

## Zum Begriff der „größeren Erhaltungsarbeiten“, für die der Wohnungseigentumsorganisator mangels Bauzustandsgutachtens Gewährleistungsrechtlich einzustehen hat

(§ 37 Abs 4 WEG)

Der OGH (6 Ob 101/18y) hat zu § 37 Abs 4 WEG, wonach der Wohnungseigentumsorganisator mangels Einbeziehung eines Bauzustandsgutachtens in den Kaufvertrag Gewährleistungsrechtlich für einen Erhaltungszustand des Hauses einzustehen hat, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert, drei wesentliche Feststellungen getroffen: Erstens kommt es dem Wesen der Gewährleistung entsprechend nur auf jene Erhaltungsarbeiten an, die bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs notwendig waren. Zweitens muss es sich bei den „größeren“ Erhaltungsarbeiten um solche handeln, die über die laufende Instandhaltung hinausgehen. Drittens muss es unbeachtlich bleiben, ob die in Frage stehenden Erhaltungsarbeiten durch eine allenfalls vorhandene Rücklage finanziert werden können.

### ▪ RECHTLICHER HINTERGRUND

Gemäß § 37 Abs 4 WEG haben die Wohnungseigentumsorganisatoren vor oder mit der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, dem Wohnungseigentumsbewerber ein Gutachten eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses, insbesondere über in absehbarer Zeit (ungefähr zehn Jahre) notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben. Das Gutachten darf zum Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein und ist in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einzubeziehen. Mit dieser Einbeziehung gilt der im Vertrag beschriebene Bauzustand als bedungene Eigenschaft im Sinne des § 922 Abs 1 ABGB; damit haftet der Wohnungseigentumsorganisator bzw Verkäufer für den beschriebenen Bauzustand. Erfolgt keine Einbeziehung eines solchen Gutachtens in den Kaufvertrag, gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert. Die Regelung des

§ 37 Abs 4 WEG ist gemäß § 37 Abs 6 WEG vertraglich nicht abdingbar.

Der Inhalt von Satz 3 des § 37 Abs 4 WEG<sup>1</sup> ist als gesetzlich typisierte Gewährleistungspflicht zu betrachten. § 37 Abs 4 WEG übernimmt damit den durch die Novelle 1997 in § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975 eingeführten speziellen **Schutzmechanismus, der bei Wohnungseigentumsbegründung im „Althaus“ den Wohnungseigentumsbewerber vor der nicht ausreichenden Berücksichtigung der anstehenden Kosten für Erhaltungsmaßnahmen bewahren soll**. Zweck der Regelung ist es, die Übervorteilung des (einzelnen) Wohnungseigentumsbewerbers, der oft rechtlich unerfahren ist und die Problematik des Wohnungseigentums an einem Gebäude, das hohen Instandsetzungsaufwand erfordert, nicht abzuschätzen vermag, zu verhindern.<sup>2</sup>

Die Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG erstreckt sich in analoger Anwendung unter Umständen zeitlich weit über die Phase der Wohnungseigentumsbegründung hinaus, weil sie **nämlich bei sukzessivem Abverkauf durch**

<sup>1</sup> „Wird in den Kaufvertrag kein solches Gutachten einbezogen, so gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.“

<sup>2</sup> Vgl bereits 6 Ob 56/16b = Newsletter vom 12. Oktober 2016.

**den ursprünglichen Wohnungseigentumsorganisator (oder seinem Gründungshelfer) so lange zum Tragen kommt, bis der letzte Miteigentumsanteil veräußert wurde.** Der Gesetzeszweck spreche nämlich gegen die Rechtsansicht, nach der bei sukzessivem Erwerb von Wohnungseigentum bloß die ersten Wohnungseigentumsbewerber/Wohnungseigentümer geschützt werden, während alle Späteren dem Argument ausgesetzt seien, sie erwerben vom Wohnungseigentumsorganisator Wohnungseigentum nur mehr derivativ, sodass der Schutz der §§ 37 bis 44 WEG nicht greife.<sup>3</sup>

#### ▪ SACHVERHALT

*Die Kläger erwarben vom Beklagten im Jahr 2009 die Wohnung Nr 18 im Haus \*\*\*\*\*. Das Haus wurde im Jahr 1910 errichtet. Der Beklagte war bis zum Jahr 1984 Alleineigentümer der Liegenschaft. Zu diesem Zeitpunkt begründete er dort Wohnungseigentum, wobei er sich zunächst sämtliche Anteile selbst einräumte und die Wohnungen schließlich sukzessive bis zum Jahr 2011 abverkaufte.*

*In der Eigentümerversammlung vom 21. Mai 2013 stellte sich heraus, dass in dem Haus möglicherweise zahlreiche Erhaltungsarbeiten mit Gesamtkosten von ca 555.000 EUR durchzuführen sein werden. Den Klägern wurde anlässlich des Kaufs der Wohnung Nr 18 kein Gutachten über den Zustand des Hauses gemäß § 37 Abs 4 WEG übergeben.*

**Die Kläger begehren die Zahlung von 31.072,13 EUR sA sowie die Feststellung, dass der Beklagte für sämtliche darüber hinausgehende Gewährleistungsansprüche gemäß § 37 Abs 4 WEG hafte, die den Klägern aus dem Kaufvertrag vom 27. August 2009 erwachsen, in eventu, dass zwischen den Klägern und dem Beklagten festgestellt werde, dass der Beklagte dem Grunde nach für sämtliche Gewährleistungsansprüche gemäß § 37 Abs 4 WEG hafte, die den Klägern aus dem Kaufvertrag vom 27. August 2009 erwachsen.**

*Zum bisherigen Verfahrensgang kann auf die Entscheidung des erkennenden Senats 6 Ob 56/16b verwiesen werden.*

**Im zweiten Rechtsgang erkannte das Erstgericht mit Zwischenurteil das Leistungsbegehren für dem Grunde nach zu Recht bestehend.**

*Dabei ging es im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt aus:*

*Der alterstypische Zustand des Hauses war den Klägern bekannt. Sie wussten jedoch nicht, dass Erhaltungsarbeiten anstehen, die erhebliche, mit einer gesamten monatlichen Rücklagendotierung von 893,40 EUR (auch nicht des Doppelten) in einem längeren Zeitraum nicht abzudeckende Kosten verursachen.*

*Die Elektroleitungen entsprechen „nicht dem derzeitigen Stand“; die Instandsetzung würde Kosten von 65.000 EUR verursachen. Gleiches gelte für die Gasleitungen; dies erfordere weitere 80.000 EUR. Die Erneuerung der Wasserleitung würde 110.000 EUR und im Anschluss erforderliche Malerarbeiten würden 30.000 EUR kosten. Die Beseitigung der aufsteigenden Feuchtigkeit im Bereich des Kellergeschosses und im Erdgeschoss würde samt Nebenarbeiten 100.000 EUR kosten. Die notwendige Dacherneuerung würde Kosten von rund 200.000 EUR verursachen.*

*Der Zustand der Wasserleitungen – außer im Keller – ist altersentsprechend; die bei Gebrechen auftretenden Schäden sind üblicherweise von einer Versicherung gedeckt. Bei den Elektro- und Gasleitungen bestand im Jahr 2009 kein Erhaltungsbedarf. Das Dach ist am Ende seiner Lebensdauer angelangt und muss erneuert werden.*

*Das Stiegenhaus wurde schon sehr lange nicht mehr ausgemalt und weist umfangreiche Rissbildungen auf. Außerdem besteht Reparaturbedarf an der Fassade.*

*Wenn die Dachhaut gepflegt worden wäre, würde dies über einen zehnjährigen Zeitraum kumuliert netto 14.580 EUR ergeben. Für die Sicherung der Fassade sind 3.040 EUR erforderlich; die Erneuerung von 20 lfm Verputz am Sockel würde zuzüglich Baustelleneinrichtung 1.700 EUR netto kosten.*

*Die von der Hausverwaltung den Eigentümern mitgeteilten Kosten der „größeren Erhaltungsarbeiten“ beinhalten auch Neuherstellungen, dies insbesondere betreffend die Steigleitungen.*

*Der Stand der Rücklage konnte nicht festgestellt werden.*

<sup>3</sup> 6 Ob 56/16b = Newsletter vom 12. Oktober 2016 (= Entscheidung zum vorliegenden Fall im ersten Rechtsgang).

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung.

Nach Verwerfung einer Beweisrüge und Verneinung einer geltend gemachten Aktenwidrigkeit erwog es in rechtlicher Sicht, dass vom Wohnungseigentumsorganisator nur ein entsprechender Zustand zum Zeitpunkt des jeweiligen Gefahrenübergangs zu prästieren sei. Es müsse sich um Erhaltungsarbeiten am Gebäude selbst handeln, die über die laufende Instandhaltung hinausgingen. Da nach den Feststellungen des Erstgerichts jedenfalls (auch) eine derartige Erhaltungsarbeit zum Zeitpunkt 27. August 2009 erforderlich gewesen sei (Isolierung der Wasserleitung, schadhafter Sockelputz, Schäden im Gesimse und Attikabereich, Feuchtigkeitsschäden am Verputz im Keller- und Erdgeschossbereich, wobei letztere sich frühestens am 21. Mai 2013 manifestierten), habe der Beklagte dem Grunde nach zu haften. Die Dacherneuerung sei hingegen nur deshalb erforderlich, weil seit dem Jahr 2009 nur notdürftige Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt worden seien und die entsprechende Dachhautpflege rechtlich bloß als laufende Instandhaltung zu qualifizieren sei. Unbeachtlich sei, ob die in Frage stehenden Erhaltungsarbeiten durch eine allenfalls vorhandene Rücklage finanziert werden könnten, weil in weiterer Folge die (Neu-)Dotierung der Rücklage den Erwerber massiv und überraschend belasten könne. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des in § 37 Abs 4 WEG verwendeten Begriffs „größere Erhaltungsarbeiten“ fehle.

#### ▪ **RECHTLICHE BEURTEILUNG DES OGH**

##### a) Was eine „größere“ Erhaltungsarbeit ist, ist im Wege einer Einzelfallbeurteilung zu ermitteln

Grundsätzlich kann die Beurteilung, ob Erhaltungsarbeiten „größer“ sind, nur nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen werden, sodass dem Berufungsgericht ein gewisser Spielraum zukommt und die Anrufung des OGH nur bei einer eklatanten Ermessensüberschreitung gerechtfertigt wäre.<sup>4</sup>

**Zum Sachverhalt:** Da jedoch zu § 37 Abs 4 WEG – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt – bisher diesbezüglich

4 Vgl RIS-Justiz RS0044088.

keine Rechtsprechung vorliegt, ist die Revision trotz ihrer Einzelfallbezogenheit zulässig.

##### b) Zum Begriff der „Erhaltungsarbeit“ gemäß § 37 Abs 4 WEG (im Sinne des dynamischen Erhaltungsbegriffs)

**Der Terminus „Erhaltungsarbeit“ in § 37 Abs 4 WEG ist im Sinn des § 28 Abs 1 Z 1 WEG und damit im Einklang mit § 3 Abs 1 und 2 MRG auszulegen.<sup>5</sup>**

Erhaltungsarbeiten sind alle Arbeiten, die der ordnungsgemäßen Erhaltung der gemeinsamen Teile und Anlagen der Liegenschaft dienen, einschließlich baulicher Änderungen, die über den Erhaltungszweck nicht hinausgehen.<sup>6</sup> Dazu gehören beispielsweise die Behebung von Feuchtigkeitsschäden<sup>7</sup> oder von Schimmelbefall im Kellergeschoß des Hauses<sup>8</sup> ebenso wie die Behebung statischer Mängel am Gebäude<sup>9</sup> oder die Behebung der Undichtheit einer Terrasse oder einer Gasleitung.<sup>10</sup>

**Durch die Verweisung des § 28 Abs 1 Z 1 WEG auf § 3 Abs 1 MRG ist klargestellt, dass mit „Erhaltung“ eine solche „im jeweils ortsüblichen Standard“ gemeint ist, sodass zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsarbeiten zur Erhaltung bestehender Anlagen noch zur Erhaltung gehören, auch wenn es sich um die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands handelt oder es dabei zu einer vollständigen Erneuerung kommt und dabei sogar Veränderungen vorgenommen werden.<sup>11</sup>**

Demnach zählen etwa auch die Aufbringung eines äußeren Fassadenvollwärmeschutzes und der Einbau neuer Fenster zu den Erhaltungsarbeiten.<sup>12</sup>

##### c) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Erhaltungsbedarfs

Was den Begriff der Erhaltungsarbeit in § 37 Abs 4 WEG betrifft, **kommt es** – dem Wesen der Gewährleistung

5 6 Ob 141/16b = Newsletter vom 16. November 2016 mit weiteren Nachweisen.

6 Vgl RIS-Justiz RS0083421.

7 Vgl RIS-Justiz RS0083089.

8 RIS-Justiz RS0083089 [T13].

9 Vgl RIS-Justiz RS0105675.

10 Vgl RIS-Justiz RS0112445.

11 RIS-Justiz RS0114109.

12 RIS-Justiz RS0114108.

entsprechend – **nur auf jene Erhaltungsarbeiten an, die bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs notwendig waren**, während eine nachträgliche Verschlechterung des Zustands des Gebäudes keine Gewährleistungspflichten auslöst.

**d) „Größere“ Erhaltungsarbeiten im Sinn des § 37 Abs 4 WEG gehen über die laufende Instandhaltung hinaus – auf Kostendeckung in der Rücklage kommt es nicht an**

Durch den Begriff „größere“ Erhaltungsarbeiten wollte der Gesetzgeber eine gewisse Begrenzung der gesetzlich vertypten Einstandspflichten im Sinn einer „Bagatellgrenze“ schaffen: Demnach **muss es sich nach Vonkilch um Erhaltungsarbeiten handeln, die über die laufende Instandhaltung hinausgehen**.<sup>13</sup>

Engin-Deniz<sup>14</sup>, führt aus, das Wort „größere“ bei „größere Erhaltungsarbeiten“ deute darauf hin, dass es wichtige Erhaltungsarbeiten sein müssten, wie beispielsweise eine Dacherneuerung oder die Neuherstellung von Versorgungsleitungen. Call<sup>15</sup> geht unter Verweis auf § 6 Abs 2 MG 1922 von Arbeiten aus, die in größeren als einjährigen Abständen wiederkehren, wie beispielsweise Dacherneuerung, Neuherstellung der Versorgungsleitungen, Ausmalen des Stiegenhauses oder Generalüberholung der Heizungsanlage. Andere Autoren schlagen eine Orientierung an § 18 MRG zur Mietzinsanhebung vor, in dem der Begriff der „größeren Erhaltungsarbeit“ ebenfalls vorkommt.<sup>16</sup> Auch dort kann diese Qualifikation aber nur nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen werden; eine größere Erhaltungsarbeit soll dann vorliegen, wenn die Gesamtkosten der Erhaltungsarbeit(en), welche auch die angemessenen entgangenen Habenzinsen für eigenes Kapital des Vermieters bzw die angemessenen Sollzinsen im Falle der Fremdfinanzierung sowie die erforderlichen Geldbeschaffungskosten umfassen, ein

Jahreshauptmietzinsaufkommen überschreiten.<sup>17</sup>

**Zum Sachverhalt:** *Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht festgestellt, dass die Isolierung eines freiliegenden Rohres im Keller zu netto 15 EUR pro Laufmeter notwendig ist, weiters bestehen ein schadhafter Sockelputz, Schäden im Gesimse und Attikabereich sowie Feuchtigkeitsschäden am Verputz im Keller- und Erdgeschossbereich. Daneben liegen auch Kostenschätzungen von Professionisten vor, die insgesamt Beträge im sechsstelligen Bereich nennen; schließlich ist das Dach am Ende seiner Lebensdauer angelangt. Die Hausverwaltung teilte den Wohnungseigentümern bereits im Jahr 2007 mit, dass die Dotierung der Rücklage von 350 EUR auf 893,40 EUR monatlich erhöht werden müsse. Wenn die Vorinstanzen bei dieser Sachlage zu dem Ergebnis gelangten, dass die von Vonkilch vertretene Bagatellgrenze überschritten sei und nicht bloß laufende Instandhaltungsarbeiten durchzuführen seien, sondern „echte“ Reparaturen und Erneuerungen anstünden, so ist dies nicht zu beanstanden. Die Putzlockerungen in der Fassade in der \*\*\*\*\* Straße wurden – ebenso wie die laufenden Arbeiten am Dach – vom Berufungsgericht nicht zu Lasten des Beklagten berücksichtigt, da die Mängel an der Fassade in der \*\*\*\*\* Straße erst nach der Übergabe im Jahr 2009 auftraten. Die anderen Mängel, insbesondere die mit aufsteigender Feuchtigkeit zusammenhängenden Schäden am Verputz im Keller- und Erdgeschossbereich waren jedoch schon im Jahr 2009 vorhanden.*

Zur Frage der Rücklage führt Vonkilch<sup>18</sup> aus, es **müsse unbeachtlich bleiben, ob die in Frage stehenden Erhaltungsarbeiten durch eine allenfalls vorhandene Rücklage finanziert werden können**, da in weiterer Folge die (Neu-)Dotierung der Rücklage den Erwerber massiv und überraschend belasten kann. Ähnlich vertritt Call<sup>19</sup>, auch eine „ausgeräumte“ Rücklage werde den Wohnungseigentumsbewerber zusätzlich belasten, weil er sie ja anteilig dann wieder auffüllen müsse, um dem Zweck der Rücklage zu dienen. Diese Überlegungen sind überzeugend. Dies gilt auch für das weitere Argument, dass das Vorhandensein der Rücklage nichts an der Notwendigkeit der Erhaltungsarbeiten ändert und die Rücklage nach Verbrauch der vorhandenen Gelder von den Wohnungseigentümern neu dotiert werden muss,

13 In Hausmann/Vonkilch, Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> § 37 Rz 43.

14 BTVG<sup>2</sup> § 23 WEG Rz 2.

15 ImmZ 1997, 343.

16 Ofner in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 23 WEG Rz 17.

17 E.M.Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Kommentar Österreichisches Wohnrecht – MRG<sup>3</sup> § 18 Rz 16.

18 In Hausmann/Vonkilch, Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> § 37 Rz 43.

19 ImmZ 1997, 341.

was ebenso eine finanzielle Belastung bedeutet.

#### e) Ergebnis des vorliegenden Falls

**Zum Sachverhalt:** Zusammenfassend erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts als frei von Rechtsirrtum, sodass der zwar zulässigen (siehe oben), aber unbegründeten (unberechtigten) Revision ein Erfolg zu versagen war.

#### ▪ ANMERKUNGEN

Vgl zu § 37 Abs 4 WEG insbesondere auch die Entscheidung zum vorliegenden Fall im ersten Rechtsgang zu 6 Ob 56/16b<sup>20</sup>, welche neben der Feststellung, dass die **Erwerberschutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG auch bei sukzessivem Abverkauf von Wohnungseigentum zur Anwendung gelangt**, zwei weitere Erkenntnisse geliefert hat:

- **Hinsichtlich der Relevanz der Erwerberschutzbestimmung ist nicht auf den Zeitpunkt der Wohnungseigentumsbegründung, sondern auf jenen des Kaufvertragsabschlusses abzustellen.** Dies ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, weil die Schutzbestimmung des § 37 Abs 4 WEG (bzw davor: § 23 Abs 3 Z 4 WEG 1975) zum Zeitpunkt der Wohnungseigentumsbegründung im Jahr 1984 noch gar nicht existiert hat, sehr wohl aber bereits zum Zeitpunkt des hier maßgeblichen Kaufvertrags aus dem Jahr 2009.
- **Der Lauf der Gewährleistungsfrist für aus § 37 Abs 4 WEG abzuleitende Ansprüche beginnt nicht schon mit dem Zeitpunkt der Übergabe des Wohnungseigentumsobjekts an den Erwerber, sondern erst dann, wenn die Mangelhaftigkeit des Gutachtens bzw die Notwendigkeit größerer Erhaltungsarbeiten evident ist.** Der Betrachtungszeitraum von (ungefähr) zehn Jahren (nämlich einerseits für das Gutachten, das für eine absehbare Zeit von ungefähr zehn Jahren eine Aussage zu treffen hat, und andererseits für die im Falle eines fehlenden Gutachtens bestehende Verantwortung des Wohnungseigentumsorganisations für einen Zustand, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert) würde keinen Sinn ergeben, könnten Mängel des Gutachtens bzw die Notwendigkeit von größeren

Erhaltungsarbeiten nur innerhalb von drei Jahren ab Übergabe des Wohnungseigentumsobjekts gewährleistungsrechtlich geltend gemacht werden. Es ist also in der Tat richtig, hinsichtlich des Beginns der dreijährigen Gewährleistungsfrist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu welchem die Mangelhaftigkeit des Gutachtens bzw die Notwendigkeit größerer Erhaltungsarbeiten evident wird, sofern dieser Zeitpunkt innerhalb der ersten zehn Jahre ab Abschluss des Kaufvertrags liegt.

Siehe auch die Entscheidung 5 Ob 218/16v, nach welcher sich die Ausdehnung des Erwerberschutzes auf Fälle des sukzessiven Abverkaufs selbstverständlich nicht auf den Fall beschränken lässt, dass Wohnungseigentum mit einem Gründungshelfer begründet wurde (sondern auch die Wohnungseigentumsbegründung ohne Gründungshelfer zur analogen Anwendung des § 37 Abs 4 WEG führt, solange Einheiten sukzessiv verwertet werden). Auch der Umstand, dass der Käufer als bisheriger Mieter Kenntnis von der Liegenschaft hatte, steht nach dieser Entscheidung der analogen Anwendung des § 37 Abs 4 WEG über den Zeitpunkt der Wohnungseigentumsbegründung hinaus nicht entgegen.

**Offen sind hingegen bis dato die inhaltlichen Anforderungen an ein Bauzustandsgutachten nach § 37 Abs 4 WEG.** Die Rechtsprechung wird noch zu klären haben, einer wie genauen Untersuchung das Gebäude bei einem Gutachten nach § 37 Abs 4 WEG zu unterziehen sein wird. Reicht eine „augenscheinliche“ zerstörungsfreie Begutachtung aus, oder ist dem Ziviltechniker bzw Sachverständigen eine eingehendere „zielgerichtete“ Untersuchung abzuverlangen? Welche genauen Fach- und Sachkenntnisse dürfen bei der Person, die das Gutachten erstellt, vorausgesetzt werden? Hat sie gegebenenfalls weitere Sachverständige hinzuzuziehen?

<sup>20</sup> = Newsletter vom 12. Oktober 2016.