



IMMOBILIENRECHT

Zur regelmäßigen Verwendung für Wohnzwecke

✦ Die **regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken** im Sinne des **§ 30 Abs 2 Z 6 MRG** erfordert, dass die aufgekündigte Wohnung vom Gekündigten wenigstens während eines **beachtlichen Zeitraums im Jahr** als **wirtschaftlicher und familiärer Mittelpunkt** genützt wird.

✦ Dabei reicht aus, dass die Wohnung zumindest in mancher

Beziehung Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit und des Familienlebens des Mieters ist. Bei bloßer Benützung der Wohnung als **Absteigequartier**, aus **Bequemlichkeit** oder als **Freizeitwohnung** ist der **Kündigungsgrund** des § 30 Abs 2 Z 6 MRG hingegen **verwirklicht**.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 24.05.2018, 6Ob58/18z

Im vorliegenden Fall machten die Kläger den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 6 MRG geltend und führten aus, dass die Beklagten die an sie vermietete Wohnung lediglich für Urlaube und Ausflüge verwenden würden. Die Beklagten brachten vor, die aufgekündigte Wohnung werde weiterhin regelmäßig benützt. Im Zuge eines mit Vergleich beendeten Kündigungsverfahrens im Jahr 1992 sei eine Erhöhung des Mietzinses um mehr als das Doppelte vereinbart worden. Damit sei „defacto ein Verzicht auf den Kündigungsgrund der nicht ständigen Benützung“ erfolgt. Die Benützungssituation sei seit vielen Jahrzehnten unverändert; die Kläger seien aufgrund von Vorverfahren in Kenntnis dieser Benützungssituation. Das Erstgericht wies die Klage ab, das Berufungsgericht gab ihr hingegen statt. Der OGH hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf, da nähere Feststellungen zu den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen zu treffen sind.

Zum Verzicht auf den Kündigungstatbestand nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG

✦ Nach ständiger Rechtsprechung ist bei einer **Überschreitung des Hauptmietzinses** durch den Untermietzins um **100 % oder mehr** der in Rede stehende **Kündigungstatbestand** jedenfalls erfüllt.

✦ Ein **nicht ausdrücklich erklärter Ausschluss** des Kündigungsgrundes des **§ 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG** kann nur dann angenommen werden, wenn der Mieter das Bestandsobjekt mit Zustimmung des Vermieters ausdrücklich in der (dem Vermieter bekannten) Absicht gemietet hat, aus der **Untervermietung unzulässige Einkünfte** zu erzielen, oder es sonst zwischen den Partnern des Mietvertrags nach den Umständen klar war, dass der Vermieter gegen die **Erzielung erheblicher Vorteile aus der Untervermietung** des Bestandsgegenstands **keinen Einwand** habe. Aus der bloßen Gestattung der Untervermietung kann dieser Schluss nicht gezogen werden. Die Gestattung der Untervermietung allein gibt dem Mieter mit anderen Worten nicht das Recht, aus der Untervermietung einen unverhältnismäßig hohen Vorteil zu ziehen.

✦ Durch § 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG soll verhindert werden, dass der Hauptmieter unter **Ausnützung des Mieterschutzes** einen ihm **nicht zustehenden Gewinn** erzielt; der Haupt-

mieter soll keinen unbilligen Vorteil ziehen. Ein **angemessener Gewinn** (Verzinsung seines eingesetzten Kapitals) für die erbrachten Sachleistungen steht ihm jedoch zu. Aus der dem Vermieter bekannten Tatsache, dass der Mieter mit der Untervermietung einen Gewinn macht, kann daher noch nicht geschlossen werden, dass er auch mit einem iSd § 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG unverhältnismäßigen Gewinn einverstanden ist und folglich auf diesen Kündigungsgrund verzichtet. Ein **konkludenter Verzicht** des Vermieters auf den Kündigungsgrund kann jedenfalls so lange nicht angenommen werden, als der Vermieter von der **Höhe des tatsächlich geleisteten Untermietzinses nicht erfahren** hat.

✦ Eine **Erkundungspflicht** hinsichtlich der zur Verwirklichung des Kündigungstatbestands tauglichen Fakten trifft den Vermieter nicht. Bei der Beurteilung der Frage, ob auf ein Recht stillschweigend verzichtet wurde, ist besondere Vorsicht geboten. Im **Zweifel** ist ein konkludenter Verzicht des Vermieters auf das Kündigungsrecht **nicht anzunehmen**. Die **Beweislast** für das Vorliegen eines solchen Verzichts trifft den **Mieter**.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 29.05.2018, 8Ob70/18d

Zur Qualifikation der Außenfassade als allgemeiner Liegenschaftsteil

- ✦ Die **Außenfassade** des Hauses ist nach der ständigen Rechtsprechung **allgemeiner Liegenschaftsteil** und bleibt funktionell auch dann allgemeiner Teil des Hauses, wenn daran eine **Flugdachkonstruktion** auf einer zu einem **Wohnungseigentumsobjekt gehörenden Terrasse** oder eine Markise zur Beschattung eines Wohnungseigentumsobjekts inklusive

des anschließenden (Zubehör-)Gartens befestigt wird. An der **Genehmigungsbedürftigkeit** einer solchen Änderung ist nicht zu zweifeln.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 12.06.2018, 5Ob79/18f

Zur Offenkundigkeit einer Servitut

- ✦ Nach, wenn auch in der Lehre teilweise kritischer, aber dennoch ständiger Judikatur des OGH entsteht bei **Übereignung** durch den **Übertragungsakt** einer oder beider von **zwei Liegenschaften desselben Eigentümers**, von denen **eine offenkundig der anderen dient** und weiterhin dienen soll, auch ohne spezifische Vereinbarung und Verbücherung eine **Dienstbarkeit**.
- ✦ **Offenkundigkeit** ist anzunehmen, wenn im **maßgebenden Zeitpunkt** der Eigentumsübertragung das **tatsächliche Be-**

stehen eines Gebrauchszwecks durch offenkundige Vorgänge oder ersichtliche Anlagen bzw Einrichtungen **erkennbar** war. Diese Umstände sind aber nur für die Beurteilung des Kennenmüssens des Erwerbers Voraussetzung. Hatte der Erwerber dagegen ohnehin **positive Kenntnis** von der **faktisch bestehenden Dienstbarkeit**, ist das Vorhandensein von Anlagen im Übergabezeitpunkt nicht von Bedeutung, weil der Erwerber dieses Hinweises nicht bedurfte.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 20.06.2018, 7Ob71/18v

Im vorliegenden Fall übergab die Mutter der Streitteile eine Liegenschaft an die Klägerin, eine zweite an den Beklagten. Das auf der Liegenschaft der Klägerin liegende Haus ist nicht an das Kanalnetz angeschlossen, weshalb sie die Senkgrube seit 2012 etwa vier Mal über einen Schlauch über den zugunsten der Liegenschaft der Klägerin auf der Liegenschaft der Beklagten bestehenden (verbücherten) Servitutsweg abpumpen, womit der Beklagte nicht einverstanden ist. Die Klägerin beehrte die Feststellung des Bestehens der Servitut des Wasserableitungsrechts und die Duldung der Verlegung einer Kanalanschlussleitung. Das Erstgericht wie das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht hob die Entscheidung auf, da nähere Feststellung bezüglich des Kenntnisstands des Beklagten und anderer Abwasserentsorgungsmöglichkeiten notwendig seien. Der OGH wies die Rekurse der Parteien zurück.

Zur Abdingbarkeit von § 1096 ABGB außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG

- ✦ Nach gesicherter Rechtsprechung ist die Pflicht des Bestandgebers, den Bestandgegenstand nach § 1096 ABGB in brauchbarem Stand zu übergeben und zu erhalten, außerhalb zwingender Normen des MRG abdingbar. Auch die Bestimmung des § 1097 ABGB ist abdingbar; deshalb kann außer-

halb des Vollenwendungsbereichs des MRG auch vereinbart werden, dass der Bestandnehmer die Sache auf seine Kosten brauchbar zu machen hat.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 17.07.2018, 4Ob123/18v

Im vorliegenden Fall vermietete der Beklagte der Klägerin ein Geschäftslokal, das MRG ist nicht anwendbar. Die Klägerin übernahm das Lokal in dem Wissen, dass zur Herstellung eines brauchbaren Zustands noch Investitionen notwendig sind. Im Mietvertrag wurde vereinbart, dass die Klägerin solche Investitionen auf eigene Kosten und ohne Anspruch auf Ersatz durch den Beklagten vorzunehmen hat. Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren auf Ersatz der Investitionskosten ab, der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.



Zum Gutachten über den Bauzustand nach § 37 Abs 4 WEG

- ✦ 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 **vertraglich nicht abdingbar**.
- ✦ Der Inhalt von Satz 3 des § 37 Abs 4 WEG 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**.
- ✦ 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. 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. Dazu gehören beispielsweise die **Behebung von Feuchtigkeitsschäden** oder von **Schimmelbefall** im Kellergeschoß des Hauses ebenso wie die **Behebung statischer Mängel** am Gebäude oder die **Behebung der Undichtheit** einer Terrasse oder einer **Gasleitung**.
- ✦ 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. Demnach zählen etwa auch die Aufbringung eines äußeren Fassadenwärmeschutzes und der Einbau neuer Fenster zu den Erhaltungsarbeiten.
- ✦ Um die dem einzelnen Wohnungseigentümer sonst eingeräumte Möglichkeit, den anderen Wohnungseigentümern eine **„permanente Modernisierung“** der Liegenschaft **aufzuzwingen**, zu vermeiden, ist dem **Erhaltungsbegriff** im Kontext des § 3 Abs 1 MRG und des § 28 Abs 1 Z 1 WEG allerdings ein **restriktives Verständnis** zu unterlegen: Das in Frage stehende Individualrecht sollte historisch dem Einzelnen lediglich **Abhilfe gegen eine ihm geradezu unzumutbare Untätigkeit der Mehrheit** im Hinblick auf die Erhaltung des Hauses bieten. Ein wesentliches Kriterium für die Durchsetzbarkeit der von einem Wohnungseigentümer begehrten Erhaltungsmaßnahmen ist deren **Dringlichkeit**. Weiters muss eine **Reparaturbedürftigkeit** oder zumindest **Schadensgeneigtheit** vorliegen, um von einer „Erhaltungsarbeit“ sprechen zu können.
- ✦ Was den Begriff der „**größeren**“ **Erhaltungsarbeit** in § 37 Abs 4 WEG betrifft, kommt es – dem Wesen der Gewährleistung 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. Durch den Begriff „**größere**“ Erhaltungsarbeiten wollte der Gesetzgeber eine gewisse **Begrenzung der gesetzlich vertypten Instandspflichten** im Sinn einer **„Bagatellgrenze“** schaffen: Demnach muss es sich um Erhaltungsarbeiten handeln, die über die laufende Instandhaltung hinausgehen.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 28.06.2018, 6Ob101/18y



Zur Anwendbarkeit der Kündigungsgründe nach § 20 Abs 2 Z 5, 7 MRG

- ✦ Der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 5 MRG ist **nicht anwendbar**, wenn sich **Wohn- und Geschäftszweck** die Waage halten. Ob ein Hauptmietvertrag über eine Wohnung oder über Geschäftsräumlichkeiten vorliegt, hängt davon ab, ob der Mietgegenstand nach der Parteienabsicht beim **Abschluss des Mietvertrags** zu **Wohn- oder zu Geschäftszwecken** in Bestand gegeben und genommen worden ist oder welcher Zweck von den **Parteien später einvernehmlich zum Vertragszweck** gemacht worden ist. Berufet sich der Vermieter auf diesen Kündigungsgrund, muss er behaupten und beweisen, dass es sich bei dem Mietobjekt zumindest überwiegend um Wohnräume handelt.
- ✦ Der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 7 MRG setzt das **Fehlen einer regelmäßigen geschäftlichen Tätigkeit** entweder in der vereinbarten Form und Intensität oder wenigstens in einer gleichwertigen Form voraus. Konnte nicht festgestellt werden, ob der Bestandgegenstand zu einem **besonderen Verwendungszweck vermietet** wurde, reicht jede Nutzung zu geschäftlichen Zwecken. Auch bei diesem Kündigungsgrund ist auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung der gerichtlichen Aufkündigung an den Beklagten abzustellen.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 17.07.2018, 4Ob132/18t

Zur Widmungsänderung durch die Änderung des in einem Geschäftslokal betriebenen Unternehmensgegenstandes

- ✦ Einem Miteigentümer, dem der physische Besitz eines Teils der Liegenschaft zur alleinigen Nutzung überlassen wurde, kommt die **ausschließliche rechtliche Verfügungsgewalt** über diesen Teil zu. Diesem alleinigen Nutzungs- und Verfügungsrecht eines Miteigentümers steht § 828 ABGB, wonach kein Teilhaber einer gemeinsamen Sache bei Uneinigkeit der Miteigentümer Veränderungen vornehmen darf, nur dann entgegen, wenn eine **Widmungsänderung** oder ein **Eingriff in die Substanz** in die **Rechtssphäre der übrigen Teilhaber eingreifen** und deren **wichtige Interessen** berühren.
- ✦ **Widmungsänderungen** sind, auch wenn sie die einzelnen Teilhabern zur **Sondernutzung** zugewiesenen **Teile des Gemeinschaftsguts** betreffen, als **Veränderung in der Rechtssphäre** der Anderen und **Interessenberührung** zu werten und daher **ohne Zustimmung** aller übrigen Mit- und Wohnungseigentümer (ohne Einstimmigkeit) **unzulässig**. Die Notwendigkeit der Zustimmung aller übrigen Mit- und Wohnungseigentümer besteht erst dann, wenn der Miteigentümer tatsächlich eine (Widmungs-)Änderung seines Objekts vornimmt. Nur dann steht nämlich anderen Mit- und Wohnungseigentümern ein Unterlassungsanspruch zu.
- ✦ Die **Änderung** eines in einem **Geschäftslokal betriebenen Unternehmensgegenstands** und seiner Betriebsform kann eine **Widmungsänderung** sein. Ob dies zutrifft, also zur Prüfung, ob eine Widmungsänderung vorliegt, ist die **Widmung des betreffenden Objekts** der beabsichtigten oder bereits tatsächlich erfolgten **Verwendung gegenüberzustellen**. Für die Frage der Widmung wiederum ist auf die (allenfalls konkludente) privatrechtliche Einigung der Mit- und Wohnungseigentümer abzustellen.
- ✦ Ansatzpunkt muss zunächst sein, welche Widmung auf der Grundlage der darüber bestandenen **vertraglichen Einigung** der Mit- und Wohnungseigentümer für das betreffende Objekt besteht. Dieser Widmungsakt gibt Auskunft über die zwischen den Mit- und Wohnungseigentümern bestehende Rechtslage. Die Beschreibung des Wohnungseigentumsobjekts oder die Bezeichnung der betreffenden Räume und der daraus resultierende Verwendungszweck in einem Nutzwertgutachten kann ein bei der Auslegung zu berücksichtigender Aspekt sein, soweit ein Konnex auf die Einbeziehung dieser Umstände in die Widmungsvereinbarung der Mit- und Wohnungseigentümer indiziert ist.
- ✦ Besteht keine **spezifische Geschäftsraumwidmung**, war also **kein bestimmter Geschäftsbetrieb** im Wohnungseigentumsobjekt Grundlage des **Wohnungseigentumsvertrags**, dann haben sich die Mit- und Wohnungseigentümer schon bei der Begründung des Wohnungseigentums grundsätzlich **mit jeder Art der Verwendung des Geschäftslokals einverstanden** erklärt. Es kann im Verlauf der Zeit zwar zu Widmungsänderungen kommen, die ebenfalls eine – grundsätzlich auch konkludent mögliche – Willenseinigung aller Mit- und Wohnungseigentümer erfordert. Soweit allerdings ein **(konkludenter) Verzicht auf Verwendungsmöglichkeiten** angenommen werden soll, die in einer **unspezifizierten Widmung** Deckung finden, ist – schon nach allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen – besondere Vorsicht geboten.

Zum Volltext der Entscheidung OGH 18.07.2018, 5Ob41/18t





DR. ALRIC A. OFENHEIMER
Partner

Dr. Alric A. Ofenheimer ist Partner und Leiter der Praxisgruppen Unternehmensrecht und M&A sowie Immobilienwirtschaftsrecht.

Alric Ofenheimer ist ein international anerkannter Spezialist für private und immobilienbezogene M&A-Transaktionen, die auch den Schwerpunkt seiner Beratungstätigkeit bilden. In jüngerer Zeit berät er außerdem verstärkt bei Privatisierungen und im Kapitalmarktrecht.

Alric Ofenheimer studierte an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens Universität Graz. Nach sechsjähriger Tätigkeit für Freshfields Bruckhaus Deringer in Wien und London trat er unserer Sozietät im September 2004 bei.

☎ +43 316 36 47
☎ +43 1 606 3647 214

✉ a.ofenheimer@ehlaw.at



MMAG. MICHAEL STRENITZ
Partner

MMag. Michael Strenitz leitet unsere Praxisgruppe Immobilienwirtschaftsrecht und ist Mitglied der Praxisgruppe Unternehmensrecht und M&A.

Im Bereich des Immobilienwirtschaftsrechts berät er regelmäßig Liegenschaftstransaktionen und infrastrukturnahe Public Private Partnerships.

Michael Strenitz studierte Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Karl-Franzens Universität Graz und an der Universität Paris IX Dauphine. Während seines Studiums arbeitete er für eine renommierte Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Von 1999 bis 2007 war er bei der internationalen Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer in Wien tätig.

☎ +43 1 606 3647 310 ✉ m.strenitz@ehlaw.at

Dieser Newsletter gibt ausgewählte Aussagen aus in jüngster Zeit veröffentlichten höchstgerichtlichen Entscheidungen im Bereich des österreichischen Immobilienrechts wieder. Trotz sorgfältiger Ausarbeitung können wir keine Haftung dafür übernehmen, dass alle wesentlichen Aussagen aus den in den Newsletter aufgenommenen Entscheidungen wiedergegeben werden. Da im Newsletter nicht auf ältere bzw. allenfalls widersprechende Judikatur zu den dargestellten Rechtsfragen eingegangen wird, kann dieser Newsletter eine individuelle Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.



EISENBERGER + HERZOG

Wienerbergstraße 11, 1100 Wien | Österreich | +43 1 606 36 47, F: +43 1 606 36 47-58 | office@ehlaw.at | www.ehlaw.at