

## NEWSLETTER 04/2015

### EDITORIAL

LIEBE LESERINNEN, LIEBE LESER!

In unserem letzten Newsletter des Jahres 2015 haben wir Beiträge aus dem Bauvertragsrecht, dem Wohnungseigentumsrecht, dem Maklerrecht, dem Raumordnungsrecht und dem Verkehrsrecht für Sie aufbereitet.

Petra Rindler stellt Ihnen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zur Haftung mehrerer Beteiligter zu den Themen "Verpflichtung zum technischen Schulterchluss", "Notwendigkeit eines Koordinationsgespräches" und "selbständiger Unternehmer als Erfüllungsgehilfe" vor. Aus dem Beitrag von Wilfried Opetnik erfahren Sie, dass bei Schlussrechnungskorrekturen durch den Auftraggeber schnelle Reaktion geboten ist.

Peter Karlberger fragt nach der Zulässigkeit von Änderungen am Wohnungseigentumsobjekt und stellt dabei eine gesetzwidrige Auslegung des § 16 Wohnungseigentumsgesetz fest. Christoph Henseler und Martina Landauer geben einen Ausblick auf die zukünftige Behandlung von Rohdachböden bei der Wohnungseigentumsbegründung.

Mit einem Beitrag zu den Voraussetzungen des Provisionsanspruches des Immobilienmaklers stellt sich unsere neue Mitarbeiterin Marie Gstöttner bei Ihnen vor. Unser zweiter neuer Mitarbeiter, Daniel Raffling, hat bereits die Rechtsanwaltsprüfung abgelegt und erörtert gemeinsam mit Manfred Wiener die Neuerungen im Niederösterreichischen Raumordnungsgesetz.

Auch wenn die nächsten Monate nicht zum Motorradfahren einladen werden, wollen wir Ihnen doch nicht vorenthalten, dass der Oberste Gerichtshof im Verzicht auf eine Schutzkleidung eine Obliegenheitsverletzung sieht, die zu einem Mitverschulden an den Verletzungsfolgen und damit zu einer Kürzung eines Schmerzensgeldanspruches führen kann. Wir hatten im Newsletter 4/2014 ja bereits über eine ähnliche Entscheidung des OGH zum (Nicht-) Tragen eines Fahrradhelms berichtet. Im Lichte dieser Entscheidungen sollten wir auch unser Risikobewusstsein bei der Ausübung von Wintersport kritisch prüfen.

Am 5.11.2015 durften wir gemeinsam mit dem Verlag Lexis Nexis die zweite Auflage unseres Handbuches des Ziviltechnikerrechtes im Architekturzentrum Wien präsentieren. Viele von Ihnen waren dabei und wir bedanken uns für Ihr großes Interesse an unserem neuen Handbuch. Übrigens: Wir wurden nachträglich noch sehr oft nach unseren "Gastronomen" gefragt: Frau Irene Weinfurter, Slow-Food- und Bioköchin aus Walpersdorf hat sich um Ihr leibliches Wohl gekümmert und Herr Martin Weinand war für die erstklassige Weinbegleitung zuständig.

Mit diesem Newsletter hoffen wir Ihnen wieder eine interessante und anregende Lektüre bieten zu können. Bitte nehmen Sie Kontakt mit uns auf, wenn Sie Fragen zu einem der Beiträge haben.

Wir wünschen Ihnen schon jetzt einen schönen Jahresausklang und einen guten Start in ein erfolgreiches Jahr 2016!



#### *Bauvertragsrecht*

Haftung mehrere Beteiligter

#### *Bauvertragsrecht*

Schlussrechnung - Abzüge durch den Auftraggeber

#### *Wohnrecht*

Änderungen am WE-Objekt

#### *Wohnrecht*

Rohdachböden

#### *Immobilienrecht*

Provisionsanspruch des Immobilienmaklers

#### *Baurecht*

Neues Raumordnungsrecht in NÖ

#### *Verkehrsrecht*

Schutzkleidung für Motorradfahrer



### **BAUVERTRAGSRECHT: HAFTUNG MEHRERER BETEILIGTER TECHNISCHER SCHULTERSCHLUSS / ERFÜLLUNGSGEHILFE / KOORDINATIONSGESPRÄCH**

Der Oberste Gerichtshof hat sich in der Entscheidung vom 22.10.2015, 1 Ob188/15a mit der Haftung mehrere Beteiligter auseinandergesetzt und einmal mehr bestätigt, dass die Bauaufsicht die Bauherren vor Fehlern der ausführenden Unternehmen schützen soll, nicht aber deren Verantwortung mindern. Der Werkunternehmer kann daher aus einer ungenügenden Bauüberwachung kein seine Haftung minderndes Mitverschulden ableiten (vgl. auch 4 Ob 156/98i). Thema dieser Entscheidung war aber auch das in der ÖNORM B 2242 normierte Koordinationsgespräch. Der OGH hat ausgesprochen, dass der Verpflichtung der ÖNORM zur Führung eines Koordinationsgesprächs nur entsprochen werden kann, wenn sie jeden beteiligten Unternehmer trifft, und zwar unabhängig davon, ob seine Arbeiten auf denen der anderen aufbauen oder ob sie die Grundlage für andere Arbeiten sind (4 Ob 156/98i). Aus diesem Grund haben alle betroffenen Unternehmer auf die Notwendigkeit eines solchen Koordinationsgesprächs hinzuweisen, widrigenfalls sie eine Warnpflichtverletzung treffen kann, wenn ein solches Gespräch nicht stattfindet und es in der Folge zu einem Ausführungsfehler kommt. Dass auch die örtliche Bauaufsicht auf die Durchführung nicht hingewiesen hat, muss sich die Bauherrin nicht als Mitverschulden anrechnen lassen.

Sowohl Professionisten als auch örtlichen Bauaufsichten ist anzuraten, ein solches, nicht nur in der ÖNORM B 2242, sondern auch in anderen Normen vorgeschriebenes Koordinationsgespräch abzuhalten bzw. einzufordern, um spätere Haftungen (auch im Rahmen einer Warnpflichtverletzung) zu vermeiden.

In der Entscheidung 2 Ob 223/14d vom 6.8.2015 hat sich der OGH ebenfalls mit der Haftung mehrerer Beteiligter auseinandergesetzt und einmal mehr bestätigt, dass bei gemeinsamer Herstellung eines Werks jeden Unternehmer die Pflicht trifft, alles zu vermeiden, was dessen Gelingen vereiteln könnte, und infolge des im Bauwesen typischen Zusammenwirkens von Bauherren, bauausführenden Unternehmen und Sonderfachleuten die regelmäßige Nebenpflicht zur Kooperation zwischen Werkbesteller und ausführenden Werkunternehmern mit gegenseitigen Aufklärungs- und Kontrollpflichten (Pflicht zum technischen Schulterschluss) besteht; wobei die Pflichten nicht überspannt werden dürfen. Die Warnpflicht besteht immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten.

Subunternehmer sind üblicherweise als Erfüllungsgehilfen des Generalunternehmers anzusehen, der Generalunternehmer haftet daher für das Verschulden seiner Subunternehmer wie für sein eigenes Verschulden. Der OGH geht in dieser Entscheidung aber noch viel weiter und nimmt eine solche – strengere – Erfüllungsgehilfenhaftung in Spezialkonstellationen auch zwischen zwei Unternehmen an, die in keinerlei Vertragsbeziehung stehen: Werden von der Bauherrin zwei Unternehmer unabhängig voneinander zur zusammenwirkenden Erstellung eines Werks derart bestellt, dass der eine sich nach den Weisungen des anderen zu verhalten hat, gilt der eine als Erfüllungsgehilfe des anderen.

Im konkreten Fall hatte eine Bauherrin ein Installationsunternehmen mit der Lieferung und Montage einer Hackgutanlage beauftragt und parallel dazu den Auftrag für die Elektroinstallationen an ein Elektroinstallationsunternehmen erteilt. Nach Ansicht des OGH haftet das Hackgutanlageninstallationsunternehmen auch für ein Verschulden der Elektroinstallationsfirma, wenn diese nach den Weisungen des Hackgutinstallationsunternehmens tätig war.

Ob ein Unternehmen im Rahmen der Erfüllung des Werkvertrages unter den Weisungen eines anderen Unternehmens tätig wurde, ist eine nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilende Tatsachenfrage. Die Entscheidung zeigt aber, dass es äußerst gefährlich sein kann, einem anderen Unternehmen Vorgaben zu machen (weil diese als Weisungen angesehen werden könnten).

Petra Rindler



### **BAUVERTRAG: SCHLUSSRECHNUNGSKORREKTUREN SCHNELLE REAKTION IST GEBOTEN!**

Bei der Abwicklung von Bauvorhaben tritt nicht selten nach erfolgter Leistungserbringung und Abrechnung der Lieferungen und Leistungen eine Diskussion um die Höhe des Schlussrechnungsbetrages ein.

Der Werkunternehmer hat die ihm zustehenden Forderungen geprüft und in die Schlussrechnung aufgenommen. Der Auftraggeber hat unter Hinweis auf Gewährleistungsansprüche bzw. Mengen- und Massenkorrekturen seitens der örtlichen Bauaufsicht Abzüge vom Schlussrechnungsbetrag vorgenommen und entsprechend weniger bezahlt. Vor diesem Hintergrund ist eine rasche und den Standpunkt des Werkunternehmers klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringende Kommunikation erforderlich, um finanzielle Nachteile zu vermeiden.

Sehr oft wird bei Werkverträgen als Vertragsgrundlage auf die ÖNORM B 2110 zurückgegriffen. Diese Werkvertragsnorm sieht unter Punkt 8.4.2 (Version 2013) unter anderem vor, dass "*die Annahme der Schlusszahlung aufgrund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen ausschließt, wenn nicht ein begründeter Vorbehalt [...] binnen drei Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird.*" Der Oberste Gerichtshof legt diesbezüglich einen sehr strengen Maßstab an die Reaktion und die Begründungspflicht des Werkunternehmers an (9 Ob 81/14y). Das Höchstgericht unterstellt, dass es dem Werkunternehmer, der die vom Auftraggeber korrigierte und mit Erläuterungen versehene Schlussrechnung zurückgestellt bekam und den gekürzten Werklohn erhalten hat, durchaus zumutbar sei, innerhalb von drei Monaten nach Zahlungseingang seine Vorbehalte gegen den Abzug schriftlich zu erheben, damit er seinen Anspruch auf Nachforderung nicht verliert. Der Zweck dieser ÖNORM-Regelung liegt darin, dem Auftraggeber möglichst früh einen Überblick über das gesamte Ausmaß der ihn treffenden Verpflichtungen zu geben.

Wie wirkt sich nun diese Begründungspflicht in der Praxis aus? Die Anforderungen an den Werkunternehmer dürfen zwar nicht überspannt werden, doch muss nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes der Vorbehalt gegen einen gekürzten Schlussrechnungsbetrag zumindest die vorbehaltenen Ansprüche in erkennbarer Weise individualisieren und schlagwortartig den Standpunkt des Werkunternehmers klar erkennen lassen. Nicht ausreichend ist es, wenn der Werkunternehmer lapidar festhält, dass er "die Abstriche beeinspruche" bzw. dass "*die Korrekturen falsch seien und die korrigierte Schlussrechnung nicht akzeptiert werde*". Vielmehr muss sich der Werkunternehmer mit den vorgenommenen Korrekturen auseinandersetzen und auf diese eingehen. Die in der Werkvertragsnorm angeführte Dreimonatsfrist beginnt mit Kenntnis des Eingangs des gekürzten Schlussrechnungsbetrages am Konto des Werkunternehmers, in der Regel somit spätestens mit erfolgter Versendung des Kontoauszuges.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass die Werkvertragsnorm auf die Annahme einer (gekürzten) Schlusszahlung abstellt. Leistet der Auftraggeber hingegen überhaupt keine

Zahlung, etwa weil er unter Hinweis auf eine behauptete Überzahlung den Schlussrechnungsbetrag als zur Gänze unberechtigt ansieht, dann droht kein kurzfristiger Forderungsverlust. Diesfalls bleibt es in Ermangelung individueller Verjährungsvereinbarungen bei der dreijährigen Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Werklohnanspruches ab jenem Zeitpunkt, ab dem der Werklohn gegenüber dem Auftraggeber abgerechnet werden kann.

Werkunternehmer müssen daher darauf achten, dass sie bei gekürzten Schlussrechnungsbeträgen innerhalb einer drei Monate nicht überschreitenden Frist detailliert und begründet auf die Schlussrechnungskorrekturen schriftlich und nachweislich reagieren. So stellen sie sicher, dass der vom Auftraggeber zurückgehaltene Betrag weiter gefordert und gerichtlich betrieben werden kann. Auftraggeber können hingegen nach reaktionslosem Verstreichen der zuvor erwähnten Frist einwenden, dass die nachträgliche Forderung ausgeschlossen und keine weitere Zahlung zu leisten ist.

*Wilfried Opetnik*



### ZULÄSSIGKEIT VON ÄNDERUNGEN AM WOHNUNGS- EIGENTUMSOBJEKT GESETZWIDRIGE AUSLEGUNG DES § 16 WEG?

Ein Wohnungseigentümer, dessen Terrasse nur wenige Meter von der seines Nachbarn entfernt ist, fühlt sich von diesem beobachtet und beschließt, einen Sichtschutz aus Holzpaneelen zu errichten. Die farblich an das Haus angepassten Holzpaneel befestigt er fachmännisch mit Schrauben am Terrassengeländer. Der Nachbar, der sich seinerseits durch ein Dickicht aus wild wuchernden Grünpflanzen vor fremden Blicken schützt, klagt ihn daraufhin auf Entfernung des Sichtschutzes und Wiederherstellung des vorigen Zustandes.

Obwohl der beklagte Wohnungseigentümer im Verfahren vor dem Bezirksgericht vorbringt, nach den in § 16 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) normierten Kriterien zu der gegenständlichen Änderung seines Wohnungseigentumsobjektes berechtigt gewesen zu sein, gibt das Gericht der Klage, ohne auf die Frage der Berechtigung einzugehen, mit der Begründung statt, der Wohnungseigentümer hätte zunächst die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer oder einen diese Zustimmung ersetzenden Beschluss des Außerstreitrichters einholen müssen. Dabei beruft es sich auf die in Lehre und Rechtsprechung herrschende Meinung, wonach § 16 Abs 2 WEG kein Änderungsrecht gewähre, sondern nur die Voraussetzungen normiere, bei deren Vorliegen der Außerstreitrichter die fehlende Zustimmung der übrigen Miteigentümer ersetzen könne. Diese einschränkende Auslegung findet im Gesetzestext allerdings keine Grundlage.

Gemäß § 16 Abs 2 WEG ist ein Wohnungseigentümer zu Änderungen an seinem Wohnungseigentumsobjekt auf seine Kosten berechtigt, sofern die Änderung weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, insbesondere auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses oder eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zur Folge hat. Werden für eine solche Änderung auch allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen, dann muss die Änderung überdies entweder der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dienen.



Die vom beklagten Wohnungseigentümer an der Innenseite seines Terrassengeländers montierten Holzpaneele führen weder zu einer Schädigung des Hauses, noch beeinträchtigen sie dessen äußere Erscheinung oder andere schutzwürdige Interessen der Miteigentümer. Ebenso wenig stellen sie eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen dar. Darüber hinaus entsprechen sie der Übung des Verkehrs und dienen einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers, nämlich dem Schutz vor lästiger Beobachtung.

Dessen ungeachtet unterließ es das Erstgericht, die Frage, ob der beklagte Wohnungseigentümer zur Vornahme der Änderung berechtigt war, auch nur zu prüfen. Es verwies in diesem Zusammenhang auf den Miet- und Wohnrechtskommentar von *Würth/Zingher/Kovanyi*, wo es – stellvertretend für die herrschende Lehre und Rechtsprechung – unter anderem heißt: "§ 16 Abs 2 WEG schränkt das Individualrecht des Wohnungseigentümers insofern ein, als für Änderungen die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer einzuholen oder die Ersetzung der Zustimmung im Außerstreitverfahren (§ 52 Abs 1 Z 2 WEG) zu erwirken ist. § 16 Abs 2 WEG gewährt daher dem änderungswilligen Wohnungseigentümer kein unmittelbares Recht auf Durchführung der Änderungen, sondern regelt nur die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die übrigen Wohnungseigentümer ihre Zustimmung nicht verweigern dürfen, widrigenfalls diese gerichtlich zu ersetzen ist." Bei jeder "bewilligungspflichtigen" Änderung wäre daher – soweit die freiwillige Zustimmung aller übrigen Miteigentümer nicht zu erlangen sei – die rechtsgestaltende Entscheidung des Außerstreitrichters einzuholen. Im streitigen Verfahren sei nur die Genehmigungsbedürftigkeit, nicht aber die Genehmigungsfähigkeit zu prüfen.

Ist eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer durch die beabsichtigte Änderung nicht völlig ausgeschlossen, dann sieht die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung als Voraussetzung für die Änderung eines Wohnungseigentumsobjektes somit zwingend die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer oder deren Ersetzung durch den Außerstreitrichter vor. Diese Rechtsansicht lässt sich jedoch weder aus dem Gesetz ableiten, noch sind Gründe erkennbar, die eine solche vom Gesetzestext abweichende Auslegung rechtfertigen würden. Sucht man in Gesetzesmaterialien, Literatur und Rechtsprechung nach einer Erklärung dafür, weshalb das Änderungsrecht des Wohnungseigentümers grundsätzlich der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer oder deren Ersetzung durch den Außerstreitrichter bedürfe, dann findet man dafür keine einzige Belegstelle.

Ein möglicher Grund für die herrschende Meinung mag darin liegen, dass für *Anträge* betreffend die Duldung von Änderungen und Erhaltungsarbeiten einschließlich der Entschädigung eines dadurch beeinträchtigten Wohnungseigentümers gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG eine ausschließliche Zuständigkeit des Außerstreitgerichtes besteht. Dieser Erklärungsversuch vermag jedoch nicht zu überzeugen. Auch wenn für Anträge gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG die ausschließliche Zuständigkeit des Außerstreitgerichtes gegeben ist, bedeutet das nicht, dass der änderungswillige Wohnungseigentümer zwingend einen solchen Antrag stellen muss. § 16 Abs 2 WEG sieht dies nämlich ebenso wenig vor wie die Einholung der Zustimmung der übrigen Miteigentümer. Diese Bestimmung regelt nach ihrem Wortlaut lediglich die Voraussetzungen, unter denen eine Änderung zulässig oder unzulässig ist. Ob eine diesbezügliche gerichtliche Überprüfung im streitigen oder im außerstreitigen Verfahren erfolgen soll, lässt der Gesetzgeber offen.

Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Wohnungseigentümer, gestützt auf sein in § 16 Abs 2 WEG normiertes Änderungsrecht, eine von ihm beabsichtigte Änderung seines Wohnungseigentumsobjektes nicht auch ohne vorherige Zustimmung der anderen Miteigentümer bzw. Antragstellung gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG vornehmen und es dem Gericht überlassen kann, im Falle einer Unterlassungsklage im *streitigen Verfahren* zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 16 Abs 2 WEG vorliegen oder nicht. Dem änderungswilligen Wohnungseigentümer muss es somit freistehen, einen Antrag im außerstreitigen Verfahren gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG einzubringen und sein Änderungsvorhaben quasi vorab prüfen zu lassen, oder die Änderung gleich vorzunehmen und seine Berechtigung im Fall einer Unterlassungsklage im streitigen Verfahren nachzuweisen.

Wäre dem nicht so, dann müsste für jede noch so berechtigte Änderung – selbst ohne Inanspruchnahme allgemeiner Teile der Liegenschaft – dann zwingend ein aufwendiges Außerstreitverfahren eingeleitet werden, wenn die Zustimmung einzelner Wohnungseigentümer z.B. wegen deren Abwesenheit nicht erlangt werden kann oder diese Zustimmung von Einzelnen aus unsachlichen Gründen verweigert wird. Jede "eigenmächtig" vorgenommene Änderung würde, auch wenn der Wohnungseigentümer dazu gemäß § 16 Abs 2 WEG berechtigt war, zwingend deren Untersagung im streitigen Verfahren nach sich ziehen. Für einen dermaßen überzogenen "Bestandsschutz" findet sich im Gesetz aber keine Grundlage.

*Peter Karlberger*



### **WOHNUNGSEIGENTUM ROHDACHBÖDEN BEI NUTZWERTFESTSETZUNG UND WOHNUNGSEIGENTUMS-BEGRÜNDUNG**

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit ein Rohdachboden im Rahmen der Nutzwertfestsetzung nicht – wie bisher – als Zubehör, sondern als selbstständiges Wohnungseigentumsobjekt gewidmet werden kann. Diese von der Rechtsprechung derzeit noch unbeantwortete Frage ergibt sich aufgrund der Lehrmeinung von Univ. Prof. Mag. Dr. Andreas Vonkilch, dessen Rechtsansicht auch vom OGH oft als Entscheidungsgrundlage herangezogen wird.

### **KEINE WAHLMÖGLICHKEIT BEI DER ZUORDNUNG VON RÄUMLICHKEITEN?**

In § 2 Abs 3 WEG 2002 werden Dachbodenräume ausdrücklich als Zubehör-Wohnungseigentum erwähnt, weshalb eine Widmung von Rohdachböden als Zubehör von den Grundbuchgerichten bisher nie beanstandet wurde. Nach der Lehrmeinung von Univ. Prof. Dr. Vonkilch sind Keller- und Dachbodenräume nur dann als Zubehör-Wohnungseigentum zu widmen, wenn sie nicht für Wohn- oder "sonstige selbstständige" Zwecke geeignet sind. Komme nämlich eine dieser Verwendungsarten in Frage, könne eine Zuordnung von Keller- und Dachbodenräumen nur als allgemeiner Teil der Liegenschaft oder als selbstständiges Wohnungseigentumsobjekt erfolgen.

Prof. Vonkilch geht sohin davon aus, dass es keine Wahlmöglichkeit zwischen der Widmung als Zubehör-Wohnungseigentum und der Widmung als Wohnungseigentumsobjekt gibt. Aus seiner Lehrmeinung wäre somit der Schluss zu ziehen, dass (Roh-)Dachböden im Nutzwertgutachten wie im Wohnungseigentumsvertrag zwingend als selbstständiges Wohnungseigentumsobjekt zu widmen wären, sofern die nachstehend genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

### **VORAUSSETZUNGEN FÜR EINEN ROHDACHBODEN ALS EIGENES WOHNUNGSEIGENTUMSOBJEKT**

Neben Wohnungen und KFZ-Abstellplätzen sind in § 2 Abs 2 WEG 2002 "sonstige selbstständige Räumlichkeiten" als Wohnungseigentumsobjekte genannt. Eine sonstige selbstständige Räumlichkeit ist ein baulich (nach allen Seiten, das heißt auch nach oben) abgeschlossener, nach der Verkehrs-

auffassung selbstständiger Teil eines Gebäudes, dem nach seiner Art und Größe eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Als Beispiele werden im Gesetz ein selbstständiger Geschäftsraum und eine Garage genannt.

Für das Vorliegen der "erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung" spielen mehrere Faktoren, wie beispielsweise eine gewisse Mindestgröße, ein erheblicher Verkehrswert sowie eine selbstständige und alleinige Nutzungsmöglichkeit eine wichtige Rolle. Ist etwa beabsichtigt, einen Rohdachboden zu verkaufen oder zu Wohnzwecken auszubauen, so hat er einen Verkehrswert und somit in den meisten Fällen erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.

#### HÖHERE BETRIEBSKOSTEN BEI ANDERWEITIGER WIDMUNG VON ROHDACHBÖDEN

Die Folge einer Widmung als eigenständiges Wohnungseigentumsobjekt wären allerdings erhöhte Betriebskosten, weil diese grundsätzlich (laut Gesetz) nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile aufgeteilt werden. Der Wohnungseigentümer des Rohdachbodens hätte mit Wohnungseigentumsbegründung sohin Betriebskosten entsprechend seinem Anteil zu zahlen, obwohl der Rohdachboden tatsächlich noch gar nicht genutzt wird. Bei einer Widmung des Dachbodens als Zubehör würde hingegen nur ein Zuschlag zum Anteil (z.B. an einer Wohnung) erfolgen und die Betriebskosten – bezogen alleine auf den Dachboden – geringer sein. Im Wege eines im Wohnungseigentumsvertrag enthaltenen, abweichenden Aufteilungsschlüssels kann aber (rechtlich zulässig) geregelt werden, dass dieser Wohnungseigentümer die Betriebskosten für die Dachbodenflächen erst ab dem Zeitpunkt der Nutzbarkeit bzw. Fertigstellung der daraus entstehenden Wohnungen zu bezahlen hat.

#### FAZIT

Bei künftigen Nutzwertgutachten wäre es auch unserer Ansicht nach durchaus sinnvoll, Rohdachböden (wenn sie einen entsprechenden Verkehrswert haben, zu Wohn- oder Geschäftszwecken verwendet und gesondert verkauft werden können) als selbstständige Wohnungseigentumsobjekte zu widmen.

*Christoph Henseler  
Martina Landauer*



#### PROVISIONSANSPRUCH DES IMMOBILIENMAKLER BESONDERHEITEN IM MAKLER- UND KONSUMENTENSCHUTZ- GESETZ

Es scheint kein Zufall zu sein, dass sich der OGH immer wieder mit Fragen bezüglich des Provisionsanspruches eines Maklers, im Besonderen des Immobilienmaklers, zu beschäftigen hat. Alleine im Jahr 2015 sind – bisher – bereits drei einschlägige Entscheidungen ergangen, wobei wir im folgenden Beitrag insbesondere auf die Entscheidung des OGH vom 18.2.2015, 2 Ob 135/14, eingehen, da jene in Literatur und Presse auf großes Interesse gestoßen ist. Die Entscheidung beschäftigt sich primär mit den Wirkungen eines Alleinvermittlungsauftrags sowie der Provisionsvereinbarung bei fehlendem Vermittlungserfolg.

Allgemein hat der Immobilienmakler bei Vorliegen der nachfolgenden Voraussetzungen einen Anspruch auf Provision:

- Vorliegen eines Maklervertrags
- Verdienstlichkeit des Maklers
- Tätigkeit des Maklers kausal und adäquat für den Geschäftsabschluss
- Zustandekommen des vermittelten Geschäfts zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten

Insbesondere im Geschäftszweig der Immobilienmakler beurteilt die Rechtsprechung das Vorliegen der ersten drei Voraussetzungen nicht zu streng. So kann ein Maklervertrag schriftlich, mündlich, aber auch stillschweigend geschlossen werden. Wesentlich ist die Vermittlung von entgeltlichen Rechtsgeschäften, wobei bei Immobilienmaklern – in Folge eines abweichenden Geschäftsgebrauchs – bereits die bloße Namhaftmachung eines Dritten genügt. Es kann unterschieden werden zwischen dem „schlichten Maklervertrag“, bei welchem der Makler keine Bemühung schuldet und der Auftraggeber nicht an den Makler gebunden ist und dem „Alleinvertmittlungsauftrag“ iSd § 14 Maklergesetz („MaklerG“), bei welchem der Makler Bemühung schuldet und der Auftraggeber (der Verkäufer oder Vermieter) an den Makler (zeitlich befristet) gebunden ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 MaklerG entsteht ein Provisionsanspruch des Maklers mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts (Erfolgsprinzip). Ist das vermittelte Geschäft beispielsweise ein Kaufvertrag, kommt dieses – da der Kaufvertrag ein Konsensualvertrag ist – mit der Einigung über Ware und Preis zustande und besteht ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Provision. Nach § 10 MaklerG tritt Fälligkeit des Provisionsanspruchs bereits mit seiner Entstehung, also mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts, ein. Die „Ausführung“ des Geschäftes, etwa die Unterfertigung der grundbuchsfähigen Kaufvertragsurkunde bzw. die grundbücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts sowie die Zahlung des Kaufpreises, hat keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruches und dessen Fälligkeit.

Nach § 7 Abs. 2 MaklerG entfällt der (bereits entstandene) Provisionsanspruch des Maklers, wenn und soweit das vermittelte Geschäft aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Provisionsanspruch des Maklers bestehen bleibt, wenn die Gründe für die Nichtausführung des Geschäfts in der Sphäre des Auftraggebers liegen. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn der Auftraggeber aus privaten Gründen, bspw. bei beruflichen Veränderungen, vom Kaufvertrag zurücktritt.

§ 15 MaklerG stellt eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung zur Entstehung des Provisionsanspruchs bei Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts dar, indem ein Provisionsanspruch auch für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs vereinbart werden kann. Aus der Entscheidung 2 Ob 135/14 p ergibt sich, dass die einzelnen Fälle des § 15 MaklerG gesondert vereinbart werden müssen. Ein pauschaler Hinweis auf § 15 MaklerG reicht nicht aus. Während § 15 Abs. 1 MaklerG auf alle Arten von Maklerverträgen anzuwenden ist, regelt § 15 Abs. 2 MaklerG bestimmte Konstellationen beim Alleinvertmittlungsauftrag.

2 Ob 135/14p stellt die Kriterien für eine Provisionsvereinbarung ohne Vermittlungserfolg gemäß § 15 Abs. 1 Z 1 MaklerG klar („*das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft [kommt] wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterläßt*“). Dies kann nur für jene Fälle angenommen werden, in welchen eine Annäherung der wechselseitigen Standpunkte der Partner versucht wurde und einem Vertragsabschluss keine nennenswerten Hindernisse mehr entgegenstehen. Lediglich der Versuch, einen Besichtigungstermin zustande zu bringen, stellt nach Auffassung des Gerichts weder eine Vertragsverhandlung noch einen „Rechtsakt“ im Sinne der Bestimmung dar.

2 Ob 135/ 14p stellt darüber hinaus klar, dass auch bei einem Alleinvertmittlungsauftrag keine Kontrahierungspflicht und kein Abschlusszwang des Auftraggebers (des Verkäufers) besteht. Demnach



ist der Auftraggeber selbst beim Alleinvermittlungsauftrag zur grundlosen Ablehnung des Abschlusses des vom Makler vermittelten Rechtsgeschäftes berechtigt. Er kann deshalb außer in den Fällen besonderer Vereinbarung bzw. der alleinigen Absicht, den Vermittler um die Provision zu bringen, nur dann wegen willkürlicher Ablehnung des Vertragsabschlusses ersatzpflichtig werden, wenn dieser aus besonderen Gründen geradezu wider Treu und Glauben gegen Vertragspflichten verstößt. Ein Verstoß gegen den Alleinvermittlungsauftrag macht den Auftraggeber schadenersatzpflichtig. Schwierig ist – vor dem Hintergrund der Abschlussfreiheit des Auftraggebers – der Nachweis des Schadenseintritts. Schließt hingegen der alleinbeauftragte Makler eine besondere Provisionsvereinbarung iSd § 15 MaklerG mit dem Auftraggeber ab, besteht auf Basis dessen ein Entschädigungsanspruch zu Gunsten des alleinbeauftragten Maklers und er erspart sich den Schadensnachweis.

Die in diesem Beitrag besprochenen Regelungen des MaklerG sind immer in Verbindung mit den korrespondierenden Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes ("KSchG") zu lesen (§§ 30a ff KSchG), welche insbesondere bei Alleinvermittlungsaufträgen und Provisionsvereinbarungen bei fehlendem Vermittlungserfolg besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers vorsehen (§ 31 Abs. 1 Z 2 und 3 KSchG), die auch nicht zu eng ausgelegt werden sollten. So bedürfen beispielsweise Vereinbarungen über Provisionsansprüche bei fehlendem Vermittlungserfolg gemäß § 31 Abs. 1 Z 3 MaklerG zwingend der Schriftlichkeit sowie der Ausdrücklichkeit. In der Entscheidung vom 30.7.2015, 8 Ob 66/15 m, hat der OGH den Begriff "ausdrücklich" in diesem Zusammenhang verstärkend so ausgelegt, dass die schriftliche Vereinbarung eine hervorgehobene, dem Verbraucher deutlich erkennbare und eindeutige Regelung dieser Punkte enthalten muss.

*Marie Gstöttner*



## **RAUMORDNUNG** **NEUES RAUMORDNUNGSGESETZ IN NIEDERÖSTERREICH**

Das Land Niederösterreich hat im Jahr 2014 das NÖ Raumordnungsgesetz 2014 ("NÖ ROG 2014"), die NÖ Bauordnung 2014 ("NÖ BO") und die NÖ Bautechnikverordnung 2014 ("NÖ BTV 2014") neu erlassen. Diese neuen Rechtsgrundlagen traten mit 1.2.2015 in Rechtskraft. Durch diese neuen Rechtsgrundlagen ergeben sich wesentliche Änderungen für die Aufgaben der örtlichen Raumplanung und der Baubehörde. Mit der seit 1.2.2015 vorliegenden Neufassung soll auch im Bereich der überörtlichen Raumordnung für die zuletzt bereits praktizierte intensivere Zusammenarbeit mit den betroffenen Gemeinden bei der Erarbeitung der Planungsgrundlagen eine rechtliche Basis geschaffen werden. Dies geschieht nun vor allem durch die Aufnahme des Instrumentes der regionalen Leitplanung, insbesondere bei der Erstellung regionaler Raumordnungsprogramme. Weiters wird als Planungsinstrument das Landesentwicklungsprogramm erstmals im NÖ ROG 2014 eingeführt. Darin sollen neben normativen Regelungen auch Richtwerte zur Orientierung vorgegeben werden können.

Bei der Erlassung örtlicher Raumordnungsprogramme wird den Gemeinden künftig freigestellt, ob dieses auch ein örtliches Entwicklungskonzept auf Verordnungsebene enthalten soll bzw. ob es sich auch nur auf einzelne Gemeindeteile erstrecken soll. Die bisher in der NÖ BO 1996 enthaltenen Bestimmungen über die Inhalte und die



Verfahrensbestimmungen betreffend den Bebauungsplan wurden in das NÖ ROG 2014 übernommen. Dabei wurden auch die Bestimmungen über die Bebauungsweisen durch den Wegfall der freien Anordnung der Gebäude und der Sonderbebauungsweisen sowie der Modifikation der geschlossenen Bauweise zugunsten einer einfacheren Vollziehbarkeit gestrafft. Für die damit unwirksam werdenden Bauweisen wurden aber entsprechende Übergangsbestimmungen vorgesehen.

Im Sinne einer besseren Übersichtlichkeit der Flächenwidmungspläne ist die Verpflichtung der Eintragung von Wohndichteklassen gestrichen worden, zumal diese bereits seit vielen Jahren nicht mehr rechtsverbindlich waren und daher in Bauverfahren immer wieder zu Missverständnissen führten.

Die Regelungen über die Handelseinrichtungen wurden im Sinne einer besseren Vollziehbarkeit und um sinnwidrige Ergebnisse künftig zu vermeiden, überarbeitet, wobei als Maßstab die – neu definierte – "Verkaufsfläche" heranzuziehen ist. Auch die Begriffe des geschlossenen, bebauten Ortsgebietes und der funktionellen Einheit bei Handelsbetrieben wurden neu bzw. präziser formuliert.

Bei den land- und forstwirtschaftlichen Grünlandbauten wurden die Definitionen im Sinne einer besseren Lesbarkeit gestrafft und den tatsächlichen Betriebsnotwendigkeiten bzw. Wohnbedürfnissen angepasst.

Bei den erhaltenswerten Gebäuden im Grünland ist bei Wohngebäuden eine zweite Kategorie eingeführt worden, die – sofern der Gemeinderat diesen Widmungszusatz festlegt – auch die Wiederrichtung eines derartigen Objektes ermöglicht. Für diesen Fall sowie für größere Erweiterungen von bestehenden Wohnobjekten wurde auch eine "Standortabgabe" als Beitrag zu den Kosten der Verkehrserschließung vorgesehen.

Im Verfahren zur Änderung örtlicher Raumordnungsprogramme wurden der Inhalt der Verständigung der Nachbargemeinde und der Interessenvertretungen erweitert, sowie die Mindestanforderungen hinsichtlich der Planungsgrundlagen dargestellt. Verdeutlicht wurden auch die Verfahrenserleichterungen bei Vorliegen eines verordneten Entwicklungskonzeptes bzw. Teilen davon sowie bei bereits laufenden Überarbeitungen von überörtlichen Raumordnungsprogrammen.

*Manfred Wiener  
Daniel Raffling*



## **VERKEHRSRECHT - MOTORRADFAHREN IST SCHUTZKLEIDUNG PFLICHT?**

Vor genau einem Jahr (Newsletter 04/2014) berichteten wir, dass der OGH erstmals in seiner Rechtsprechung die Obliegenheit zum Tragen eines Fahrradhelms bejaht hat (vgl. OGH 27.8.2014, 2 Ob 135/04y zur Helmobligenheit für sportlich ambitionierte Radfahrer). Im aktuellen Urteil vom 12.10.2015 (2 Ob 119/15m) nimmt der OGH nunmehr die Motorradfahrer "ins Visier" und hat entschieden, dass diese eine Obliegenheit zum Tragen geeigneter Schutzkleidung im Straßenverkehr trifft (beispielsweise ein mit Protektoren hinterlegtes Gore-Tex-Material oder eine Lederkombi). Kein Thema bei Motorradfahrern ist hingegen der Helm, denn dieser ist, im Gegensatz zum Radhelm, gesetzlich vorgeschrieben (vgl. § 106 Abs. 7 Kraftfahrzeuggesetz). Was allerdings

das Tragen von Motorradschutzkleidung anbelangt, gibt bis dato keine gesetzliche Verpflichtung. Trotz Fehlens einer gesetzlichen Pflicht hat der OGH (anders als die Vorinstanzen) entschieden, dass Motorradfahrer selbst auf kurzen Strecken die Obliegenheit zum Tragen entsprechender Schutzkleidung trifft. Ansonsten könne dem Unfallopfer ein Mitverschulden im Sinne des § 1304 ABGB an den Verletzungsfolgen des Verkehrsunfalls zur Last gelegt werden, auch wenn der Verkehrsunfall an sich nicht verschuldet wurde.

Im Anlassfall kam der Kläger mit seinem Motorrad auf einer Landstraße zu Sturz, als er gerade eine Fahrzeugkolonne überholen wollte. Das Alleinverschulden am Unfall lag eindeutig beim Unfallgegner, einem aus der Kolonne ausscherenden PKW-Lenker. Der Kläger erlitt durch den Sturz schwere Verletzungen, darunter tiefe Abschürfungen, die bei Tragen geeigneter Schutzkleidung nicht eingetreten wären. Stattdessen trug der Kläger an jenem warmen Junitag lediglich eine kurze Hose, ein T-Shirt, Arbeitsschuhe und einen Motorradhelm. Der Kläger war offenbar der Ansicht, dass seine leichte Bekleidung angesichts der kurzen Wegstrecke von einem Fischteich nach Hause (ca. 5 km) ausreichend sei. Der OGH sah das anders und argumentiert ganz im Sinne seines "Fahrradhelm-Urteils" vom 12.10.2015. So hält der OGH fest, dass in Österreich bereits ein allgemeines Bewusstsein der beteiligten Kreise bestehe, wonach ein einsichtiger und vernünftiger Motorradfahrer wegen der erhöhten Eigengefährdung geeignete Schutzkleidung trägt. Dies gelte auch für Kurzfahrten mit dem Motorrad, da auch bei Kurzstrecken hohe Geschwindigkeiten (im Anlassfall waren es ca. 100 km/h) erreicht werden können. Konkret stellt der OGH auf eine Onlinebefragung des Kuratoriums für Verkehrssicherheit im September 2008 ab, wonach nur etwa 17,6 Prozent aller Motorradlenker keine Schutzkleidung tragen würden. In diesem Sinne hat der OGH ein Mitverschulden des klagenden Motorradfahrers bejaht und seinen - an sich berechtigten - Schmerzensgeldanspruch wegen des Nichttragens von Motorradschutzkleidung gekürzt.

Die vom OGH statuierte Obliegenheit zum Tragen von Motorradschutzkleidung ist nur zu begrüßen. Um das Kind beim Namen zu nennen dürfte sowieso nur derjenige auf Motorradschutzkleidung verzichten, der nicht klar bei Verstand ist.

*Frank Reiser*

## IMPRESSUM

**Herausgeber, Medieninhaber und Verleger:**  
PFLAUM KARLBERGER WIENER OPETNIK Rechtsanwälte  
A-1010 Wien, Nibelungengasse 1  
T: +43 1 587 63 68  
F: +43 1 586 78 08  
E: [pkp@pkp-law.at](mailto:pkp@pkp-law.at)  
H: [www.pkp-law.at](http://www.pkp-law.at)

**Für den Inhalt verantwortlich:**  
Manfred Wiener

**Fotos:**  
Roland Unger, Andreas Buchberger, Manfred Wiener

## HINWEIS

Unsere Beiträge wurden sorgfältig ausgearbeitet, können jedoch im Einzelfall individuelle Beratung nicht ersetzen. Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit.  
Falls sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten wollen, können Sie sich über unsere eMailadresse [pkp@pkp-law.at](mailto:pkp@pkp-law.at) abmelden.  
Adressänderungen, Anregungen, Wünsche und Beschwerden richten Sie bitte an [pkp@pkp-law.at](mailto:pkp@pkp-law.at)