

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Mag. G***** R*****, 2. Mag. E***** R*****, beide vertreten durch Gabler Gibel & Ortner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, gegen die beklagte Partei Ing. Mag. W***** S*****, vertreten durch Dr. Michael Meyenburg, M.C.J., Rechtsanwalt in Wien, wegen 31.072,13 EUR (Leistung) und Feststellung (Streitwert 1.000 EUR), Gesamtstreitwert 32.072,13 EUR sA über die Rekurse beider Streitteile gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 23. November 2015, GZ 11 R 45/15s-35, womit das Zwischenurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 8. Jänner 2015, GZ 22 Cg 137/13y-17, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 3. April 2015, GZ 22 Cg 137/13y-27, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Rekurs der klagenden Parteien wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

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 Eigentümer-versammlung 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 über Punkt 1 hinausgehenden Gewährleistungsansprüche gemäß § 37 Abs 4 WEG hafte, die den Klägern aus dem Kaufvertrag vom 27. 8. 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. 8. 2009 erwachsen.

Das **Erstgericht** erkannte mit Zwischenurteil das Leistungsbegehren für dem Grunde nach zu Recht bestehend.

Rechtlich erwog es, dass § 37 Abs 4 WEG gemäß §§ 54 iVm 56 Abs 13 WEG auch auf vor dem 1. 7. 2002 begründete Wohnungseigentumsrechte und die zwischen Wohnungseigentümern, Wohnungseigentumsbewerbern und Wohnungseigentumsorganisatoren untereinander oder mit Dritten geschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden sei. Als Folge für das Unterbleiben der Übergabe eines Gutachtens gemäß § 37 Abs 4 WEG werde der Wohnungseigentumsorganisator gewährleistungspflichtig. Dies gelte auch für die vorliegende Konstellation, in der der Beklagte im Zeitpunkt der Begründung des Wohnungseigentums Alleineigentümer war. Der Erwerberschutz des § 37 Abs 4 WEG solle auch dann zum Tragen kommen, wenn von einem Wohnungseigentumsorganisator und einem Gründungshelfer Wohnungseigentum begründet wurde und dieses dann in weiterer Folge von einem der beiden veräußert werde.

Das Gutachten sei nicht zum Zeitpunkt der Begründung des Wohnungseigentums einzuholen, sondern erst anlässlich der Veräußerung. Aufgrund des sich in der Kostenschätzung manifestierenden Rückstaus an Erhaltungsarbeiten ergebe sich als Auswirkung des gesetzlichen Gewährleistungsanspruchs die Berechtigung einer Leistungsklage.

Das **Berufungsgericht** schloss sich dieser Rechtsansicht mit eingehender Begründung an, hob das Urteil jedoch auf, weil die Feststellungen zu den anstehenden Erhaltungsarbeiten nicht ausreichend seien.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des § 37 Abs 4 WEG 2002 fehle.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs** der Kläger, die die Wiederherstellung des Ersturteils anstreben, sowie der Rekurs des Beklagten, der seine Haftung schon grundsätzlich bestreitet, weil die Kläger die gegenständliche Wohnung von ihm bloß derivativ erworben hätten.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Der Rekurs des Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig, er ist aber nicht berechtigt. Der Rekurs der Kläger ist nicht zulässig.

1. Zum Rekurs des Beklagten:

1.1. Der Oberste Gerichtshof billigt die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung, sodass darauf verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO).

1.2.1. 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 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 (*Feil/Friedl/Bayer*, WEG § 37 Rz 22 mwN). Die Regelung des § 37 Abs 4 WEG 2002 ist vertraglich nicht abdingbar (§ 37 Abs 6 WEG).

1.2.2. Der Inhalt von Satz 3 des § 37 Abs 4 WEG 2002 ist als gesetzlich typisierte Gewährleistungspflicht zu betrachten (*Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG, wobl 2012, 374 [375]). § 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 (*Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ [2013] § 37 WEG Rz 5). 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 (*Dirnbacher*, WEG [2010] 439).

1.3.1. Wohnungseigentumsbewerber ist nach § 2 Abs 6 Satz 1 WEG 2002 derjenige, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von

Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde.

1.3.2. Wohnungseigentumsorganisator ist sowohl der Eigentümer oder außerbücherliche Erwerber der Liegenschaft als auch jeder, der mit dessen Wissen die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder - bei bereits bezogenen Gebäuden - die Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dessen Abwicklung in eigener Verantwortung beteiligt ist (§ 2 Abs 6 WEG 2002).

1.4.1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Bestimmung des § 37 Abs 4 WEG auch auf den hier vorliegenden Fall des sukzessiven Abverkaufs der Wohnungen angewendet. Nach § 3 Abs 2 WEG 2002 kann Wohnungseigentum nur an allen wohnungseigentumstauglichen (nicht anders gewidmeten) Objekten begründet werden; daher muss selbst beim „Abverkauf“ auch nur einer einzigen Wohnung im Wohnungseigentum dieses an allen Objekten begründet werden. Damit wird bei späteren Verkäufen von Wohnungseigentumsobjekten durch den ehemaligen Eigentümer, obwohl die Interessenlage der Neubegründung von Wohnungseigentum durchaus ähnlich ist, Wohnungseigentum nicht mehr „begründet“, sondern formal ein Wohnungseigentumsobjekt wie sonst von einem vorhergehenden Wohnungseigentümer erworben (*Würth*, Gedanken zur Gewährleistung im Wohnrecht, FS Welser 1217 [1227]).

1.4.2. Ausgehend von diesen Überlegungen *Würths* hat *Call* (wobl 2006, 69 [71]) die Auffassung entwickelt, dass der Schutz des einzelnen Wohnungseigentumsbewerbers nach § 37 Abs 4 WEG 2002 nicht mit dem Argument ausgehebelt werden könne, es liege keine sukzessive neue Wohnungseigentumsbegründung,

sondern in Wahrheit bloß derivativer, also abgeleiteter Erwerb von Wohnungseigentum vor.

1.4.3. Zutreffend verweist das Berufungsgericht auch auf das Anliegen des WEG 2002, ein Schutzdefizit zu schließen, das schon nach dem WEG 1975 schlagend werden konnte, nämlich den Einsatz von sogenannten „Gründungshelfern“ (*Hausmann/Vonkilch*, WEG³ § 49 Rz 11). § 49 Abs 2 WEG 2002 versucht Umgehungen der Beschränkungen des vorläufigen Wohnungseigentums zu verhindern, indem Wohnungseigentumsverträge des Organisators mit Personen, mit denen er durch familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden ist, materiell-rechtlich (§§ 46, 47, 49 Abs 1 WEG 2002) dem vorläufigen Wohnungseigentümer gleichgestellt werden (*Würth in Rummel ABGB³ § 49 WEG 2002 Rz 2*). Diese Regelungen zeigen die Absicht des Gesetzgebers, den Wohnungseigentumsbewerber in diesem Zusammenhang weitreichend gegenüber dem Wohnungseigentumsorganisator zu schützen.

1.4.4. Dieser Gesetzeszweck spricht aber gegen die Rechtsansicht des Beklagten, 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 2002 nicht greife (*Call*, wobl 2006, 69 [70 f]).

1.5. § 37 Abs 4 WEG 2002 ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die Notwendigkeit größerer Erhaltungsarbeiten unter Umständen erst mit einer deutlichen Verzögerung manifestiert. Diese Ratio des Gesetzes erfordert,

dass die dreijährige Gewährleistungsfrist erst zu dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem sich - innerhalb von zehn Jahren - für den Erwerber die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens bzw die Erforderlichkeit von „größeren“ Erhaltungsarbeiten zweifelsfrei manifestiert (*A. Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht - WEG § 37 Rz 46a; s auch *Kulka*, Rechtsfragen bei der Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002, wobl 2012, 374 [378 f]; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 37 WEG Rz 16). Aus diesem Grund kann der Gegenansicht von *Würth* (FS Welser 1227), wonach auf den Zeitpunkt der Übergabe abzustellen sei, nicht gefolgt werden.

1.6. Nach § 37 Abs 4 WEG 2002 kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Begründung von Wohnungseigentum, sondern auf den des Abschlusses des Kaufvertrags mit dem Wohnungseigentumsbewerber und dessen Übergabe an (*Würth*, FS Welser 1226). Dies war im vorliegenden Fall der 27. 8. 2009. Zu diesem Zeitpunkt war § 37 Abs 4 WEG 2002 aber bereits in Kraft. Im Übrigen wurde der Gesetzesprüfungsantrag des Beklagten, der darauf gestützt war, im Falle einer rückwirkenden Anwendung des § 37 Abs 4 WEG 2002 liege eine eklatante Ungleichbehandlung vor, vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 2. Juli 2015, G 33/2015-22, mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg abgelehnt.

1.7. Soweit der Beklagte auf den Zwischensachbeschluss des Bezirksgerichts Döbling vom 11. 8. 2015, 9 Msch 22/14v, Bezug nimmt, ist dem zu erwidern, dass dieser Beschluss erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Verfahren erging. Zudem ist dieser Beschluss nicht rechtskräftig und die darin vom Bezirksgericht Döbling allenfalls vertretene

Rechtsansicht für das hier vorliegende Verfahren nicht bindend. Gleiches trifft auf die vom Beklagten zitierte Rechtsmeinung des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramts zu.

1.8. Die weiteren Rekursausführungen bringen keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens zur Darstellung (§ 510 Abs 3 ZPO), zumal der Beklagte die Relevanz dieser allfälligen Mängel nicht dartut (RIS-Justiz RS0043027).

2. Zum Rekurs der Kläger:

2.1. Die Kläger vertreten die Rechtsauffassung, das Berufungsgericht hätte das Ersturteil bestätigen können, weil bereits ausreichend feststehe, dass erhebliche Erhaltungsarbeiten notwendig seien.

2.2. Geht das Berufungsgericht aber von einer zutreffenden Rechtsansicht aus und hält es die erstgerichtlichen Feststellungen für unzureichend und weitere Feststellungen für erforderlich, so kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegentreten (RIS-Justiz RS0043414 [T8, T12]).

2.3. Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht nur den Inhalt eines Berichts über Kostenschätzungen, nicht jedoch die Notwendigkeit konkreter Erhaltungsarbeiten festgestellt. Wenn das Berufungsgericht bei dieser Sachlage zu dem Ergebnis kommt, aus der Kostenschätzung allein könne noch nicht der Schluss gezogen werden, es seien auch wirklich „größere“ Erhaltungsarbeiten „notwendig“, dann ist dies aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Soweit die Kläger eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens darin erblicken, dass das Berufungsgericht einen Begründungsmangel des Ersturteils ohne entsprechende Rüge in der Berufung aufgegriffen haben, ist dem

entgegenzuhalten, dass das Berufungsgericht die Aufhebung bereits damit begründet hat, dass erforderliche Feststellungen fehlen. Auf eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht hinsichtlich der anstehenden Erhaltungsarbeiten kommt es daher gar nicht an.

2.4. Damit war der Rekurs der Kläger als unzulässig zurückzuweisen.

3. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. April 2016
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: