



## EDITORIAL

LIEBE LESERINNEN, LIEBE LESER!

In unserem aktuellen Newsletter 2/2016 finden Sie Beiträge aus dem Bau- und Bauvertragsrecht, dem Wohnrecht, dem Mietrecht und dem Immobilienrecht.

Einleitend erwartet Sie jedoch ein Beitrag zum großen Thema der letzten Monate: Die Bundespräsidentenwahl – und insbesondere die Aussagen mancher Kandidaten – haben Peter Karlberger dazu veranlasst, sich unter dem Titel "Was kann der Bundespräsident?" mit den Kompetenzen des Staatsoberhauptes zu befassen. Dieser Beitrag ist am 6. Mai 2016 auch bereits in der Tageszeitung "Die Presse" erschienen und wurde für diesen Newsletter geringfügig adaptiert.

Manfred Wiener erläutert eine insbesondere für Ziviltechniker, die als Sachverständige tätig sind, wichtige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 28.4.2016: Wenn ein Gerichtssachverständiger den Prozessverlust durch ein unrichtiges Gutachten (in diesem Fall zu Planungsleistungen) verschuldet hat, haftet er der unterlegenen Partei für den Schaden. Eine andere Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Kooperationspflicht des Werkbestellers bei Mängelbehebungsarbeiten ist Gegenstand des Beitrages von Wilfried Opetnik.

Mit 1.1.2016 ist das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz nach 10-jähriger Übergangsfrist nunmehr in vollem Umfang in Kraft getreten. Petra Rindler und Madeleine Buric machen darauf aufmerksam, dass nunmehr auch Altbauten grundsätzlich barrierefrei zu gestalten sind.

Änderungen einer Raumwidmung von Büro in Wohnung oder umgekehrt führen zu verwaltungs- und zivilrechtlichen Fragestellungen, die Peter Karlberger und Stefanie Oswald in ihrem Beitrag für Sie zusammenfassen. Christoph Henseler und Martina Landauer beschäftigen sich mit Fragen der Haftung des Wohnungseigentumsorganisators für den Bauzustand.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot ist ein beliebtes Instrument zur Sicherung von Familienvermögen. Mit der Eintragung im Grundbuch soll eine "dingliche Wirkung" gegenüber jedermann erreicht werden. Für welchen Personenkreis diese Eintragung im Grundbuch möglich ist, beleuchtet Frank Reiser anhand einer aktuellen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes.



### Verfassungsrecht

Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Bundespräsidentenwahl 2016  
*Peter Karlberger*

### Zivilrecht

Haftung des Gerichtsgutachters für falsches Gutachten  
*Manfred Wiener*

### Bauvertragsrecht

Kooperationspflicht des Werkbestellers bei Mängelbehebungsarbeiten  
*Wilfried Opetnik*

### Baurecht

Barrierefreiheit per 1.1.2016 – Eine Frage der Zumutbarkeit  
*Petra Rindler, Madeleine Buric*

### Wohnrecht

Büro oder Wohnung?  
*Peter Karlberger, Stefanie Oswald*

### Wohnrecht

Wohnungsverkauf im Altbau – Haftung für den Bauzustand des Hauses  
*Christoph Henseler, Martina Landauer*

### Immobilienrecht

Veräußerungs- und Belastungsverbot  
*Frank Reiser*

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 und erholsamen Sommer.

*Hannes Pflaum* ■



## WAS KANN DER BUNDESPRÄSIDENT?

### VERFASSUNGSRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN ANLÄSSLICH DER BUNDESPRÄSIDENTENWAHL

Der österreichische Bundespräsident kann gemäß Art. 70 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929) den Bundeskanzler und/oder die gesamte Bundesregierung entlassen. Er kann dies jederzeit und nach eigenem Gutdünken tun, ohne jemanden fragen zu müssen oder auf den Vorschlag eines anderen Staatsorganes angewiesen zu sein. Auf Vorschlag einer von ihm nach eigenem Ermessen ernannten (neuen) Regierung kann er in weiterer Folge gemäß Art. 29 B-VG sogar den Nationalrat auflösen, was zwingend Neuwahlen zur Folge hat. Bei diesen Neuwahlen können sich die Mehrheitsverhältnisse im Nationalrat durchaus im Sinne einer vom Bundespräsidenten präferierten Parteienkonstellation verschieben, sodass dem Präsidenten danach eine "willfährige" Regierung gegenübersteht.

Dass diese Befugnisse von den Bundespräsidenten in der Nachkriegszeit nicht ausgeübt wurden, hängt vor allem mit der politischen Landschaft in Österreich zusammen. De facto teilen sich ÖVP und SPÖ die Macht seit 1945. Hatten ÖVP und SPÖ aber noch bis vor einigen Jahren zusammen rund 90 Prozent oder zumindest eine satte Zweidrittel-Mehrheit im Nationalrat, so kommen sie heute gemeinsam kaum noch auf 50 Prozent. Die Bundespräsidenten wiederum kamen bisher stets aus dem Lager einer der beiden Großparteien.

Ein von einer dieser beiden Parteien nominierter Bundespräsident hatte naturgemäß keine Veranlassung, mithilfe seines Entlassungs- bzw. Auflösungsrechtes in die Befugnisse der Regierung und/oder des Nationalrates einzugreifen. Gehörten der Bundespräsident und der Bundeskanzler der gleichen Partei an, dann bestand ohnehin kein Anlass zur Konfrontation auf Verfassungsebene. Gehörten die Präsidenten der jeweils anderen Großpartei an, dann mussten sie bei Ausübung ihrer diesbezüglichen Befugnisse damit rechnen, dass der nächste Bundespräsident, der dann möglicherweise der anderen Partei angehörte, dies – quasi als Revanche - ebenfalls tun würde. Die Exponenten der beiden Großparteien hielten sich daher an einen stillschweigenden "Nichtangriffspakt" und beschränkten sich auf die Rolle des "Staatsnotars".

Ein unabhängiger oder einer anderen Partei zugehöriger Bundespräsident hätte jedoch keinen Grund, sich in der Ausübung seiner verfassungsmäßigen Rechte zu beschränken. Die Rücksichtnahme auf den langfristigen Machterhalt der beiden (ehemaligen) Großparteien ÖVP und SPÖ würde in seinen Überlegungen keine Rolle spielen. Insofern wäre die Entlassung der Bundesregierung und/oder die Auflösung des Nationalrates durch einen solchen Bundespräsidenten keine bloß theoretische Möglichkeit mehr, sondern ein durchaus realistisches Szenario. Was bedeutet dies aber für die Innen- und Außenpolitik unseres Landes?

Die Entlassung der Regierung und/oder die Auflösung des Nationalrates mag zunächst wegen des dadurch ausgelösten vorzeitigen Wahlkampfes mit einem vorübergehenden Stillstand in Verwaltung und Gesetzgebung verbunden sein. Dies wäre als Preis einer demokratischen Staatsordnung in Kauf zu nehmen. Im Übrigen bedeutet die Befugnis des Bundespräsidenten zur Entlassung der Regierung aber gar nicht, dass es im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen Bundespräsidenten und Bundeskanzler/Regierung unweigerlich zu deren Entlassung kommen muss. Viel wahrscheinlicher wäre der Fall, dass die Regierung, vom Bundespräsidenten vor die Wahl gestellt, eine von ihm vorgegebene "Richtlinie" zu befolgen oder abzutreten, schon aus Rücksicht auf den eigenen Machterhalt einlenken und sich dem Wunsch des Bundespräsidenten fügen würde.

Damit gewinnt der Bundespräsident aber eine nicht nur für österreichische Verhältnisse geradezu unglaubliche Machtfülle. Er kann die Vollziehung nach eigenem Gutdünken lenken und kontrollieren und seinen Willen – notfalls durch Androhung der Entlassung – auch gegen den Willen der Bundesregierung

durchsetzen. Sollte es sich um einen tatsächlich "unabhängigen", also keiner politischen Partei zugehörigen Amtsträger handeln, dann wäre er nicht einmal dem Korrektiv einer parteiinternen, kollektiven Willensbildung unterworfen.

Bei aller gebotenen Zurückhaltung in der Wortwahl erinnert ein solches Szenario tatsächlich an die diktatorischen Machtstrukturen eines Führerstaates. Das österreichische Staatsoberhaupt wäre so gesehen sogar mächtiger als der Präsident der USA. Während diesem nämlich gemäß dem System der "Checks and Balances" ein von der Regierung unabhängiger Kongress/Senat gegenübersteht, werden in Österreich die Gesetze de facto ebenfalls von der Regierung "gemacht". Die weitaus überwiegende Mehrzahl aller Gesetzesentwürfe stammt aus den einzelnen Fachministerien und nicht etwa aus dem Parlament bzw. von den dafür laut Verfassung eigentlich zuständigen Nationalratsabgeordneten. Der Beschluss im Ministerrat, einen bestimmten Gesetzesentwurf ins Parlament zu schicken, bedeutet in der Praxis, dass die tatsächliche Gesetzwerdung nur mehr eine Frage der Zeit ist. Verfügt die jeweilige Regierung, wie dies normalerweise der Fall ist, über eine Mehrheit im Parlament, dann ist die entsprechende Beschlussfassung im Nationalrat und im Bundesrat aufgrund des zwar ungeschriebenen, in der sogenannten österreichischen "Realverfassung" aber existenten und von den jeweiligen Klubobleuten beinhaltet exekutierten "Klubzwanges" nur noch Formsache. Infolge dieser verfassungswidrigen Praxis entscheiden nämlich nicht die einzelnen, demokratisch gewählten Abgeordneten nach bestem Wissen und Gewissen, sondern deren Parteien als solche nach parteipolitischen Erwägungen über das Abstimmungsverhalten der einzelnen Parlamentarier – ein glatter Widerspruch zu dem in Artikel 56 B-VG verankerten freien Mandat.

Es zeigt sich somit, dass unsere demokratische, der Gewaltentrennung verpflichtete Verfassung bislang nur deshalb "funktioniert" hat, weil die Bundespräsidenten ihre verfassungsmäßigen Befugnisse nicht ausgeübt haben. Würden sie dies nämlich tun, dann könnten sie aufgrund ihrer auf Artikel 70 B-VG (Entlassung der Regierung) und Artikel 29 B-VG (Auflösung des Nationalrats) beruhenden "faktischen Richtlinienkompetenz" sowohl auf die Vollziehung als auch auf die Gesetzgebung unmittelbar Einfluss nehmen, zumal die mit der Entlassung der Regierung bedrohte(n) Mehrheitspartei(en) mithilfe des Klubzwanges im Regelfall dafür sorgen würde(n), dass die Wünsche des Bundespräsidenten auch im Bereich der Gesetzgebung umgesetzt werden.

Bricht nun ein neuer Bundespräsident mit diesen Usancen und beendet die freiwillige Selbstbeschränkung, wie dies im Wahlkampf von mehreren Kandidaten angekündigt worden ist, dann müsste dem freien Mandat als dem von der Verfassung vorgesehenen Gegengewicht zu dieser überaus großen Machtkonzentration zum Durchbruch verholfen werden, und zwar durch Abschaffung oder zumindest weitgehende Einschränkung des verfassungswidrigen Klub- oder Fraktionszwanges. Andernfalls besteht die reale Gefahr, dass die demokratische Bundesrepublik Österreich in Zukunft de facto von einer einzigen, nahezu autokratisch herrschenden Person geführt wird.

*Peter Karlberger* ■



## ZIVILRECHT

### HAFTUNG DES GERICHTSGUTACHTERS FÜR PROZESSVERLUST

Wenn ein Gerichtssachverständiger den Prozessverlust durch ein unrichtiges Gutachten verschuldet, haftet er der unterlegenen Partei für den Schaden.

Aufgrund eines unrichtigen Gutachtens des beklagten Gerichtssachverständigen wurde die Klägerin in einem Vorverfahren zu einer Zahlung an einen Dritten verpflichtet. Der Beklagte hatte in seinem Gutachten Planungsleistungen zu beurteilen. Er zog dazu einen elektronischen Plan in einem falschen Datenformat heran, dem die Informationen, die erforderlich gewesen wären, gar nicht zu entnehmen waren. Dem Beklagten hätte auffallen müssen, dass auf dieser Basis keine nachvollziehbare und schlüssige Begutachtung möglich ist. Bei der Erörterung des Gutachtens versuchte die selbst fachkundige Klägerin erfolglos, dessen Mängel aufzuzeigen. Weiters legte sie unmittelbar vor der letzten Tagsatzung ein Privatgutachten vor, das vom Gericht aber nicht berücksichtigt wurde.

Im vorliegenden Verfahren beehrte die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz. Die Vorinstanzen rechneten der Klägerin ein Mitverschulden im Ausmaß von 25% an, weil sie ihrer Ansicht nach im Vorverfahren früher ein Privatgutachten vorlegen hätte können. Der OGH gab der Klage mit seiner Entscheidung vom 28.4.2016 ohne Anrechnung eines Mitverschuldens statt.

Nach Ansicht des OGH hat sich aus den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts deutlich ergeben, dass die nunmehrige Klägerin stets Zweifel an der Richtigkeit der Darlegungen des Beklagten als Sachverständigen geäußert hat. Der Klägerin wäre nicht vorzuwerfen, das eingeholte Privatgutachten erst nach dem (erfolglosen) Versuch, den Beklagten im Rahmen der Gutachtenserörterung zu einer Revidierung seiner Schlussfolgerungen zu bewegen, vorgelegt zu haben. Es sei kein sorgloses Vorgehen in eigenen Angelegenheiten darin zu erblicken, dass sie erst nach dem erfolglosen Erörterungsversuch ein Privatgutachten eingeholt und dem Prozessgericht vorgelegt hat. Der Klägerin ist somit keine im Verhältnis zu der Sorglosigkeit des Beklagten (der trotz zahlreicher Hinweise die Unzulänglichkeit der Gutachtensgrundlagen und sein Unvermögen zur Auswertung aussagekräftiger Unterlagen nicht offengelegt hat, sondern vielmehr auf der Richtigkeit seines Gutachtens beharrt hat) ins Gewicht fallende Nachlässigkeit vorzuwerfen. Es steht daher der Ersatz des gesamten Betrags zu (OGH 28.4.2016, 1 Ob 17/16f).

*Manfred Wiener* ■



## BAUVERTRAGSRECHT

### KOOPERATIONSPFLICHT DES WERKBESTELLERS BEI MÄNGELBEHEBUNGSARBEITEN?

Umbauten im Bestand haben die Eigenheit, sich mit fortschreitender Zeit zu komplexen Bauvorhaben zu entwickeln, an deren Umsetzung letztendlich mehrere Unternehmen beteiligt sind. Wenn nach Abschluss derartiger Umbaumaßnahmen Schäden zu Tage treten, die auf Ausführungsmängel der beteiligten Unternehmen zurückzuführen sind, kann sich die Frage stellen, inwieweit der Werkbesteller von sich aus aktiv mitwirken muss, um die Mängelbehebung durch die jeweils Gewährleistungsverpflichteten zu bewerkstelligen bzw. erst zu ermöglichen.

In einer jüngst ergangenen Entscheidung hatte der Oberste Gerichtshof darüber zu urteilen, ob dem Werkunternehmer der ungekürzte Werklohnanspruch zusteht, wenn der Werkbesteller die Mängelbehebung durch ungenügende Kooperation und/oder Stellung ungerechtfertigter Bedingungen verhindert (3 Ob 213/15t). Der Werkunternehmer hatte Vollwärmeschutz- und Malerarbeiten am Gebäude des Werkbestellers zu erbringen, die letztendlich mit Ausführungsmängeln behaftet waren. Bei der Behebung dieser Mängel war der Werkunternehmer davon abhängig, dass andere Professionisten entsprechende Vorarbeiten erbringen. Bei dieser Konstellation urteilte das Höchstgericht dahingehend, dass der Werkbesteller zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verliert, d.h. den Werklohn nicht länger zurückbehalten darf, jedoch berechtigt ist, vom restlichen Werklohn den fiktiven Mängelbehebungsaufwand im Sinne des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB abzuziehen.

Der Oberste Gerichtshof unterstrich, dass Verbesserungsansprüche nichts anderes seien, als in besonderer Gestalt erhalten gebliebene Erfüllungsansprüche und letztendlich zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes führen sollen. Daher könne von einem zur Verbesserung verpflichteten Werkunternehmer nicht mehr verlangt werden, als das, wozu er sich im Werkvertrag verpflichtet habe. Wenn daher zur Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten Vor- und auch Nacharbeiten durchzuführen sind, ist es Aufgabe des Werkbestellers dafür Sorge zu tragen, dass dem zur Mängelbehebung bereiten Werkunternehmer die Vornahme der Verbesserung auch tatsächlich ermöglicht wird. Natürlich sind dem Werkbesteller allenfalls dadurch entstehende Kosten als Mangelfolgeschäden im Wege des Schadenersatzes zu ersetzen, wenn den Werkunternehmer ein Verschulden trifft. Der Werkbesteller hat aber seinerseits alle Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zu ergreifen, damit der zur Verbesserung bereite Werkunternehmer an der Mängelbehebung nicht gehindert wird.

Sollte der Werkbesteller - wie im Anlassfall - rechtsirrig davon ausgehen, für die Organisation der für die Mängelarbeiten notwendigen Vor- und Nacharbeiten nicht zuständig zu sein, bedeutet dies jedoch nicht den gänzlichen Verlust auf Ersatz der Mängelbehebungskosten. Der mangelhaft leistende Werkunternehmer soll in diesem Fall mit jenem Verbesserungsaufwand belastet bleiben, der ihn getroffen hätte, wenn ihm die "Chance zur zweiten Andienung (Vorrang der Verbesserung)" eingeräumt worden wäre.

Für die unternehmerische Praxis bedeutet dies, dass dem gewährleistungsverpflichteten Werkunternehmer in der Regel das Recht zur Verbesserung eingeräumt werden muss und allfällige zur Ermöglichung der Mängelbehebung notwendigen Vor- und Nacharbeiten vom Werkbesteller zu organisieren sind, der die damit im Zusammenhang stehenden Kosten aus dem Titel des Schadenersatzes ersetzt verlangen kann. Der Werkunternehmer wiederum muss sich vom restlich aushaftenden Werklohn jenen Betrag in Abzug bringen lassen, den er sich infolge des Unterbleibens der Mängelbehebungsarbeiten erspart hat, sohin jenen fiktiven Mängelbehebungsaufwand, der ihm entstanden wäre, wenn er die von ihm zu vertretenden Gewährleistungsmängel ordnungsgemäß verbessert hätte.



## BAURECHT

### BARRIEREFREIHEIT PER 1.1.2016 – EINE FRAGE DER ZUMUTBARKEIT

Am 1.1.2016 ist das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) nach 10-jähriger Übergangsfrist in vollem Umfang in Kraft getreten, sodass nunmehr sowohl "Altbauten" als auch "Neubauten" (Baubewilligung ab dem 1.1.2006) grundsätzlich barrierefrei zu gestalten sind. Das BGStG regelt ganz allgemein die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen, wobei bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung sowie andere gestaltete Lebensbereiche dann barrierefrei sind, wenn sie für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind.



Ob und wie weit ein Lebensbereich barrierefrei zu gestalten ist, ist im Rahmen einer Zumutbarkeitsprüfung im Sinne des § 6 BGStG zu beurteilen. Es liegt dann keine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Gesetzes vor, wenn die Beseitigung insbesondere von Barrieren rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen unzumutbar wäre. Die Verhältnismäßigkeit von Belastungen ist im Einzelfall detailliert zu prüfen. Eine rechtliche Unmöglichkeit/Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Beseitigung von Barrieren besteht nach den Gesetzesmaterialien beispielsweise dann, wenn der Einbau einer

Rampe an der Vorderfront eines Gebäudes denkmalschutzrechtlich untersagt ist. Bei der Prüfung, ob eine Belastung unverhältnismäßig ist, sind gemäß § 6 Abs 2 BGStG insbesondere nachstehende Aspekte zu berücksichtigen:

- der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand
- die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der eine Diskriminierung bestreitenden Partei
- Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Maßnahmen
- die zwischen dem Inkrafttreten des BGStG (1.1.2006) und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit
- die Auswirkung der Benachteiligung auf die allgemeinen Interessen des durch das BGStG geschützten Personenkreises
- beim Zugang zu Wohnraum der von der betroffenen Person darzulegende Bedarf an der Benutzung der betreffenden Wohnung

Selbst wenn eine unverhältnismäßige Belastung vorliegt, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob nicht durch zumutbare Maßnahmen ein Zustand hergestellt werden kann, der eine maßgebliche Verbesserung der Situation der betroffenen Person im Sinne einer größtmöglichen Annäherung an eine Gleichbehandlung darstellt. Mit anderen Worten sind zumindest jene zumutbaren Maßnahmen zu setzen, die einen "behindertenfreundlichen" Zustand herbeiführen.

Neben dem BGStG sind insbesondere die jeweiligen Bestimmungen der landesrechtlichen Bauordnungen sowie die diese konkretisierenden Verordnungen, gemäß welchen diverse ÖNORMEN und OIB-Richtlinien für rechtsverbindlich erklärt werden, einzuhalten. Den landesrechtlichen Bestimmungen ist zu entnehmen, welche Bauwerke in welcher Form barrierefrei auszugestalten sind. In erster Linie sind Bauwerke für öffentliche Zwecke (zB Behörden, Ämter) und für Bildungszwecke, Banken, Kirchen Gesundheits-

und Sozialeinrichtungen etc. barrierefrei zu gestalten. Grundsätzlich ist aber auch der Bereich "Wohnen" vom Anwendungsbereich des BGStG umfasst, wenn eine Wohnung öffentlich angeboten wird, dh wenn sich dieses Angebot an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet. Dies ist dann der Fall, wenn eine Wohnung mittels Inserat im Internet oder Printmedien, durch Makler oder auch durch einen Anschlag am sogenannten "Schwarzen Brett" vermietet oder verkauft werden soll. Werden Mieter oder Käufer für den Wohnraum demgegenüber ausschließlich im Privatbereich gesucht, kommt das BGStG nicht zur Anwendung.

Bei der Errichtung von Bauwerken bzw. der Beurteilung der Barrierefreiheit von bestehenden Bauwerken sind sohin die Vorschriften des BGStG und insbesondere die oben näher bezeichneten landesgesetzlichen Regelungen einzuhalten. Abgesehen davon, dass die Übergangsfristen für Altbauten per 1.1.2016 abgelaufen sind, haben sich hinsichtlich der Barrierefreiheit zum Jahreswechsel keine wesentlichen Änderungen ergeben.

*Petra Rindler, Madeleine Buric* ■





## BÜRO ODER WOHNUNG?

### VERWALTUNGS- UND ZIVILRECHTLICHE VORAUSSETZUNGEN EINER WIDMUNGSÄNDERUNG

Stellen Sie sich vor, Sie möchten eine Eigentumswohnung erwerben, die derzeit als Büro gewidmet ist, diese aber hauptsächlich für Wohnzwecke nutzen. Dann müssen Sie prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Widmung geändert werden kann, ob dafür die Zustimmung aller Miteigentümer notwendig ist und ob Sie unter Umständen eine solche Zustimmung erzwingen können.



Zunächst ist zwischen der baurechtlichen Widmung einerseits und der zivilrechtlichen (WEG-) Widmung andererseits zu unterscheiden. Die baurechtliche Widmung richtet sich nach dem letztgültigen bewilligten Bauplan, während sich die zivilrechtliche Widmung nach der privatrechtlichen Einigung zwischen den Miteigentümern richtet.

In § 60 Abs 1 lit c Bauordnung für Wien (Wr BauO) ist festgelegt, dass jede Änderung der bewilligten Raumwidmung bewilligungspflichtig ist. Die Literatur schränkt die Bewilligungspflicht von Raumwidmungsänderungen auf jene Fälle ein, in welchen an die neue Widmung andere Anforderungen gestellt werden als an die alte Widmung. An eine Wohnung werden gemäß § 119 Wr BauO andere Anforderungen gestellt als an ein Büro. Nützt man die

Eigentumswohnung hingegen zum Teil weiterhin als Büro, liegt begrifflich keine Änderung der Raumwidmung vor. Um eine solche handelt es sich nämlich nur dann, wenn die Wohnung regelmäßig und ausschließlich in einer Weise verwendet wird, die der vorliegenden Widmung widerspricht.

Die für die Bewilligung der Umwidmung zuständige Behörde ist gemäß § 132 Abs 1 Wr BauO der Magistrat (MA 37). Gemäß § 62 Abs 1 Z 4 Wr BauO reicht für Umwidmungen, die Wohnungen betreffen, eine Bauanzeige nicht aus. Wird die Umwidmung ohne Baubewilligung vorgenommen und auch keine nachträgliche Bewilligung erwirkt, kann die Baubehörde gegebenenfalls Aufträge an den Wohnungseigentümer der betroffenen Nutzungseinheit richten. Übertretungen der Bauordnung werden mit einer Geldstrafe in Höhe von bis zu € 21.000,-- geahndet.

In zivilrechtlicher Hinsicht kommt es für die Frage der Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts grundsätzlich auf die vertragliche Einigung der Miteigentümer an. Die Miteigentümer dürfen dabei keine Einigung treffen, die den verwaltungsrechtlichen Vorgaben im Flächenwidmungs- und Bebauungsplan widerspricht. In § 16 Abs 2 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) wird unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht des Wohnungseigentümers auf die Vornahme von Änderungen - einschließlich Widmungsänderungen - festgelegt. Die herrschende Meinung geht jedoch davon aus, dass dem Wohnungseigentümer dadurch kein unmittelbares Recht auf eine (Widmungs-)änderung eingeräumt wird, sondern nur die Voraussetzungen festgelegt werden, unter welchen die übrigen Wohnungseigentümer die Zustimmung zu einer Änderung nicht verweigern dürfen.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 5 Ob 226/98s vom 15.12.1998 ausgeführt, dass es sich bei der Widmungsänderung von einem Büro in eine Wohnung um eine zustimmungs- bzw. bewilligungspflichtige Umwidmung handelt, weil schutzwürdige Interessen der Miteigentümer davon betroffen sein können. Die Zustimmung der Mehrheit der Miteigentümer ist dabei nicht ausreichend, es ist vielmehr die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich. In der Entscheidung 5 Ob 83/11h vom 26.5.2011 hat der OGH festgestellt, dass die Widmungsänderung von Geschäft zu Wohnung grundsätzlich zulässig ist und die Miteigentümer ihre Zustimmung somit nicht verweigern dürfen.

Ist die Zustimmung eines oder mehrerer Miteigentümer nicht zu erlangen, kann die Zustimmung durch eine Entscheidung des Außerstreitrichters gemäß § 16 Abs 2 iVm. § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden. Zuständig ist gemäß § 52 Abs 1 WEG das für Zivilrechtssachen zuständige Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Liegenschaft gelegen ist.

*Peter Karlberger, Stefanie Oswald* ■



## WOHNRECHT

### WOHNUNGSVERKAUF IM ALTBAU HAFTUNG FÜR DEN BAUZUSTAND DES HAUSES

Der Verkauf von Wohnungen in einem "Althaus" ist einer strengen gesetzlichen Regelung unterworfen. Hält der Wohnungseigentumsorganisator diese nicht ein, so haftet er als Verkäufer zehn Jahre lang für Schäden an den allgemeinen Teilen (z.B. Keller, Außenfassade, Dachboden, Stiegenhaus) der Liegenschaft bzw. des Hauses.

Gemäß § 37 Abs. 4 WEG 2002 haben die Wohnungseigentumsorganisatoren vor oder mit der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als zwanzig 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 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 Miteigentumsanteil, mit dem Wohnungseigentum verbunden 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 darin beschriebenen Bauzustand. Erfolgt keine Einbeziehung eines solchen Gutachtens in den Kaufvertrag oder entspricht es nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, gilt ein Erhaltungszustand des Hauses als vereinbart, der in den nächsten zehn Jahren keine größeren Erhaltungsarbeiten erfordert.

Die Regelung des § 37 Abs. 4 WEG 2002 ist vertraglich nicht abdingbar und sieht einen speziellen Schutzmechanismus vor, der bei Wohnungseigentumsbegründung im "Althaus" den Wohnungseigentumsbewerber vor der nicht ausreichenden Berücksichtigung der anstehenden Kosten für Erhaltungsmaßnahmen bei der Kaufpreisbemessung bewahren soll. Um die zehnjährige Haftung für Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen auszuschließen, hat der Wohnungseigentumsorganisator sohin ein Gutachten zugrunde zu legen, das nicht älter als ein Jahr ist und Auskunft über die in absehbarer Zeit notwendig werdenden Erhaltungsarbeiten gibt. Als "absehbare Zeit" wird ein Zeitraum von zehn Jahren (ab Kaufvertragsabschluss) angesehen. Das Gutachten hat die Erhaltungsarbeiten aufzulisten und ist darüber hinaus mit einer groben Kostenschätzung zu versehen, damit der Erwerber die ihn erwartenden, anteilig treffenden Kosten in Relation zum Kaufpreis der (künftigen) Eigentumswohnung setzen kann.

Ein gesetzliches Gutachten gemäß § 37 Abs. 4 WEG 2002 ist vor oder mit der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum vom Wohnungseigentumsorganisator an den Wohnungseigentumsbewerber zu übergeben. Aus den Gesetzesmaterialien ist ersichtlich, dass auch bei einem nach bereits erfolgter Begründung vorläufigen Wohnungseigentums abgeschlossenen Kaufvertrag über ein Wohnungseigentumsobjekt zwischen dem Alleineigentümer und einem Kaufinteressenten das betreffende Gutachten zugrunde zu legen ist. Weiters, wenn eine Eigentümergemeinschaft nur aus dem Wohnungseigentumsorganisator und einem Strohmann ("Gründungshelfer") gebildet und sodann ein Wohnungseigentumsobjekt entweder vom Wohnungseigentumsorganisator oder dem mit ihm familiär oder wirtschaftlich verbundenen Gründungshelfer verkauft wird.

Aus den Gesetzesmaterialien geht somit hervor, dass sich der Schutzzweck dieser Bestimmung ausschließlich auf jenen Zeitraum beschränkt, in welchem erstmalig Wohnungseigentum begründet wird.

Demnach wäre nur der erste "fremde" Erwerber von Wohnungseigentum geschützt und wäre nur bei diesem ein solches Gutachten zugrunde zu legen. Die Frage, ob die Bestimmung des § 37 Abs. 4 WEG 2002 auch auf Kaufverträge anwendbar ist, die vom Wohnungseigentumsorganisator (auch mehrere Jahre) nach Wohnungseigentumsbegründung abgeschlossen werden, war bis vor kurzem unklar.

Die Entscheidung des OGH vom 26.4.2016 (GZ 6 Ob 56/16b) geht erstmalig – wenn auch nur kurz – auf diese Frage ein und erweitert den Schutzzweck der Bestimmung des § 37 Abs. 4 WEG 2002: Demnach sollen nicht bloß die ersten Wohnungseigentumsbewerber geschützt werden, sondern auch alle späteren Erwerber bzw. Wohnungseigentümer, die direkt vom Wohnungseigentumsorganisator eine Wohnung kaufen. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Rechtsprechung weiterentwickelt. Zur Vermeidung einer langjährigen Haftung ist es für einen Wohnungseigentumsorganisator jedenfalls ratsam, auch bei späteren Verkäufen in einem "Althaus" dem Kaufvertrag ein den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechendes Gutachten beizulegen.

*Christoph Henseler, Martina Landauer* ■



## IMMOBILIENRECHT

### VERÄUSSERUNGS- UND BELASTUNGSVERBOT EINTRAGUNG INS GRUNDBUCH NICHT FÜR JEDEN

Mit einem sogenannten Belastungs- und Veräußerungsverbot ("BVV") soll sichergestellt werden, dass über eine Immobilie nicht ohne vorherige Zustimmung einer bestimmten Person (dem "Verbotsberechtigten") verfügt wird. Ein "BVV" soll den Eigentümer somit daran hindern die Immobilie ohne vorherige (beglaubigt unterfertigte) schriftliche Zustimmung des Verbotsberechtigten zu belasten oder diese zu verkaufen. Die Einräumung eines "BVV" erfolgt mittels eines Vertrages oder Testaments. Die Besonderheit liegt nun darin, dass ein solches, schuldrechtlich eingeräumtes "BVV" für sich alleine den Eigentümer (noch) nicht daran hindert, die Immobilie zu belasten oder zu veräußern - es hat nur sogenannte "obligatorische Wirkung". Der Eigentümer macht sich jedoch gegenüber dem Verbotsberechtigten schadenersatzpflichtig. Wirklich Sinn macht das "BVV" daher erst, wenn dieses auch in das Grundbuch eingetragen wird. In diesem Fall wirkt es nämlich nicht nur "obligatorisch" zwischen den Vertragspartnern, sondern auch "dinglich" gegenüber jedem Dritten. Dies bedeutet, dass eine Veräußerung und Belastung zugunsten eines Dritten bei Verbücherung des "BVV" nicht mehr möglich ist. Eine solche dingliche Wirkung des "BVV" scheint eine österreichische Besonderheit zu sein. Im deutschen Recht kommt einem "BVV" gemäß § 137 S 1 BGB jedenfalls keine dingliche Wirkung zu. Doch auch in Österreich gibt es einen Knackpunkt - das "BVV" kann nämlich nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn es gemäß § 364c ABGB zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern vereinbart wurde bzw. diesem eingeschränkten Personenkreis testamentarisch eingeräumt wird. Zweck dieser Bestimmung ist die Erhaltung des Familienvermögens, weshalb der Oberste Gerichtshof (OGH) über den Wortlaut des Gesetzes hinaus den Anwendungsbereich in seiner Judikatur grundsätzlich auch auf Stiefeltern und Stiefkinder ausgedehnt hat (vgl. RIS-Justiz RS0109934).

In einem aktuellen Urteil vom 16.12.2015 (2 Ob34/15m) hat der OGH nun allerdings entschieden, dass die Eintragung eines "BVV" zugunsten von Stiefmüttern und -vätern nicht in jedem Falle möglich ist. Der OGH hatte hier konkret zu entscheiden, ob der Erbe einer Liegenschaft zugunsten seiner Stiefmutter ein Belastungs- und Veräußerungsverbot ins Grundbuch eintragen lassen muss - so hatte es nämlich der verstorbene leibliche Vater des Erben im Testament verfügt. Zum Leidwesen seiner Stiefmutter zeigte sich der Stiefsohn mit einer entsprechenden Verbücherung des "BVV" jedoch nicht einverstanden. Der folgende Rechtsstreit zwischen Stiefsohn und Stiefmutter landete letztlich vor dem OGH, wobei dieser zugunsten des Stiefsohnes entschied, dass eine Eintragung des "BVV" zugunsten der Stiefmutter ins Grundbuch (in analoger Anwendung des § 364c ABGB) nicht möglich sei. Im konkreten Fall sei die Stiefmutter nämlich nicht die Pflegemutter des Stiefsohnes gewesen und zähle daher nach dem Tod des Ehemanns und (leiblichen) Vaters nicht mehr zu dem nach § 364c letzter Satz ABGB (analog) begünstigten Personenkreis. Auf das Kriterium der Intensität des Zusammenlebens und des Zusammengehörigkeitsgefühl komme es nach Ansicht des OGH dabei nicht an, weil ja einerseits auch Geschwister nicht unter die Privilegierung des § 364c ABGB fallen würden und andererseits Einschränkungen der Freiheit des Liegenschaftsverkehrs nach dem Willen des Gesetzgebers nur in eingeschränktem Umfang möglich sein sollen.

Wer nun denkt, dass die genannte Entscheidung des OGH wenig "spektakulär" ist, täuscht sich womöglich. Zum einen ist schon beachtlich, wie der OGH hier familiäre Bindungen allein durch den Tod des Ehepartners "formaljuristisch" aufbricht, zum anderen hat die Entscheidung möglicherweise auch Konsequenzen z.B. für das Abgabenrecht - in vergleichbaren Konstellationen könnten nämlich im Sinne dieser Entscheidung auch die im Grunderwerbsteuer- und Gerichtsgebührengesetz vorgesehenen Privilegierungen bei Schenkungen an ein Stiefkind entfallen.



## Handbuch des Ziviltechnikerrechts, 2. Auflage

Dieses nunmehr in zweiter Auflage erschienene Werk gibt einen detaillierten Überblick über alle relevanten Bereiche des Ziviltechnikerrechts. Es baut auf dem 1991 erschienenen Buch „Der Architektenvertrag“ von Pflaum/Schima auf und stellt eine wesentliche Erweiterung und Aktualisierung dieses Standardwerkes dar. Hier wurde ein aktuell überarbeitetes und um neue Kapitel ergänztes Handbuch für den Praktiker geschaffen, das auf eine übersichtliche Darstellung ebenso viel Wert legt wie auf profunde Detailinformation.

Neu gestaltete Musterverträge ergänzen die zahlreichen nützlichen Praxistipps.

Preis € 59,- | 2. Auflage | Wien 2015 | 296 Seiten | ISBN 978-3-7007-6157-0

Erhältlich im Verlag LexisNexis

### 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)