

# Konkludente Vertragsänderungen im Wohn- und Liegenschaftsrecht und ihre Auswirkungen im Rahmen der Liegenschaftsbewertung

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades  
“Master of Science”

eingereicht bei  
Michael Klinger, B.A.

Dr. Johannes Stowasser

09800962

## Eidesstattliche Erklärung

Ich, **DR. JOHANNES STOWASSER**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "KONKLUDENTE VERTRAGSÄNDERUNGEN IM WOHN- UND LIEGENSCHAFTSRECHT UND IHRE AUSWIRKUNGEN IM RAHMEN DER LIEGENSCHAFTSBEWERTUNG", 67 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, 18.04.2022

---

Unterschrift

## Kurzfassung

Willenserklärungen als Ausdruck rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillens können im österreichischen Recht nicht nur „ausdrücklich“ (also durch Sprache ausgedrückt) kommuniziert werden, sondern auch „stillschweigend“ bzw. „konkludent“ durch solche Handlungen, die keinen Zweifel daran lassen, dass eine bestimmte Erklärung beabsichtigt war. Das Postulat solcher konkludenter Willenserklärungen bietet die Möglichkeit, wechselseitige rechtliche Verpflichtungen an die (gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses veränderte) faktische Ausgestaltung solcher Beziehungen anzupassen, ohne dass konkrete, ausdrückliche vertragliche Abreden nachgewiesen werden müssen. Anhand einer Vielzahl konkreter Beispiele stellt die vorliegende Arbeit dieses Rechtsinstitut in seiner praktischen Anwendung durch die Rechtsprechung in den Bereichen des Wohnrechts, aber auch im Hinblick auf die Begründung von Nutzungsrechten im Miteigentum oder von Dienstbarkeiten dar. Im Mietrecht beispielsweise geht es in diesem Zusammenhang um stillschweigende Begründungen und Beendigungen von Mietverhältnissen, Ausweitungen Mietgegenstände bzw. Inanspruchnahme ursprünglich nicht vermieteter Flächen, stillschweigende Verzichte auf Entgelte und insbesondere mögliche Entgelterhöhungen oder Wertanpassungen und Änderungen der vertraglich vereinbarten Anwendungszwecke der Mietgegenstände – was sich insbesondere im Ertragswertverfahren auf die Bewertung einer Liegenschaft auswirken kann. In Hinblick auf Wohnungseigentum und schlichtes Miteigentum können insbesondere konkludente Änderungen der Widmung den Wert einer Liegenschaft beeinflussen. Auch überschneidende bzw. thematisch verwandte Rechtsinstitute wie die Ersitzung oder die Begründung offenkundiger Dienstbarkeiten werden kurz umrissen, da auch diese Bereiche im Rahmen einer Bewertung zu berücksichtigen sein können. Der Bewerter wird in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen vertrauen dürfen, es sei denn, er hat „erhebliche Anhaltspunkte“ für deren Unrichtigkeit. Dem mit der Bewertung einer Liegenschaft beauftragten Sachverständigen ist daher anzuraten, als Grundlage seines Begutachtungsauftrages festzuhalten, dass eine umfassende Prüfung der sich anhand der übergebenen Unterlagen ersichtlichen Rechtsverhältnisse nicht Teil des Auftrages ist, und ein entsprechender, besonders qualifizierter Befund gesondert zu beauftragen wäre. Beschränkt sich der Gutachter auf die Verarbeitung von Angaben, die ihm von einem anderen Sachverständigen zur Verfügung gestellt wurden, kann er sich grundsätzlich auf deren Richtigkeit verlassen (wobei insbesondere gewerbliche Hausverwalter als Sachverständige gelten). Die vorliegende Arbeit enthält in diesem Zusammenhang im Schlusskapitel Tipps und Formulierungsvorschläge für Auftragsbedingungen, um Auftragsumfang und allfällige Haftungen in obigem Sinne zu regeln und Haftungsrisiken auszuschließen.

# Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	1
1.1.	Konkludente Willenserklärungen im Wohn- und Liegenschaftsrecht.....	1
1.2.	Auswirkungen auf die Begutachtung und Bewertung von Liegenschaften.....	2
1.3.	Zur Methodik.....	3
2.	Willenserklärungen und ihre Rezeption – Vertrauenstheorie.....	5
2.1.	§ 863 ABGB und der Bedeutungsinhalt von Erklärungen.....	6
2.2.	Schweigen als Zustimmung vs. Duldung bestimmter Handlungen des Offerenten.....	9
2.3.	Typologie der (auch stillschweigenden) rechtlichen Willenserklärungen.....	10
2.3.1.	Konkludente Begründung von Rechtsverhältnissen.....	10
2.3.2.	Konkludente Abänderung von Rechtsverhältnissen.....	11
2.3.3.	Konkludenter Verzicht.....	11
2.3.4.	Verwirkung.....	12
2.3.5.	Exkurs: Verjährung und Ersatz.....	13
2.4.	Prozessuales: Konkludente Vertragsänderungen als Tat- oder Rechtsfrage?.....	13
2.5.	Konkludente Willenserklärungen im Kollektiv: Miteigentumsgemeinschaften.....	15
3.	Mietrecht (ABGB / MRG).....	16
3.1.	Vertragsabschluss: Konkludente Begründung von Mietverträgen.....	16
3.1.1.	Unbeanstandete Annahme eines Entgelts.....	17
3.1.2.	Eintritt eines Dritten in das Bestandverhältnis.....	20
3.1.3.	Begründung von Mietverhältnissen innerhalb der schlichten Miteigentumsgemeinschaft.....	22
3.2.	Dauer und Befristungen.....	22
3.2.1.	Normierte Willenserklärungen: Verlängerung.....	23
3.2.2.	„stillschweigende Verlängerung“ nach § 1114f ABGB iVm § 569 ZPO.....	23
3.2.3.	Exkurs: Erneuerung gem. § 29 Abs 3 MRG.....	24
3.3.	Änderung des Entgelts.....	25
3.3.1.	Konkludente Erhöhung des Mietzinses.....	26
3.3.2.	Mietzinsminderungen aufgrund der Mietzinsbildungsvorschriften des MRG.....	27
3.3.3.	Wertanpassungen.....	28
3.3.4.	Erhöhung des Hauptmietzinses nach § 46 Abs 2 MRG.....	28
3.4.	Konkludente Änderung des Vertragszweckes (Widmung).....	29
3.4.1.	Wohnzwecke und Geschäftszwecke.....	30
3.4.2.	Freiberufliche Tätigkeiten – Steuerberatungskanzlei.....	31
3.5.	Konkludente Ausweitung des Mietgegenstandes.....	32
3.5.1.	Parkplätze.....	32
3.5.2.	Nutzung von Nebenräumen.....	34
3.5.3.	Nutzung von Allgemeinflächen zur Ablagerung als Prekarium oder Teil des Mietgegenstandes.....	34
3.6.	Beendigung des Mietverhältnisses.....	36
3.6.1.	Konkludente Annahme eines Angebotes zur einvernehmlichen Vertragsauflösung.....	36
3.6.2.	Schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung von Kündigungs- und Auflösungsgründen.....	37
3.6.3.	Konkludenter Kündigungsverzicht des Bestandgebers.....	39
4.	Wohnungseigentum (WEG).....	40
4.1.	Widmung.....	40
4.1.1.	Exkurs: Widmungen im öffentlichen Baurecht.....	41
4.1.2.	Widmung als Wohnungseigentumsobjekt.....	42
4.1.3.	Umwidmung: Konkludente Zustimmung zu sonstigen Änderungen iSd § 16 WEG.....	42
4.2.	Ausweitung von Wohnungseigentumsobjekten durch Inanspruchnahme allgemeiner Teile.....	47
4.3.	Nutzung allgemeiner Teile auf Basis konkludenter Benützungsvereinbarungen.....	48
4.4.	Exkurs: Ausnahmen vom Intabulationsprinzip – konkludente und offenkundige Dienstbarkeiten.....	49
5.	Mögliche Auswirkungen konkludenter Vertragsänderungen auf die Bewertung von Liegenschaften.....	51
5.1.	Unmittelbar ertragswirksame Änderungen.....	51
5.2.	Änderungen der Widmung bzw. Nutzbarkeit.....	52
6.	Hinweis- und Nachforschungspflichten des Erstellers eines Bewertungsgutachtens in Zusammenhang mit konkludenten Vertragsänderungen.....	53
6.1.	„erhebliche Anhaltspunkte“, die eine Nachforschungspflicht indizieren.....	54
6.2.	schlichte Begehung vs. „erschöpfende Befundaufnahme“.....	55
6.3.	Haftungsrisiken des Bewerter.....	56
7.	Schlussfolgerungen.....	57
7.1.	Allgemeine Prüfungskriterien.....	57
7.2.	Grundlagen des Gutachtervertrages und ratsame Haftungsausschlüsse.....	58
7.3.	Exkurs: Geltung von Geschäftsbedingungen bei Gutachten.....	60
7.4.	Resümee und Checkliste.....	61
	Literaturverzeichnis.....	62

## 1. Einleitung

Der Grundsatz „*wer schweigt stimmt zu*“ gilt im österreichischen Zivilrecht grundsätzlich nicht: verbindlich ist vielmehr, was *ausdrücklich* (als durch den „Ausdruck“ im Sinne des sprachlichen Begriffs, sei es schriftlich oder mündlich) im Rahmen eines Vertrages vereinbart wurde, und zwar so lange, bis etwas anderes vereinbart wird. Eine solche Abänderung muss nicht zwingend in derselben Form (schriftlich, mündlich) erfolgen wie der ursprüngliche Vertrag, vielmehr kann eine Begründung neuer oder eine Abänderung bestehender Verträge *„stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“* (§ 863 Abs 1 ABGB<sup>1</sup> – „konkludente“ oder „stillschweigende“ Willenserklärung).

Die Annahme konkludenter Willenserklärungen bietet die Möglichkeit, wechselseitige rechtliche Verpflichtungen an die (gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses veränderte) faktische Ausgestaltung solcher Beziehungen anzupassen. Dies hat zwar einerseits den Vorteil, dass das „rechtliche Band“ die Lebenswirklichkeit abbildet und somit nicht zum theoretischen Konstrukt verkommt, das – wenn es denn durchgesetzt wird – für die Beteiligten unsachliche und unerwartete Konsequenzen zeitigt. Andererseits läuft die von der Rechtspraxis oftmals aus Billigkeitserwägungen abseits der gesetzlichen Grundlagen (*„keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln“*) angewandte konkludente Vertragsänderung dem Prinzip der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zuwider, da bei bestimmten rechtlichen Konstellationen nicht nur die verschriftlichte Ausgestaltung eines Vertrages maßgeblich ist, sondern auch erforscht werden muss, wie die Rechtsbeziehung während der letzten Jahre und Jahrzehnte „faktisch“ gelebt wurden.

### 1.1. Konkludente Willenserklärungen im Wohn- und Liegenschaftsrecht

Speziell im Bereich des Wohnrechtes hat die mieterschutzfreundliche Rechtsprechung in einigen Bereichen konkludente Verzichtes des Vermieters angenommen, die Auswirkungen auf die Bewertung von Liegenschaften haben können, da sie eine Änderung der Vertragssituation gegenüber den schriftlichen Vereinbarungen bewirkt – und damit eine Diskrepanz zwischen den der Bewertung zugrunde gelegten Rechtslage und der tatsächlichen Rechtslage. Diese Diskrepanz kann Einfluss auf Erträge oder Nutzbarkeit der zu bewertenden Liegenschaft und damit auf den Verkehrswert haben.

---

<sup>1</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, StF: JGS Nr. 946/1811.

Auch in Bezug auf Benutzungsvereinbarungen zwischen Miteigentümern bei schlichtem Miteigentum oder bei Liegenschaften, an denen Wohnungseigentum begründet wurde, hinkt die schriftlich formalisierte Vertragslage der Lebensrealität der Beteiligten oft hinterher. Vielfach sind die rechtlichen Anforderungen und Besonderheiten der Verfügung und Verwaltung über gemeinsames Eigentum den Miteigentümern nicht bekannt, und in der Tat scheitern selbst Juristen regelmäßig an den Besonderheiten insbesondere des Wohnungseigentumsrechts. Auch in solchen Bereichen hat sich daher die Praxis bewährt, über Jahre hinweg widerspruchslos akzeptierte Gepflogenheiten unter das Rechtsinstitut der konkludenten Vertragsänderung zu subsumieren und solcherart in die geltende Rechtslage zu übertragen.

Schließlich ist noch auf die strukturelle Nähe zur Ersitzung hinzuweisen: auch hier wird jahrelange Ausübung von vermeintlichen Rechten schließlich legitimiert und diese Ausübung verdichtet sich zur Berechtigung. Im Falle von Dienstbarkeiten an Liegenschaften (meist handelt es sich um Wegerechte, denkbar ist aber auch ein verdinglichtes Nutzungsrecht Anteilen oder Einrichtungen einer Liegenschaft) hat ein derartiger Rechtserwerb Dritter freilich erhebliche und sehr nachhaltige Auswirkungen auf die Liegenschaft. Immerhin setzt die Ersitzung bei unbeweglichen Sachen eine über 30 Jahre währende, durchgehende Ausübung voraus; es gibt demgegenüber aber auch „offenkundige Dienstbarkeiten“, deren Begründung auf eine mündliche oder sogar stillschweigende Vereinbarung gestützt wird, wobei in diesen Fällen die 30-jährige Ersitzungsfrist nicht zur Anwendung gelangt. Dritten, die einer solcherart belastete Liegenschaft gutgläubig und deshalb lastenfrei erwerben würden, kann der Berechtigte aus einer solchen „offenkundigen Dienstbarkeit“ entgegenhalten, dass diese Dienstbarkeit bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennbar gewesen wäre (weil „offenkundig“).

## **1.2. Auswirkungen auf die Begutachtung und Bewertung von Liegenschaften**

Es gibt also mehrere Themenbereiche, in denen die tatsächliche Sach- und Rechtslage von der anhand der üblichen Dokumente ersichtlichen Situation abweicht und diese Abweichung eine gegenüber den Annahmen auf Basis der schriftlichen Dokumentation uU erheblich abweichende Nutzbarkeit oder auch Ertragslage der Liegenschaft bewirkt. Für den mit der Erstellung eines eine solche Liegenschaft betreffenden Gutachtens beauftragten Sachverständigen (sei es ein Bewertungsgutachten zu Ermittlung des Verkehrswertes der Liegenschaft oder aber auch ein Nutzwertgutachten zum Zwecke der Wohnungseigentumsbegründung an bereits seit langer Zeit bestehenden Gebäuden) stellt sich damit das Problem, dass er sich nicht auf die Zugrundelegung und Prüfung der ihm zur

Verfügung gestellten Unterlagen beschränken kann, sondern diese uU im Rahmen der Befundaufnahme prüfen muss.

Insoweit soll die vorliegende Arbeit einen rechtswissenschaftlich fundierten Arbeitsbehelf schaffen, der es dem mit der Begutachtung einer Liegenschaft befassten Sachverständigen erleichtert, gezielt nachzuforschen und allfällige Abweichungen zwischen den seiner Prüfung zugrundeliegenden Urkunden und den evtl abgeänderten Rechtsverhältnissen zu identifizieren und solche Abweichungen im Rahmen der Bewertung und seiner gutachterlichen Stellungnahme angemessen zu berücksichtigen.

Im letzten Teil der Arbeit soll noch untersucht werden, ob allfällige Nachforschungspflichten des Gutachters im dargestellten Zusammenhang bestehen und wie weit diese gehen. Schließlich werden noch Empfehlungen erarbeitet, wie der Gutachter seine Gutachtensauftrag im dargestellten Zusammenhang definieren und solcherart sein Haftungsrisiko beschränken kann.

### **1.3. Zur Methodik**

§ 12 ABGB ordnet an, dass *„die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile nie die Kraft eines Gesetzes haben und auf andere Fälle oder andere Personen nicht ausgedehnt werden können“*. Anders als in den angloamerikanischen Rechtssystemen, in denen gerade die Richtersprüche in vorangegangenen Fällen wesentliche Rechtserkenntnisquelle auch für nachfolgende Causen ist, schließt das 1812 in Kraft getretene ABGB die Präjudizwirkung von Gerichtsurteilen (auch der Höchstgerichte) grundsätzlich aus. Dies ist im Verständnis der Redaktoren des ABGB auch nachvollziehbar, hatte doch allein der absolutistische regierende Monarch die Autorität und Kompetenz, allgemein verbindliches Recht zu setzen – wohingegen die Richter als Staatsbeamte lediglich mit der Anwendung dieses Rechts im Einzelfall betraut waren (anders das Verständnis im angloamerikanischen Rechtskreis, in dem der Richter als Bevollmächtigter des Souveräns Recht spricht und dadurch Recht setzt).

In der österreichischen Rechtsprechung hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten die Praxis gebildet, Entscheidungen durch einzelne, abstrakte „Richterrechtssätze“ zu begründen. Diese, als „Rechtssätze“ bezeichneten, abstrakten Begründungsformeln wurden im Rahmen der automationsunterstützten Sammlung und Aufarbeitung höchstgerichtliche Entscheidungen durch das Rechtsinformationssystem der österreichischen Justiz („RIS-Justiz“) systematisch geordnet und mit Kennnummern versehen. Es ist nunmehr üblich, dass in Gerichtsentscheidungen auf diese Begründungsformeln verwiesen wird um damit auf eine

gefestigte richterliche Spruchpraxis zu verweisen und zu belegen, dass die Begründungsprämissen der konkreten Entscheidung der vorangegangenen Rechtsprechung entsprechen. Eine Dogmatische Rechtfertigung diese Vorgehensweise findet sich in der Lehre von der subsidiären Bindungskraft, wonach schon aufgrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes gleiche Fälle gleich zu behandeln sind, und daher bei gleichen abstrakten Tatbestandsmerkmalen die entsprechenden, aus dem gesetzten Recht abgeleiteten und konkretisierten Grundsätze auch auf zukünftige, gleichgelagerte Fälle anzuwenden sind.<sup>2</sup>

Insoweit stützt sich die vorliegende Arbeit auf die Darstellung der einschlägigen Rechtssätze und der Zusammenfassung wesentlicher Sachverhaltselemente aussagekräftiger Judikate des Obersten Gerichtshofes (OGH) und soll auf diese Weise ein „Problembewusstsein“ für den Anwendungsbereich der konkludenten Vertragsänderungen vermitteln.

Da die Rechtspraxis die „Rechtssätze“ als Konkretisierung gesetzlicher Normen gewissermaßen als Normen des Richterrechts verwendet, werden diese – gleich den Gesetzesbestimmungen – vereinzelt im Wortlaut zitiert oder paraphrasiert, um die logische Nachvollziehbarkeit der daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen zu gewährleisten.

\*

Ähnlich wie der Lehrgang „Immobilienmanagement und Bewertung“ anhand der Bewertung von Liegenschaften alle relevanten Themenbereiche rund um Liegenschaften und Gebäude darstellt, soll die vorliegende Abhandlung anhand der stillschweigenden Begründung, Änderung oder Beendigung von Vertragsbeziehungen und der sich daraus für den Bewertungsgutachter ergebenden Konsequenzen eine „Tour d’horizon“ durch das Wohn- und Liegenschaftsrecht und den Rechtsrahmen der Liegenschaftsbewertung bieten und die Besonderheiten des österreichischen Rechtsbestandes in einzelnen betroffenen Sachgebieten durcharbeiten.

---

<sup>2</sup> Vgl. F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (Wien 2005), 108ff.

## 2. Willenserklärungen und ihre Rezeption – Vertrauenstheorie

Rechtsgeschäftliche Bindungen basieren auf der Interaktion zwischen Rechtssubjekten, wobei diese Interaktion durch Willenserklärungen im weiteren Sinne erfolgt. Als „*Willenserklärung*“ bezeichnet die Rechtswissenschaft Erklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind.<sup>3</sup> Kriterium ist also hier der Wille des Erklärenden, ein Recht zu begründen, abzuändern oder zu kündigen.

Freilich ist niemals gesichert, dass eine solche Willenserklärung vom Empfänger in genau jenem Sinn aufgefasst wird, in dem Sie der Erklärende gemeint hat. Hier stehen mehrere schematische Lösungen zu Gebote: Ist allein der Wille des Erklärenden maßgeblich (so die „*Willenstheorie*“), kommt es auf den Inhalt der Erklärung gar nicht an, geschweige denn, wie der Empfänger sie verstanden hat. Ist allein die objektive Bedeutung der Erklärung entscheidend (so die „*Erklärungstheorie*“), entstehen rechtliche Bindungen, wo sie niemals beabsichtigt waren.

Der Kompromiss besteht in der „*Vertrauenstheorie*“, nach sich der Empfänger grundsätzlich darauf verlassen darf, dass die Erklärung auch dem Willen des Erklärenden entspricht – es sei denn, der Empfänger vertraut ohnehin nicht auf der Erklärung oder ist aus sonstigen Umständen nicht schutzwürdig (ein anderes Konzept verfolgen übrigens das deutsche oder das schweizerische Recht: dort ist der Erklärende nicht an seine fehlerhafte Erklärung gebunden, sondern bloß verpflichtet, dem Empfänger den Vertrauensschaden zu ersetzen)<sup>4</sup>.

In diesem Sinne formuliert *F. Bydlinski* folgendes Prinzip des Privatrechts: „...*die Verantwortung für das Versprechen (Vertragstreue) und für zurechenbar herbeigeführte (durch gehörige Sorgfalt vermeidbare oder mindestens selbst oder durch Fehler der eigenen Sphäre adäquat verursachte) Willenserklärungstatbestände und ähnliche Vertrauenstatbestände.*“<sup>5</sup> am Beispiel der irrtümlichen oder sogar ohne Erklärung Bewusstsein abgegebenen Willenserklärungen ordnet *F. Bydlinski* die Verantwortung für die Folgen solcher uU bloß vermeintlicher Willenserklärungen grundsätzlich dem Erklärenden zu, wobei er als Maßstab das „*Vermeidenkönnen*“ eines solchen Tatbestandes „*durch gewöhnliche Sorgfalt*“ annimmt.<sup>6</sup> Dieselbe Sorgfalt gilt nach *F. Bydlinski* freilich auch für den Empfänger solcher Erklärungen: dieser muss „*aufgrund sorgfältiger Überlegung des*

---

<sup>3</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht<sup>14</sup> (Wien 2014), Rz 315.

<sup>4</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (Wien 2014), Rz 459.

<sup>5</sup> *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (Wien 1996), 166.

<sup>6</sup> *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (Wien 1996), 165.

*Erklärungsverhaltens aber auch der Nebenumstände“* objektiv nachvollziehbar angenommen haben, dass eine Erklärung vorlag.<sup>7</sup>

Hieraus ist ersichtlich, dass der Empfängerhorizont das bedeutendere Kriterium für die rechtlichen Wirkungen von Handlungen ist als der subjektive Rechtsfolgenwille – es ist ein Gebot des Verkehrsschutzes, dass der Vertragspartner bestimmte, als allgemein verständlich und gebräuchlich geltende Handlungen in der üblichen Weise interpretieren kann und seinerseits auf deren Verbindlichkeit vertrauen darf. Die Anforderungen an die Sorgfalt des Erklärungsempfängers stellen aber als notwendiges Korrektiv dar, dass dieser auch die Interessenlage des Erklärenden berücksichtigen muss.

Die von *F. Bydlinski* aufgestellten Kriterien könnten daher in Bezug auf die „objektive Nachvollziehbarkeit“ um die „Redlichkeit“ erweitert werden: wessen Rechtsstellung unentgeltlich (zulasten des Vertragspartners) verbessert wird, der muss guten Gewissens darauf vertrauen können, dass sein Vertragspartner diese Änderung der Rechtslage zu seinen Ungunsten tatsächlich wollte. Dies wird aber nur selten der Fall sein.

Somit wird im Ergebnis das stärkere Argument immer der Anschein sein, den der (uU bloß vermeintlich) Erklärende durch seine Handlungen oder auch seine Untätigkeit gesetzt hat. Immerhin kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass auch die Annahme konkludente Willenserklärungen voraussetzt, dass der solcherart Erklärende sich zumindest grundsätzlich bewusst sein muss, dass er im Rahmen eines Vertragsverhältnisses handelt und sein Handeln (aber auch seine Untätigkeit) bei seinem Gegenüber Rechtsfolgen auslösen kann.

## **2.1. § 863 ABGB und der Bedeutungsinhalt von Erklärungen**

Bereits Karl Anton von Martini und Franz von Zeiller als Wegbereiter und Verfasser des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), das am 01.01.1812 in Kraft trat, unterschieden in dessen § 863 zwischen der sprachlich und semantisch ausgedrückten Willenserklärung und der sich indirekt aus den Begleitumständen, Gesten oder sonstigen Handlungen ergebenden Willensbekundungen:

*„(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.*

---

<sup>7</sup> *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (Wien 1996), 164.

*(2) In bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.*<sup>8</sup>

Von einer „stillschweigenden“, „konkludenten“ oder „schlüssigen“ Willenserklärung spricht man nach der Lehrbuchdefinition *Koziols* dann, „wenn der Erklärungswert weniger aus bestimmten Worten oder aus einem bestimmten Verhalten, sondern mehr aus den Begleitumständen erschlossen wird“ oder „wenn ein Verhalten primär keinen Erklärungszweck hat, sondern auf einen anderen Zweck gerichtet ist, aus ihm aber dennoch ein Erklärungswert entnommen werden kann.“<sup>9</sup>

Grundsätzlich ist der Maßstab für Willenserklärungen also zunächst der Wille des Erklärenden. In weiterer Folge kommt es aber darauf an, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung redlicherweise deuten durfte. Schließlich werden aber noch Verhaltensweisen einbezogen, die über das Begriffsverständnis der „Erklärung“ als bewusstem, nach außen gerichtetem Willensakt weit hinausgehen – dann kommt es nur noch auf den objektiven Erklärungswert an und der Erklärungswille hat gar keine Bedeutung mehr, weil es ausreicht, ein Verhalten zu setzen, dem Andere den Bedeutungsgehalt einer Willenserklärung zumessen können.

In diesem Sinne subsumiert auch die Rechtsprechung bloßer Verhaltensweisen unter den Tatbestand der konkludenten Willenserklärung und stützt dies auf die Vertrauenstheorie, wenn sie bei der Beurteilung eines Verhaltens nicht darauf abstellt, „was der sich in einer bestimmten Weise Verhaltende allenfalls wollte, sondern vielmehr darauf, welche Schlüsse der Partner [also der Erklärungsempfänger, Anm. d. Verf.] daraus nach Treu und Glauben abzuleiten berechtigt war.“<sup>10</sup>

Die in nahezu jeder einschlägigen Entscheidung zitierte Spruchformel, wonach „§ 863 ABGB für die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf einen rechtsgeschäftlichen Willen einen strengen Maßstab anlegt“,<sup>11</sup> ist freilich eine Plattitüde; ein wenig gehaltvoller ist zumindest die Anforderung, wonach bei der Qualifikation „von Handlungen auf ihren konkludenten Aussagegehalt“ zu bedenken sei, dass dieser Aussagegehalt „eindeutig in eine bestimmte Richtung weisen muss und kein vernünftiger Grund übrig sein darf, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewille in bestimmter Richtung vorliegt.“<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> § 862 ABGB.

<sup>9</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht<sup>14</sup> Band 1 (Wien 2014), Rz 333.

<sup>10</sup> Ris-Justiz RS0014159.

<sup>11</sup> Ris-Justiz RS0014146.

<sup>12</sup> Ris-Justiz RS0014150.

Immerhin wird hier bereits eine „Handlung“ vorausgesetzt, also eine willentliche, nach außen in Erscheinung tretende Verhaltensweise.

In der gerichtlichen Spruchpraxis wird unter „Handlung“ meist nur ein aktives Tun verstanden, das im Gegensatz zur „Unterlassung“ steht; <sup>13</sup> vereinzelt wird „Handlung“ aber auch als Oberbegriff verwendet, der sowohl aktives Tun und auch die Unterlassung umfasst.<sup>14</sup> Für die Interpretation möglicher Erklärungen hat der OGH dezidiert vorgegeben, dass im Anwendungsbereich des § 863 ABGB sowohl Handlung als auch Unterlassung grundsätzlich gleichwertige Erklärungsformen sind, sofern diese *„nach der Verkehrssitte und nach den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen sein, also den zwingenden Schluss zulassen, dass die Parteien einen Vertrag schließen, ändern oder aufheben wollten.“*<sup>15</sup> Interessanterweise spricht der OGH hier zunächst von „den Parteien“, was auf eine reine ex-post Beurteilung der Verhaltensweisen beider Beteiligten hindeutet. In einem weiteren Satz schränkt der OGH dies insoweit geringfügig ein, als *„kein vernünftiger Grund bestehen [darf], daran zu zweifeln, dass ein ganz bestimmter Rechtsfolgewille vorliegt, wobei stets die gesamten Umstände des Einzelfalls zur Beurteilung heranzuziehen sind“*<sup>16</sup>.

Das Zwischenergebnis lautet also hier: entscheidend ist die äußere Erscheinung der Verhaltensweisen beider Beteiligten – und es reicht auch der bloße Anschein eines Rechtsfolgewillens auf Seiten des (uU vermeintlich) Erklärenden.

Tatsächlich hat man mitunter den Eindruck, dass die stillschweigende Willenserklärung von der Rechtsprechung als „deus-ex-machina-Lösung“ herangezogen wird, um Rechtsfälle mit dem Anschein von juristischer Methodik zu entscheiden, aber in Wahrheit reine „Billigkeitsentscheidungen“ zu treffen – dies ist nicht von vornherein negativ gemeint, „billige“ im Sinne von „*recht und billige*“<sup>17</sup> Entscheidung zu treffen ist schließlich des Richters höchste Pflicht, und gerade die teilweise sehr weiten Formulierungen des über 200 Jahre alten Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches ermöglichen dem heutigen Richter eine sehr flexible Anwendung des geltenden Zivilrechts (Rechtsinstitute wie die konkludente

---

<sup>13</sup> In diesem Sinne zB RIS-Justiz RS0132510, RS0131771, RS0127507, RS0125611, RS0124440, RS0112469.

<sup>14</sup> Vgl. zB RIS-Justiz RS0130853

<sup>15</sup> RIS-Justiz RS0109021.

<sup>16</sup> RIS-Justiz RS0109021.

<sup>17</sup> Billigkeit (griechisch Epikie) ist ein im deutschen Recht vorkommender unbestimmter Rechtsbegriff, unter dem eine gerechte oder angemessene Anwendung allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen im Einzelfall verstanden wird (wikipedia).

Willenserklärung stellen insoweit ein Musterbeispiel für den damaligen Weitblick der Herren Karl Anton von Martini und Franz von Zeiller und ihrer Helfer als Schöpfer des ABGB dar).

Die Kehrseite kann natürlich auch die Annahme konkludenter Willenserklärungen aus intellektueller Bequemlichkeit der Rechtsanwender sein. Vor allzu bereitwilliger Anwendung des Rechtsinstituts der konkludenten Willenserklärung aus den falschen Gründen warnte beispielweise – gewohnt pointiert – *Georg Wilhelm* mit den Worten: *Die stillschweigende (schlüssige) Willenserklärung soll aber kein Fangnetz sein, das den Erklärenden dem trickreichen Anerklärten ausliefert, sondern ein Schnittpunkt von Privatautonomie und Vertrauensschutz.*<sup>18</sup>

Dies verdeutlicht den eigentlichen Zweck der Einbeziehung nicht-verbaler Handlungen in bei der Wertung rechtsgestaltender Sachverhalte: es soll das Vertrauen beider beteiligter Rechtssubjekte in die Rechtmäßigkeit von über längere Zeiten unwidersprochen praktizierte Verhaltensweise geschützt werden, sofern diesen Verhaltensweisen ein objektiver Erklärungswert beigemessen und ein grundsätzlicher Rechtsfolgenwille nicht ausgeschlossen werden kann – womit sich wieder der Kreis zur Vertrauenstheorie schließt.

## 2.2. Schweigen als Zustimmung vs. Duldung bestimmter Handlungen des Offerenten

Der Grundsatz „qui tacit consentiere videtur“ wird geläufig mit „wer schweigt stimmt zu“ übersetzt, bedeutet aber tatsächlich „wer schweigt scheint zuzustimmen“. Außerdem wurde diese bereits in der Antike und in weiterer Folge im mittelalterlichen Kirchenrecht geläufige Regel für Fälle ausdrücklicher Angebote angewendet – also wenn der Offerent dem Empfänger eine sprachlich ausgedrücktes Angebot auf einen Vertragsabschluss machte. Dem solcherart zu einer Antwort aufgeforderten kann man – nach Situation – durchaus eine Obliegenheit zuordnen, auf die konkrete Frage zu antworten.

Im österreichischen Recht gilt der Grundsatz: *„Schweigen allein hat grundsätzlich keinen Erklärungswert“.*<sup>19</sup> In zwei Konstellationen kann Schweigen nach der Rechtsprechung aber sehr wohl als Annahmeerklärung einer vorangegangenen, als Anbot zu deutenden Verhaltensweise zu verstehen sein: einerseits, wenn es *„durch erkennbar wichtige Interessen des Vorschlagenden, namentlich innerhalb bereits bestehender Rechtsverhältnisse, geboten und ohne ernstliche Behelligung des schweigenden Partners möglich“* wäre, andererseits *„wenn die Gegenseite auf die Beantwortung rechnen und bei Ausbleiben der Antwort Grund*

---

<sup>18</sup> *Georg Wilhelm*, Checkliste: Die unbekannte stillschweigende Willenserklärung (§ 863 ABGB), *ecolex* 2016, 849.

<sup>19</sup> RIS-Justiz RS0014124.

zur Annahme haben konnte, dass man mit dem Vorschlage einverstanden sei und alles in Ordnung gehe“.<sup>20</sup>

Ein weiteres Zwischenergebnis ist also, dass bei bestehenden Vertragsbeziehungen der Offerent also durchaus davon ausgehen darf, dass unwidersprochene Angebote angenommen wurden. Die zweite Alternative (also dass Schweigen als *Ausbleiben der Antwort* als Annahme zu deuten sei, wenn die „*Gegenseite auf die Beantwortung rechnen konnte*“) verschiebt die Unklarheit aber nur auf eine andere Ebene.

Je geringer die Anforderungen an die Antwort sind, umso höher müssen freilich aus Gründen des Verkehrsschutzes die Anforderungen an die Frage sein: Wird bereits ein bestimmtes Verhalten als konkludentes Angebot zum Vertragsabschluss oder zur Vertragsänderung gedeutet, ginge es zu weit, bereits das Nicht-Reagieren als Willenserklärung im Sinne einer Annahme zu deuten. Dies gilt umso mehr, als die Annahme eine Aufgabe von Rechten oder eine unentgeltliche Einräumung von Rechten bedeuten würde.

### **2.3. Typologie der (auch stillschweigenden) rechtlichen Willenserklärungen**

Die Willenserklärung im Rechtssinne (die also darauf abstellt, eine Rechtsfolge herbeizuführen) kann entweder darauf gerichtet sein, ein Recht neu zu begründen, oder ein bestehendes Recht inhaltlich zu ändern (also den geschuldeten Leistungsinhalt zu modifizieren) oder ein bestehendes Recht bzw. Rechtsverhältnis zu beenden.

#### **2.3.1. Konkludente Begründung von Rechtsverhältnissen**

Stützt man die Begründung eines Rechtsverhältnisses auf eine konkludente Handlung und nicht auf eine ausdrückliche Willenserklärung, muss diese Handlung so eindeutig sein, dass sein Gegenüber sie objektiv gar nicht anders deuten kann als ein Angebot zum Vertragsabschluss. Tritt dann noch die Duldung eines dem Vertragsverhältnis entsprechenden Zustandes über längere Zeit hinzu, ist die Annahme eines solcherart konkludent erfolgten Vertragsabschlusses berechtigt.

Somit sind aber zwei Komponenten ersichtlich, die in der Rechtspraxis aber nicht genau auseinandergehalten werden: einerseits die Handlung selbst, andererseits die Duldung des „vertragsmäßigen“ Zustands über einen längeren Zeitraum. Im Falle der Begründung von Rechtsverhältnissen ist davon auszugehen, dass die bloße Duldung allein (ohne ein

---

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0014120.

vorangegangenes, als Willenserklärung zu deutendes Verhalten) nicht ausreicht, auch wenn diese Duldung über einen längeren Zeitraum währt.

### 2.3.2. **Konkludente Abänderung von Rechtsverhältnissen**

Demgegenüber ist bei der Abänderung bereits bestehender Rechtsverhältnisse eine initiale Handlung, die als rechtsgeschäftliche Willenserklärung gedeutet werden kann, nicht unbedingt erforderlich. Hier begnügt sich die Rechtspraxis zu Recht mit der bloßen widerspruchsfreien Aufrechterhaltung eines gegenüber dem ursprünglichen Vertragszustand geänderten Zustandes über einen längeren Zeitraum.

### 2.3.3. **Konkludenter Verzicht**

„Der Gläubiger kann durch Vereinbarung mit dem Schuldner auf sein Recht verzichten und dadurch dessen Verbindlichkeit aufheben“ (§ 1444 ABGB). Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein, wobei (zumindest im Bereich des Schuldrechts) auch bei Unentgeltlichkeit der Verzicht der Zustimmung des Schuldners bedarf und eine bloß einseitige Willenserklärung nicht ausreicht.<sup>21</sup> In der Rechtspraxis wird das Zustimmungserfordernis in aller Regel nicht beachtet bzw. wird angenommen, dass der durch den Verzicht begünstigte Schuldner seine Zustimmung dadurch konkludent erteilt, dass er nicht widerspricht. Der konkludente Verzicht ist also gewissermaßen in zweifacher Weise konkludent: einerseits in der Verhaltensweise des Gläubigers als Verzichtenden, die als Anbot für den Verzicht zu deuten ist, andererseits in der Annahme des Verzichts durch den Schuldner.

Auch in Hinblick auf nicht-ausdrückliche, sondern stillschweigende Verzichtserklärungen wendet die Rechtsprechung (zumindest theoretisch) grundsätzlich die Kriterien der Vertrauenslehre an und beurteilt derartige Verhaltensweisen nicht nach dem Erklärungswillen des (uU vermeintlich) Verzichtenden, sondern danach, „wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war“<sup>22</sup>.

Nach der „Unklarheitenregel“ des § 915 ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte. Da der Verzicht in aller Regel und jedenfalls in den hier dargestellten Fällen gerade ohne Gegenleistung erfolgt, ist das als konkludente Zustimmung zu deutende Verhalten am Maßstab dieser „Unklarheitenregel“ zu messen. Zwar hat ohnehin nach allgemeinen zivilprozessualen Regelungen grundsätzlich derjenige, der eine ihn

---

<sup>21</sup> Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht<sup>14</sup> Band 2 (Wien 2014), Rz 501.

<sup>22</sup> Ris-Justiz RS0014205.

begünstigende Rechtslage behauptet, diese auch zu beweisen: dem Schuldner als durch den Verzicht Begünstigten obliegt sohin die Beweislast dafür, dass seine Verbindlichkeit tatsächlich infolge eines konkludenten Verzichts erloschen ist. Allerdings kann bei der nachträglichen Interpretation der Verhaltensweise des Gläubigers durchaus unter Verweis auf die Regelung des § 915 ABGB begründet werden, dass bei nicht ganz eindeutigen Handlungen im Zweifel kein Verzicht anzunehmen ist.

Besonders beim Verzicht kann also bloßes Stillschweigen per se nicht von vornherein als Willenserklärung interpretiert werden, vielmehr müssen auch andere als Willensäußerungen interpretierbare Verhaltensweisen hinzutreten. Das unwidersprochene Dulden über einen längeren Zeitraum im vollen Bewusstsein, dass ein bestimmter Zustand mit rechtlichen Mitteln unterbunden werden könnte, ist mehr als „*bloßes Schweigen*“ – bei Hinzutreten solcher weiteren Elemente muss von einem „*bewussten Schweigen*“ ausgegangen werden, das geeignet ist, in seinem Gegenüber eine bestimmte Erwartungshaltung zu wecken. Selbst wenn es über einen Zeitraum von über einem Jahr anhält reicht das bloße Schweigen für sich alleine nicht für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts.<sup>23</sup>

Bereits *F. Bydlinski* hat festgestellt, dass – wie im Falle der Unterscheidung zwischen deklarativem und konstitutivem Anerkenntnis eines Rechts – das Verhalten eines Gläubigers oftmals nicht als Verzichtserklärung, sondern als bloße Vorstellungsmittelung (Wissenserklärung), ein bestimmtes Recht bestehe nicht, zu verstehen ist.<sup>24</sup>

#### 2.3.4. **Verwirkung**

Die Verwirkung ist ein im deutschen Recht geläufiges Rechtsinstitut, das sich aus dem „*Grundsatz von Treu und Glauben*“ (der Generalklausel des § 242 BGB) entwickelt hat, und wonach ein Recht als verwirkt gilt, es längere Zeit hindurch nicht ausgeübt wurde und die Geltendmachung aufgrund besonderer Umstände „*gegen Treu und Glauben*“ verstieße – welche Kriterien als „*Zeitmoment*“ und „*Umstandsmoment*“<sup>25</sup> zusammengefasst werden.<sup>26</sup>

Geschützt wird also das Vertrauen des Schuldners mit der Begründung, dass es „*Treu und Glauben widersprechen würde, wenn der Gläubiger die Forderung dann doch eintreibt.*“<sup>27</sup> Die Verwirkung entspricht ihrer Funktion nach der Verjährung, allerdings ist bei der Verjährung der Zeitablauf objektivierte – ebenso die subjektive Seite des Schuldners, muss sich dieser bei

---

<sup>23</sup> Ris-Justiz RS0014190.

<sup>24</sup> *F. Bydlinski*, Privatautonomie 190.

<sup>25</sup> Das „Umstandsmoment“ ist übrigens auch dem Common Law als „Estoppel-Prinzip“ inhärent.

<sup>26</sup> Quelle Wikipedia: [https://de.wikipedia.org/wiki/Verwirkung\\_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Verwirkung_(Deutschland)).

<sup>27</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I14 (2014), Rz 708.

der uneigentlichen Verjährung zumindest auf einen Rechtstitel stützen können und in allen Fällen auf seine Gutgläubigkeit.

Dem österreichischen Recht ist das Rechtsinstitut der Verwirkung fremd, allerdings entsprechen die an die Verwirkung gestellten Anforderungen im Wesentlichen jenen an den konkludenten Verzicht: Nichtausübung über einen längeren Zeitraum und Zurechenbarkeit eines Verhaltens, das den berechtigten Eindruck erweckt, das auf das Recht verzichtet worden sei.

#### 2.3.5. **Exkurs: Verjährung und Ersitzung**

Verjährung ist der Verlust eines zuvor bestandenen Rechts durch Nichtausübung über einen bestimmten Zeitraum; komplementär dazu ist die Ersitzung der Rechtserwerb durch gutgläubige Ausübung über einen bestimmten Zeitraum.<sup>28</sup>

Bei der Verschweigung schließlich fallen beide Vorgänge zusammen: weil der Berechtigte sein Recht nicht ausübt erwirbt es uno actu der zuvor Nichtberechtigte.<sup>29</sup>

Auch wenn der äußere Tatbestand der Untätigkeit des Berechtigten der gleiche ist wie im Fall des konkludenten Verzichts ist der dogmatische Unterschied gravieren: im ersteren Fall normiert das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge aufgrund eines bestimmten Tatbestands, im zweiten Fall hingegen deutet die Rechtsprechung dieselbe äußere Erscheinung (nämlich Untätigkeit) als bewusste Willensäußerung im Bewusstsein, damit eine bestimmte Rechtsfolge auszulösen.

#### 2.4. **Prozessuales: Konkludente Vertragsänderungen als Tat- oder Rechtsfrage?**

Die gerichtliche Tätigkeit ist gewissermaßen eine zweiaktige – zuerst ermittelt das Gericht anhand der Beweismittel (Urkunden, Zeugenaussagen, Aussagen der Parteien, uU Sachverständige), was geschehen ist, um dieses Geschehen im zweiten Schritt rechtlich zu würdigen und über das Bestehen oder Nichtbestehen rechtlicher Ansprüche zu entscheiden.

Im österreichischen Zivilprozessrecht wird daher zwischen der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts als „Tatfrage“ und der juristischen Beurteilung dieses gerichtlich festgestellten Sachverhalts als „Rechtsfrage“ unterschieden.

Der festgestellte Sachverhalt wird nicht immer den tatsächlichen Ereignissen entsprechen, und selbst wenn kann er nur eine grobe Verkürzung der Vielgestaltigkeit der historischen

---

<sup>28</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I14 (2014), Rz 704f.

<sup>29</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I14 (2014), Rz 706.

Ereignisse und subjektiven Wahrnehmungen der beteiligten Personen darstellen. Nach dem Konzept der Zivilprozessordnung (ZPO) obliegt diese Sachverhaltsfeststellung grundsätzlich dem Erstgericht und ist nur unter sehr eng definierten Voraussetzungen im Rechtsweg bekämpfbar. Mit anderen Worten: Tatfragen entscheidet in wohnrechtlichen Angelegenheiten in aller Regel der/die ErstrichterIn vor dem Bezirksgericht als erster Instanz, wohingegen Rechtsfragen mitunter bis vor den Obersten Gerichtshof (OGH), also die dritte Instanz, getragen werden können. In letzterem Fall werden derartige Entscheidung auch einer breiten Öffentlichkeit zugänglich, weil die Entscheidungen des OGH veröffentlicht werden (die entspricht auch der Leitfunktion der höchstgerichtlichen Judiaktur bzw. setzt der Rechtszug an den OGH gerade die „über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung“ voraus. Entscheidungen der Untergerichte hingegen werden nur in Ausnahmefällen in Fachzeitschriften oder Sammlungen (zB der „Mietsammlung“) publiziert.

Als Tatsachen in der realen Welt versteht die Prozesslehre in Bezug auf konkludente Willenserklärungen die richterlichen Feststellungen über das fragliche Verhalten des Erklärenden und seine innere Motivation einerseits und das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers andererseits; die diesbezüglichen Feststellungen der Untergerichte als Tatsacheninstanzen sind für den OGH als Rechtsinstanz nicht abänderbar. Als Feststellungen idS gelten auch Schlussfolgerungen der Untergerichte, die diese aus bestimmten Verhaltensweisen ziehen.<sup>30</sup>

Zur rechtlichen Beurteilung in Bezug auf konkludente Willenserklärungen gehört hingegen die Entscheidung,

- ob nach den Tatbestandsmerkmalen des § 863 ABGB ein unzweifelhafter Erklärungswille vorliegt,
- die Auslegung, welchen Erklärungswert das jeweils maßgebende Verhalten hat und
- damit auch die Einordnung der rechtlichen Bedeutung des Schweigens.<sup>31</sup>

Ob also ein bestimmtes Verhalten als „stillschweigende Erklärung“ zu deuten ist, ist grundsätzlich eine Rechtsfrage, was der bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung in erster Instanz unterlegenen Partei vergleichsweise mehr Möglichkeiten für Rechtsmittel eröffnet als wenn es sich um eine bloße Tatfrage handelte.

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 170f mwN.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 170f mwN.

## 2.5. Konkludente Willenserklärungen im Kollektiv: Miteigentumsgemeinschaften

Bei Miteigentümergeinschaften ist die Annahme konkludenter Willenserklärungen naturgemäß deutlich komplexer: selbst wenn man sich lediglich mit einer Duldung eines bestimmten Zustandes über längeren Zeitraum begnügt, um diesem Verhalten die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willensbetätigung zu unterstellen, muss dies dennoch voraussetzen, dass allen Beteiligten (also jedem einzelnen aus der Gemeinschaft, die hier als Kollektiv handelt) die Sachlage bekannt ist und sie alle in Kenntnis dieser Sachlage einen bewussten Akt setzen (und sei es eben auch lediglich bloße Untätigkeit). In der forensischen Praxis ist es daher erfahrungsgemäß nicht schwierig, derartige vermeintlich konkludent erfolgte Willenserklärungen eines Kollektivs zu widerlegen.

### 3. Mietrecht (ABGB / MRG)

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch regelt unter dem Oberbegriff „Bestandvertrag“ in den §§ 1090ff ABGB die Überlassung einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen ein bestimmtes Entgelt zum Gebrauch an einen anderen. Lässt sich die Bestandsache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen, spricht das ABGB von einem Mietvertrag; kann die Sache aber nur „*durch Fleiß und Mühe*“ benutzt werden, wird das Rechtsverhältnis als Pachtvertrag bezeichnet. Die Zuordnung erfolgt typologisch und die von den Parteien gewählte Bezeichnung hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die gegebenenfalls durch das Gericht festgelegte Zuordnung zu einer der beiden Kategorien, wobei die jeweiligen Rechtsfolgen nur in einzelnen Teilbereichen unterschiedlich sind.<sup>32</sup>

In aller Regel ist im österreichischen Mietrecht die entscheidende Vorfrage zumeist, ob ein Mietverhältnis im Vollenwendungsbereich des Mietrechtgesetzes (MRG) oder dessen Teilanwendungsbereich liegt oder lediglich den grundsätzlich dispositiven Bestimmungen des ABGB unterfällt. Vorliegend spielt diese Zuordnung nur insoweit eine Rolle, als bestimmte Konstellationen die Regelungen des Vollenwendungsbereichs des MRG voraussetzen; nähere Erläuterungen über die Differenzierung zwischen Voll- und Teilanwendungsbereich und die Ausnahmen erübrigen sicher daher an dieser Stelle.

#### 3.1. Vertragsabschluss: Konkludente Begründung von Mietverträgen

Auch der stillschweigende Abschluss eines Bestandvertrages setzt voraus, dass die Vertragsparteien hierzu die Absicht haben.<sup>33</sup> Woraus diese Absicht ex-post (also im Nachhinein aus der Sicht des Richters) zu schließen ist, fasst der OGH in der Entscheidung folgendermaßen zusammen:

Es muss

- *das Verhalten der Vertragsteile mit Überlegung aller Umstände des Falles*
- *unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten*
- *nach objektivem Maßstab*
- *den zwingenden Schluss*

zulassen, dass sie einen Bestandvertrag abschließen wollten.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> So zuletzt betreffend das Zinsminderungsrecht der §§ 1104ff in Zusammenhang mit der COVID-Pandemie, da bei Pachtverträgen geringfügig andere Regelungen gelten als bei Mietverträgen i.e.S.

<sup>33</sup> Ris-Justiz RS0014313.

<sup>34</sup> OGH 26.08.1999, 8 Ob 67/99g.

In dieser Formel ist einerseits das subjektive Element der mutmaßlichen Vertragsteile insoweit enthalten, als „die Umstände des Einzelfalles“ einerseits deren Beziehung zueinander, andererseits auch individuelle Komponenten umfassen (beispielsweise wird das Verhalten eines Universitätsprofessors der Rechtswissenschaften anders zu qualifizieren sein als das eines Bauarbeiters). Die „Verkehrsüblichkeit“ ist ein türkisches und bloß hypothetisches Kriterium, weil es die Fragestellungen nur auf eine andere Ebene verlegt: ob der redliche Geschäftsverkehr das Schweigen auf ein konkretes Anbot als Annahme qualifiziert oder nicht, ist eine Frage der rechtlichen Aussagekraft dieses Schweigens. Dass der Maßstab, an dem das Verhalten des anbietenden zu messen ist, ein objektiver sein soll, versteht sich von selbst. Die Forderung nach dem „*zwingenden Schluss*“ geht aber sogar über den Gesetzestext hinaus, der lediglich fordert, dass es „*keinen vernünftigen Grund zu zweifeln*“ geben dürfe.

### 3.1.1. **Unbeanstandete Annahme eines Entgelts**

Nach ständiger Rechtsprechung könne bereits die „*unbeanstandete Annahme eines regelmäßig bezahlten Entgelts [...] durch längere Zeit [...] grundsätzlich zu einem konkludenten Abschluss eines Bestandverhältnisses führen.*“<sup>35</sup>

Dass dies nicht dem zuvor herausgearbeiteten Kriterium entspricht, wonach es „*keinen vernünftigen Grund zu zweifeln*“ geben dürfe, liegt auf der Hand. Es gilt daher zunächst, den Ausgangsfall<sup>36</sup> für diesen Basis-Rechtssatz zu analysieren:

Die ursprüngliche Mieterin war verstorben und der Vermieter erklärte die Kündigung des Mietvertrages gegenüber dem ruhenden Nachlass. Der Enkel der verstorbenen Mieterin beanspruchte die Kündigung, da er bis drei Monate vor dem Tod seiner Großmutter mit dieser im gemeinsamen Haushalt gelebt hatte und daher eintrittsberechtigt sei; erst als seine Großmutter ins Krankenhaus kam, wo sie 3 Monate später verstarb, zog ihr Enkel aus. Das Erstgericht stellte fest, dass der Enkel davor in der fraglichen Wohnung gewohnt hatte und sogar die Hälfte des Mietentgelts zahlte. Der Enkel war nur deshalb ausgezogen, weil seine Großmutter nicht wollte, dass sich während ihres Krankenhausaufenthalts jemand alleine in der Wohnung aufhielte. Nach dem Tod der Mieterin erklärte ihr Enkel gegenüber der Hausverwaltung die Ausübung seines Eintrittsrechts und ersuchte, ihm hinkünftig den Mietzins vorzuschreiben. In weiterer Folge erhielt der Enkel die Betriebskostenabrechnung für das vorangegangene Jahr samt Forderung einer Nachzahlung sowie drei auf seinen

---

<sup>35</sup> Ris-Justiz RS0082191.

<sup>36</sup> OGH 22.11.1995, 7 Ob 637/95.

Namen lautende Mietzinsvorschreibungen. Zwar hatte der Vermieter zu diesem Zeitpunkt bereits die gerichtliche Kündigung eingebracht; diese war aber zunächst an die Verlassenschaft gerichtet und konnte nicht zugestellt werden (da der Nachlass an Zahlungs statt eingeworfen wurde) und im zweiten Versuch an die Erbin, aber eben nicht an den Enkel, der die Mietrechten nunmehr für sich beanspruchte.

Das Erstgericht erklärte die Kündigung für unwirksam, da zwar der gemeinsame Haushalt vor dem Tod der Großmutter aufgelöst wurde – die Zusendung dreier Mietzinsvorschreibungen sowie einer Betriebskostennachforderung auf seinen Namen habe aber vom Enkel „*bei vernünftiger Würdigung der Umstände nicht anders verstanden werden können, als dass der Vermieter den ihm unmittelbar zuvor bekanntgegebenen Anspruch auf Eintritt gemäß § 14 Abs 3 MRG anerkenne.*“<sup>37</sup>

Der OGH folgte der Begründung des Erstgericht: der Enkel hatte sein Eintrittsrecht mehrfach geltend gemacht und die Vorschreibung der Miete an ihn gefordert – genau das hat der Vermieter (wenngleich irrtümlich) getan; dass der Vermieter zwischenzeitlich die gerichtliche Kündigung eingeleitet hat, war dem Enkel nicht bekannt (zumindest konnte nicht bewiesen werden, dass er von dieser Kündigung wusste): „*Damit wurde eine auf die Behauptung eines Eintrittsrechtes korrespondierende Handlung gesetzt, die nicht anders gedeutet werden kann als dessen (konstitutive) Anerkennung.*“<sup>38</sup> Konstitutiv war die Anerkennung laut dem OGH, weil das Eintrittsrecht vorher strittig war (im Gegensatz zum deklarativen Anerkenntnis kann das konstitutive Anerkenntnis nicht durch einen Gegenbeweis widerlegt werden).

Entscheidend war in diesem Fall also das dem Vermieter gegenüber kommunizierte Begehren des Enkels, das als Angebot zu qualifizieren war. Indem der Vermieter nicht nur die Zahlungen des Enkels entgegengenommen hat, sondern darüber hinaus auch eine an ihn adressierte Betriebskostennachforderung geschickt hat, kann nur als Annahme verstanden werden – andernfalls würde man nämlich dem Vermieter unterstellen, dass er bewusst Zahlungen entgegengenommen und Nachzahlungsforderungen hätte, ohne hierauf einen rechtlichen Anspruch zu haben, was uU sogar strafrechtlich relevant wäre.

Im vorliegenden Fall kann man also in der Tat von einem „*zwingenden Schluss*“ sprechen, da man dem Vermieter, dessen Verhalten es zu deuten gilt, rechtskonformes Verhalten unterstellen muss. An seiner Stelle wäre es rechtskonform gewesen, die Zahlungen, für die

---

<sup>37</sup> OGH 22.11.1995, 7 Ob 637/95.

<sup>38</sup> OGH 22.11.1995, 7 Ob 637/95.

er ja keine rechtliche Grundlage gesehen hätte, rückzuführen und jedenfalls keine weitergehenden Zahlungsforderungen zu stellen.

\*

In einem anderen Fall verneinte der OGH einen konkludenten Abschluss eines Bestandverhältnisses bei der Annahme einer als „Mietzins“ titulierten Entgeltzahlung für die Benutzung von Räumlichkeiten über einen Zeitraum von fünf Monaten, wobei sich die Räumungsklage gegen den Untermieter richtete, der den als „Mietzins“ deklarierten Unterbestandzins direkt an den Vermieter zahlte und deshalb behauptete, dass ein Hauptmietvertrag zustande gekommen sei.<sup>39</sup>

Hier handelt es offenbar sich um einen typischen Fall mieterseitiger Prozessverschleppungstaktik, die darauf gerichtet ist, das Gerichtsverfahren und das abschließende Urteil mit dem zu erwartenden Räumungstitel möglichst lange hinauszuzögern, um während dieser Zeit den Mietgegenstand weiter zu benutzen. Dass der Vermieter, der gerade im Begriff ist, seinen Hauptmieter zu delogieren, nunmehr mit dem Untermieter des Hauptmieters einen Mietvertrag abschließen wolle, ist bei objektiver Betrachtung von vornherein höchst unwahrscheinlich und keinesfalls „*zwingend*“.

\*

Es ist als allgemein bekannt vorauszusetzen, dass auch für die nicht auf einem Mietvertrag beruhende Nutzung von Sachen ein bereicherungsrechtliches Entgelt zusteht (das gemeinhin als „Benutzungsentgelt“ im Gegensatz zum „Bestandentgelt“ bezeichnet wird). Insoweit kann die bloße Entgegennahme eines Entgelts für eine gewissermaßen vertragslose Nutzung noch nicht als Annahme eines Angebotes zum Abschluss eines Mietvertrages gelten, zumal ein dem MRG unterliegendes Mietverhältnis ein Bündel an Rechten und Ansprüchen des Mieters gegenüber dem Vermieter begründet. Gleichzeitig widerspräche es aber auch dem Schutzzweck des MRG, wenn die Rechtsprechung solche „faktischen Benutzungsverhältnisse“ außerhalb der den Mieter schützenden Regelungen des MRG tolerieren würde.

In Bezug auf Wohnungsmietverträge hat der OGH in weiterer Folge den Rechtssatz entwickelt, wonach der Mietvertrag (ausdrücklich nicht Bestandvertrag, sondern Mietvertrag!) bereits dadurch zustande kommen, dass eine Wohnung gegen Entgelt überlassen werde (was eigentlich der Systematik des Realvertrages entspräche). In diesem

---

<sup>39</sup> OGH 31.03.2005, 3 Ob 326/04v.

Fall findet geradezu eine Beweislastumkehr statt, wenn „im Normalfall die unbeanstandete Annahme des Mietzinses durch längere Zeit als konkludente Handlung im Sinne des stillschweigenden Abschlusses eines Mietvertrages angesehen werden muss.“<sup>40</sup>

Damit reduziert sich zumindest im grundsätzlichen Anwendungsbereich des MRG die Anforderung nach dem „auf objektive Umstände“ gestützten „zwingenden Schluss“ auf den Ablauf einer „längeren Zeit“. Wie lange diese „längere Zeit“ dauern kann, ist eine Frage des Einzelfalls und daher grundsätzlich nicht revisibel. Bestätigt hat der OGH aber beispielsweise, dass eine bloße Duldung über einen Zeitraum von fünf Monaten nicht ausreicht, um ein Zustandekommen eines Vertrages anzunehmen.<sup>41</sup>

Bei einer als „Miete“ gewidmeten Zahlung von monatlich EUR 900,- über einen Zeitraum von fast 10 Jahren und deren widerspruchslose Entgegennahme war von einem konkludenten Mietvertragsabschluss und nicht von einem präkaristischen Nutzungsverhältnisses auszugehen.<sup>42</sup>

In einer Entscheidung im Rahmen eines Oppositionsverfahrens<sup>43</sup> hatte der (sich gegen die Räumungsexekution zur Wehr setzende) Mieter trotz eines rechtswirksamen Exekutionstitels über 21 Monate die vorgeschriebene Miete bezahlt; nach dem OGH durfte der Mieter aber trotzdem nicht darauf vertrauen, dass der Vermieter den Exekutionstitel aufgegeben hätte – und daher auch nicht davon ausgehen, dass der Vermieter einen neuen Mietvertrag mit ihm abschließen wollte, sondern das er „weiter unter Beobachtung stehe“. Allerdings hatte der Mieter vorgebracht, dass eine Mitarbeiterin des Vermieters gesagt habe, dass das Mietverhältnis „bei Abdeckung der Zahlungsrückstände normal weitergehe“ – weshalb der OGH das Erstgericht beauftragte, diesbezügliche Feststellungen zu treffen, und zutreffendenfalls von einem Neuabschluss eines Mietvertrages auszugehen (und die Räumungsexekution zu beenden).

### 3.1.2. Eintritt eines Dritten in das Bestandverhältnis

Der Eintritt eines Dritten in ein Bestandverhältnis hat für den Vermieter in aller Regel erhebliche Konsequenzen, zumal es sich in derartigen Konstellationen in aller Regel um unbefristete Mietverhältnisse handelt: der nach der Erwartung des Vermieters spätestens mit dem Ableben des alten Mieters endende Mietvertrag dauert nunmehr möglicherweise

---

<sup>40</sup> Ris-Justiz RS0014426.

<sup>41</sup> OGH 31.03.2005, 3 Ob 326/04v = MietSlg 57.077.

<sup>42</sup> OGH 23.01.2019, 3 Ob 247/18x, immolex-LS 2019/23 = ZLB 2019/35 S 77.

<sup>43</sup> OGH 22.01.2014, 3 Ob 177/13w.

bis zum Ableben des neuen Mieters an. Freilich umfasst das MRG Regelungen, die gesetzliche Eintrittsrechte Dritter auf Grundlage eines besonderen Naheverhältnisses zwischen Altmietler und Neumietler und eines schutzwürdigen Wohnbedürfnisses des Neumietlers vorsehen, wobei auch besondere Mietzinsbildungsvorschriften zwar eine moderate Erhöhung des Mietzinses in solchen Fällen vorsehen, diese aber in aller Regel unter jenem Mietzins liegen, den der Vermieter im Falle einer Neuvermietung an eine dritte Person lukrieren könnte.

Somit ist ein Eintritt eines Dritten aufseiten des Mieters in ein bestehendes Bestandverhältnis nach der Rechtsprechung unter zumindest ebenso strenge Voraussetzungen zu stellen wie die Neubegründung eines Mietverhältnisses: *„Ein konkludenter Eintritt eines Dritten in einen Mietvertrag hat zur Voraussetzung, dass der Bestandgeber ein Verhalten setzt, das einen sicheren Schluss auf seinen rechtsgeschäftlichen Willen zulässt; es müssen Handlungen vorliegen, die ein so hohes Maß an Eindeutigkeit aufweisen, dass eine andere Auslegung vernünftigerweise nicht in Frage kommt.“*<sup>44</sup>

Dementsprechend handelt es sich beispielsweise nicht um einen Fall einer konkludenten Vertragsübernahme eines Bestandverhältnisses, wenn der Mieter das in Bestandgegenstand betriebene Unternehmen in eine Gesellschaft einbringt und diese fortan das Bestandentgelt leistet, auch wenn dem Vermieter der Umstand der Gesellschaftsgründung bekannt war.<sup>45</sup>

Und auch wenn der Vermieter die Zahlung des Mietzinses durch die Ehegattin des Mieters in deren eigenem Namen unwidersprochen akzeptiert kann dies nicht als konkludente Zustimmung zum Eintritt der Ehefrau in das Mietverhältnis gedeutet werden.<sup>46</sup> Vielmehr müssen auch in Bezug auf den konkludenter Eintritt eines Dritten in den Mietvertrag ein eindeutiges Verhalten des Vermieters vorliegen, aus dem sich eindeutig dessen rechtsgeschäftlicher Wille ergibt und jede andere Auslegung ausschließen.<sup>47</sup>

\*

Aufgrund des § 2 Abs1 MRG geht ein bestehender Mietvertrag auf einen allfälligen Erwerber eines Mietgegenstandes über. Außerhalb des Anwendungsbereiches des MRG gilt § 1120 ABGB tritt der Erwerber in den Mietvertrag ein, kann ihn allerdings kündigen, sofern er nicht verbüchert ist. Davon abgesehen wird die Möglichkeit eines vollwirksamen Eintritts in das

---

<sup>44</sup> Ris-Justiz RS0082192.

<sup>45</sup> OGH 13.06.1996, 8 Ob 1523/96.

<sup>46</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0016015.

<sup>47</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0082192.

Mietverhältnis durch eine konkludent getroffene Vereinbarung zwischen Erwerber (also dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vermieters im Eigentum am Mietgegenstand) bejaht.

### 3.1.3. **Begründung von Mietverhältnissen innerhalb der schlichten Miteigentumsgemeinschaft**

Im Verhältnis zwischen Miteigentümern gibt es bei Nutzungsverhältnissen an der gemeinschaftlichen Sache zwei schuldrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten: Entweder handelt es sich um „Gebrauchsregelungen“ oder um Bestandverhältnisse. Gebrauchsregelungen bestehen nur zwischen den Miteigentümern untereinander und gelten gegenüber neu eintretenden Miteigentümern nur kraft rechtsgeschäftlicher Überbindung im Wege einer Vertragsübernahme; insoweit bieten Bestandverhältnisse für den Bestandnehmer den besseren Rechtsschutz.

Daher nimmt die Rechtsprechung nur dann ein Bestandverhältnis des einzelnen Miteigentümers mit der Miteigentümergeinschaft an, wenn *„die Absicht der Parteien eindeutig, insbesondere bei Würdigung der Begleitumstände wenigstens darauf gerichtet war, die Benutzungsverhältnisse auf Dauer oder auf eine bestimmte Zeit zu regeln“*<sup>48</sup>, womit die nachweisliche Befristung das entscheidenden Abgrenzungskriterium zwischen konkludent begründetem Bestandverhältnis und bloßer Gebrauchsregelung wird.

## 3.2. **Dauer und Befristungen**

Gemeinhin wird zwischen befristeten und unbefristeten Dauerschuldverhältnissen unterschieden; erstere enden mit dem Endtermin bzw. dem Ablauf der vereinbarten Dauer, zweitere durch (ordentliche) Kündigung. Befristete Dauerschuldverhältnisse können grundsätzlich nicht mittels Kündigungserklärung beendet werden.

Diese allgemeinen Regeln für Dauerschuldverhältnisse gelten für Bestandverhältnisse im Besonderen,<sup>49</sup> allerdings mit den vom MRG vorgegeben Gegenausnahmen: Beispielsweise kommt dem Wohnungsmieter auch bei befristeten Mietverträgen ein gesetzliches Kündigungsrecht nach Ablauf eines Jahres unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu (§ 29 Abs 2 MRG). Davon abgesehen bestehen im Bestandrecht Sonderregeln, die bei einem bestimmten Verhalten der Vertragsteile Rechtsfolgen anordnen. Insoweit handelt es sich auch hier um Konstellationen, wo ein bestimmtes Verhalten abseits ausdrücklicher Willenserklärungen die Rechtslage ändert.

---

<sup>48</sup> Ris-Justiz RS0113638.

<sup>49</sup> Tatsächlich ist die „allgemeine Regel“ eine Rechtsanalogie zu den spezifischen Bestimmungen des Bestandrechts und des Arbeitsrechts, den beiden archetypischen Dauerschuldverhältnissen.

### 3.2.1. Normierte Willenserklärungen: Verlängerung

Vereinzelt ordnet das Gesetz an, dass ein bestimmtes Verhalten bzw. die Untätigkeit in spezifischen Situationen Rechtsfolgen auslösen. Obgleich der Gesetzgeber dieses Verhalten als „stillschweigende“ Willenserklärung definiert, handelt es zunächst um die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge aufgrund eines konkreten Sachverhalts. Insoweit besteht auf den ersten Blick im Ergebnis kein Unterschied zwischen der Norm, dass „bei Unterlassung der Aufkündigung ein neues Bestandverhältnis entsteht“ und der Norm, dass „der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert wird“.

Wenn aber die „Unterlassung der Aufkündigung“ nicht bloß als abstraktes Tatbestandsmerkmal definiert wird sondern als gesetzlich vorgegebene, „gesollte“ Interpretation eines bestimmten Verhaltens als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, muss dieses Verhalten den allgemeinen Regeln für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen unterliegen, so insbesondere dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit.<sup>50</sup>

### 3.2.2. „stillschweigende Verlängerung“ nach § 1114f ABGB iVm § 569 ZPO

➔ Die §§1114 und 1115 ABGB lauten wie folgt:

*„§ 1114. Der Bestandvertrag kann aber nicht nur ausdrücklich; sondern auch stillschweigend erneuert werden. Ist in dem Verträge eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden; so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert. Ist keine Aufkündigung bedungen worden; so geschieht eine stillschweigende Erneuerung, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandszeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabey bewenden läßt.*

*§ 1115. Die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages geschieht unter den nähmlichen Bedingungen, unter welchen er vorher geschlossen war. Doch erstreckt sie sich bey Pachtungen nur auf Ein Jahr; wenn aber der ordentliche Genuß erst in einem späteren Zeitraume erfolgen kann, auf eine so lange Zeit, als nothwendig ist, um die Nutzungen einmahl beziehen zu können. Miethungen, wofür man den Zins erst nach einem ganzen oder halben Jahre zu bezahlen pflegt, werden auf ein halbes Jahr; alle kürzere Miethungen aber auf diejenige Zeit stillschweigend erneuert, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmt war. Von wiederholten Erneuerungen gilt das Nähmliche, was hier in Rücksicht der ersten Erneuerung vorgeschrieben ist.“*

➔ Eingeschränkt wird diese Vorgabe durch § 569 ZPO:

---

<sup>50</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0116946 in Bezug auf § 1114 ABGB und § 569 ZPO.

*„§ 569. Bestandverträge, welche durch den Ablauf der Zeit erlöschen, ohne daß es behufs Auflösung des Vertrages oder Verhinderung seiner stillschweigenden Erneuerung einer Aufkündigung bedarf, sind dadurch, daß der Bestandnehmer fortfährt, den Bestandgegenstand zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabei bewenden läßt, nur dann als stillschweigend erneuert anzusehen, wenn binnen vierzehn Tagen nach Ablauf der Bestandszeit, oder bei Verträgen, welche ursprünglich auf kürzere Zeit als auf einen Monat geschlossen wurden, binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist nach Ablauf des Vertrages weder von dem Bestandgeber eine Klage auf Zurückstellung, noch von dem Bestandnehmer auf Zurücknahme des Bestandgegenstandes erhoben wird.“*

Daraus ergibt sich: Nutzt der Bestandnehmer die Bestandsache über den vereinbarten, unbedingten Endtermin hinaus weiter und „lässt es der Bestandgeber dabei bewenden“, qualifiziert § 1114 ABGB dieses Verhalten als konkludente Erneuerung bzw. Verlängerung des Bestandvertrages. Die Regelung des § 569 ZPO schränkt diese Regelung insoweit ein, als die stillschweigende Erneuerung nur dann eintritt, wenn binnen 14 Tagen nach Ablauf der Bestandszeit weder vom Bestandgeber eine Klage auf Zurückstellung der Bestandsache, noch vom Bestandnehmer binnen eben dieser Frist eine Klage auf Zurücknahme des Bestandgegenstands erhoben wird (um den Parteien – praktisch wohl v.a. dem Bestandgeber – eine zumindest 14-tägige Reaktionsfrist einzuräumen). Nach der stRsp des OGH handelt es sich bei dem in § 1114 Satz 3 und § 569 ZPO beschriebenen Verhalten um eine „normierte“ Willenserklärung mit einem bestimmten Inhalt.<sup>51</sup> In diesem Fall ist also die Deutung des Verhaltens durch die gesetzliche Vorgabe definiert.

### 3.2.3. Exkurs: Erneuerung gem. § 29 Abs 3 MRG

➔ § 29 Abs 3 MRG lautet wie folgt:

*„(3) a) Mietverträge auf bestimmte Zeit, die durch den Verlauf der Zeit nicht auflösbar sind oder nicht aufgelöst werden, gelten als auf unbestimmte Zeit erneuert.*

*b) Mietverträge auf bestimmte Zeit, die nach Ablauf der wirksam vereinbarten oder verlängerten Vertragsdauer weder vertraglich verlängert noch aufgelöst werden, gelten einmalig als auf drei Jahre erneuert; der Mieter hat jedoch jederzeit das unverzichtbare und unbeschränkbare Recht, den erneuerten Mietvertrag jeweils zum Monatsletzten gerichtlich oder schriftlich unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu kündigen. Wird der Mietvertrag nach Ablauf dieser drei Jahre ein weiteres Mal nicht aufgelöst, gilt er als auf unbestimmte Zeit erneuert.“*

---

<sup>51</sup> Vgl. Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1115 Rz 22.

Befristungen im (Voll- und Teil-)Anwendungsbereich des MRG sind nur dann durchsetzbar, wenn sie schriftlich vereinbart wurden (§ 29 Abs 1 Zif. 3 lit a MRG). Im Falle von Wohnungsmieten ist außerdem zu beachten, dass Befristungen von weniger als 3 Jahren von vornherein unwirksam sind (§ 29 Abs 1 Zif. 3 lit b MRG). Im Falle (form-)unwirksamer oder gesetzwidriger Befristungen kommt § 29 Abs 3 lit a MRG zur Anwendung, der eine „Erneuerung auf unbestimmte Zeit“ vorsieht.

Hierbei handelt es sich aber nicht um eine „stillschweigende“ Erneuerung im eigentlichen Sinn, sondern um die Anordnung, bei Vorliegender entsprechenden Tatbestandsmerkmale von einer bestimmten Vereinbarung auszugehen, ohne dass das Verhalten der Beteiligten als Willenserklärung gedeutet wird („*gelten als...*“). Dementsprechend spielt hier bspw. die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten keine Rolle.

### 3.3. Änderung des Entgelts

Im ABGB wird das Entgelt (der „*bestimmte Preis*“, vgl. § 1090 ABGB) für die Nutzung der Bestandsache als „Zins“ bezeichnet, wobei zwischen Mietzins und Bestandzins unterschieden wird.<sup>52</sup> Das Entgelt muss nicht zwingend in Geld bestehen, sondern kann auch auf jede andere geldwerte Leistung gerichtet sein wie zB Dienstleistungen oder die Übernahme von Sanierungskosten.<sup>53</sup>

Das MRG untergliedert den für die Überlassung eines Mietgegenstandes in Hauptmiete<sup>54</sup> zu entrichtenden Mietzins in den Hauptmietzins ieS, die (anteiligen) Betriebskosten, die (anteiligen) besonderen Aufwendungen und dem Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände oder sonstige Leistungen (vgl. § 15 MRG). Oberbegriff für alle geldwerten Leistungen, die der Bestandnehmer dem Bestandgeber im Austausch für die Nutzung des Bestandgegenstandes zu geben hat, ist im vorliegenden Kontext daher „das Bestandentgelt“.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> § 1091 ABGB: „*Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Miethvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweyten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.*“

<sup>53</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1090 Rz 2.

<sup>54</sup> Mietet der Mieter den Mietgegenstand vom Eigentümer an, wird er als „Hauptmieter“ bezeichnet (§ 2 Abs 1 MRG); mietet er den Mietgegenstand vom Hauptmieter an, wird der als „Untermieter“ bezeichnet (§ 2 Abs 2 MRG). Vermietet der am Mietgegenstand Fruchtgenussberechtigte den Mietgegenstand an den Mieter, gilt dies als „Untermiete“ (vgl. RIS-Justiz RS0069507).

<sup>55</sup> Vgl. zB OGH 22.10.2019, 5 Ob 170/19i = MietSlg 71.227.

### 3.3.1. Konkludente Erhöhung des Mietzinses

Sofern nicht die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG anwendbar sind, gibt es zwei Konstellationen, in denen der Vermieter einen Anspruch hat, dass der Mietzins erhöht wird, nämlich (i) wenn der Mietvertrag eine Regelung über die Erhöhung (zB Staffelmietzins) oder (ii) eine Wertanpassungsklausel enthält und der entsprechende Erhöhungstatbestand erfüllt ist (zB Erhöhung des Index über den vereinbarten Schwellenwert), siehe dazu im Detail noch unten Punkt 3.3.3.

Sind die Mietzinsbildungsvorschriften des MRG anwendbar, kann eine Erhöhung des Mietzinses nur nach Maßgabe der Erhöhung der Richtwerte erfolgen oder im Falle des § 16 Abs 1 MRG, wenn eine Wertanpassung den „angemessenen Mietzinses“ nicht übersteigt.

Ist ein Erhöhungsbegehren des Bestandgebers nicht einem dieser Fälle zuzuordnen, kann es nur als Anbot einer einvernehmlichen Änderung des Mietzinses im Sinne einer Erhöhung gedeutet werden. Schon weil eine solche Änderung zum Nachteil des Bestandnehmers gereicht (er würde für dieselbe Leistung „freiwillig“ mehr bezahlen), kann das Schweigen eines Bestandnehmers in so einem Fall nur als Ablehnung verstanden werden.<sup>56</sup> Und selbst wenn der Mieter dem Erhöhungsbegehren Folge leistet, wird dies von der Rechtsprechung in aller Regel nicht als konkludente Annahme des Angebotes auf einvernehmliche Erhöhung gedeutet – vielmehr sei der Mieter in einem Rechtsirrtum verfangen, da er das Erhöhungsbegehren des Vermieters für berechtigt hielt; dieser Rechtsirrtum stehe aber einer wirksamen Annahme entgegen, die (nach den allgemeinen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen) frei von Willensmängeln sein müsste.<sup>57</sup> Aus dogmatischer Sicht ist dies nicht ganz konsequent, weil die auf einem Irrtum beruhende Erklärung nicht per se unwirksam sondern lediglich anfechtbar ist (da hier das Vertrauen des Erklärungsempfängers geschützt wird, sofern dieser objektiv vertrauenswürdig ist).

Selbst für den Fall, dass der Mieter den (unberechtigterweise) erhöhten Mietzins in Kenntnis der Umstände bezahlt und damit der Erhöhung konkludent zustimmt, bilden der Kategoriemietzins bzw. der angemessene Mietzins die Obergrenzen, wobei der Vermieter die Kenntnis von der Unzulässigkeit des bezahlten Mietzinses zu beweisen hat.<sup>58</sup>

Hat aber der Bestandgeber in einer der zuvor dargestellten Konstellationen tatsächlich einen rechtmäßigen Anspruch, den Mietzins zu erhöhen, stellt sich die Frage, wie es deuten ist,

---

<sup>56</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0014345.

<sup>57</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0038618.

<sup>58</sup> Ris-Justiz RS0069831.

wenn er diesen Anspruch über längere Zeit nicht durchsetzt. Naheliegenderweise haben in derartigen Konstellationen Mieter vorgebracht, dass der Vermieter durch das zeitnahe Unterlassen der Geltendmachung der Erhöhung auf diese dem Grunde nach verzichtet habe, weil sein Verhalten nur als konkludenter Verzicht gedeutet werden konnte. Dies hat die Rechtsprechung aber sowohl in Bezug auf Aufwertungsbeträge als auch im Falle von Erhöhungen des Kategorie- bzw. Richtwertmietzinses klar verneint.<sup>59</sup>

### 3.3.2. **Mietzinsminderungen aufgrund der Mietzinsbildungsvorschriften des MRG**

§ 1096 ABGB enthält die wesentliche Gewährleistungsbestimmung des Bestandrechts: *„Ist das Bestandsstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft, daß es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit.“*

Die Besonderheit dieses Konzepts liegt – anders als im Zielschuldverhältnis eines Kauf- oder Werkvertrages – darin, dass der Bestandgeber nicht nur den Zustand der Bestandsache zum Zeitpunkt der Übergabe verantwortet, sondern auch die laufende Erhaltung der Bestandsache zu besorgen hat, damit diese während der gesamten Vertragsdauer *„zu dem bedungenen Gebrauche taugt“*. Maßstab ist also der Vertragszweck – wie auch bei den aufgrund der COVID-Pandemie plötzlich sehr zentral gewordenen §§ 1104ff, bei denen die Judikatur ebenfalls auf den *„bedungenen Gebrauche“* abstellt, dessen Beschränkung durch behördliche Eingriffe infolge der COVID-Pandemie als *„Seuche“* iSd § 1104 ABGB Mietzinsminderungsansprüche begründet.

Ausgeschlossen ist die schon unmittelbar kraft Gesetzes und nicht erst infolge des entsprechenden Verlangens der Bestandnehmers eintretende<sup>60</sup> Zinsbefreiung bzw. Zinsminderung lediglich dann, wenn der Bestandnehmer die Umstände, diesen Gebrauch behindern, akzeptiert und dies die Voraussetzungen einer konkludenten Vertragsanpassung (also einvernehmliche Änderung des *„bedungenen Gebrauches“*) erfüllt; oder der Mieter verzichtet stillschweigend auf die *„automatisch“* kraft Gesetzes eingetretene Mietzinsminderung bzw. den entsprechenden Rückforderungsanspruch,<sup>61</sup> was freilich beides der Vermieter zu beweisen hätte.

---

<sup>59</sup> Vgl. OGH 09.09.2008, 5 Ob 166/08k = immolex 2009,54/19 (*Maier-Hülle*) = wobl 2009,80/37 (*Vonkilch*) = ecolex 2009,333 = MietSlg 60.080 = MietSlg 60.398 = MietSlg 60.400.

<sup>60</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0021420.

<sup>61</sup> Riss, Die Erhaltungspflichten des Vermieters, 253.

### 3.3.3. Wertanpassungen

In Bezug auf die Geltendmachung von Wertsicherungsbeträgen ist zwischen (i) dem Recht auf die Erhöhung ab einer bestimmten Periode dem Grunde nach und (ii) der Einforderung der konkreten Erhöhungsbeträge für die Vergangenheit, beginnen mit dem Erhöhungsbetrag für die erste Periode, in der der Erhöhungstatbestand erfüllt wurde.

Einen Verzicht auf die Werterhöhung dem Grunde nach aufgrund einer Zinsanpassungsklausel hat der OGH selbst im Falle der Nichtgeltendmachung über einen Zeitraum von über 20 Jahren verneint und klargestellt, dass auch eine derart lange Untätigkeit nicht als Verzicht dem Grunde nach zu qualifizieren sei.<sup>62</sup>

Selbst wenn der Vermieter die Erhöhung des Mietzinses auf den angemessenen Mietzins infolge Betriebsveräußerung begehrt, ohne explizit die Weiterführung der ursprünglich vereinbarten Wertsicherungsklausel anzuführen, kann dies nach dem OGH keinesfalls als konkludenter Verzicht auf die Wertsicherungsklausel verstanden werden.<sup>63</sup>

Daraus ergibt sich, dass die Geltendmachung von Werterhöhungsbeträgen für die Vergangenheit durch die dreijährige Verjährungsfrist beschränkt ist: der Vermieter kann lediglich innerhalb dieses Zeitraums fällig gewordenen Erhöhungsbeiträge nachfordern. Das Recht, pro futuro Wertanpassungen der laufenden Mietentgelte einzufordern, bleibt aber aufrecht, sofern kein konkludenter Verzicht des Vermieters vorliegt, an den die Rechtsprechung aber – wie gezeigt – sehr hohe Anforderungen stellt<sup>64</sup> und einen solchen Verzicht in allen bislang veröffentlichten Entscheidungen verneint hat.

### 3.3.4. Erhöhung des Hauptmietzinses nach § 46 Abs 2 MRG

Das MRG ermöglicht in seinem Vollenwendungsbereich in § 12 die Abtretung des Hauptmietrechts an den Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie einschließlich der Wahlkinder oder Geschwister, falls der Ehegatte oder die Verwandten in gerader Linie einschließlich der Wahlkinder mindestens die letzten zwei Jahre, die Geschwister mindestens die letzten fünf Jahre mit dem Hauptmieter im gemeinsamen Haushalt in der Wohnung gewohnt haben.

---

<sup>62</sup> OGH 29.01.2008, 1 Ob 202/07y = Zak 2008,136 = wobl 2008,220 = immolex 2008, 243 (*Pfiefel*) = MietSlg 60.281.

<sup>63</sup> OGH 18.02.1993, 8 Ob 570/92.

<sup>64</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014188: „wenn er bei Überlegung aller Umstände (§ 863 ABGB) unzweifelhaft erscheint“.

Da insbesondere bei sehr alten Mietverträgen der Mietzins des Altmieters sogar im Rahmen der Mietzinsbildungsvorschriften des MRG regelmäßig sehr niedrig ist („Friedenszins“), ermöglicht § 46 MRG in solchen Fällen eine Erhöhung und laufende Valorisierung des Hauptmietzinses („Anhebung des Mietzinses bei Eintritt in Altverträge“, aber auch dies nur auf ein dem Richtwert vergleichbares Niveau).

Der Anhebungsbegehren wird verwirklicht, sobald der Altmietler dem Vermieter den Eintritt des Neumietlers bekannt gibt. Hierauf ist der Vermieter berechtigt, den Hauptmietzins entsprechend der dargestellten Bestimmung anzuheben. In Hinblick auf die einzelnen Mietzahlungen kann er die Erhöhung auch innerhalb der 3-jährigen Verjährungsfrist rückwirkend geltend machen; ein konkludenter Verzicht auf das Erhöhungsrecht dem Grunde nach kann aber nur bei Hinzutreten besonderer Umstände angenommen werden.<sup>65</sup>

### **3.4. Konkludente Änderung des Vertragszweckes (Widmung)**

Der Vertragszweck im Mietrecht definiert den zwischen Vermieter und Mieter vereinbarten Rahmen, innerhalb dessen der Mietgegenstand verwendet werden darf. Der Vermieter hat ein nachvollziehbares Interesse daran, die ihn selbst treffenden Nutzungsbeschränkungen (sei es beispielsweise aufgrund baurechtlicher Vorschriften, sei es beispielsweise aufgrund einer zwischen ihm und den übrigen Miteigentümern vereinbarten Zweckbestimmung) auf den Mieter zu überbinden, da Verstöße des Mieters wiederum den Vermieter möglichen Ansprüchen der Behörde oder der übrigen Miteigentümer aussetzen würden.

Mitunter ist der Vermieter aus guten Gründen bestrebt, den Verwendungszweck des Mietgegenstandes innerhalb der Grobkategorie „Geschäftsraum“ enger zu definieren: einerseits werden regelmäßig Beschränkungen von als sozial inadäquat qualifizierten Tätigkeiten wie beispielsweise Glücksspiel, Sexshops oder gar Animierlokale in Mietverträgen vorgesehen; andererseits ist oftmals der konkrete Geschäftsbereich des Mieters auch mietvertraglich verankert. Letzteres hat in jüngster Zeit besondere Bedeutung, da durch den Verwendungszweck des Mietgegenstandes auch die Anwendbarkeit der Mietzinsminderung gem. §§ 1104ff ABGB vorgegeben wird: war nämlich der Mietgegenstand für den vertraglich vereinbarten Verwendungszweck aufgrund behördlicher Betretungsverbote infolge der COVID-Pandemie nicht (oder nur beschränkt) verwendbar, konnte der Mieter den Mietzins für die Betroffenen Zeiträume mindern.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0048293.

<sup>66</sup> Ris-Justiz RS0133812: Die aus dem Elementarereignis resultierenden hoheitlichen Eingriffe (Betretungsverbote für bestimmte Geschäftslokale) hatten zur Folge, dass diese Objekte „gar

Die Zuordnung eines Mietgegenstandes in die Kategorie Wohnung oder Geschäftsraum und die tatsächliche Verwendung des Mietgegenstandes zum jeweiligen Zweck kann aus folgenden Gründen bedeutsam sein.<sup>67</sup>

- Höhe des Mietzinses: die Mietzinsbildungsvorschriften im Vollenwendungsbereich des MRG lassen für Geschäftsräume in aller Regel höhere Mieten zu als für Wohnungen;
- Zulässigkeit von Befristungen, vorzeitige Kündigung: Bei Wohnungen ist gem. § 29 Abs 1 Zif 3 MRG eine Mindestbefristung von 3 Jahren vorgesehen, außerdem kann der Wohnungsmieter den Mietvertrag ungeachtet der Befristung bereits nach einem Jahr kündigen.
- Baurechtliche Widmung: in der Baubewilligung eines Gebäudes ist regelmäßig eine konkrete Widmung der Räume vorgegeben, da Wohnungen und Geschäftsräume unterschiedlichen baurechtlichen Anforderungen unterliegen und die Flächenwidmung bestimmte Zuordnungen zu den jeweiligen Nutzungsarten vorgeben kann;
- Wohnungseigentumsrechtliche Widmung: aufgrund der im Rahmen der Wohnungseigentumsverträgen durch alle Miteigentümer getroffenen Zuordnungen ergeben sich zwingende Nutzungsbeschränkungen, die gegenüber dem jeweiligen Wohnungseigentümer durchgesetzt werden können.

#### 3.4.1. **Wohnzwecke und Geschäftszwecke**

Der Geltungsbereich des Mietrechtsgesetzes erfasst alle Mietverträge und gleich zu behandelnden Verträge über Wohnungen und Geschäftsräume. Der Begriff „Wohnung“ wird im MRG nicht definiert; er richtet sich nach allgemeinem Sprachgebrauch und nach der Verkehrsauffassung. Im Allgemeinen ist unter einer Wohnung ein selbständiger und in sich baulich geschlossener Teil eines Gebäudes zu verstehen, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen.<sup>68</sup> Als „Geschäftsraum“ gelten dreidimensional abgeschlossene, geschäftlichen Zwecken dienende Gebilde.<sup>69</sup>

---

nicht gebraucht oder benutzt werden“ konnten. Nagel- und Kosmetikstudio [T1]; Fitness-Studio [T2].

<sup>67</sup> Siehe auch *Reiber*, Die Abgrenzung zwischen Wohnung und Geschäftsräumlichkeit im Mietrecht, immolex 2000, 170.

<sup>68</sup> *Würth* in *Rummel* ABGB<sup>3</sup> § 1 MRG Rz 2c.

<sup>69</sup> OGH 17.12.2008, 3 Ob 145/08 g = immolex 2009/83 (*Prader*) = wobl 2009/76 (*Vonkilch*).

Die vertragliche Widmung bestimmt sich nicht nach der tatsächlichen Nutzung sondern ausschließlich nach dem im Mietvertrag – oder aufgrund einer nachträglichen, konkludenten Widmungsänderung – nach der Absicht der Parteien festgelegten Zweck.<sup>70</sup>

Nutzt der Mieter den Mietgegenstand in anderer Weise, als dies bei Vertragsabschluss vorgesehen war, stehen dem Vermieter Unterlassungsansprüche zu Gebote.<sup>71</sup> Nur für den Fall, dass der Mieter den Mietgegenstand weder als Wohnung noch als Geschäftsraum nutzt, kommt eine Kündigung nach § 30 Abs 2 Z 6 und des § 30 Abs 2 Z 7 MRG in Betracht; davon abgesehen steht dem Vermieter auch im Falle der widmungswidrigen, vom vertraglichen Mietzweck abweichenden Nutzung des Mietgegenstandes grundsätzlich kein außerordentliches Kündigungsrecht zu.<sup>72</sup>

### 3.4.2. Freiberufliche Tätigkeiten – Steuerberatungskanzlei

Freiberufliche Tätigkeiten wie Rechtsanwalt und Arzt oder Realitätenvermittler sind in Wohnungen grundsätzlich zulässig, sofern die Wohnungen auch zu Wohnzwecken genutzt werden, da diesfalls die Aufteilung zwischen Wohnzweck und Berufszweck als gleichteilig angesehen werden.<sup>73</sup>

Die Verwendung einer Wohnung zum Betrieb einer größeren Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei mit mehreren Mitarbeitern wäre hingegen nur auf Grundlage einer konkludenten Vertragsänderung akzeptabel: Ausgangsfall der Entscheidung 7 Ob 160/14a<sup>74</sup> war eine bereits 1947 nur zu Wohnzwecken vermieteten Wohnung, in der aber von Beginn des Mietverhältnisses an eine Steuerberatungskanzlei betrieben wurde, was dem Kläger und Vermieter auch seit spätestens 1957 bekannt war. Der Bestandgegenstand diente aber auch immer teilweise als Wohnung. Das Mietrecht wurde familienintern weitergegeben. Im Jahr 2012 verkaufte der Mieter seine Steuerberatungskanzlei an seinen Sohn und untervermietete diesem die Büroräumlichkeiten, in denen die Steuerberatungskanzlei betrieben wurde.

2013 klagte der Vermieter auf Unterlassung der Nutzung des Bestandgegenstandes zu Geschäftszwecken, da diese ausschließlich zu Wohnzwecken vermietet worden sei. Der Vermieter gestand zwar zu, dass eine konkludente Ausweitung des Verwendungszweckes zur Führung der Steuerberatungskanzlei im Dachgeschoss erfolgt sei; dies habe aber nicht auch

---

<sup>70</sup> Ris-Justiz RS0066884.

<sup>71</sup> Ris-Justiz RS0020888[T2].

<sup>72</sup> *Pelinka/Wilding*, Die schweigende Zustimmung, *ecolex* 2017, 495.

<sup>73</sup> RIS-Justiz RS0068895.

<sup>74</sup> OGH 29.10.2014, 7 Ob 160/14a = *ecolex* 2015/35.

die Untervermietung der Dachgeschoss Räumlichkeiten zum Weiterbetrieb der Steuerberatungskanzlei durch einen Dritten (den Sohn des Beklagten) umfasst. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, ließ aber die Revision an den Obersten Gerichtshof zu. Dieser hob das Urteil auf und verwies es zur Ergänzung des Sachverhaltes und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht: zu klären sei, ob sich die Zustimmung zum Betrieb der Steuerberatungskanzlei ausschließlich auf den Mieter bezog oder auch auf den Betrieb durch Dritte (also den Sohn des Mieters) und ob der Weiterbetrieb der Steuerberatungskanzlei auch nach dem Ausscheiden des Mieters von der konkludenten Änderung des Vertragszwecks gedeckt ist.

### **3.5. Konkludente Ausweitung des Mietgegenstandes**

Das einem Mieter zustehende Gebrauchsrecht ist nach dem Vertragsinhalt definiert; nur im Falle langjähriger unentgeltlicher vorbehaltloser Gebrauchsüberlassung kommt eine konkludente Erweiterung des Mietgegenstandes in Betracht.<sup>75</sup>

Nutzt der Mieter von sich aus weitere, übe den eigentlichen Bestandgegenstand hinausgehende Flächen, verlangt die Rechtsprechung außerdem, dass dem Bestandgeber von dieser zusätzlichen Inanspruchnahme faktische bekannt war.<sup>76</sup>

Dass im Mietvertrag festgelegt wurde, dass eine Vertragsänderung nur im Falle einer schriftlichen Vereinbarung wirksam wäre, hindert eine nachträgliche konkludente Vertragsausdehnung nicht von vornherein, sofern sich erweist, dass die Änderung beidseitig gewollt war.<sup>77</sup>

#### **3.5.1. Parkplätze**

In der Entscheidung 8 Ob 602/89<sup>78</sup> betrieb der Mieter in den bereits seit 1934 angemieteten Räumen eine Tischlerei, wobei der Mieter auch die Hoffläche des Hauses von Anfang an zum Zufahren, Beladen und Abstellen seiner Lieferlastkraftwagen nutzte. Ab etwa 1955 stellten auch die Mitarbeiter des Mieters ihre privaten Kraftfahrzeuge im Hof ab, was dem Vermieter bekannt war und von ihm geduldet wurde. Ab 1977 handelt es sich um 10 Fahrzeuge der Mitarbeiter des Mieters, bei Klageeinbringung im Jahr 1987 parkten bereits 12-15 Fahrzeuge der Mitarbeiter des Mieters in dem Hof. Die im Jahr 1980 vom Vermieter gegen 2 Mitarbeiter

---

<sup>75</sup> Vgl. OGH 12.11.1996, 4 Ob 2313/96t mwN.

<sup>76</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0011878.

<sup>77</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0011878[T7].

<sup>78</sup> OGH 31.05.1989, 8 Ob 602/89.

des Mieters eingebrachten Besitzstörungsklagen wurden abgewiesen, da diese seit Jahren ruhigen Besitz an den entsprechenden Stellplätzen erworben hätten.

Die Baubehörde trug 1987 dem Vermieter auf, dass bewilligungslose (also ohne entsprechende Bewilligung nach der Bauordnung) „Einstellen von Kraftfahrzeugen“ zu unterlassen, worauf hin der Vermieter die rezente Unterlassungsklage einbrachte.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren des Vermieters statt und verneinte eine konkludente Vertragsänderung. Das Berufungsgericht hingegen sprach aus, dass der Vermieter (bzw. dessen Rechtsvorgänge) schlüssig den mit dem Mieter mündlich geschlossenen Bestandvertrag dahin erweitert hätte, dass der Mieter für die Dauer des Bestandverhältnisses zum gleichen Bestandentgelt berechtigt sei, seinen Dienstnehmern im zuletzt geübten Umfang die Abstellung von Fahrzeugen auf der Hofffläche der Bestandliegenschaft zu gestatten – es handle sich dabei nicht um eine jederzeit widerrufliche Bittleihe im Sinne des § 974 ABGB, und das behördliche Einstellungsverbot verpflichte den Vermieter, dem Mieter den solcherart bedungenen Gebrauch der Bestandsache durch entsprechende Antragstellungen bei der Behörde zu ermöglichen.

Der OGH hingegen verwies darauf, dass die Annahme einer konkludenten Zustimmung des Vermieters zum Abschluss oder zur Erweiterung eines Bestandvertrags im Sinne des § 863 ABGB voraussetzt, dass die privatrechtlich in Anspruch genommene Rechtsausübung auch öffentlich-rechtlich, insbesondere nach den baupolizeilichen Rechtsnormen, ohne weitere Veranlassung durch den dadurch privatrechtlich Belasteten erlaubt ist: es kann nämlich niemand guten Glaubens annehmen, dass der Vermieter durch die bloße Unterlassung von Abwehrmaßnahmen (auch) zum Ausdruck bringen wollte, er werde die für die öffentlich-rechtliche Legalisierung der Rechtsanmaßung erforderlichen Schritte auf sich nehmen und auf diese Weise dem in Anspruch genommenen Privatrecht die notwendige Grundlage öffentlichen Rechts verschaffen.

➔ Im dargestellten Fall stand also der Annahme einer konkludenten Erweiterung der Mietrechte lediglich der Umstand entgegen, dass die entsprechende Nutzung der Flächen als Parkplätze von der Baubehörde untersagt wurde – andernfalls hätte zweifellos auch der OGH die Einbeziehung der Parkflächen in den Mietgegenstand angenommen.

\*

In der Entscheidung 4 Ob 2313/96<sup>79</sup> hatte der OGH über die Berechtigung einer Mehrzahl von Mietern zu entscheiden, ihre Autos auf Parkplätzen auf der Hoffläche abzustellen, obgleich dies in keinem der Mietverträge ausdrücklich vereinbart worden wäre. Entscheidend war hier, dass sich die Mieter auf die Hausordnung und die vom Vermieter gebilligte Übung berufen konnten, wonach ihnen die Hoffläche zur gemeinsamen Nutzung (einschließlich abstellen von Fahrzeugen) überlassen war. Zwar war keinem Mieter ein Recht auf Nutzung eines bestimmten Stellplatzes eingeräumt, die Mieter waren aber berechtigt, ihre Fahrzeuge je nach Verfügbarkeit freie Parkplätze auf dem im Eigentum des Vermieters stehenden Grundstücks abzustellen. Die der rezenten Klage vorangegangene Zuteilung konkreter Parkplätze an bestimmte Mieter zu deren ausschließlicher Nutzung griff daher in die bestehenden (im Rahmen des Mietvertrages konkludent eingeräumten) Mitbenutzungsrechte der Mieter ein.

➔ Auch die Einräumung von Mitbenutzungsrechten an eine unbestimmte Zahl von Mietern kann schon dadurch konkludent erfolgen, dass diesen die Nutzung von Flächen „je nach Verfügbarkeit“ über längere Zeit gestattet wird.

### 3.5.2. **Nutzung von Nebenräumen**

Gegenstand der Entscheidung 8 Ob 661/90<sup>80</sup> war die Nutzung von Räumlichkeiten als Aktenlager, die zwar im Mietvertrag nicht angeführt waren, dem Mieter allerdings gemeinsam mit den im Mietvertrag angeführten Räumlichkeiten übergeben wurde mit der Zusage, nach Freiwerden zweier anderer Räume im Dachgeschoss dem Mieter diese Räume zu übergeben. Obgleich der Mietvertrag die Klausel enthielt: *„Änderungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Vereinbarung des Abgehens vom Erfordernis der Schriftlichkeit“*, nahm der OGH eine konkludente Erweiterung des Mietgegenstandes an, zumal der Vermieter die Nutzung über 7 Jahre geduldet und dem Mieter auch die anteiligen Betriebskosten für diese Aktenlager verrechnet hatte.

### 3.5.3. **Nutzung von Allgemeinflächen zur Ablagerung als Prekarium oder Teil des Mietgegenstandes**

Nutzt ein Mieter Flächen bzw. Hausteile, die ursprünglich von seinem Mietvertrag nicht umfasst waren, stellt sich regelmäßig die Frage, ob sich der Mietgegenstand um diese Teile erweitert hat oder ob der Mieter diese Teile ohne Wissen des Vermieters unberechtigt nutzt.

---

<sup>79</sup> OGH 12.11.1996, 4 Ob 2313/96t.

<sup>80</sup> OGH 30.10.1990, 8 Ob 661/90.

Eine Zwischenstellung nimmt in solchen Konstellationen das Prekarium (Bittleihe) ein – hierbei handelt es sich um die unentgeltliche und jederzeit widerrufliche Gebrauchsüberlassung, die aber (ebenso wie die unberechtigte Nutzung ohne Wissen des Vermieters) keinen Besitz im rechtlichen Sinne und damit keinen Besitzschutz begründet.<sup>81</sup>

Liegt also eine Ausweitung des Mietgegenstandes und damit Rechtsbesitz des Mieters auch an diesen weiteren Flächen vor, hat dies für den Vermieter die höchst unangenehme Konsequenz, dass er die hinkünftige Inanspruchnahme der entsprechenden, für die Lagerung verwendeten Flächen nicht für die Zukunft widerrufen kann (wie dies beim Prekarium der Fall wäre), sondern der Mieter an diesen Flächen Rechtsbesitz erlangt hat und diesen gegen den Vermieter und gegen Dritte mit rechtlichen Mitteln (Besitzstörungsklage, Unterlassungsklage) schützen kann.

Die Rechtsprechung nimmt im Zweifel kein Prekarium an, die Überlassung weiterer Flächen zur Benützung durch den Mieter ist daher als Ausweitung des Mietvertrages anzusehen, soweit der Vermieter nicht klarstellt, dass es sich nur um eine Überlassung gegen jederzeitigen Widerruf handelt; derartige Vereinbarungen [gemeint: konkludente Erweiterungen des Mietrechts] sind auch bezüglich des Stiegenhauses und Hausflures möglich.<sup>82</sup>

In diesem Sinne ist nach der Judikatur beispielsweise Lagern von Heizmaterial über mehrere Jahre im Stiegenhaus nicht als Prekarium sondern als Ausweitung des Bestandrechtes zu qualifizieren.<sup>83</sup>

Dem Vermieter ist also anzuraten, gegen derartige eigenmächtige Ausweitungen des Mietrechts sofort gerichtlich vorzugehen bzw. solche Nutzungen nur dann zu dulden, wenn der Mieter schriftlich bestätigt, dass eine solche Nutzung nur als Bittleihe und gegen jederzeitigen Widerruf erfolgt. Im Falle einer Bittleihe kann der Vermieter freilich kein Entgelt fordern, da die Unentgeltlichkeit wesentliches Kriterium der Bittleihe ist – sobald der Vermieter den Mietzins unter Verweis auf die zusätzliche Flächennutzung erhöht kann kein Zweifel mehr an der Ausweitung des Mietgegenstandes bestehen.

---

<sup>81</sup> Besitzschutz und Aktivlegitimation für einen Besitzstörungsklage hat nur der „echte“ Besitzer, also derjenige, der die Sache weder mit Gewalt, noch heimlich, noch als Prekarium besitzt („nec vi, clam, precario“) – hier zeigt sich das Wesen des gerichtlichen Besitzschutzes („possessorisches“ Verfahren), der lediglich den letzten ruhigen Besitzstand wiederherstellen möchte, aber die rechtliche Qualifikation des Besitzverhältnisses ausgespart (dies erfolgt im „ordentlichen“ bzw. „petitorischen“ Verfahren).

<sup>82</sup> OGH 08.03.1995, 9 Ob 1511/95.

<sup>83</sup> Ris-Justiz RS0015970.

### 3.6. Beendigung des Mietverhältnisses

Im Geltungsbereich des MRG (sowohl im Vollenwendungsbereich als auch im Teilanwendungsbereich) können Mietverträge vom Vermieter nur gerichtlich gekündigt werden (§ 33 MRG), außergerichtliche Kündigungen des Vermieters beenden den Mietvertrag nicht.

Die gerichtliche Kündigung ist bei Gericht einzubringen und der Vermieter hat darin „die Kündigungsgründe kurz anzuführen“; auf andere als die hier angeführten Kündigungsgründe kann er seine Kündigung in weiterer Folge nicht mehr stützen (Eventualmaxime).

Der Mieter seinerseits kann gegen diese Kündigung Einwendungen erheben und insbesondere Vorbringen, dass die geltend gemachten Kündigungsgründe nicht vorliegen; diesfalls findet ein Gerichtsverfahren statt, in dem das Gericht über die Rechtmäßigkeit der Kündigung (also das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Kündigungsgründe) entscheidet.

#### 3.6.1. Konkludente Annahme eines Angebotes zur einvernehmlichen Vertragsauflösung

Bis zur Wohnrechtsnovelle 2006<sup>84</sup> galt die gerichtliche Kündigung auch für Kündigungserklärungen des Mieters. Um formunwirksame Kündigungen von Mietern nachträglich als gültig zu qualifizieren hat die Rechtsprechung derartige außergerichtliche Aufkündigungen regelmäßig als Angebote zur einvernehmlichen Vertragsauflösung gedeutet; eine schlüssige Annahme kann aber nur dann angenommen werden, wenn das Verhalten des Vermieters keine Zweifel offenlässt.<sup>85</sup>

Seit Inkrafttreten der Wohnrechtsnovelle 2006 gilt das Erfordernis der gerichtlichen Kündigung nunmehr ausschließlich für Kündigungen des Vermieters.

Selbstverständlich bezweckt die Formvorschrift der gerichtlichen Kündigung den Schutz der Mieter. Es wird daher nicht überraschen, dass die zuvor dargestellte Judikatur der Annahme einer konkludenten Beendigung eines Mietverhältnisses trotz Formunwirksamkeit der Kündigung im Falle vermierterseitiger Kündigungen nicht zur Anwendung gelangt.

---

<sup>84</sup> Wohnrechtsnovelle 2006 - WRN 2006, BGBl 2006/124, GP XXII RV 1183 AB 1530 S. 153.

<sup>85</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0014332

### 3.6.2. Schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung von Kündigungs- und Auflösungsgründen

Grundsätzlich ist ein Kündigungsgrund ehestmöglich geltend zu machen, unterlässt der Vermieter trotz Kenntnis des den Kündigungsgrund bildenden Sachverhaltes kann dies als konkludenter Verzicht gedeutet werden.<sup>86</sup>

Der in der Judikatur zu findende Grundsatz, dass Auflösungs- und Kündigungsgründe ohne unnötigen Aufschub geltend zu machen sind,<sup>87</sup> findet seine Begründung darin, dass die Verfehlung des anderen Teils derart gewichtig sein müssen, dass die Fortführung des Vertrages unzumutbar wäre; die faktische Aufrechterhaltung ist aber gerade ein Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung. Davon abgesehen kann es als konkludenter Verzicht auf das Kündigungsrecht gedeutet werden, wenn der zur Kündigung grundsätzlich berechnigte Teil zu lange Zeit verstreichen lässt;<sup>88</sup> dies gilt freilich nicht im Falle von „Verschleierungshandlungen“ des Mieters.<sup>89</sup>

Verfügt der Vermieter über die für eine gerichtliche Aufkündigung erforderlichen Informationen und unterlässt er dennoch die Kündigung über einen längeren Zeitraum, nahm die Rechtsprechung in einem Fall eine Verschweigung an,<sup>90</sup> in einem anderen, in dem der Vermieter über 10 Jahre lang untätig blieb, einen stillschweigenden Kündigungsverzicht.<sup>91</sup> Beweispflichtig für einen solchen Verzicht ist klarerweise jedenfalls der Mieter.<sup>92</sup>

Abgesehen von der Nichtzahlung des Mietentgelts und dem groben nachteiligen Gebrauch des Mietgegenstandes stellt das „unleidliche Verhalten des Mieters“ den dritten gelegentlich in der Praxis vorkommenden Kündigungsgrund dar. Der Mieter nämlich, der durch sein Verhalten auch andere Mieter in einem Haus beeinträchtigt und belästigt, ist insoweit auch unter dem Gesichtspunkt des Mieterschutzes gegenüber den übrigen Mietern nicht mehr schutzwürdig, weshalb die Rechtsprechung derartige Vertragsauflösungen eher zulässt als beispielsweise Kündigungen, die auf den nachteiligen Gebrauch des Mietgegenstandes gestützt sind. Dementsprechend ist die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang sehr zurückhaltend, wenn ein derart störender Mieter aufgrund der Untätigkeit eines Vermieters einen Verzicht auf das entsprechende Kündigungsrecht behauptet: Da ein „unleidliches Verhalten des Mieters“ den archetypischen Fall für eine Unzumutbarkeit der Fortführung des

---

<sup>86</sup> OGH 16.04.1996, 4 Ob 2050/96s mwN.

<sup>87</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014427.

<sup>88</sup> OGH 24.11.2021, 7 Ob1 09/21m = Zak 2022,56.

<sup>89</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014423[T12].

<sup>90</sup> OGH 07.07.1982, 1 Ob 621/82 = MietSgl 34.483 mwN.

<sup>91</sup> OGH 10.09.1980, 3 Ob 583/79 = MietSgl 32.401.

<sup>92</sup> Ris-Justiz RS0102001.

Mietverhältnisses bildet, kann ein Verzicht des Vermieters auf die Geltendmachung des entsprechenden Kündigungsgrundes nur in Ausnahmefällen und unter besonderen Voraussetzungen angenommen werden.<sup>93</sup>

Bloßes Zuwarten für eine bestimmte Zeit ist nicht von vornherein als konkludenter Verzicht zu werten<sup>94</sup>, insbesondere wenn der Vermieter auch andere Maßnahmen (zB Ermahnungen) setzt. Als berechtigt wurden daher – trotz Untätigkeit des Vermieters über einen gewissen Zeitraum – Kündigungen aus folgenden Gründen angesehen:

- lautes Abspielen von Musik mehrmals wöchentlich trotz mehrfacher Ermahnung;<sup>95</sup>
- mehrmalige „Vorfälle“ mit dem Rottweiler des Mieters (Bissverletzungen zweier Kinder, Tötung eines anderen Hundes, Angriff auf einen weiteren Hund), Verschmutzungen und Geruchsbelästigungen durch Unrat und Tierfutter rechtfertigen eine Kündigung auch dann, wenn diese längere Zeit zurückliegen – die Deutung der Untätigkeit des Vermieters als stillschweigender Verzicht auf das Kündigungsrecht wurde hier dezidiert abgelehnt;<sup>96</sup>
- Nutzung von „Mehrflächen“ (also nicht zum Mietgegenstand gehörende Flächen) für Lagerzwecke über lange Zeiträume und trotz mehrfacher Mahnungen dies zu unterlassen, wobei dies als „unleidliches Verhalten“ qualifiziert wurde und aufgrund der beharrlichen Missachtung das Vertrauen in die Vertragstreue des Mieters erschüttert war.<sup>97</sup>
- Regelmäßige Anzeigen der Nachbarmieter wegen Lärmbelästigung bei der Polizei, obgleich deren Geräuschpegel das übliche Ausmaß nicht übersteigt, nächtliches Klopfen und grundloses Anschreien der Kinder der Nachbarn und rassistische Ausfälligkeiten stellen unleidliche Verhaltensweise dar, die auch dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn der kündigende Vermieter das Kündigungsverfahren zwecks Durchführung einer Mediation ruhen lässt, es aber nach 14 Monaten wieder fortsetzt, weil der Mieter sein

---

<sup>93</sup> RIS-Justiz RS0014436.

<sup>94</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014420[T3], RS0014416, RS0014428.

<sup>95</sup> OGH 05.04.2013, 8 Ob 23/13k.

<sup>96</sup> OGH 29.11.2017, 7 Ob 191/17i.

<sup>97</sup> OGH 29.04.2021, 8 Ob 43/21p = immolex 2021, 289 (Reiber)

unleidliches Verhalten nicht ändert – wobei in diesem Fall gerade nicht von einem konkludenten Verzicht auf den Kündigungsgrund auszugehen sei.<sup>98</sup>

### 3.6.3. Konkludenter Kündigungsverzicht des Bestandgebers

Ein Kündigungsverzicht des Bestandgebers bindet dessen Einzelrechtsnachfolger nicht; selbst ist an einen Kündigungsverzicht, den sein Vorgänger gegenüber dem Bestandnehmer ausgesprochen hat, nicht gebunden. Auch in der Forderung zur Zahlung des Bestandszinses liegt aber - selbst unter der Voraussetzung oder Kenntnis vom Kündigungsverzicht - keine schlüssige Übernahme desselben.

---

<sup>98</sup> OGH 24.11.2021, 7 Ob 109/21m = Zak 2022,56.

#### 4. Wohnungseigentum (WEG)

Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer einer Liegenschaft (oder einer Eigentümerpartnerschaft) eingeräumte dingliche Recht, eine selbständige Wohnung oder eine sonstige selbständige Räumlichkeit ausschließlich zu nutzen und hierüber allein zu verfügen (§ 2 Abs 1 WEG). Das Wohnungseigentum ist weder Eigentum an Teilen des Hauses noch real geteiltes Eigentum, vielmehr ist der Wohnungseigentümer Miteigentümer der ganzen Liegenschaft und hat ein dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht an bestimmten Räumlichkeiten.<sup>99</sup>

Das ABGB beruht auf dem Konzept des Miteigentums nach ideellen Anteilen: mehrere Eigentümer einer Sache sind Miteigentümer zu bestimmten Miteigentumsquoten. Ihr Eigentumsrecht bezieht sich aber auf die gesamte Sache, ihre Bestandteile bzw. im Falle eines Gebäudes jeder einzelne Raum „gehören“ allen Miteigentümern zu ihrer jeweiligen Miteigentumsquoten. Die §§ 825ff ABGB enthalten sehr rudimentäre Regeln über die Verwaltung und gemeinsame Verfügung, aber auch die Beendigung des Miteigentums. Die Vermietung von einzelnen Mietobjekten an Dritte ist in diesen Fällen eine Angelegenheit der ordentlichen Verwaltung.

Das Wohnungseigentum wurde 1948 mit dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) BGBl 149/1948 eingeführt, wobei es sich vom Eigentumskonzept des ABGB sehr grundsätzlich unterschied. Das WEG war praktisch und ideologisch begründet: das Mietrecht mit seinen restriktiven Mietzinsobergrenzen versprach zu geringe Renditen, weshalb es anderer Finanzierungsformen für die Wiedererrichtung des nötigen Wohnraums bedurfte. Außerdem sollte breit gestreutes Eigentum am Wohnraum geschaffen werden, um ein neues politisches Bewusstsein und größere Unabhängigkeit eines solcherart gebildeten neuen Kleinbürgertums zu schaffen.

Letzteres war übrigens auch deshalb von Bedeutung, weil ein Teil der Förderungsgelder des „Marshall-Funds“ genau an dieses Erfordernis geknüpft war, wonach die Bürger als Eigentümer möglichst unempfindlich für kommunistische Einflüsse werden sollten, weil deren wesentliches Grundbedürfnis „Wohnen“ gedeckt wäre.

##### 4.1. Widmung

Der Begriff der Widmung im Bereich des Wohnungseigentumsrechts ist mehrgestaltig: Einerseits versteht man darunter die Zuordnung von Räumlichkeiten als

---

<sup>99</sup> *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (Wien 2014), Rz 938.

Wohnungseigentumsobjekt bzw. Zubehör, das einem konkreten Miteigentümer exklusiv zugeordnet ist. Andererseits ist als Widmung auch die – im Wohnungseigentumsvertrag – von allen Miteigentümern einvernehmlich festgelegte Nutzung der Räumlichkeiten gemeint; meist wird hier grob in Wohnungen und Geschäftsräume unterschieden, aber jüngere Entscheidungen stellen dar, das beispielsweise die Verwendung von Wohnungen für „Tagesmütter“ oder zur kurzzeitigen Vermietung auf entsprechenden Plattformen (Airbnb) eine Graubereich zwischen Wohnung und Geschäftsraum darstellen, der über die Interessensphäre des einzelnen Wohnungseigentümers hinausgeht.

In beiden Fällen handelt es sich bei der Widmung um einen rechtsgeschäftlichen Akt, nämlich um eine Vereinbarung zwischen den Miteigentümern über Umfang und Beschränkung der Nutzungen von Wohnungseigentumsobjekten.

#### 4.1.1. **Exkurs: Widmungen im öffentlichen Baurecht**

Die (im jeweiligen Kompetenzbereich der Länder gelegenen) öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften zielen in Bezug auf die Nutzung der Baulichkeiten auf die Umsetzung der raumplanerischen Vorgaben ab, wonach örtliche Raumordnungsprogramme die jeweiligen Flächenwidmungspläne definieren und diese wiederum den Rahmen für die Bebauungspläne darstellen. Wesentliche Inhalt sind die Widmungsfestlegungen zu den 3 grundsätzlichen Widmungsarten Bauland, Verkehrsflächen und Grünland. Die Widmungsarten Bauland wiederum wird regelmäßig untergliedert in Wohngebiete, Geschäftsgebiete, gemischte Baugebiete etc. Obgleich die vorher bestehende, tatsächliche Nutzung nicht an eine später zugewiesene Widmung angepasst werden muss (Bestandsschutz) können Baubewilligungen nur dann erteilt werden, wenn sie dem jeweiligen Flächenwidmungsplan bzw. den hierauf basierenden Bebauungsplänen nicht widersprechen.

§ 7a Wiener Bauordnung beispielsweise sieht die Festlegung von „Wohnzonen“ vor, innerhalb derer die Baubehörde konkrete Vorgaben über die Nutzung der jeweiligen Räumlichkeiten geben kann (und diese sogar Bestandteil der Baubewilligung sind). Auch als Ausübung zu Wohnzwecken gelten beispielsweise Arztordination, Tätigkeiten freischaffender, Unterrichtstätigkeiten (Musikunterricht) in einer Wohnung.<sup>100</sup> Ausdrücklich festgehalten ist allerdings, dass die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke keine solche Tätigkeit darstellt, also auch baurechtlich verboten ist – diese Bestimmung richtet sich selbstverständlich gegen Vermietungsplattformen wie Airbnb.

---

<sup>100</sup> Geuder/Fuchs, Wiener Baurecht<sup>7</sup> (2021) Anm 1 zu § 7a wBO.

Sanktioniert ist eine nicht bewilligungsmäßige Benützung der Räume durch § 129 Wiener Bauordnung, wobei sich diese Strafnorm zunächst an den jeweiligen Eigentümer des Objekts richtet; wenn aber beispielsweise ein Mieter über die bewilligte Benutzungsart informiert ist, haftet dieser im Falle des Zuwiderhandelns selbst.

#### 4.1.2. Widmung als Wohnungseigentumsobjekt

Die Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts als Wohnungseigentumsobjekt stellt den Rechtstitel für die Nutzungsbefugnisse dar und ist insoweit Grundlage des Wohnungseigentumsvertrages.<sup>101</sup> Demgegenüber handelt es sich bei der Widmung von allgemeinen Teilen eines Gebäudes lediglich um eine (grundsätzlich formfreie)<sup>102</sup> Nebenabrede, die auch mündlich und sogar konkludent erfolgen kann,<sup>103</sup> und sich diesfalls an lang geübten Nutzungen oder auch in einer Erklärung der Zustimmung über Um- und Ausbauten in öffentlich-rechtlichen Bauverfahren äußert.<sup>104</sup>

Auch in einer unwidersprochenen Hinnahme von Nutzungsverhältnissen kann eine konkludente Widmung gesehen werden, insbesondere wenn diese geänderten Nutzungsverhältnisse Grundlage einer nachfolgenden Nutzwertänderung sind.<sup>105</sup>

#### 4.1.3. Umwidmung: Konkludente Zustimmung zu sonstigen Änderungen iSd § 16 WEG

Änderungen der Widmung iSv „Nutzungszweck“ unterliegen den Rahmenbedingungen des § 16 WEG.<sup>106</sup> Dies gilt auch für die Widmung als Wohnungseigentums-Zubehör.<sup>107</sup> Eine Änderung der Widmung muss im Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG durchgesetzt werden, nicht im Rahmen des Nutzwertfestsetzungsverfahrens nach § § 52 Abs 1 Z 1 WEG,<sup>108</sup> die Festsetzung der Nutzwerte beruht auf den bereits zuvor bestehenden Widmungen, stellt aber keinen Titel für eine (Um-)Widmung dar.<sup>109</sup>

Umfasst die Widmung eines als Geschäftslokal gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts auch dessen Unternehmensgegenstand bzw. spezifische Betriebsform, unterliegt eine Änderung diese Betriebsform den Anforderungen des § 16 Abs 2 WEG; jedem einzelnen der

---

<sup>101</sup> OGH 08.07.2003, 5 Ob 157/03d = wobl 2003,360/193 (*Call*) = MietSlg 55.464; Ris-Justiz RS0118149.

<sup>102</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0082712[T12].

<sup>103</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0082712.

<sup>104</sup> Ris-Justiz RS0082712[T12].

<sup>105</sup> Ris-Justiz RS0082712[T2].

<sup>106</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0120725[T5].

<sup>107</sup> RIS-Justiz RS0120725[T10].

<sup>108</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0128352.

<sup>109</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0128353.

übrigen Wohnungseigentümer stehen im Falle eigenmächtige Änderungen des Eigentümers des Geschäftslokals Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu, die er im streitigen Rechtsweg geltend machen kann.<sup>110</sup>

Baupolizeiliche Benützungsbewilligungen oder raumordnungsrechtliche „Widmungen“ dienen lediglich als Indizien für die zwischen den Wohnungseigentümern getroffene Widmung eines Wohnungseigentumsobjektes, sind aber für die spezifisch wohnungseigentumsrechtliche Widmung aber im Übrigen unerheblich.<sup>111</sup>

### **Beispiele konkludenter Widmungsänderungen (Anwendung in Einzelfällen)**

- Geschäftslokal und Gastronomielokal

Unter dem (unspezifizierten) Begriff „Geschäftslokal“ ist ganz allgemein ein der gewerblichen Nutzung dienendes Objekt zu verstehen; die vom Kläger in seinem Rekurs - zur Verdeutlichung der von ihm nicht gewünschten Änderung - angestellte Differenzierung in „Geschäftslokal“ und (den unüblichen Begriff) „Gastronomielokal“ ist nicht vorzunehmen.<sup>112</sup>

- Sauna und Tischtennisraum in Wohnhausanlage mit mehreren Gebäuden

Eine konkludente Benützungsvereinbarung hat der OGH beispielsweise im Falle einer aus mehreren Wohnblocks bestehenden Anlage darin erblickt, dass ausschließlich die jeweiligen Bewohner eines Hauses die in diesem Haus befindlichen allgemeinen Teile (konkret: Sauna und Tischtennisraum) nutzen und den übrigen Miteigentümern, deren Wohnungseigentumsobjekte in anderen Häusern gelegen waren, davon ausschlossen.<sup>113</sup>

- Änderung der Betriebsform bei (unspezifizierter) Geschäftsraumwidmung von Gemischtwarenhandel auf Bäckerei-Gastronomie-Fachgeschäft und Einzelhandel

Nach einer 40-jährigen Verwendung eines Geschäftsraums (dessen Nutzung vertraglich nicht näher spezifiziert wurde) als „Gemischtwarenhandel“ mit Öffnungszeiten 8-19 Uhr (Sa 8-17 Uhr) ohne Gästebewirtung und ohne Sitz- oder Stehplätze betrieben wurde dieser zum Betrieb eines Bäckerei-Gastronomie-Fachgeschäftes und Einzelhandel mit 35 Sitzplätzen und 10 Stehplätzen und Öffnungszeiten 6-19 Uhr (Sa 6-17 Uhr; Sonn- u. Feiertage 7-12 Uhr) und

---

<sup>110</sup> RIS-Justiz RS0083132[T1].

<sup>111</sup> Vgl. Ris-Justiz RS0101800, RS0120725.

<sup>112</sup> OGH 12.07.2005, 5 Ob 122/05k = immolex 2005,308 (Prader) = ecolex 2005,836 = Zak 2005/61 S 38 - Zak 2005,38.

<sup>113</sup> OGH 07.10.2003, 5 Ob 106/03d = immolex 2004,84 = ImmZ 2004,198 = MietSlg 55.054 = MietSlg 55.469.

täglichem warmen Mittagsmenü verwendet. Der OGH ging nicht davon aus, dass der Verwendungszweck des Geschäftsraums aufgrund des 40-jährigen Betriebes konkludent beschränkt wurde und qualifizierte die Nutzungsänderung samt Ausweitung der Öffnungszeiten und des Angebotes und erhöhtem Kundenzustrom vor dem Hintergrund der „Liberalisierung der gewerberechtlichen Vorschriften“ nicht als genehmigungsbedürftige Widmungsänderung an.<sup>114</sup>

- Änderung Kino in Supermarkt

Waren die Miteigentümer schon bei Begründung des WE mit jeglicher Art der Verwendung des Geschäftslokales einverstanden, so haben sie damit auch eine Veränderung der Verwendung von einem Kino in einen Supermarkt in Kauf genommen. Wurde hingegen ein bestimmter Geschäftsbetrieb (hier der Betrieb eines Kinos) im WE-Objekt Vertragsgrundlage, so kann die Zustimmung der übrigen Miteigentümer nur dann ersetzt werden, wenn diese durch die von dem beabsichtigten Betrieb (hier Supermarkt) hervorgerufenen Lärm- und Geruchsbelästigungen nicht wesentlich beeinträchtigt werden; umgekehrt dient die Veränderung eines nicht mehr rentabel zu führenden Kinos durch eine Verwertung in anderer Weise einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers.<sup>115</sup>

- Änderung Wohnung in Zivilingenieurbüro

Eine Umwidmung einer Wohnung in einen als Ziviltechnikerbüro genutzten Geschäftsraum müssen die übrigen Miteigentümer akzeptieren, da mit dieser Verwendung „*weder eine Schädigung des Hauses noch der Beeinträchtigung seiner äußeren Erscheinung noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zu erwarten ist.*“<sup>116</sup>

- Änderung Wohnung in Arztpraxis

Grundsätzlich ist die Nutzung von als Wohnungen gewidmeten Wohnungseigentumsobjekten als Arztpraxen unzulässig, auch wenn die entsprechende Änderung regelmäßig in einem Verfahren nach § 16 WEG als verkehrsüblich und damit zulässig zu qualifizieren sein wird.<sup>117</sup> Durch die jahrelange widerspruchslose Duldung der

---

<sup>114</sup> OGH 09.11.2004, 5 Ob 227/04z = RdW 2005,156 = immolex 2005,149 = MietSlg 56.053 = MietSlg 56.482.

<sup>115</sup> LGZ Wien 22.3.1988, 41 R 506/87 = MietSlg 40.642.

<sup>116</sup> OGH 29.11.1983, 5 Ob 39/82 = MietSlg 35.608.

<sup>117</sup> Vgl. OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b = immolex-LS 2005/25 = RdW 2005,421 = immolex 2005,216 (*Weixelbraun*) = ecolex 2005,609 (*Friedl*) = MietSlg 56.483.

Nutzung zweier als Wohnungen gewidmeter Wohnungseigentumsobjekte als Wahlarzt-Praxis mit täglich 3-stündiger Öffnungszeit wurde die Widmung konkludent geändert; die weitere Nutzung dieser Wohnungseigentumsobjekte als Kassenarztpraxis für Allgemeinmedizin mit höherer Patientenfrequenz liegt im Rahmen der Verkehrsüblichkeit und stellte dann keine Änderung iSd § 16 WEG mehr dar.<sup>118</sup>

- Änderung Büro in Arztpraxis

Wenn im Wohnungseigentumsvertrag zwischen den Widmungskategorien „Wohnung“, „Geschäftslokal“ „Büro“ und „Arztpraxis“ unterschieden wird, stellt die Verwendung eines Büros als Arztpraxis eine Widmungsänderung dar, die aber auch konkludent bewilligt werden kann.<sup>119</sup>

- Geschäftsraum als „Nachtcafé/Vereinslokal“

Die Verwendung eines (auch durch konkludente Vertragsänderung) nicht näher spezifizierten Geschäftsraums, der zuvor über 10 Jahre als Fleischerei und weitere 6 Jahre als Bäckerei genutzt wurde, als „Nachtcafé/Vereinslokal“ mit bewilligten Öffnungszeiten bis 23 Uhr ist verkehrsüblich; einer allfälligen Überschreitung der Betriebszeiten ist gewerbebehördlich oder zivilrechtlich entgegenzutreten.<sup>120</sup>

- Kurzfristige Vermietung von Wohnungen als Ferienwohnungen

Die kurzfristige Vermietung (10 von insgesamt 27 Wohnungseigentumsobjekten) jeweils für einen Mindestaufenthalt je nach Saison von drei Nächten bis zu einer Woche an Touristen samt Beistellung und Reinigung der jeweils frisch bezogenen Bettwäsche und der ebenso zur Verfügung gestellten Handtücher überschreitet den Nutzungsrahmen eines als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts, da diesfalls von Beherbergungsverträgen (im Gegensatz zu grundsätzlich zulässigen bloßen Mietverträgen) auszugehen ist; auch eine über mehrere Jahre ohne Widerspruch der übrigen Miteigentümer führt in so einem Fall nicht zu

---

<sup>118</sup> OGH 29.03.2011, 5 Ob 172/10w = Zak 2011/521 S 277 - Zak 2011,277 = wobl 2012,150/55 - wobl 2012/55 = RdM-LS 2011/67 = MietSlg 63.454 = MietSlg 63.514.

<sup>119</sup> OGH 20.05.2014, 5 Ob 210/13p = vBl-LS 2014/130 = OIZ 2014,10/Heft 09 = wobl 2014,277/103 - wobl 2014/103 = Zak 2014/635 S 336 - Zak 2014,336 = MietSlg 66.481.

<sup>120</sup> OGH 12.07.2005, 5 Ob 122/05k = immolex 2005,308 (Prader) = ecolex 2005,836 = Zak 2005/61 S 38 - Zak 2005,38; hierin übrigens auch eine sehr aufschlussreiche Abhandlung über die fehlende Bindungswirkung gewerbebehördlicher Entscheidungen gegenüber der gerichtlichen Prüfung nachbarrechtlicher Unterlassungsansprüche (Lärmimmissionen etc.).

einer konkludenten Änderung der Widmung, zumal vorliegend nicht erwiesen war, dass allen übrigen Miteigentümern diese Nutzung bekannt war.<sup>121</sup>

- Nutzung einer Wohnung als Kinderbetreuungsstätte einer Tagesmutter

Die widerspruchslose Duldung der Nutzung einer Wohnung zur (gewerblichen) Betreuung fremder Kinder durch eine „Tagesmutter“ über vier Jahre bewirkt keine konkludente Änderung der Widmung (allerdings ist dies auch gar nicht erforderlich, weil die Kinderbetreuung – auch wenn sie gewerblich erfolgt – über den Wohnzweck nicht hinausgeht).<sup>122</sup>

- Widmung als „Hausbesorgerwohnung“ bzw. Widmung der ehemaligen „Hausbesorgerwohnung“

Bis zum Inkrafttreten der „Wohnrechtsnovelle 2000“<sup>123</sup> war für alle Dienstverhältnisse von Hausbesorgern das Hausbesorgergesetz (HBG)<sup>124</sup> anwendbar, das bis dahin einerseits die Rechte und Pflichten der Hausbesorger geregelt hat, und ihnen andererseits einen Anspruch für die Nutzung einer Dienstwohnung vermittelt hat. Danach unterlagen neu abgeschlossene Hausbesorgerverträge bzw. wie sie dann genannt wurden Hausbetreuerverträge den allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Hausbetreuer hatten fortan keinen Anspruch mehr auf eine Hausbesorgerwohnung.

Bei den vormaligen Hausbesorgerwohnungen handelt es sich zunächst um allgemeine Teile der Liegenschaft; diese sind insoweit gerade nicht als Wohnungseigentumsobjekte gewidmet (obgleich sich freilich um Wohnungen iSd des Wohnungseigentumsgesetzes handelt, da sie *„baulich abgeschlossene und nach der Verkehrsauffassung selbstständige Teile eines Gebäudes sind, die nach ihrer Art und Größe geeignet sind, der Befriedigung eines individuellen Bedürfnisses von Menschen zu dienen“*, vgl. § 2 Abs 2 WEG). Um die Hausbesorgerwohnung also zu verkaufen bedarf es einer Umwidmung, da auf einer eine

---

<sup>121</sup> OGH 08.11.2011, 3 Ob 158/11y = immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBl 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (Neugebauer-Herl) - immolex 2012,115 (Neugebauer-Herl) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512.

<sup>122</sup> OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b = Zak 2015/495 S 275 - Zak 2015,275 = Jus-Extra OGH-Z 5845 = EvBl 2015/149 S 1043 - EvBl 2015,1043 = immolex 2015/106 S 343 (Räth) - immolex 2015,343 (Räth) = RZ 2015,241 EÜ168 - RZ 2015 EÜ168 = NZ 2016/56 S 181 - NZ 2016,181 = SZ 2015/48 = MietSlg 67.439 = MietSlg LXVII/6.

<sup>123</sup> Wohnrechtsnovelle 2000 – WRN 2000, BGBl 2000736, GP XXI IA 129/A AB 122 S. 29. B.

<sup>124</sup> Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über den Dienstvertrag der Hausbesorger (Hausbesorgergesetz), StF: BGBl. Nr. 16/1970 (NR: GP XI RV 1419 AB 1479 S. 167.

Wohnung, die einen allgemeinen Teil einer Wohnungseigentums-Liegenschaft darstellt, im redlichen Geschäftsverkehr unverkäuflich wäre.

In Rechtsprechung und Lehre wird in solchen Fällen eine konkludente Umwidmung der vormaligen Hausbesorgerwohnung in ein neues Wohnungseigentumsobjekt anerkannt,<sup>125</sup> wobei es aus dogmatischer Sicht Schwierigkeiten bereitet, dass die Umwidmung nur auf Basis eines einstimmigen Beschlusses iSd § 828 ABGB erfolgen kann und somit die konkludente Zustimmung jedes einzelnen Miteigentümers vorausgesetzt wird. Davon abgesehen bedingt die Umwidmung der Hausbesorgerwohnung in ein Wohnungseigentumsobjekt eine Anpassung der Nutzwerte, die entweder einvernehmlich oder durch eine gerichtliche Nutzwerte Neufestsetzung erfolgen kann, wobei in letzterem Falle erst wieder die konkludente Widmungsänderungen als Vorfrage zu bestätigen ist.

Demgegenüber deutlich einfacher ist die Vermietung der (ehemaligen) Hausbesorgerwohnung an Dritte, bei der es sich um eine schlichte Maßnahme der ordentlichen Verwaltung handelt.

#### **4.2. Ausweitung von Wohnungseigentumsobjekten durch Inanspruchnahme allgemeiner Teile**

Im Falle der Erweiterung einer Wohnung um 10% Wohnfläche und „Aneignung“ von Dachbodenräumen (mit Erhöhung des Gesamtnutzwertes von 116 auf 140) gegenüber dem „Tekturplan“, der im Rahmen eines „Bauherrenmodells“ Grundlage des Wohnungseigentumsvertrages war, machte der OGH die Anerkennung dieser Erweiterung als konkludente Widmung davon abhängig, wer die Bauarbeiten, die zur fraglichen Ausweitung führten, beauftragte und ob der betroffene Wohnungseigentümer Widmung und Ausstattung der Wohnung allein bestimmte oder alle Mitglieder der Eigentümergemeinschaft – weil nur ein gemeinschaftliches Handeln als konkludente Zustimmung zur Widmungsänderung hätte gelten können.<sup>126</sup>

In der Entscheidung 1 Ob 585/79 wurde eine konkludente Zustimmung zu einer Widmungsänderung angenommen, weil alle Miteigentümer den Antrag auf Feststellung der Nutzwerte aller Wohnungen gestellt und hierin ein bestimmtes Kellerabteil einer bestimmten Wohnung als Zubehör zugeordnet hatten – woraus der OGH folgerte, dass die

---

<sup>125</sup> RIS-Justiz RS0114928; siehe auch *Tamisch*, Die ehemalige Hausbesorgerwohnung - Fragen der wohnrechtlichen Behandlung in immoLex 2017, 142 und *Kletečka*, Heilung der WE-Begründung an einer Hausbesorgerwohnung durch Umwidmung in immoLex 2008, 198.

<sup>126</sup> OGH 03.06.2008, 5 Ob2 90/07v = bbl 2008,227/203 = MietSlg 60.185 = MietSlg 60.419 = MietSlg 60.428.

Miteigentümer hierdurch auf die ursprüngliche Widmung des betreffenden Kellerabteils als allgemeiner Teil des Hauses verzichtet hatten.<sup>127</sup>

#### 4.3. Nutzung allgemeiner Teile auf Basis konkludenter Benützungsvereinbarungen

Die Zuordnung allgemeiner Teile in die Sphäre eines einzelnen Miteigentümers kann entweder auf Ebene der Widmung und Zuordnung zu dessen Wohnungseigentumsobjekt erfolgen (siehe dazu oben) oder nachträglich durch (uU konkludenten) Abschluss einer Benützungsregelung iSd § 17 WEG; letzteres ändert zwar nichts an der Widmung der betreffenden Flächen als „allgemeine Teile“, räumt aber einem (oder mehreren) Wohnungseigentümern daran exklusive Nutzungs- und uU Verfügungsrechte ein.

Seit Inkrafttreten des § 17 Abs 1 WEG 2002 am 01.07.2002 müssen Benützungsvereinbarungen über allgemeine Teile schriftlich abgeschlossen werden, wodurch aber vor diesem Zeitpunkt mündlich oder konkludent abgeschlossene Benützungsvereinbarungen nicht unwirksam wurden.<sup>128</sup> Seither ist das konkludente Zustandekommen neuer Benützungsvereinbarungen aber jedenfalls ausgeschlossen,<sup>129</sup> außerdem ist für den Einzelrechtsnachfolger seither eine ausdrückliche Überbindung der bestehenden Benützungsvereinbarung oder stillschweigende Unterwerfung unter diese (etwa durch mehrjährige Duldung der Benützung) erforderlich, sofern die Benützungsvereinbarung nicht im Grundbuch angemerkt ist.<sup>130</sup>

Als stillschweigende Einwilligung in eine Benützungsvereinbarung wurde beispielsweise die Unterfertigung eines Einreichplans für den nachträglichen Einbau eines Lifts qualifiziert, dessen Nutzung jenen Miteigentümern vorbehalten sein sollte, die sich an den Errichtungs- und Betriebskosten beteiligen.<sup>131</sup> Eine solche Benützungsvereinbarung, die vor dem 01.07.2002 abgeschlossen wurde, wäre also immer noch in Geltung, auch wenn sie nicht verbüchert ist.

---

<sup>127</sup> Die Entscheidung 1 Ob 585/79 ist nicht veröffentlicht, die Angaben wurden auf Basis der Entscheidung 5 Ob 290/07v vom 03.06.2008 zitiert.

<sup>128</sup> Vgl. OGH 23.10.2019, 1 Ob 172/19d.

<sup>129</sup> OGH 14.05.2008, 5 Ob 51/08y.

<sup>130</sup> Vgl. OGH 02.08.2012, 4 Ob 108/12d = immolex 2012/81 (*Prader*) = wobl 2012/137 (*Hausmann*) in Hinblick auf ein Kellerabteil.

<sup>131</sup> OGH 26.02.2002, 5 Ob 54/02f = MietSlg 54.473.

#### 4.4. Exkurs: Ausnahmen vom Intabulationsprinzip – konkludente und offenkundige Dienstbarkeiten

Grundsätzlich gilt im österreichischen Recht das Intabulationsprinzip: Modus für den Erwerb an dinglichen Rechten an Liegenschaften ist die entsprechende Eintragung im Grundbuch; erst der Modus ist der eigentliche Rechtserwerb, der seinerseits auf einem Titel (beispielsweise Vertrag) beruht, der die rechtliche Grundlage für den Rechtserwerb ist. Dieser Grundsatz wird als positives Intabulationsprinzip bezeichnet. Komplementär dazu gibt es auch das negative Intabulationsprinzip: der gutgläubige Erwerber einer Liegenschaft hat nur diejenigen Rechte Dritter gegen sich geltend zu lassen, die auch im Grundbuch eingetragen sind.

Unter dem Begriff „offenkundige Dienstbarkeiten“ werden zwei Ausnahmetatbestände von diesem Intabulationsprinzip zusammengefasst:<sup>132</sup>

1. Dienstbarkeiten, die für jedermann leicht erkennbar und insoweit „offenkundig“ sind, verhindern den gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb, da der Erwerber zumindest bei gehöriger Nachforschung (Begehen der Liegenschaft) die Rechtslage hätte aufklären können.
2. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre ist aber vereinzelt auch die Begründung von Dienstbarkeiten ohne grundbücherliche Eintragung möglich. In diesen Fällen stellt also gewissermaßen die „Offenkundigkeit“ den Modus für den Erwerb dar (unnötig zu sagen, dass dies von der Lehre vehement bestritten wird...). Eines Titels bedarf es aber auch hier, und dieser wird gelegentlich in einem konkludenten Dienstbarkeitsbestellungsvertrag gesehen:<sup>133</sup> Erwerbstitel einer Dienstbarkeit ist – neben den in § 480 ABGB genannten anderen Fällen – grundsätzlich ein Vertrag, der nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent (§ 863 ABGB) geschlossen werden kann; an die Annahme der schlüssigen Einräumung einer Dienstbarkeit sind aber, weil dies einem Teilrechtsverzicht gleichkommt, strenge Anforderungen zu stellen.<sup>134</sup>

Die dogmatische Unterscheidung zwischen den beiden dargestellten Kategorien „offenkundiger Dienstbarkeiten“ ist für den Juristen interessant, für den mit der Bewertung

---

<sup>132</sup> Siehe dazu ua. *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (Wien 2014), Rz 1367 mwN.

<sup>133</sup> Hiervon wiederum zu unterscheiden ist die Ersitzung einer Dienstbarkeit durch über 30 Jahre andauernde Ausübung: in diesen Fällen bildet der Ersitzungstatbestand den Erwerbstitel und die Verbücherung erfolgt in Ermangelung eines außergerichtlichen Anerkenntnisses des Servitutsbelasteten auf Grundlage eines entsprechenden Gerichtsurteils; diesfalls wird die Dienstbarkeit aber nicht als „offenkundige“ bezeichnet.

<sup>134</sup> Ris-Justiz RS0114010[T6].

einer Liegenschaft beauftragten Gutachter ist das Problem in beiden Fällen freilich dasselbe: die schriftlich verfügbaren Informationen (in erster Linie das Grundbuch) enthalten keine Hinweise auf das Bestehen solcher Dienstbarkeiten. „Offenkundige Dienstbarkeiten“ der ersteren Kategorie haben für den Gutachter aber zumindest den Vorteil, dass er sie bei einer Begehung der Liegenschaft erkennen kann (die Erkennbarkeit ist ja Wesensmerkmal dieser Art von „offenkundigen Dienstbarkeiten“). Bei der zweiten Kategorie hingegen muss dem Gutachter das Bestehen einer solchen Dienstbarkeit bekannt gegeben werden.

## 5. Mögliche Auswirkungen konkludenter Vertragsänderungen auf die Bewertung von Liegenschaften

Maßgeblich für die Bewertung von Liegenschaften ist bekanntermaßen das Liegenschaftsbewertungsgesetz<sup>135</sup>, das die sachverständige Vorgehensweise im Vergleichswertverfahren, Sachwertverfahren und Ertragswertverfahren kodifiziert. Zweck der Anwendung dieser Verfahren ist grundsätzlich die Ermittlung des Verkehrswertes, also *des Preises, der bei einer Veräußerung der Sache üblicherweise im redlichen Geschäftsverkehr für sie erzielt werden kann*.

Sofern also das Gutachten die Ermittlung des Verkehrswertes bezweckt, ist auch der Maßstab des Gutachters für seine Befundaufnahme (siehe dazu noch unten Punkt 6.1.) der redliche Geschäftsverkehr, also die Annahme grundsätzlich verständiger und fachkundiger Verkehrskreise auf beiden Seiten (Käufer und Verkäufer).

Im vorliegenden Zusammenhang können im Anwendungsbereich des Sachwertverfahrens beispielsweise konkludente (und damit nicht im Urkundenstand ersichtliche) Widmungsänderungen bzw. Ausweitungen von Wohnungseigentumsobjekten als „werterhöhende Umstände“ beachtlich sein: Im Rahmen des Ertragswertverfahrens ist bekanntermaßen der Jahresrohertrag zugrunde zu legen, der wiederum alle bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung erzielbaren Einnahmen umfasst.<sup>136</sup>

### 5.1. Unmittelbar ertragswirksame Änderungen

Auf die Ertragssituation der Liegenschaft werden sich daher unterbliebene Entgeltanpassungen auswirken oder Verzicht auf solche Anpassungen schlechthin – solches wird dem Gutachter aber bereits anhand der Zinsliste ins Auge fallen.

Ist aber beispielsweise ein Kellerabteil oder einen Parkplatz im Laufe der Zeit durch dauernde Inanspruchnahme Bestandteil eines Mietobjekts geworden, hat dies zweierlei Auswirkungen in Bezug auf den nachhaltig erzielbaren Ertrag: einerseits wurde das betreffende Mietobjekt aufgewertet ohne dass dies in einem höheren Mietzins Niederschlag gefunden hätte;

---

<sup>135</sup> Bundesgesetz über die gerichtliche Bewertung von Liegenschaften (Liegenschaftsbewertungsgesetz – LBG), BGBl. Nr. 150/1992, NR: GP XVIII RV 333 AB 389 S. 59. BR: AB 4219 S. 550.

<sup>136</sup> Vgl. § 5 Abs 3 LBG: Weichen die tatsächlich erzielten Erträge von den bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung der Sache erzielbaren Erträgen ab, so ist von *jenen Erträgen, die bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung der Sache nachhaltig hätten erzielt werden können*, auszugehen.

andererseits wurde der gesamten Liegenschaft ein anderweitig verwertbarer Teil (Kellerabteil oder Parkplatz) entzogen und die sonst erzielbaren Erträge insoweit vermindert.

## 5.2. Änderungen der Widmung bzw. Nutzbarkeit

Von entscheidender Bedeutung ist die Widmung bei Nutzwertgutachten, wobei sich der Gutachter in diesen Fällen einen konkreten Auftrag stützen kann, der die Widmungen anführen wird, sodass in derartigen Fällen eine Nachforschungspflicht nicht in Betracht kommen wird.

Die Nutzungswidmung eines Miet- oder Wohnungseigentumsobjekts ist im Ertragswertverfahren ein wertbestimmender Parameter, da der nachhaltig erzielbare Ertrag von der Widmung und damit von der Nutzbarkeit abhängt. Entspricht die tatsächliche Widmung nicht der angenommenen wird die Einschätzung der Verkehrsmiete nicht zutreffen.

Insoweit setzt auch die korrekte Ermittlung des Ertragswertes voraus, dass nicht nur die aktuelle Nutzung im konkreten Fall der Ermittlung der Erträge zugrunde gelegt wird, sondern auch die möglicherweise im Falle einer neuerlichen Vermietung erzielbaren Erträge, die aber möglicherweise aufgrund einer geänderten Nutzbarkeit unter anderen Prämissen zu ermitteln sind.

## 6. Hinweis- und Nachforschungspflichten des Erstellers eines Bewertungsgutachtens in Zusammenhang mit konkludenten Vertragsänderungen

Bekanntermaßen haftet der Gutachter als Sachverständiger nach Maßgabe der § 1299 und § 1300 ABGB. Sachverständige müssen den durchschnittlichen Fähigkeiten und dem Leistungsstandard ihrer jeweiligen Berufsgruppe entsprechen und Tätigkeiten, die ein bestimmtes Können und bestimmte Kenntnisse voraussetzen, mit der für eben diese Tätigkeiten üblichen Sorgfalt ausführen.<sup>137</sup>

Risiken bei der Liegenschaftsbewertung bestehen für den Gutachter nicht nur im Falle privater Aufträge für Bewertungsgutachten sondern insbesondere auch, wenn diese als Schätzgutachter im Liegenschaftszwangsversteigerungsverfahren den Schätzwert einer zu versteigernden Liegenschaft ermitteln sollen; diesfalls haftet der Gutachter insbesondere für Fehler bei der Befundaufnahme (also „*bei der Ermittlung der wertbestimmenden Faktoren*“) gegenüber dem Ersteher schon bei leichter Fahrlässigkeit.<sup>138</sup>

Einen Immobilienmakler trifft keine besondere Nachforschungspflicht hinsichtlich des Wahrheitsgehaltes der ihm zur Verfügung gestellten Informationen, wobei er freilich nicht den Eindruck erwecken darf, er hätte deren Wahrheitsgehalt geprüft.<sup>139</sup> Wenn für den Makler keine Veranlassung besteht, an der Richtigkeit einer Information zu zweifeln, darf er sie weitergeben und muss keine eigenen Nachforschungen anstellen.<sup>140</sup>

Was die Ermittlung notwendiger Tatsacheninformationen betrifft muss beispielsweise ein Rechtsanwalt zwar den vom Mandanten vorgetragene Angaben aktiv nachfragen, um auf eine umfassende Aufklärung zu dringen; er kann aber grundsätzlich davon ausgehen, dass diese Informationen des Mandanten zutreffen und ist – ohne entsprechende *erhebliche Anhaltspunkte*<sup>141</sup> – nicht verpflichtet, eigene Ermittlungen und Prüfungen darüber anzustellen, ob die Informationen des Mandanten der Wahrheit entsprechen.<sup>142</sup>

Die zuvor erwähnten Kriterien aus dem Bereich der Anwaltshaftung können ohne weiteres auf den Sorgfaltsmaßstab des Bewertungsgutachters bei der Befundaufnahme umgelegt werden. Dieser darf grundsätzlich auf die übergebenen Informationen (va. Zinslisten) vertrauen und auch hier lösen erst „*erhebliche Anhaltspunkte*“ dafür, dass diese

---

<sup>137</sup> Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.08 § 1299 Rz 1.

<sup>138</sup> OGH 13.06.2000, 1 Ob 79/00z = ImmZ 2000,351 = RdW 2000,661 = ÖJZ-LSK 2000/238 = EvBl 2000,892 = bbl 2000, 237 = SZ 73/96.

<sup>139</sup> RIS-Justiz RS0112587.

<sup>140</sup> OGH 3.12.1997, 7 Ob 272/97v = immoLex 1998/178, 278.

<sup>141</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026628[T3], RS0106940, RS0026566[T3], RS0038695[T8].

<sup>142</sup> Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.08 § 1299 Rz 41.

Informationen nicht der Wirklichkeit entsprechen, Nachforschungspflichten des Bewertungsgutachters aus.

### 6.1. „erhebliche Anhaltspunkte“, die eine Nachforschungspflicht indizieren

Im Allgemeinen wird bei Gutachten zwischen dem „Befund“ und dem „Gutachten“ im eigentlichen Sinn unterschieden. Der Befund fasst den als Grundlage des Gutachtens gegebenen Sachverhalt zusammen, es ist also die Feststellung der Tatsachen und Prämissen, die Ausgangspunkt der Sachverständigen Beurteilung (Gutachten) sind. Diese Zweiteilung entspricht übrigens auch der Unterscheidung im Gerichtsprozess zwischen den Feststellungen als Tatsachensubstrat und dem Urteil als dessen fachlicher Würdigung.

Inhalt des Bewertungsgutachtens ist nun vorrangig die Bewertung der Liegenschaft; die Ermittlung der entsprechenden Prämissen ist es sicher eine fachlich qualifizierte Vorleistung, aber eben (zumindest im Regelfall) nicht die Hauptleistung. Die Anforderungen an den Gutachter bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts dürfen daher nicht überspannt werden, zumal es bei § 1299 ABGB es um den durchschnittlichen Fachmann des jeweiligen Gebietes geht (Maßstab sind durchschnittliche Befähigungen des fraglichen Fachkreises).<sup>143</sup>

Wie zuvor dargestellt stellt gerade das Rechtsinstitut der konkludenten Willenserklärung eine juristisch durchaus komplexe Materie dar, die zudem im Vorhinein kaum abstrakt abzuschätzen ist, sondern den entscheidenden Gerichten einen erheblichen Ermessensspielraum einräumt. Es kann also vom „durchschnittlichen“ Fachmann aus dem Gebiet der Liegenschaftsbewertung nicht erwartet werden, von vornherein Abweichungen von der ihm vorgelegten Vertragslage zu erwarten und diese durch Gegenprüfung auszuschließen. Dies schon deshalb, weil der „durchschnittliche“ Liegenschaftsbewerter zwar (auch) über juristische Kenntnisse verfügen muss, regelmäßig aber eher seiner Marktkenntnisse und seines technischen und kaufmännischen Verständnisses wegen beauftragt wird und man von ihm keine qualifizierten rechtlichen Analysen erwarten darf. Dies gilt umso mehr, als sich die vorliegende Fragestellung hier gar nicht auf das Gutachten im eigentlichen Sinn bezieht, sondern den Befund bzw. die Ermittlung der Prämissen.

Werden dem Gutachter Zinslisten vorgelegt, darf er ohne weiteres darauf vertrauen, dass die dort angegebene Widmung und der dort angegebene Mietzins der Höhe nach korrekt und vertragskonform ist, zumindest wenn diese Zinslisten von gewerblichen Hausverwaltungen erstellt wurden. Diesfalls handelt es sich nämlich um eine Vorleistung, die selbst wiederum

---

<sup>143</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026535.

von einem Sachverständigen erstellt worden. Nach der auch für den Sachverständigenvertrag maßgeblichen Zuordnung des § 1168a ABGB fallen nämlich Vorarbeiten eines anderen Sachverständigen, auf denen der Bewertungsgutachter aufbauen muss, in den Verantwortungsbereich des Bestellers bzw. Auftraggebers.<sup>144</sup>

Dies vorausgeschickt ist an die „*erheblichen Anhaltspunkte*“, die nach der Judikatur Nachforschungspflichten auslösen, insoweit ein hoher Maßstab anzulegen, als derartige Anhaltspunkte für den durchschnittlichen Gutachter geradezu „*augenfällig*“ sein müssen – der Begriff „*erheblich*“ bedeutet „*von/in großem Ausmaß, beträchtlich, ins Gewicht fallend, wichtig, ernst*“<sup>145</sup> und ist im vorliegenden Zusammenhang so zu verstehen, dass es bereits bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt bei den jeweiligen Ermittlungsschritt der ausgeschlossen ist, derartige Anhaltspunkte zu übersehen. Entscheidend ist dabei freilich immer, worin der Gutachtensauftrag besteht und welche Ermittlungsschritte der Gutachter setzt:

Führt der Gutachter in den einzelnen Objekten Begehungen durch, wird man von ihm erwarten müssen, allfällige Diskrepanzen zwischen der Zuordnung in der Zinsliste oder der Zweckbestimmung des Mietvertrages und der tatsächlichen Nutzung festzustellen und aufzuklären, nicht aber, der Plan stand mit den tatsächlich genutzten Flächen abzugleichen oder gar Mietgegenstände auszumessen.

Findet keine Begehung statt, wird der Gutachter kaum in die Situation kommen, „*erhebliche Anhaltspunkte*“ feststellen zu müssen, sofern es nicht in den übergebenen Urkunden Hinweise auf Diskrepanzen gibt. Klar ist freilich, dass der Gutachter die ihm übergebenen Unterlagen prüfen muss; aber auch hier kann – ohne besonderen Auftrag hierzu – nicht erwartet werden, dass der Gutachter Flächenmaße abgleicht.

## **6.2. schlichte Begehung vs. „erschöpfende Befundaufnahme“**

Nur wenn überhaupt eine Begehung des bzw. der Objekte beauftragt ist (und auch im Rahmen des Honorars entlohnt wird) kann vom Gutachter ein Abgleich zwischen der Vertragslage und den tatsächlichen Verhältnissen verlangt werden.

Beschränkt sich der Gutachtensauftrag auf die übergebene Dokumentation und enthält diese keine Unterlagen, die auf Unstimmigkeiten hindeuten (beispielsweise Korrespondenzen mit

---

<sup>144</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026751 für den Bereich von gutachterlichen Vorleistungen bei Bauverträgen.

<sup>145</sup> Vgl. Wiktionary <https://de.wiktionary.org/wiki/erheblich>.

Mietern, aus denen Auffassung Unterschiede betreffend Verwendung oder Mietzinshöhe hervorgehen), kann es keine weitergehende Nachforschungspflicht des Gutachters geben.

Hat der Gutachter allerdings den Auftrag, eine „erschöpfende Befundaufnahme“ vorzunehmen, ist er verpflichtet, seinen auf Basis der Unterlagen getroffenen Annahmen zu überprüfen und aktiv zu hinterfragen.

### **6.3. Haftungsrisiken des Bewerter**

Ist der Gutachter lediglich mit einer Bewertung anhand einer von einer gewerblichen Hausverwaltung erstellten Zinsliste und allenfalls weiterer, begleitender Unterlagen beauftragt, ist praktisch auszuschließen, dass der Gutachter eine Verantwortung dafür trifft, Diskrepanzen zwischen der Vertragslage einerseits und der realen Verhältnisse andererseits aufzuklären.

Umfasst aber der Auftrag des Gutachters auch eine umfassende Befundaufnahme zur Ermittlung der realen Verhältnisse, indiziert dies eine weitergehende Nachforschungspflicht und der Abgleich der Rechtsverhältnisse aufgrund der übergebenen Unterlagen einerseits mit den tatsächlichen Leistungsaustausch (Höhe der Mietentgelte; Verwendung der Mietobjekte; in Anspruch genommenen Flächen) bzw den tatsächlichen Verhältnissen (Inanspruchnahme allgemeiner Teile; Widmung von Wohnungseigentumsobjekten).

## 7. Schlussfolgerungen

Im Folgenden sollen einerseits die allgemeinen Kriterien für den Anwendungsbereich und die Rechtsgültigkeit von konkludenten Willenserklärungen zusammengefasst werden und andererseits im speziellen anhand von Fallgruppen deren Anwendung im Bereich des Miet- und Wohnrecht. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den immobilienbewährter finden sich im nächsten Kapitel in der „Checkliste“.

### 7.1. Allgemeine Prüfungskriterien

Sofern „erhebliche Anhaltspunkte“ (siehe oben Punkt 6.1.) vorliegen, dass die vom Auftraggeber geschilderten oder urkundlich belegten Gutachtensprämissen nicht der tatsächlichen Rechtslage entsprechen, kann der Gutachter anhand der ihm vorliegenden Indizien eine rechtliche Einschätzung vornehmen, ob das tatsächliche Verhalten der Beteiligten eine derartige Qualität hat, dass diese Umstände im Sinne einer Einschätzung der nachhaltigen Ertragsmöglichkeiten dem Gutachten zugrunde zu legen sind. Hierbei kann sich der Gutachter an folgenden Kriterien orientieren:

- Zeitpunkt des Verhaltens, das als stillschweigende Willenserklärung gedeutet wird:

Wie eine ausdrückliche Erklärung muss auch ein als stillschweigende Erklärung gedeutetes Verhalten beginnen und abgeschlossen werden (obgleich sich dies freilich über einen weit längeren Zeitraum zutragen wird). Vorgelagerte oder nach Abschluss des als stillschweigende Erklärung gedeuteten Verhaltens aufgekommene Umstände müssen unbeachtlich bleiben.

- Verzicht:

Ein stillschweigender Verzicht ist beweisbedürftig, umso mehr gilt dies für einen unentgeltlichen Verzicht, da die Annahme, dass der Vertragspartner auf eine (noch dazu geldwerte) Vertragsposition verzichtet, besonderer objektiver Rechtfertigung bedarf.

- Änderung der Vertragslage:

eine Änderung der Vertragslage (gemeint als Änderung des jeweiligen Schuldinhaltes) setzt voraus, dass der änderungswillige Teil dem anderen ein Angebot auf Vertragsänderung stellt. Nur für den Fall, dass dieses Angebot nicht eindeutig (ausdrücklich) beantwortet wird kommt es in Betracht, dem Angebotsempfänger eine Verpflichtung zur Antwort zuzuordnen; erst im nächsten Schritt könnte dessen Schweigen als konkludente Zustimmungserklärung interpretiert werden.

- Nichtausübung eines Rechts auch durch längere Zeit:

Abseits von den gesetzlich definierten Verjährungs- und Präklusionsregeln einerseits und den zivilrechtlichen Ersitzungsregeln andererseits führt Zeitablauf grundsätzlich nicht zum Rechtsverlust. *Der (später vom Gegner) zum "Erklärenden" gestempelte "Schweigende" braucht ungefragt/gefragt keine Auskunft geben.*<sup>146</sup>

## 7.2. Grundlagen des Gutachtervertrages und ratsame Haftungsausschlüsse

Grundlage seines Gutachtens auf Sachverhaltsebene ist der Befund des Bewertungsgutachters. Freilich ist bereits die Befundaufnahme wesentlicher Teil seines Gutachtensauftrages. Laut *Schiller* schuldet der Sachverständige einen bestimmten Erfolg, wenn beispielsweise „die erschöpfende Aufnahme eines Befundes“ geschuldet ist.<sup>147</sup> In einem solchen Fall werden selbstverständlich höhere Anforderungen an die Sachverhaltsermittlungen des Gutachters zu stellen sein und der Gutachter wird von sich aus nach Anhaltspunkten suchen müssen, die auf eine Diskrepanz zwischen der Vertragslage laut der zur Verfügung stehenden Urkunden hindeutet und der tatsächlich gelebten Rechtspraxis.

Es ist daher jedenfalls anzuraten, in den Vertragsbedingungen für die Gutachtenserstellung eine Klausel aufzunehmen, wonach der Gutachter von der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen auszugehen hat und selbst für den Fall, dass er den Bewertungsgegenstand physisch begeht, nicht verpflichtet ist, die Richtigkeit der in den übergebenen Unterlagen enthaltenen Daten zu prüfen.

Eine derartige Klausel sollte durch die Klarstellung ergänzt werden, dass die ergänzende Überprüfung der übergebenen Unterlagen durch konkrete Nachforschung am und im Gutachtensgegenstand einer gesondert zu beauftragenden und zu honorierenden Zusatzleistung ist.

Geläufige Klauseln, die sich regelmäßig in Bewertungsgutachten finden und insoweit als Geschäftsbedingungen für die Gutachtensauftrag fungieren sollen, sind folgende:

- Der rechtlichen Bewertung werden nur die Umstände zugrunde gelegt, die im Rahmen einer üblichen, ordnungsgemäßen und angemessenen Erforschung des

---

<sup>146</sup> *Wilhelm*, Die konkludente Erklärung im System der Privatautonomie - Ein Rettungsversuch, *ecolex* 2016, 1037.

<sup>147</sup> *Schiller* in *Biener/Funk*, Immobilienbewertung Österreich<sup>3</sup> (2016) S 136.

Sachverhaltes, vor allem und überwiegend aufgrund der vorgelegten Unterlagen und der erteilten Informationen, erkennbar oder sonst bekannt geworden sind.

- Flächenmaße, Nutzungen und Kategorieeinstufungen wurden aus der von der Auftraggeberin übergebenen Zinsliste übernommen und nicht mit der Natur verglichen.
- Es wird angenommen, dass mit Ausnahme der in der vom Auftraggeber übergebenen Zinsliste angeführten Mietverhältnisse keine weiteren Wohnrechte oder sonstige Bestands- oder Nutzungsrechte an der zu bewertenden Sache gegeben sind. Außerbücherliche dingliche oder sonstige Rechte oder Lasten liegen ebenfalls nicht vor.

In Hinblick auf die zuvor dargestellten Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchung wäre anzuraten, den letzten Absatz zu formulieren wie folgt:

- *Der Gutachter geht bei Erstellung des Gutachtens davon aus, dass mit Ausnahme der in der vom Auftraggeber übergebenen Zinsliste angeführten Mietverhältnisse keine weiteren Wohnrechte oder sonstige Bestands- oder Nutzungsrechte an der zu bewertenden Sache gegeben sind, und dass keine außerbücherliche dingliche oder sonstige Rechte oder Lasten vorhanden sind. Sollte der Auftraggeber eine erweiterte Befundaufnahme dahingehend wünschen, ob die Zinsliste die vertraglich vereinbarten Konditionen korrekt wiedergeben und/oder ob die übergebenen Unterlagen mit den tatsächlich ausgeübten Bestand- bzw. Nutzungsrechten übereinstimmen, hat er dies im Rahmen eines Ergänzungsauftrages zu beauftragen und zu vergüten.*

Folgende, weit verbreitete Klausel sollte vermieden werden (die graphische Darstellung der Streichung soll hervorheben, dass diese Passage aus allenfalls verwendeten Musterbedingungen zu streichen ist):

- ~~Der Wertermittlung werden die Umstände zugrunde gelegt, die im Rahmen einer üblichen, ordnungsgemäßen und angemessenen Erforschung des Sachverhaltes, vor allem bei der örtlichen Besichtigung, erkennbar waren oder sonst bekannt geworden sind.~~
- ➔ Die Klausel in der zitierten Form indiziert, dass eine ordnungsgemäße und angemessene Erforschung des Sachverhaltes jedenfalls auch eine örtliche Besichtigung umfassen müsse. Ob eine „örtliche Besichtigung“ bzw. Begehung überhaupt stattfindet sollte aber

besser im Rahmen des Auftragsinhaltes bzw. der Leistungsbeschreibung geregelt werden. Gibt es eine Begehung des Bewertungsgegenstandes, muss der Sachverständige hierbei den Sachverhalt ohnehin „ordnungsgemäß und angemessen“ erforschen, weshalb die Klausel endgültig entbehrlich ist.

### 7.3. Exkurs: Geltung von Geschäftsbedingungen bei Gutachten

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass derartige Definitionen des Leistungsumfanges dem Auftraggeber vor dem Abschluss des Gutachtervertrages vorzulegen und von diesem zu bestätigen sind, um Vertragsgrundlage zu werden. Die übliche Praxis, wonach die Gutachtensbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten sollen, entspricht nicht den rechtlichen Anforderungen. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGBs) werden nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Einbeziehung Vertragsbestandteil; diese kann dadurch erfolgen, dass der Unternehmer darauf hinweist, dass er nur unter seinen AGBs kontrahiert und dem Kunden vor Vertragsabschluss die Möglichkeit gibt, in diese Einsicht zu nehmen.<sup>148</sup>

Es ist daher erforderlich, dass der Gutachter den Gutachterauftrag und seine Vertragsbedingungen dem Auftraggeber vor Auftragserteilung vorlegt, damit eindeutig klargestellt ist, dass das Gutachten ausschließlich auf den in den Vertragsbedingungen angeführten Prämissen erstellt wird.

---

<sup>148</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014506.

#### 7.4. Resümee und Checkliste

Nachfolgend soll noch die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit für den Bewertungsgutachter in Form einer kurzen „Checkliste“ zusammengefasst werden:

- ➔ Unterlagen am besten direkt von der Hausverwaltung (=Sachverständige) übergeben lassen.
- ➔ Sicherstellen, dass die Zinsliste von einer gewerblichen Hausverwaltung (=Sachverständige) erstellt wurde.
- ➔ Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber vor Beauftragung übermitteln und rückbestätigen lassen
- ➔ In der Leistungsbeschreibung für den Gutachtensauftrag klarstellen, dass
  - die Übergebenen Unterlagen inhaltlich nicht zu prüfen sind und dass eine Vorab-Prüfung der Unterlagen eine gesondert zu beauftragende und zu vergütende Leistung darstellt;
  - dem Gutachten ausschließlich die in der Zinsliste ausgewiesenen Mieterträge zugrundegelegt werden und diese Angaben nicht, insbesondere nicht anhand der Mietverträge oder Erkundigungen bei den Mietern, überprüft werden;
  - bei einer Begehung im Rahmen der Befundaufnahme keine Überprüfung dahingehend erfolgt, ob die tatsächlichen Verhältnisse von den übergebenen Unterlagen abweichen (sofern nicht ein gesonderter, ausdrücklicher Auftrag hierzu erteilt wird).
- ➔ Sollten für die Gutachter Indizien hervorkamen, dass die dokumentierte Rechtslage nicht mit der tatsächlichen Vertragslage übereinstimmt, ist im anzuraten, den Auftraggeber auf diese Indizien hinzuweisen und ihn zu fragen, ob er weitergehende Nachforschungen wünscht, widrigenfalls der Gutachter weiterhin von der dokumentierten Rechtslage ausgeht (wobei der Gutachter den Auftraggeber darüber zu informieren hat, welche Auswirkungen die konkrete Abweichung in rechtlicher Hinsicht bzw. in Hinblick auf den zu ermittelnden Wert haben könnte).

## Literaturverzeichnis

**ABGB-Kommentar, 4. Auflage** [Buch] / Hrsg. Rummel Peter und Lukas Meinhard. - Wien : Manz, 2021.

**ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch** [Buch] / Hrsg. Kletecka Andreas und Schauer Martin. - Wien : MANZ Verlag Wien, Jänner 2022.

**Die Abgrenzung zwischen Wohnung und Geschäftsräumlichkeit im Mietrecht** [Journal] / Verf. Reiber Andreas // immolex. - 2000. - 6/2000. - S. 170.

**Die ehemalige Hausbesorgerwohnung - Fragen der wohnrechtlichen Behandlung** [Artikel] / Verf. Tamisch Monika // immolex. - 2017. - 5 / 2017. - S. 142.

**Die Erhaltungspflicht des Vermieters** [Buch] / Verf. Riss Olaf. - Wien : Verlag Österreich, 2005.

**Die konkludente Erklärung im System der Privatautonomie - Ein Rettungsversuch** [Journal] / Verf. Wilhelm Georg // ecolex. - 12/2016, 1037 : Manz, 2016.

**Die schweigende Zustimmung - Konkludente Änderungen des Vertragszwecks im Mietrecht** [Journal] / Verf. Pelinka Michael und Wilding Katharina // ecolex. - 2017. - 6/2017. - S. 495.

**Die unbekannt stillschweigende Willenserklärung** [Artikel] / Verf. Wilhelm Georg // ecolex. - [s.l.] : Manz, 2016.

**Grundriss des bürgerlichen Rechts** [Buch] / Verf. Kletecka Andreas / Hrsg. Koziol Helmut [et al.]. - Wien : Manz, 2014. - Bde. Band 1, 14. Auflage.

**Grundzüge der juristischen Methodenlehre** [Buch] / Verf. Bydlinksi Franz. - Wien : Wiener Universitätsverlag, 2005.

**Heilung der WE-Begründung an einer Hausbesorgerwohnung durch Umwidmung** [Artikel] / Verf. Kletečka Andreas // immolex. - 2008. - 7-8 / 2008. - S. 198.

**Immobilienbewertung Österreich** [Buch] / Verf. Schiller Jürgen / Hrsg. Bienert Sven und Funk Margret. - Wien : Österreichischer Verband der Immobilienwirtschaft, 2014.

**Immobilienbewertung Österreich (3. Auflage)** [Buch] / Verf. Bienert Sven und Margret Funk. - Wien : ÖVI Immobilienakademie, 2016.

**Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes** [Buch] / Verf. Bydlinksi Franz. - Wien : Springer-Verlag, 1967.

**Schlüssiger Verzicht auf die Aufwertung eines wertgesicherten Bestandzinses?** [Journal] /  
Verf. Pfiel Franz // immolex . - 2014. - 12/2014. - S. 351.

**System und Prinzipien des Privatrecht** [Buch] / Verf. Bydlinski Franz. - Wien : Springer,  
1996.

**Wiener Baurecht - Bauordnung für Wien** [Buch] / Verf. Geuder Heinrich und Fuchs Gerald. -  
Wien : Linde, 2021.

**Zivilprozeßgesetze, 3. Auflage** [Buch] / Verf. Konecny Andreas und Fasching Hans. - [s.l.] :  
Manz, 2020.