen Gründen auch immer – nicht in den Kaufvertrag einbezogen, führt dies zu einem zwingenden Eingriff in das Gewährleistungsrecht zugunsten des Käufers dahingehend, dass ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart gilt, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Demnach greift eine gesetzlich typisierte<sup>382</sup>, sehr umfassende Gewährleistungspflicht des Wohnungseigentumsorganisations. In § 37 Abs 4 Satz 4 WEG 2002 wird demzufolge eine „*objektiv-rechtliche Determinierung des Vertragsgegenstandes durch einseitig zwingendes Recht*“<sup>383</sup> vorgesehen. Der vertraglich vereinbarte Leistungsgegenstand wird insofern objektiv-rechtlich vorgegeben, als ein gesetzlich definierter Mindeststandard greift. § 37 Abs 4 Satz 4 WEG 2002 führt damit zwingend zu einer Objektivierung des Leistungsgegenstandes.<sup>384</sup>

---

<sup>379</sup> I. Vonkilch, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) 116. I. Vonkilch, Schadenersatz, wbl 2022, 615 (618).

<sup>380</sup> § 1300 Satz 1 ABGB lautet: „*Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachtheiligen Rath erteilet* [sic].“

<sup>381</sup> I. Vonkilch, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) 204.

<sup>382</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (214); Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 40; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 20; ua.

<sup>383</sup> F. Artner/I. Vonkilch, GRUG: Zum objektiven Mangelbegriff des § 6 VGG, eolex 2021, 890 (894).

<sup>384</sup> Vgl. F. Artner/I. Vonkilch, GRUG: Zum objektiven Mangelbegriff, eolex 2021, 890 (894).

In diesem Abschnitt werden im Detail die Rechtsfolgen/Konsequenzen der ‚Gesetzesvariante‘ untersucht.

### 5.2.1. Haftung des Wohnungseigentumsorganisors

Als primärer Haftungsadressat kommt – wie bei der ‚Gutachtensvariante‘ - bei der ‚Gesetzesvariante‘ – naturgemäß – der Wohnungseigentumsorganisor in Betracht.

#### (a) Gewährleistung

Als Konsequenz der Nichteinbeziehung oder Nichterstellung des Gutachtens in den Kaufvertrag, sieht das Gesetz vor, dass „*ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart [gilt], der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.*“ Dasselbe muss gelten, wenn kein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Gutachten (zB ein ‚mangelhaftes‘ oder ‚fehlerhaftes‘ Gutachten) in den Vertrag einbezogen wird.<sup>385</sup> Ebenso muss die verschärfte Gewährleistungspflicht greifen, wenn ein völlig inhaltsleeres Gutachten erstattet und dieses zum Vertragsinhalt wird.<sup>386</sup>

Vorweg kann festgehalten werden, dass der Wohnungseigentumsorganisor – im Einklang mit den sonstigen gewährleistungsrechtlichen Regeln – immer nur für den Zustand einzustehen hat, der zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (Übergabe/Übernahme des Wohnungseigentumsobjektes) bestanden hat, nicht aber für nachträgliche Verschlechterungen des Zustandes des Gebäudes.<sup>387</sup> Diesfalls kann sich der Erwerber nicht auf die Schutzbestimmung berufen. Die Gewährleistungspflicht ist zudem auf Mängel beschränkt, die zum Zeitpunkt der Übergabe zumindest latent vorhanden oder angelegt sind. Für erst nach Übergabe entstandene Mängel haftet der Übergeber nicht.<sup>388</sup>

<sup>385</sup> Vgl dazu auch Abschnitt 4.2.7; OGH 6 Ob 141/16b, wobl 2016, 141/436 = immolex 2016, 361/110; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43.

<sup>386</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (373) mwN *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 342.

<sup>387</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (214).

<sup>388</sup> *Kolmasch* in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg), Verbraucherrecht (2015) Leistungsstörungen, S 87.

Was unter dem Haftungsrelevanten Begriff „größere Erhaltungsarbeiten“ iSd des § 37 Abs 4 letzter Satz WEG 2002 zu verstehen ist, war aufgrund der Unbestimmtheit und Allgemeinheit der Formulierung in der Vergangenheit teilweise Gegenstand umfänglicher Diskurse. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff des ‚Erhaltens‘ dahingehend zu verstehen sein, dass der dazu Verpflichtete einen Zustand zu konservieren hat bzw dafür zu sorgen hat, dass etwas im selben Zustand weiterbesteht.<sup>389</sup> Allgemein gefordert ist durch Erhaltungsmaßnahmen also prinzipiell die Pflege, Wartung und Reparatur des Gebäudes und seiner Einrichtungen. Der Terminus „Erhaltungsarbeit“ in § 37 Abs 4 WEG 2002 ist – wie bereits in Abschnitt 4.2.6 deutlich wurde – iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG 2002 und damit im Einklang mit § 3 Abs 1 und 2 MRG auszulegen.<sup>390</sup>

In der Literatur wird der unbestimmte Gesetzesbegriff der ‚größeren Erhaltungsarbeit‘ in § 37 Abs 4 WEG va dahingehend interpretiert, dass der Gesetzgeber eine Art „Bagatellgrenze“<sup>391</sup> schaffen wollte, dh dass die Erhaltungsarbeiten ein gewisses Ausmaß (iSe Erheblichkeitsschwelle) überschreiten müssen. Demnach muss es sich um Erhaltungsarbeiten handeln, „die über die laufende Instandhaltung hinausgehen“.<sup>392</sup> Vonkilch<sup>393</sup> orientiert sich dabei (iSe systematischen Interpretation) va am Maßstab des § 20 Abs 2 WEG 2002<sup>394</sup>. Call<sup>395</sup> geht unter Verweis auf § 6 Abs 2 MietenG 1922 von Arbeiten aus, die in größeren als einjährigen Abständen wiederkehren (sinngemäß gleich § 17 Abs 1 Z 3 WEG 1975), wie bspw Dacherneuerung, Neuherstellung der Versorgungsleitungen, Ausmalen des Stiegenhauses oder Generalüberholung der Heizungsanlage. Call trennt jedoch gleichzeitig zwischen der Bezeichnung ‚größere Erhaltungsarbeiten‘ und „durchgreifende Erneuerung des Gebäudes“ gemäß § 2 Abs 1 und Abs 4 BTVG, da bei

<sup>389</sup> Riss in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – MRG<sup>4</sup> (2021) zu § 3 MRG Rz 8.

<sup>390</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (213).

<sup>391</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 24.

<sup>392</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43; OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (214); Illedits/Illedits, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens, wobl 2019, 365 (374); Vgl. auch § 20 Abs 2 WEG 2002.

<sup>393</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht - WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43. Ähnlich zur Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 343.

<sup>394</sup> § 20 Abs 2 WEG 2002: „[...] über die laufende Instandhaltung hinausgehenden Erhaltungsarbeiten [...]“.

<sup>395</sup> Call, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 343.

Letzterem das Maß der Erhaltungsarbeiten durch die Kumulation wesentlich höher anzusetzen sei<sup>396</sup>, was aus den beiden unterschiedlichen Adjektiva klar hervorgehe. Der Ansicht von *Engin-Deniz*<sup>397</sup> zufolge deutet das Wort ‚größere‘ bei ‚größere Erhaltungsarbeiten‘ darauf hin, dass es *wichtige* Erhaltungsmaßnahmen sein müssen, wie zB eine Dacherneuerung oder die Neuherstellung von Versorgungsleitungen. *Ofner*<sup>398</sup> zieht zur Beantwortung der Frage, was unter einer ‚größeren Erhaltungsarbeit‘ iSd in diesem Punkt gleichlautenden Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 zu verstehen sei, einen Rückschluss auf § 18 Abs 1 MRG, dem die Formulierung offensichtlich entnommen werden könne. Demzufolge könne abstrakt von einer größeren Erhaltungsarbeit ausgegangen werden, wenn die Gesamtkosten der Erhaltungsarbeit(en) ein Jahreshauptmietzinsaufkommen überschreiten.<sup>399</sup> Diese Ansicht wurde aber in der Literatur nicht weiter aufgegriffen. *Vonkilch*<sup>400</sup> verweist diesbezüglich etwa darauf, dass dieser Wendung in § 18 Abs 1 MRG bislang keine eigenständige praktische Bedeutung zugekommen sei, weshalb diese Bestimmung auch nicht zur Konkretisierung geeignet sei. Ob auch hilfsweise zur Auslegung der ‚größeren Erhaltungsarbeit‘ auf den Begriff der ‚Großreparatur‘ im steuerlichen Sinn zurückgegriffen werden kann, wurde bisher in der Literatur iZm § 37 Abs 4 WEG 2002 noch nicht erörtert. Eine ‚Großreparatur‘ iSd § 12 Abs 10 UStG 1994 ist demnach ein nicht aktivierungspflichtiger (zum Berichtigungszeitpunkt nicht vollständig verbrauchter) Aufwand, der nicht ‚regelmäßig‘ erwächst und von dem sich sagen lässt, er falle ‚ins Gewicht‘.<sup>401</sup> Da die Begriffe nicht ident sind, kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass bei einer Großreparatur im steuerlichen Sinn automatisch auch eine größere Erhaltungsarbeit iSd WEG 2002 vorliegt.

In der Rsp<sup>402</sup> wird diesbezüglich Bezug genommen auf die obenstehenden Meinungen in der Literatur, wobei statuiert wurde, dass im Einzelfall zu beurteilen sei, ob die von *Vonkilch* vertretene Bagatellgrenze überschritten sei und somit nicht bloß laufende Instandhaltungsarbeiten durchzuführen seien, sondern ‚echte‘

<sup>396</sup> Vgl. dazu *Friedl* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 2 BTVG Rz 32 ff.

<sup>397</sup> *Engin-Deniz*, Kurzkomentar zum BTVG<sup>2</sup> (1999) Rz 2.

<sup>398</sup> *Ofner* in *Schwimann*, ABGB IV<sup>2</sup> § 23 WEG 1975 Rz 17.

<sup>399</sup> *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – MRG<sup>4</sup> (2021) zu § 18 MRG Rz 16

<sup>400</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43.

<sup>401</sup> VwGH Ro 2014/13/0036.

<sup>402</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (215).

Reparaturen und Erneuerungen anstünden. Der OGH hat in dieser Entscheidung weiters – ebenfalls mit Bezug auf *Vonkilch* – ausgesprochen, dass es „*unbeachtlich bleiben* [müsse], *ob die in Frage stehenden Erhaltungsarbeiten durch eine allenfalls vorhandene Rücklage finanziert werden können, da in weiterer Folge die (Neu-)Dotierung der Rücklage den Erwerber massiv und überraschend belasten kann.*“ Bezugnehmend auf die Ansicht von *Call*<sup>403</sup> hielt das Höchstgericht fest, dass „*auch eine ‚ausgeräumte‘ Rücklage den WE-Bewerber zusätzlich belasten* [werde], *weil er sie ja anteilig dann wieder auffüllen müsse, um dem Zweck der Rücklage zu dienen.*“ Dies gelte auch für das weitere Argument, dass das Vorhandensein der Rücklage nichts an der Notwendigkeit der Erhaltungsarbeiten ändere und eine zur Gänze verbrauchte Rücklage von den Wohnungseigentümern neu dotiert werden müsse, was ebenso eine finanzielle Belastung bedeutet.<sup>404</sup> Dieser Ansicht ist vor dem Hintergrund des Zwecks der Regelung (Verhinderung der Übervorteilung des einzelnen Käufers, der rechtliche unerfahren ist und die Problematik des Wohnungseigentums an einem Gebäude, das hohen Instandsetzungsaufwand erfordert, nicht abzuschätzen vermag) mE zuzustimmen. In der Praxis weiterhin problematisch erscheint es aber mE, eine strikte Trennlinie dahingehend zu ziehen, wann, dh ab welchem Umfang bzw ab welcher Kostenbelastung (Bagatellgrenze?), nun tatsächlich eine ‚größere Erhaltungsarbeit‘ vorliegt. Dabei handelt es sich jedoch immer um eine Frage, die im Einzelfall beurteilt werden muss und von den Vertragsparteien unterschiedlich interpretiert werden kann. In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, dass Käufer und Verkäufer unterschiedliche Maßstäbe bzw Erheblichkeitsschwellen ansetzen. Meinungsverschiedenheiten sind daher sehr wahrscheinlich und bringen Unsicherheiten für Projektentwickler mit sich. Verbesserungsarbeiten, durch die der derzeitige Zustand, auch wenn dieser nicht mangelhaft erscheint, in welcher Hinsicht auch immer vorteilhafter gestaltet werden soll zählen jedenfalls nicht zu den größeren Erhaltungsarbeiten und sind streng davon zu trennen. Mit Verweis auf die strikte Gewährleistungsbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 darf es also nicht zu ‚Optimierungen‘ in Bezug auf bauliche Maßnahmen seitens der Erwerber kommen.

---

<sup>403</sup> *Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand, ImmZ 1997, 339 (341).

<sup>404</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (215).

In Bezug auf den konkreten Umfang der Gewährleistungspflicht wird in der Literatur nicht zwischen der ‚Gutachtensvariante‘ und jeder der ‚Gesetzesvariante‘ differenziert.<sup>405</sup> Auch mE erscheint eine solche Differenzierung nicht geboten, sodass an dieser Stelle auf die Ausführungen zum Umfang der Gewährleistungspflicht in Abschnitt 5.1.1(a) verwiesen werden kann. Auch bei der ‚Gesetzesvariante‘ ist der Wohnungseigentumsorganisator bzw der Verkäufer iSd der derzeit hL<sup>406</sup> nicht dazu verpflichtet, den gesamte Mangel an den allgemeinen Teilen des Gebäudes zu beheben, sondern muss lediglich jenen Kostenanteil übernehmen, der auf seinen Vertragspartner als neuen Miteigentümer entfällt.

Wie bereits in Abschnitt 5.1.1(a) ausführlich dargestellt, ist in Hinblick auf die Geltendmachung von Ansprüchen iSd § 37 Abs 4 WEG 2002 von einer Modifikation der Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB<sup>407</sup> auszugehen. Dies gilt dahingehend, dass der Käufer diese stets innerhalb von drei Jahren ab jenem Zeitpunkt geltend zu machen hat, an dem sich innerhalb des Zeitraums von zehn Jahren für ihn Mängel bzw größere Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestieren.<sup>408</sup> Die Modifikation der Gewährleistungsfrist wird für beide Varianten<sup>409</sup> angenommen, sodass an dieser Stelle auf eine weitere detaillierte Abhandlung verzichtet werden kann. Das beide Varianten nicht unterschiedlich zu behandeln sind, ist mE auch der Entscheidung des OGH vom 26.04.2016<sup>410</sup> zu entnehmen, der sowohl „*Fehlerhaftigkeit des Gutachtens*“ (‚Gutachtensvariante‘) als auch die „*Erforderlichkeit von ‚größeren‘ Erhaltungsarbeiten*“ (‚Gesetzesvariante‘) nennt.

## (b) Schadenersatz

Auch bei Nichtvorlage eines Bauzustandsgutachtens und dem Schlagendwerden der Gesetzesvariante nach § 37 Abs 4 letzter Satz WEG 2002 kann der

---

<sup>405</sup> Vgl. etwa *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43.

<sup>406</sup> *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> § 37 WEG (2015) Rz 16; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 20; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44; *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (376).

<sup>407</sup> Vgl. dazu die Anmerkung von *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 (378).

<sup>408</sup> *Riedl* in *Stabentheiner/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht 2022, Band 2 (2022) 229.

<sup>409</sup> *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 46a; vgl. auch *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II § 37 WEG (2018) Rz 18.

<sup>410</sup> *Prader*, WEG<sup>6.00</sup> § 37 (2022) E 22; OGH 6 Ob 56/16b.



Wohnungseigentumsorganisator – wie bei der Gutachtensvariante (vgl dazu die Ausführungen in Abschnitt 5.1.1(b)) – dem Wohnungseigentumsbewerber schadenersatzpflichtig werden (nach § 933a ABGB). Bei Nichtvorlage des Bauzustandsgutachtens gilt ebenfalls ein bestimmter Vertragsinhalt als zwischen den Parteien vereinbart, und zwar ein Erhaltungszustand des Hauses, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Stellt sich nun heraus, dass – im Gegensatz zur gesetzlich normierten Beschaffenheitsvereinbarung – dennoch Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses notwendig werden, so liegt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Wohnungseigentumsorganisors darin, dass diesbezüglich eine vertragliche Abweichung besteht.<sup>411</sup> Das Verschulden des Wohnungseigentumsorganisors liegt dann va darin, dass er diesen Mangel schuldhaft nicht beseitigt hat.<sup>412</sup> Die Ersatzpflicht folgt also ebenfalls aus der verschuldeten Schlechtleistung.<sup>413</sup> In Bezug auf die weiteren Ausführungen zum Schadenersatzanspruch des Wohnungseigentumsbewerbers wegen Schlechtleistung des Wohnungseigentumsorganisors sei an dieser Stelle auf die Ausführungen in Abschnitt 5.1.1(b) verwiesen.

### (c) Irrtum

Die Anfechtbarkeit des Kaufvertrages zwischen Wohnungseigentumsorganisator und Wohnungseigentumsbewerber wegen Irrtum kann auch bei der ‚Gesetzesvariante‘ denkbar sein. Wird dem Wohnungseigentumsbewerber kein Gutachten übergeben, so gilt nach § 37 Abs 4 letzter Satz WEG 2002 ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Fallen nunmehr in diesem Zeitraum ebensolche Erhaltungsarbeiten an, liegt folglich ebenfalls ein Irrtum über den tatsächlichen Erhaltungszustand des Hauses vor (Geschäftsirrtum, der den Inhalt des Geschäfts selbst betrifft). Die unterlassene Aufklärung des Wohnungseigentumsorganisors durch die Nichtvorlage eines Bauzustandsgutachtens, kann somit ebenfalls als

---

<sup>411</sup> *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (164).

<sup>412</sup> Vgl. *Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers, wobl 2020, 161 (165) mwN *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 933a ABGB Rz 2; ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP; *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021) § 933a ABGB Rz 2; RIS-Justiz RS0122651.

<sup>413</sup> OGH 1 Ob 184/12h, JBl 2013, 510 (510).



irrtumsveranlassendes Verhalten gewertet werden. Im Weiteren kann auf die Ausführungen in Abschnitt 5.1.1(c) verwiesen werden.

#### **(d) List**

Auch wenn kein Gutachten über den Bauzustand vorgelegt wurde, sind diesfalls freilich auch Ansprüche des Wohnungseigentümers gegen den Wohnungseigentumsorganisator wegen rechtswidriger, listiger Täuschung über Mängel am Haus denkbar (vgl. dazu Abschnitt 5.1.1(d)).

### **5.2.2. Haftung des Vertragsverfassers**

Ein spezieller Aspekt, der bei der Gesetzesvariante durchaus praxisrelevant sein könnte, ist jener der Haftung des Vertragsverfassers (zB der vertragserrichtende Rechtsanwalt oder Notar), wenn bspw ein Bauzustandsgutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 aufgrund mangelnder Aufklärung über die Notwendigkeit eines solchen unterblieben ist. Diese Frage kann insb Relevanz in jenen Fällen erlangen, in denen gegenüber Verkäufern aufgrund der streng typisierten Gewährleistungsregelung größere Erhaltungsarbeiten gerichtlich eingefordert werden, wobei bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten – vor der Entscheidung des OGH<sup>414</sup> im Jahr 2016 – idR keine Bauzustandsgutachten eingeholt und in den Kaufvertrag miteinbezogen wurden und dementsprechend auch keine Aufklärung bzw Beratung über die Erforderlichkeit solcher Gutachten erfolgte.

Den Rechtsberater trifft grundsätzlich eine umfassende Prüfungs- und Belehrungspflicht. Letztere wird als eines der wichtigsten Elemente rechtsfreundlicher Tätigkeit überhaupt angesehen.<sup>415</sup> Darüber hinaus ist ein Rechtsberater bzw ein Vertragsverfasser dazu angehalten, nur rechtlich einwandfreie Urkunden zu errichten und Vertragsbestimmungen sorgfältig auf ihre Vereinbarkeit mit den Gesetzen zu prüfen.<sup>416</sup> Der Rechtsberater haftet zudem seiner Partei bzw als Vertragsverfasser beiden Parteien gegenüber für Unkenntnis der Gesetze sowie einhelliger Lehre und

---

<sup>414</sup> OGH 6 Ob 56/16b.

<sup>415</sup> *Vrba/Unger in Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (2022) Die Haftung der rechtsberatenden Berufe Rz 10.

<sup>416</sup> *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365 (376).

Rsp.<sup>417</sup> Von einem durchschnittlichen Juristen, an dessen Kenntnissen und Fähigkeiten sich die Interpretation des Sorgfaltsmaßstabes des § 1299 ABGB zu orientieren hat, kann aber nicht erwartet werden, dass er mit einer solchen Lehre oder Rsp bereits unmittelbar nach ihrer Entstehung vertraut ist.<sup>418</sup> Wenn eine Rechtsfrage in Lehre und Rsp bereits behandelt wurde, sich jedoch noch keine einhellige Spruchpraxis des OGH gebildet hat, so ist jede Rechtsansicht als vertretbar anzusehen, die wenigstens mit einem Teil der Lehre oder Rechtsprechung in Einklang steht.<sup>419</sup> Sind die gesetzlichen Bestimmungen nicht vollkommen eindeutig, sondern enthalten sie Unklarheiten über die Tragweite des Wortlauts, so ist dem Rechtsberater ein Verschulden ebenfalls nur dann anzulasten, wenn bei pflichtgemäßer Überlegung die von ihm eingehaltene Vorgangsweise nicht mehr als vertretbar bezeichnet werden kann.<sup>420</sup> Keine Verletzung der Sorgfaltspflicht liegt vor, wenn ein an sich vertretbarer Rechtsstandpunkt in der Rsp in weiterer Folge nicht geteilt wird. Wenn bezüglich einer Rechtsfrage aber bereits eine gefestigte Spruchpraxis des OGH besteht, so ist eine von dieser Judikatur abweichende Rechtsmeinung nicht mehr als vertretbar anzusehen. Diesfalls darf nur dann eine von dieser Spruchpraxis abweichende Rechtsmeinung vertreten werden, wenn der Jurist seinen Mandanten über dieses erhöhte Risiko ausreichend aufgeklärt hat.<sup>421</sup> Der Rechtsberater haftet somit zusammenfassend nur für den notwendigen Fleiß und die erforderliche Gesetzeskenntnis, nicht für eine unrichtige, aber vertretbare Gesetzesauslegung. Eine unzulängliche Rechtsbelehrung macht den sie erteilenden Rechtsanwalt (oder Notar) aber schadenersatzpflichtig.<sup>422</sup>

Da die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 in der Praxis oftmals ‚unbekannt‘ ist bzw nicht korrekt angewendet wird, können sich hieraus mitunter Haftungsansprüche gegenüber dem Vertragsverfasser ergeben. Dies könnte insb dann der Fall sein, wenn die Rechtsberatung bzw -belehrung des Vertragsverfassers in Bezug auf die Notwendigkeit eines Bauzustandsgutachten beim sukzessiven Abverkauf von Wohnungseigentumseinheiten (va wenn sich der Abverkauf über Jahre oder gar

---

<sup>417</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0038663.

<sup>418</sup> *Vrba/Unger in Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (2022) Rz 7. Welcher Zeitpunkt dies genau ist, ist unklar und blieb bis dato in der österreichischen Judikatur unbeantwortet.

<sup>419</sup> OGH 7 Ob 30/98g; RIS-Justiz RS0026727.

<sup>420</sup> etwa OGH 5 Ob 210/17v; 6 Ob 193/18b; 8 Ob 28/20f; 4 Ob 214/20d; RIS-Justiz RS0026732.

<sup>421</sup> *Vrba/Unger in Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (2022) Rz 8.

<sup>422</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0023526.

Jahrzehnte hin erstreckt) iSd mittlerweile als ‚gesichert‘ anzusehenden Rsp des OGH (vgl dazu die Ausführungen in Abschnitt 4.1.4) unzulänglich ist, sei es, dass die Anwendbarkeit der Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 schlichtweg übersehen oder etwa zu Unrecht verneint wird. Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches hat zur Folge, dass Vertragsverfasser umdenken und umfassender beraten bzw informieren müssen, dies unter Hinweis auf die zeitlich ‚uferlose‘ Haftung nach § 37 Abs 4 WEG 2002. Ob auf Basis der bisher vorhandenen Judikatur und der Ausdehnung der Pflichten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 in diesen Fällen tatsächlich von Haftungssituationen für die betroffenen Vertragsverfasser auszugehen ist, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Stattdessen ist die Beantwortung dieser Frage einem Haftpflichtprozess im konkreten Einzelfall vorbehalten. Der vor der Entscheidung des OGH<sup>423</sup> im Jahr 2016 eingenommene Rechtsstandpunkt, dass bei einem sukzessiven Abverkauf von bereits verbücherten Wohnungseigentumsobjekten kein Bauzustandsgutachten nach § 37 Abs 4 WEG 2002 zu erstellen sei, weil der Anwendungsbereich der Norm gar nicht eröffnet sei, kann wohl als vertretbar angesehen werden und wird für diese Sachverhalte keine Haftung des Vertragsverfassers bedingen<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> OGH 6 Ob 56/16b.

<sup>424</sup> In diesem Sinne auch *Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2019, 365 (377).

## 6. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das WEG 2002 bietet – historisch bedingt – für Wohnungseigentumsbewerber kein einheitliches und übersichtliches Schutzsystem, sondern lediglich punktweise Schutzbestimmungen mit unterschiedlichen Zielrichtungen (vgl dazu den 9. Abschnitt des WEG 2002, §§ 37-44 iVm § 2 Abs 6). Die vielschichtige und in vielerlei Hinsicht ‚tückische‘ Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002, die inhaltlich auf die Züge der Novelle des WEG 1975 (BGBl I 7/1997) erstmals in den Rechtsbestand aufgenommene Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 zurückgeht, beinhaltet einen besonderen, zugunsten des Wohnungseigentumsbewerbers (relativ) zwingenden Schutzmechanismus. Durch diese Schutznorm sollen Wohnungseigentumsbewerber beim Erwerb von Wohnungseigentumsobjekten im ‚Altbau‘ vor überraschenden Belastungen bewahrt werden, die in Unkenntnis des Bau- und Erhaltungszustandes des Gebäudes aus der allgemeinen Kostentragungspflicht entstehen können. Ziel dieser, in der Praxis hochrelevanten, aber oftmals verkannten Regelung, ist demnach die Übervorteilung des einzelnen, oftmals rechtlich unerfahrenen Wohnungseigentumsbewerbers, der die Problematik des Wohnungseigentums an Gebäude alten Bestandes, das hohen Instandsetzungsaufwand erfordert, nicht abzuschätzen vermag, zu verhindern.<sup>425</sup>

§ 37 Abs 4 WEG gelangt immer dann zur Anwendung, wenn (nachträglich) Wohnungseigentum an bereits bestehenden Gebäuden, deren Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage des Wohnungseigentums älter als 20 Jahre ist, begründet wird, auch wenn es dabei zu keinen baulichen Maßnahmen kommt. Die Norm sieht in ihrer (Grund-)Konzeption vor, dass diese vor der erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum, sohin in der Gründungsphase des Wohnungseigentums, zugunsten jener Erwerber anzuwenden ist, denen die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt durch den Wohnungseigentumsorganisator zugesagt wurde. Bereits zur Vorgängerbestimmung des WEG 1975 war unklar bzw strittig, inwiefern der Erwerberschutz jedoch dadurch umgangen werden kann, dass dem Wohnungseigentumsbewerber nicht die erstmalige Wohnungseigentumsbegründung in einem Althaus zugesagt wird, sondern

---

<sup>425</sup> Vgl. OGH 6 Ob 56/16b, NBL 2016/N36 mwN *Dirnbacher*, WEG idF WRN 2009: Das Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010) 439.

bereits die eigentliche Stellung des Wohnungseigentümers, dh nach abgeschlossener Begründung Wohnungseigentum, übertragen wird. Zur Frage der Umgehung der Schutzbestimmung mit Hilfe von sogenannten Gründungshelfern hat bereits der Gesetzgeber des WEG 2002 eindeutig Stellung bezogen und den Schutzmechanismus auf derartige Fallkonstellationen erstreckt. Dabei blieb aber weiterhin unklar, ob die Anwendbarkeit des § 37 Abs 4 WEG 2002 auch bei jeglichem ‚sukzessiven Abverkauf‘ von bereits bestehendem Wohnungseigentum durch den Wohnungseigentumsorganisator gegeben ist.

In der inzwischen als gesichert anzusehenden Rsp<sup>426</sup> wurde der Anwendungsbereich des § 37 Abs 4 WEG 2002 – über die Gründungsphase des Wohnungseigentums hinaus – auch für den Fall des ‚schrittweisen‘ Abverkaufs von Wohnungseigentumsobjekten durch jene Person(en), die seinerzeit die Wohnungseigentumsbegründung veranlasst hat(haben), ausgedehnt. Die Bestimmung kommt demnach auch dann zur Anwendung, wenn noch eine Erstverwertung durch den ehemaligen Wohnungseigentumsorganisator erfolgt, selbst wenn die Wohnungseigentumsbegründung bereits viele Jahre oder gar Jahrzehnte (!) zurückliegt. Mag die grundsätzliche Intention der Rsp hinter der zeitlichen Erstreckung des Anwendungsbereiches der Bestimmung richtig sein (iSd Schutzgedankens des Gesetzes), so kann dies jedoch für den ursprünglichen Wohnungseigentumsorganisator zu massiven Haftungsfolgen und Benachteiligungen gegenüber einem Verkäufer eines Wohnungseigentumsobjektes, der nicht Wohnungseigentumsorganisator war, kommen. Fälle eines ‚echten‘ derivativen Erwerbs, also einer Weiterveräußerung von Wohnungseigentumsobjekten durch andere Personen als dem damaligen Wohnungseigentumsorganisator (oder einem damaligen Gründungshelfer) sind nämlich von § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht mehr erfasst. In dieser Hinsicht liegt es am Gesetzgeber, die Erwerberschutzbestimmung und va den zeitlich unkonkreten Haftungsrahmen neu zu definieren bzw zu begrenzen. ME wäre insb eine Lösung dahingehend denkbar, dass § 37 Abs 4 WEG 2002 über die eigentliche Wohnungseigentumsbegründung hinaus nur anzuwenden ist, solange der veräußernde (ursprüngliche) Wohnungseigentumsorganisator noch Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist. Eine dahingehende Regelung lässt sich bereits in § 19a Abs 4 WGG, der im Zuge

---

<sup>426</sup> Vgl. dazu OGH 6 Ob 141/16b; 5 Ob 218/16v; 5 Ob 207/18d = MietSlg 71.467.

der WGG-Novelle 2019<sup>427</sup> neu eingefügt wurde, finden. Eine Neuregelung ist bereits deshalb geboten, weil die Anwendbarkeit von § 37 Abs 4 WEG 2002, wie sich im Verlauf der Arbeit gezeigt hat, in erster Linie für Wohnungseigentumsorganisatoren, nicht zu unterschätzende Rechtsfolgen und Konsequenzen nach sich zieht.

Mit Einbeziehung in den Kaufvertrag gilt der im Gutachten beschriebene Zustand als bedungene Eigenschaft (iSd § 922 ABGB)<sup>428</sup> und Haftungsmaßstab („Gutachtenvariante“). Wird ein solches Gutachten nicht in den Kaufvertrag miteinbezogen, nicht erstellt oder erfüllt dieses nicht die gesetzlichen Anforderungen, so gilt demgegenüber ein Erhaltungszustand des Gebäudes als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert („Gesetzesvariante“). ME ist dabei dem Teil der Lehre<sup>429</sup> zu folgen, in dem *gegen* einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Aushändigung eines Bauzustandsgutachtens plädiert wird. Dies ist mE zu Recht damit zu argumentieren, dass der mangelnden gesetzlichen Anordnung und der Tatsache, dass der Wohnungseigentumsbewerber – selbst wenn es der Wohnungseigentumsorganisator unterlassen hat, ein Bauzustandsgutachten beizubringen – durch die strenge verschuldensunabhängige Gewährleistungsverpflichtung des § 37 Abs 4 WEG 2002 in ausreichendem Maße vor ihn überraschenden Erhaltungskosten geschützt werden soll.

Im Falle der Gutachtenvariante ergeben sich *va* folgende Haftungskonsequenzen: Ein Wohnungseigentumsorganisator hat für den im Bauzustandsgutachten befundenen Zustand (als bedungene Eigenschaft iSd § 922 ABGB) wie für eine vertraglich zugesicherte Eigenschaft Gewähr zu leisten, wobei hinsichtlich des Inhalts bzw des Umfangs des Gewährleistungsanspruches – iSd hL<sup>430</sup> – davon ausgehen ist, dass die Verpflichtung des Verkäufers, für den bedungenen Zustand des Gebäudes bzw den Inhalt des Gutachtens einzustehen, nicht in der physischen Verbesserung der Liegenschaft, sondern im anteiligen Ersatz des Aufwandes besteht;

---

<sup>427</sup> BGBl I 2019/85 vom 31.07.2019.

<sup>428</sup> § 37 Abs 4 Satz 3 WEG 2002.

<sup>429</sup> Vgl. *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 42; *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 21; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), *Wohnungseigentum*<sup>7</sup> (2022) Kapitel Rz 113.

<sup>430</sup> *Würth/Zingher/Kovanyi*, *Miet- und Wohnrecht II*<sup>23</sup> § 37 WEG (2015) Rz 16; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Spruzina et.al* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht II* § 37 WEG (2018) Rz 20; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Wohnrecht – WEG*<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 44; *Kulka*, *Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002*, wobl 2012, 374 (376).

dh der Wohnungseigentumsorganisator haftet nach dieser Auffassung nur für jene Kosten des Erwerbers, die diesen bei Vornahme der Reparatur bzw der Erhaltungsarbeiten anteilig treffen. Derartige Gewährleistungsansprüche gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 sind – wie ebenfalls von der Rsp<sup>431</sup> judiziert – durch den kaufenden Wohnungseigentumsbewerber innerhalb von drei Jahren ab jenem Zeitpunkt geltend zu machen, an dem sich innerhalb des Zeitraums von zehn Jahren für ihn Mängel bzw größere Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestieren (Modifikation der Gewährleistungsfrist des §933 ABGB).

Wie die Untersuchung gezeigt hat, beschränkt sich die Haftung des Wohnungseigentumsorganisations aber keineswegs auf gewährleistungsrechtliche Ansprüche. Liegt – entgegen dem Inhalt des Bauzustandsgutachten – ein Zustand des Hauses vor, der in absehbarer Zeit notwendige Erhaltungsarbeiten erfordert, so liegt das Verschulden des Wohnungseigentumsorganisations va darin, dass er diesen Mangel schuldhaft nicht beseitigt hat. Die Ersatzpflicht folgt also aus der verschuldeten Schlechtleistung (Schadenersatzanspruch infolge Nichterfüllung vertraglicher Leistungspflichten). Wenn nun eine Abweichung vom vertraglich Geschuldeten vorliegt und auch auf Verschuldensebene ein dem Wohnungseigentumsorganisator vorwerfbares Verhalten vorliegt, kann der Wohnungseigentumsbewerber mE den Nichterfüllungsschaden (positives Vertragsinteresse, Erfüllungsinteresse – §§ 918, 920, 921 ABGB) vom Wohnungseigentumsorganisator begehren.

Ebenso konnte in der vorliegenden Untersuchung gezeigt werden, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (ein beachtlicher, für den Vertragsschluss kausaler (Geschäfts-)Irrtum, der vom anderen Teil veranlasst wurde) auch eine Anfechtung wegen Irrtum durch den kaufenden Wohnungseigentumsbewerber möglich erscheint, wenn ein fehlerhaftes, dh inhaltlich unrichtiges oder unvollständiges, Bauzustandsgutachten in den Kaufvertrag miteinbezogen bzw diesem zu Grunde gelegt wurde. Für den Fall, dass der Wohnungseigentumsorganisator Kenntnis über weitere notwendige Erhaltungsmaßnahmen hat und den Käufer bewusst (rechtswidrig und vorsätzlich) über anstehende Erhaltungsarbeiten getäuscht hat (etwa, wenn Tatsachen dem Gutachter und – in weiterer Folge – dem Käufer

---

<sup>431</sup> Prader, WEG<sup>6.00</sup> § 37 (2022) E 22; OGH 6 Ob 56/16b.



absichtlich verschwiegen wurden), so sind auch Ansprüche des Käufers auf Anfechtung/Anpassung des Vertrages nach § 870 ABGB (List) denkbar.

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen auf Seiten des Wohnungseigentumsbewerbers ist, im Falle der ‚Gutachtensvariante‘, die Haftung des Sachverständigen für die Richtigkeit seines Bauzustandsgutachtens. Wie die Untersuchung gezeigt hat, kann über die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung Dritter bzw die Erstreckung der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten eine Haftung des Sachverständigen ex contractu gegenüber dem Wohnungseigentumsbewerber bestehen, wenn – wie im Fall des Bauzustandsgutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002 – der Sachverständigen eine erkennbare drittgerichtete Erklärung abgegeben hat und der Sachverständige durch die Erstellung einer verkehrsfähigen Expertise für den Dritten (dem Wohnungseigentumsbewerber) einen besonderen Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Ungeachtet dessen lässt sich mE die Haftung des Gutachters gegenüber dem kaufenden Wohnungseigentumsbewerber bei einem „*nachtheiligen Rath*“<sup>[sic]</sup><sup>432</sup> auch unmittelbar auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen (als deliktische Haftungsnorm), sodass es – im Gegensatz zur bisherigen Rsp – keines Rückgriffs auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten bedürfe (originäre Schutzpflicht des Sachverständigen).

Wird das Bauzustandsgutachten gemäß § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht erstellt, erfüllt dieses nicht die gesetzlichen Anforderungen, oder wird dieses – aus welchen Gründen auch immer – nicht in den Kaufvertrag miteinbezogen, so führt dies zu einem zwingenden Eingriff in das Gewährleistungsrecht zugunsten des Käufers, nämlich dahingehend, dass ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart gilt, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Demnach greift eine gesetzlich typisierte, sehr umfassende Gewährleistungspflicht des Wohnungseigentumsorganisations. Strittig ist jedoch, was schließlich unter der Bezeichnung ‚größere Erhaltungsarbeiten‘ zu verstehen ist. Die Beurteilung ist dabei mE immer auf den Einzelfall bezogen vorzunehmen, wobei – iSd der zutreffenden Lehre<sup>433</sup>

---

<sup>432</sup> § 1300 Satz 1 ABGB.

<sup>433</sup> Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) zu § 37 WEG Rz 43; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 37 WEG Rz 24.

und Rsp<sup>434</sup> – mE richtigerweise eine gewisse ‚Bagatellgrenze‘ (iSe Erheblichkeitschwelle) überschritten sein muss, um Arbeiten (im Gegensatz zu laufenden Instandhaltungsmaßnahmen) als ‚größere Erhaltungsarbeiten‘ klassifizieren zu können. Ob die größeren Erhaltungsarbeiten durch die Rücklage finanziert werden können, ist jedenfalls nicht von Bedeutung. In Bezug auf den konkreten Umfang der Gewährleistungspflicht ist mE nicht zwischen der ‚Gutachtensvariante‘ oder der ‚Gesetzesvariante‘ zu differenzieren; ebenso wenig bei der Verjährungsfrist, sodass der Käufer diese stets innerhalb von drei Jahren ab jenem Zeitpunkt geltend zu machen hat, zu dem sich innerhalb des Zeitraums von zehn Jahren für ihn Mängel bzw größere Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestieren.

Schadenersatzrechtliche und irrtumsrechtliche Ansprüche des Wohnungseigentümers sind bei der ‚Gesetzesvariante‘ ebenso denkbar wie bei der ‚Gutachtensvariante‘. Darüber hinaus sind auch bei der ‚Gesetzesvariante‘ Ansprüche des Wohnungseigentümers gegen den Wohnungseigentumsorganisator wegen rechtswidriger, listiger Täuschung über Mängel am Haus möglich.

Aufgrund der umfassenden Belehrungs- und Beratungspflicht von Rechtsberatern bzw Vertragsverfassern (zB Rechtsanwälte oder Notare) birgt § 37 Abs 4 WEG 2002 für diese Berufsgruppe ein nicht zu unterschätzendes Haftungspotenzial. Da die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 in der Praxis oftmals ‚verkannt‘ bzw nicht korrekt angewendet wird, können Haftungsansprüche gegenüber dem Vertragsverfasser insb dann bestehen, wenn die Rechtsberatung bzw –belehrung des Vertragsverfassers in Bezug auf die Notwendigkeit eines Bauzustandsgutachten beim schrittweisen Abverkauf von Wohnungseigentumseinheiten (va, wenn sich der Abverkauf über Jahre oder gar Jahrzehnte hin erstreckt) iSd mittlerweile als gesichert anzusehenden Rsp des OGH unzulänglich ist, sei es, dass die Anwendbarkeit der Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG 2002 schlichtweg übersehen oder etwa zu Unrecht verneint wird.

Aufgrund der aufgezeigten Tragweite und der Haftungsrisiken, die mit § 37 Abs 4 WEG 2002 in Verbindung stehen, ist dieser Bestimmung bei der Begründung und dem Abverkauf von Wohnungseigentumsobjekten in Altbauten

---

<sup>434</sup> OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77 (215).

besondere Beachtung zu schenken. Die rechtlichen Konsequenzen daraus, sei es, dass ein Bauzustandsgutachten beigebracht und in den Kaufvertrag miteinbezogen wird oder nicht, sind aus Sicht eines Projektentwicklers unbedingt zu bedenken. mE liegt es aber auch am Gesetzgeber, Nachschärfungen und Änderungen des Gesetzes vorzunehmen, wie etwa bei der zeitlichen Begrenzung der Anwendbarkeit im Falle des sukzessiven Abverkaufs von Wohnungseigentumseinheiten oder der Definition des Inhalts und des Umfangs der Gewährleistungspflicht des Wohnungseigentumsorganisators, um den rechtlichen Handlungsspielraum für Wohnungseigentumsorganisatoren, Wohnungseigentumsbewerber, Vertragsverfasser und Gutachter vorhersehbarer zu machen.

## Quellenverzeichnis

### Verwendete Literatur

#### A. Bücher/ Monografien/ Kommentierungen

*Artnner/Kohlmaier*, Immobilienrecht – Praxishandbuch<sup>3</sup> (2019).

*Auer/Faber/Graf et al*, Festschrift Liber Amicorum Helmut Böhm (2019).

*Barth/Dokalik/Potyka*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen<sup>26</sup> (2018).

*Baumgartner*, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016).

*Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, Gesamtkommentar Wohnrecht (2018).

*Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg), Verbraucherrecht (2015).

*Dirnbacher*, WEG idF WRN 2009: Das Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010).

*Engin-Deniz*, BTVG-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1999).

*Faistenberger/ Barta/ Call*, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz (1976).

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1 - 43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht<sup>3</sup> (2014).

*Flener/Mörzinger*, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen<sup>2</sup> (2018).

*Gartner*, Bauträgervertragsgesetz<sup>4</sup> (2017).

*Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG<sup>4</sup> (2021).

*Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017).

*Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>6</sup> (2018).

*Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum<sup>7</sup> (2022)

*Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht: Taschenkommentar<sup>3</sup> (2018).

*Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht: Taschenkommentar – Update<sup>1</sup> (2020).

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2022).

*Kolmasch (Hrsg)*, Das Wohnungseigentumsgesetz<sup>2</sup> (2006).

*Kothbauer*, Praxishandbuch Mietrecht Österreich (2021).

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB: Kurzkommentar<sup>6</sup> (2020).

*Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band II – Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten<sup>3</sup> (2018).

*OV*, Otto Immobilien – Erster Wiener Zinshaus-Marktbericht (2022).

*Stingl/Nidetzky*, Handbuch Immobilien und Steuern<sup>31</sup> (2021).

*Palten*, Wohnungseigentumsrecht. Erläuterung und Rechtsprechung<sup>2</sup> (1997).

*Pfeffer/Rauter*, Handbuch Kunstrecht<sup>2</sup> (2020).

*Prader*, MANZ Wohnrecht (2022).

*Prader/Pittl*, Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz<sup>2</sup> (2022).

*Pittl*, Wohnungseigentumsrecht (2021).

*Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts (2022).

*Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2003).

*Rummel/Lukas*, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch<sup>4</sup> (2021).

*Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar Band 5<sup>5</sup> (2021).

*Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020).

*Stabentheiner/Vonkilch (Hrsg)*, Wohnrecht 2022 Band 2 (2022).

*Stingl/Nidetzky*, Handbuch Immobilien und Steuern<sup>31</sup> (2021).

*I. Vonkilch*, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022).

*Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis (2022).

*Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> (2015).

## **B. Zeitschriftenbeiträge**

*F. Artner/I. Vonkilch*, GRUG: Zum objektiven Mangelbegriff des § 6 VGG, *ecolex* 2021, 890.

*P. Bydlinski*, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, *NZ* 2015, 281.

*P. Bydlinski*, Die Irrtumsanfechtung von Spekulations- und Vermögensanlagegeschäften, *ÖBA* 2010, 646.

*Call*, Das neue Sachverständigengutachten über den Bauzustand eines Althauses, in dem Wohnungseigentum nach § 23 WEG 1975 begründet werden soll, *ImmZ* 1997, 339.

*Call*, Die Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes 1975 im Rahmen des Bauträgervertragsgesetzes - ein Überblick, *wobl* 1997, 5.

*Fink/Seeber-Grimm/Seeber*, Geltendmachung von Rechten aus Gewährleistung und Schadenersatz an Wohnungseigentumsobjekten, *ZRB* 2021, 14.

*Hagen*, Rechte des Wohnungseigentumsbewerbers in der Vorgründungsphase, *immolex* 2015, 250.

*Hausmann*, Die jüngsten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes im Überblick, *ecolex* 1997, 336.

*Illedits/Illedits*, Notwendigkeit und (Mindest-)Inhalt eines Gutachtens nach § 37 Abs 4 WEG 2002, *wobl* 2019, 365.

*Karner*, Amtshaftungsansprüche des Kreditgebers bei unrichtiger Baulandbestätigung, *ÖBA* 2001, 235.

*Kothbauer*, Zum Baugutachten nach § 37 Abs 4 WEG, *immolex* 2017, 64.

*Kothbauer*, Aktuelle Judikatur zum Wohnungseigentum (2019) S 113.

*Kolmasch*, Gewährleistung beim Verkauf von Altbau-Eigentumswohnungen, *ZAK* 2019, 137.

*Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, *wobl* 2012, 374.



*Marzi*, Das Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012, wobl 2012, 182.

*Männl*, Die Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers gegen den Wohnungseigentumsorganisator gemäß § 37 Abs 4 WEG, wobl 2020, 161.

*Männl/Stockhammer*, Sukzessiver Abverkauf von Wohnungen, immolex 2016, 259.

*Molnar*, Die Kaufoption gemäß WGG immo aktuell 2021, 63.

*OV*, Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum - Bezeichnung des Wohnungseigentumsobjekts, ZRInfo 2003/152.

*OV*, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 277.

*Prader*, WEG 2002 - ein erster Überblick, RdW 2002/265.

*Pittl*, Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers: Änderungen durch das WEG 2002, wobl 2002, 149.

*Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137.

*Reischauer*, Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses bei anfänglicher Unmöglichkeit – eine Replik, JBl 2022, 560.

*Richter*, Lexis Nexis Briefings Zivilrecht – Wohnungseigentumsbewerber (2022).

*Riss*, Dynamischer Erhaltungsbegriff und Verbesserungspflicht des Vermieters im MRG, wobl 2007, 238.

*Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBL 2011, 69.

*Schopper*, Verkürzung der Verjährungsfrist beim Ersatz des Mangelschadens nach § 933a ABGB, ZRB 2017, 53.

*Stabentheiner*, Die Privatisierung der Nutzwertbestimmung, immolex 1997, 21.

*Vonkilch*, Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit, die Rechtswissenschaft und das ABGB, Zak 2021/407.

*I. Vonkilch*, Schadenersatz wegen irreführender Produktinformation – UWG versus ABGB, wbl 2022, 615

*Würth*, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979, 57.

*Wenusch*, Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer, ZRB 2018, 13.

### **C. Sammlungen**

MietSlg - Mietrechtliche Entscheidungen, MANZ.

RIS – Rechtsinformationssystem des Bundes.

### **D. Glossen**

*Brenn* zu OGH 5 Ob 66/14p, EvBl-LS 2014/129.

*F. Bydlinski* zu OGH 6 Ob 313, 314/64, JBl 1965, 319.

*Call* zu OGH 5 Ob 113/95, wobl 1998/116.

*Call* zu OGH 5 Ob 126/95, wobl 1996/35.

*Call* zu OGH 5 Ob 228/99m, wobl 2000/6.

*Call* zu OGH 5 Ob 38/01a, wobl 2001/108.

*Call* zu OGH 5 Ob 159/04z, wobl 2005, 178/50.

*Cerha* zu OGH 5 Ob 143/14m, immolex 2015/59.

*Eixelsberger* zu OGH 5 Ob 96/10v, wobl 2011/113.

*Hagen* zu OGH 5 Ob 225/15x, immolex 2017/18.

*Hoyer* zu OGH 5 Ob 113/13y, NZ 2014/136.

*Ch. Huber* zu OGH 2 Ob 191/06m, ZVR 2007/211.

*Illedits* zu OGH 6 Ob 56/16b, wobl 2016, 432.

*Karauscheck* zu OGH 5 Ob 271/08a, immolex 2009/127.

*Klein* zu OGH 5 Ob 96/10v, immolex 2012/28.

*Klein* zu OGH 5 Ob 78/10x, immolex 2011/6.

*Kletečka* zu OGH 5 Ob 126/95, ecolex 1996, 593.

*Kolmasch* zu OGH 5 Ob 218/16v, Zak 2017/54.

*Koziol* zu OGH 4 Ob 75/92, JBl 1993, 518.

*Männl/Stockhammer* zu OGH 6 Ob 56/16b, immolex 2016, 259.

*Prader* zu OGH 5 Ob 106/08m, immolex 2009/2.

*Prader* zu OGH 5 Ob 127/09a, immolex 2010/17.

*Prader* zu OGH 9 Ob 27/10a, immolex 2013/10.

*Prader* zu OGH 5 Ob 228/13k, immolex 2014/39.

*Riss* zu OGH 5 Ob 157/02b, wobl 2009/34.

*Rohrer* zu OGH 6 Ob 56/16b, EvBl-LS 2016/117.

*Stibi* zu OGH 5 Ob 29/08p, immolex 2008/148.

*Vonkilch* zu OGH 5 Ob 127/09a, wobl 2010/54.

*Vonkilch* zu OGH 9 Ob 27/10a, wobl 2011/62.

*Vonkilch* zu OGH 5 Ob 78/10x, wobl 2011/79.

*Vonkilch* zu 5 Ob 143/14m, wobl 2015/4.

*Vonkilch/ Riss* zu OGH 2 Ob 215/10x, wobl 2012/131.

*Weixelbraun/ Hüttler* zu OGH 5 Ob 233/04g, immolex 2005/43.

## Judikaturübersicht

### A. Entscheidungen des OGH

OGH 2 Ob 226/27.

OGH 6 Ob 457/60.

OGH 3 Ob 131/66, EvBl 1967/218.

OGH 8 Ob 281/70.

OGH 1 Ob 34/72.

OGH 1 Ob 197/75, SZ 48/112.

OGH 6 Ob 666/76, SZ 50/14= MietSlg 29.516/11.

OGH 6 Ob 664–666/76.

OGH 3 Ob 634/77, MietSlg 30.580.

OGH 7 Ob 671/78, SZ 51/144.

OGH 5 Ob 7/78, MietSlg 30.581.

OGH 8 Ob 566/78, MietSlg 31.542/21.

OGH 7 Ob 671/78, SZ 51/144.

OGH 1 Ob 773/78, MietSlg 31.538.

OGH 1 Ob 530/79, JBl 1981

OGH 5 Ob 35/82, MietSlg 34.559.

OGH 5 Ob 47/83, MietSlg 35.312.

OGH 1 Ob 608/84, MietSlg 36.078.

OGH 3 Ob 547/84, SZ 57/122.

OGH 1 Ob 536/86.

OGH 7 Ob 541/87.

OGH 8 Ob 667/87, ÖBA 1989, 89.

OGH 5 Ob 55/88=MietSlg. 40.669/22.

OGH 1 Ob 606/88.

OGH 2 Ob 613/89.

OGH 1 Ob 672/90.

OGH 3 Ob 113/91.

OGH 5 Ob 165/92 = MietSlg 45.567.

OGH 4 Ob 2/93.

OGH 8 Ob 614/93.

OGH 1 Ob 44/94.

OGH 3 Ob 564/94.

OGH 5 Ob 5/95 = MietSlg 47.501.

OGH 5 Ob 55/95.

OGH 1 Ob 617/95, ÖBA 1996/547

OGH 5 Ob 113/95 = MietSlg 48.465.

OGH 5 Ob 126/95 = MietSlg 47.507.

OGH 3 Ob 563/95.

OGH 5 Ob 404/96.

OGH 7 Ob 513/96, SZ 69/258 = JBl 1997, 524.

OGH 4 Ob 44/97t, immolex 1997/134.

OGH 7 Ob 30/98g.

OGH 5 Ob 166/99v.

OGH 5 Ob 96/99z= MietSlg. 51.567.

OGH 5 Ob 228/99m.

OGH 1 Ob 183/00v.

OGH 7 Ob 273/00y.

OGH 5 Ob 269/00w.

OGH 5 Ob 38/01a.  
OGH 8 Ob 246/01m.  
OGH 8 Ob 287/01s.  
OGH 5 Ob 157/02b, immolex 2003/60.  
OGH 5 Ob 178/02s.  
OGH 5 Ob 233/02d = MietSlg 54.502.  
OGH 9 Ob 247/02 t, JBl 2003, 573.  
OGH 5 Ob 304/02w.  
OGH 4 Ob 13/04x.  
OGH 5 Ob 233/04g.  
OGH 5 Ob 219/04y, immolex 2005/52 = wobl 2005/91.  
OGH 5 Ob 159/04z, immolex 2005/84= bbl 2005/93.  
OGH 8 Ob 12/05f.  
OGH 8 ObA 34/05s, JBl 2006, 331.  
OGH 3 Ob 67/05g.  
OGH 6 Ob 104/06x.  
OGH 2 Ob 191/06m, JBl 2007, 518.  
OGH 8 Ob 51/08w.  
OGH 5 Ob 128/08x, MietSlg 60.437.  
OGH 5 Ob 173/08i, wobl 2009/55 = MietSlg 60.053.  
OGH 9 Ob 49/09k.  
OGH 5 Ob 251/09m.  
OGH 5 Ob 201/09h, immolex-LS 2010/68 = wobl 2010/76 =MietSlg 62.431.  
OGH 5 Ob 256/09x.  
OGH 5 Ob 14/10k = MietSlg 62.898.



OGH 6 Ob 60/10g.  
OGH 5 Ob 73/10m, MietSlg 62.425.  
OGH 5 Ob 78/10x.  
OGH 3 Ob 79/10d.  
OGH 5 Ob 105/10t, MietSlg 62.070.  
OGH 2 Ob 135/10g.  
OGH 4 Ob 137/10s.  
OGH 4 Ob 146/10i.  
OGH 2 Ob 185/10k.  
OGH 1 Ob 11/12t.  
OGH 5 Ob 53/12y.  
OGH 8 Ob 66/12g.  
OGH 1 Ob 91/12g.  
OGH 3 Ob 143/12v.  
OGH 1 Ob 184/12h, JBl 2013, 510.  
OGH 5 Ob 37/13x.  
OGH 5 Ob 113/13y, NZ 2014/136 = MietSlg 65.550.  
OGH 5 Ob 143/14m.  
OGH 2 Ob 234/14x.  
OGH 4 Ob 249/14t.  
OGH 5 Ob 84/14k.  
OGH 5 Ob 5/15v, immolex-LS 2015/36.  
OGH 2 Ob 78/15g.  
OGH 5 Ob 92/15p.  
OGH 5 Ob 225/15x.

OGH 6 Ob 56/16b.

OGH 6 Ob 141/16b, immolex LS 2016/64 = immolex 2016/110, 361 = wobl 2016/141, 436 = bbl 2017/26, 33.

OGH 5 Ob 218/16v.

OGH 5 Ob 171/17h, bbl 2018/56.

OGH 5 Ob 210/17v.

OGH 6 Ob 101/18y, wobl 2019/77.

OGH 6 Ob 193/18b.

OGH 5 Ob 207/18d, MietSlg 71.467.

OGH 4 Ob 245/18k.

OGH 6 Ob 47/20k.

OGH 8 Ob 28/20f.

OGH 4 Ob 214/20d.

OGH 5 Ob 16/21w = wobl 2022/9

OGH 5 Ob79/22m.

## **B. Entscheidungen anderer Gerichte**

OLG Wien 15 R 60/02g.

OLG Wien 1 R 249/77 = MietSlg 29.518.

LGZ Wien 45 R 444/79 = MietSlg 31.539.

LGZ Wien 41 R 254/82 = MietSlg 34.580.

LGZ Wien 41 R 1014/85 = MietSlg 38.616.

LGZ Wien 41 R 1236/85 = MietSlg 38.617.

VwGH Ro 2014/13/0036.

## **C. Rechtssätze**

RIS-Justiz RS0109567.

RIS-Justiz RS0108166.

RIS-Justiz RS0083143.

RIS-Justiz RS0110530.

RIS-Justiz RS0069944.

RIS-Justiz RS0122651.

RIS-Justiz RS0122651.

RIS-Justiz RS0026645.

RIS-Justiz RS0017178.

RIS-Justiz RS0026596.

RIS-Justiz RS0122651.

RIS-Justiz RS0038663.

RIS-Justiz RS0026727.

RIS-Justiz RS0023526.

RIS-Justiz RS0108166.

RIS-Justiz RS0016262.