

## GEWÄHRLEISTUNGSRECHT: WANN MUSS DER WERKUNTERNEHMER VERBESSERUNG LEISTEN?

### ANLASSFALL

Jüngst hat der Oberste Gerichtshof (OGH) präzisiert, unter welchen Voraussetzungen ein Werkunternehmer im Rahmen der Gewährleistung „Verbesserung“ leisten muss. Anlass hierfür war die Errichtung einer Erdwärmeheizung, die nicht dem Stand der Technik entsprach und dadurch zu einem erhöhten Stromverbrauch führte.

### WAS IST INHALT DER LEISTUNG?

Bei jedem Vertrag steht die Frage im Mittelpunkt, welche Leistungen die Parteien zu erbringen haben. An diesen „Schuldinhalt“ knüpft nämlich die Frage, ob überhaupt ein Mangel vorliegt. Auch eine kaputte Sache kann z.B. (rechtlich) mangelfrei sein, wenn sie in diesem Zustand Vertragsinhalt wurde.

Eine Leistung ist dann mangelhaft, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, also hinter dem Vertragsinhalt, zurückbleibt. Beim Werkvertrag hat der Unternehmer das vertraglich geschuldete Werk herzustellen. Welche Eigenschaften das Werk aufzuweisen hat, ergibt sich (i) in erster Linie aus der konkreten Vereinbarung, (ii) hilfsweise aus der Natur und dem (erkennbaren) Zweck der Leistung, sowie (iii) letztlich aus der Verkehrsauffassung, sodass das Werk so auszuführen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Das vom Unternehmer Geschuldete ist daher mittels Vertragsauslegung zu ermitteln. Bestimmen sich die Eigenschaften des Werks

nach der Verkehrsauffassung, sind die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachs nach dem im Zeitpunkt der Leistungserbringung aktuellen Stand zu beachten.

### LIEGT EIN MANGEL VOR?

Die Bestimmung des nach dem Vertrag Geschuldeten sowie die Beurteilung, ob das tatsächlich ausgeführte Werk dem vertraglich Vereinbarten entspricht, hat stets nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu erfolgen.

### RECHTSFOLGEN DER MANGELHAFTIGKEIT: BEHEBBARKEIT DES MANGELS?

Nach allgemeinen Regeln kann der Werkbesteller zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen. Dies aber nur dann, wenn diese Behelfe überhaupt möglich sind oder für den Übergeber nicht mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären. Ansonsten steht Preisminderung oder Wandlung (Vertragsaufhebung) zu.

„Unbehebbar“ ist ein Sachmangel laut OGH nicht nur, wenn er technisch nicht behebbar ist, sondern auch dann, wenn seine Behebbarkeit zwar technisch möglich ist, dies jedoch nur mit unverhältnismäßigem Aufwand bewerkstelligt werden könnte. Die „Unverhältnismäßigkeit“ ist diesfalls eine „absolute“. Das bedeutet, dass die Unverhältnismäßigkeit bejaht werden kann, wenn der mit

der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Besteller steht, wobei dabei insbesondere die für den Besteller durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind. Ist die Beeinträchtigung des Bestellers als wesentlich anzusehen, so werden auch über dem Wert des Werks liegende Kosten für die Verbesserung aufzuwenden sein. Wenn der Mangel eher nur ein geringer Nachteil im Gebrauch ist, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein. Wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen.

Der Verbesserungsaufwand wird in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde. Der Wert des Werks als solcher ist nicht zwingend die Grenze für die Verbesserungsaufwendungen. Entscheidend ist die konkrete Bedeutung der Behebung des Mangels für den Besteller im Verhältnis zu den für den Unternehmer entstehenden Aufwendungen. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands ist die konkrete Bedeutung der Behebung des Mangels für den Besteller und seine Beeinträchtigung maßgeblich.

## FAZIT

Ob ein Mangel vorliegt, bestimmt sich wesentlich nach der vertraglichen Vereinbarung. Darauf ist bei jeder Vereinbarung besonders Bedacht zu nehmen. Oft setzen die Parteien Eigenschaften oder Qualitäten einer Leistung übereinstimmend voraus, ohne diese vertraglich nachvollziehbar festzulegen. Im Streitfall bedarf es dann einer vielfach komplizierten und risikobehafteten Vertragsauslegung. Eine gewissenhafte Leistungsbeschreibung im Vertrag

ist daher essentiell. Ansonsten hängen die Gewährleistungsfolgen wie so oft von den Umständen des Einzelfalles ab.

*Alexander Wöß*

## STEUERRECHT: LIEGENSCHAFTSÜBERTRAGUNGEN NEUREGELUNG DER GRUNDERWERBSTEUER

Seit 01.06.2014 ist die im Vorfeld viel diskutierte Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) in Kraft. Die Änderung war notwendig, weil der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Zugrundelegung der historischen Einheitswerte bei unentgeltlichen Liegenschaftsübertragungen (zB Erbschaft, Schenkung) als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer (GrESt) als verfassungswidrig aufgehoben hatte. Der VfGH befand die Diskrepanz zwischen den seit langem unveränderten Einheitswerten und dem bei entgeltlichen Liegenschaftstransaktionen heranzuziehenden „Wert der Gegenleistung“ (zB Kaufpreis) als zu groß. Das Einheitswertsystem an sich ist nach Ansicht des VfGH aber zulässig.

### NEUREGELUNG

Für die Bemessung der GrESt kommt es nach dem neuen System nicht mehr darauf an, ob ein Erwerbsvorgang (zB Schenkung, Erbschaft, Kauf) entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, sondern, ob die Übertragung der Liegenschaft innerhalb oder außerhalb der Familie stattfindet.

Der gesetzlich definierte Familienkreis umfasst Ehegatten, eingetragene Partner, Lebensgefährten (mit gemeinsamem Hauptwohnsitz), Eltern, Kinder, Enkelkinder, Stiefkinder, Wahlkinder und Schwiegerkinder des Übergebers. Für Übertragungen innerhalb der Familie wird der dreifache Einheitswert (maximal 30 % des gemeinen Wertes) als Bemessungsgrundlage herangezogen; der Steuersatz beträgt 2 %.

Außerhalb des definierten Personenkreises wird die GrESt von der Gegenleistung (zB Kaufpreis) oder (wenn die Gegenleistung nicht festgestellt werden kann) vom „gemeinen Wert“ (Marktwert) bemessen; hier beträgt der anzuwendende Grunderwerbsteuersatz 3,5 %.

Bei der Übertragung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken wird bei Übertragungen im Familienkreis, Anteilsvereinigungen und Umgründungen im Sinne des Umgründungssteuergesetzes der einfache Einheitswert als Bemessungsgrundlage heranzuziehen sein.

Bei sonstigen Übertragungen aufgrund von Unternehmensumstrukturierungen im Rahmen des Umgründungssteuergesetzes bleibt der zweifache Einheitswert als Bemessungsgrundlage erhalten.

Der Betriebsfreibetrag von EUR 365.000,00, der ursprünglich für entgeltliche und unentgeltliche Übertragungen innerhalb der Familie zur Anwendung kommen sollte, findet - wie bisher - nur auf unentgeltliche Erwerbe im definierten Familienkreis Anwendung.

Die angekündigten Erleichterungen für Umstrukturierungen außerhalb des Umgründungssteuergesetzes sowie bei Zuwendung von Liegenschaftsvermögen an Privatstiftungen wurden nicht umgesetzt.

*Pia Ratzinger*

## VERTRAGSRECHT: ERNEUT - OGH ÄUSSERT SICH ZU FITNESS-STUDIO-VERTRÄGEN

### VERTRÄGE MIT FITNESS-STUDIOS: DAUERBRENNER FÜR DAS HÖCHST- GERICHT

Über rechtliche Aspekte von Verträgen mit Fitness-Studios haben wir schon im Jänner 2013 berichtet. Nunmehr hat sich der Oberste Gerichtshof (OGH) erneut mit einer derartigen Vereinbarung beschäftigt. Die Schlussfolgerungen des Höchstgerichts sind durchaus interessant und auch für andere Vertragstypen maßgeblich. Ausgangspunkt waren verschiedene Klauseln in einem Fitness-Studio-Vertrag, dessen wesentlicher Inhalt auf die Zurverfügungstellung von sog. „Power-Plate-Geräten“ gerichtet war, die von den Kundinnen nur unter der Anleitung von Trainern benutzt werden dürfen. Hierfür war die Vereinbarung von Trainingsterminen erforderlich, wobei der Vertrag die Teilnahme an zwei Einheiten pro Woche inkludierte.

### QUALIFIKATION DES VERTRAGES

Bei der Beurteilung des Vertrages sah der OGH die mietrechtlichen Elemente im Vordergrund, zu denen durch die Inanspruchnahme von begleiteten Trainingseinheiten dienstvertragliche Elemente hinzutreten. Das Fitness-Studio schulde aber keinen Erfolg, weswegen werkvertragliche Elemente keine besondere Rolle spielen.

### ANALOGIE ANWENDUNG DES § 15 KSchG?

Der Vertrag enthielt die Klausel, dass die auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vereinbarung erstmals zum Ablauf eines Jahres, danach jeweils zum Ablauf eines halben Jahres möglich sei. Für die Kündigung war eine zweimonatige Kündigungsfrist einzuhalten.

Nach § 15 KSchG kann ein Verbraucher Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederholten Lieferung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet und die für eine unbestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, kann unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres kündigen. Dabei handelt es sich um eine Schutzbestimmung, die den Verbraucher bei bestimmten Dauerschuldverhältnissen vor schwer auflösbaren überlangen Vertragsbindungen schützen soll.

Im Verfahren war streitig, ob diese dem § 15 KSchG inliegenden Wertungen für die Beurteilung der zulässigen Höchstbindungsdauer heranzuziehen seien. Immerhin verbietet § 6 (1) Z 1 KSchG eine überlange Vertragsbindung eines Verbrauchers.

Der OGH stellte klar (5 Ob 205/13b), dass eine analoge Anwendung des § 15 KSchG auf Verträge, die darin nicht ausdrücklich angesprochen sind, nicht zulässig ist. Zudem können die Wertungen des § 15 KSchG nicht in die Beurteilung von Dauerschuldverhältnissen nach § 6 (1) Z 1 KSchG einfließen. Dies deswegen, „weil die Übernahme von Wertungen einer gesetzlichen Bestimmung auf Sachverhalte, die nach dem klaren Gesetzeswortlaut davon ausgenommen sind, im Ergebnis einer Analogie nahe kommt“. Eine gesetzliche Lücke, die eine analoge Anwendung einer Regelung rechtfertigen könnte, liegt nicht vor. Der Fitness-Studio-Vertrag sei eben kein Werkvertrag und unterliege demgemäß nicht dem § 15 KSchG. Eine analogiefähige Lücke sei nur dort anzunehmen, „wo das Gesetz gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie unvollständig und ergänzungsbedürftig ist.“

## DAUER DER ZULÄSSIGEN VER- TRAGSBINDUNG: BEDEUTUNG DES UNTERNEHMERISCHEN RISIKOS

Die Angemessenheit der Frist, innerhalb derer ein Verbraucher an einen Vertrag gebunden sein darf, richtet sich laut OGH nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Vertragsparteien üblicherweise vereinbarten Fristen. Die sachliche Rechtfertigung einer längeren Bindung des Verbrauchers an einen Vertrag kann sich etwa aus dem Interesse des Unternehmers ergeben, aufgrund des Umfangs seiner Investition und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko, „für länger klare Verhältnisse zu schaffen“. Trifft daher ein Unternehmer eine Investitionsentscheidung, die beträchtliches Kapital über einen längeren Zeitraum bindet und häufig die Verwendung von Fremdmitteln einschließt, übernimmt er als Initiator und Investor gewöhnlich ein hohes wirtschaftliches Risiko. Das erfordere längere Bindungsfristen seiner Vertragspartner, weil die Investitionsentscheidung erst dann in ihren vorhersehbaren Auswirkungen zur Beschränkung des kaufmännischen Risikos kalkulierbar wird. Die in Rede stehende Klausel bewertete der OGH letztlich als rechtlich korrekt.

### FAZIT

Die Frage, ob und inwieweit eine planwidrige Gesetzeslücke vorliegt, die durch eine Analogie auf eine gesetzliche Regelung auch für Fälle zu schließen ist, die den gesetzlich geregelten Fällen nahe kommen, ist in der Praxis ein häufiges und regelmäßig schwieriges Thema. Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalles und vor allem deren jeweilige Bewertung an. Gegenständlich hat der OGH (im Ergebnis mE zu Recht) die analoge Anwendung des § 15 KSchG erneut abgelehnt. Dem Gesetzgeber darf nicht - gleichsam „ohne Not“ - unterstellt werden, ungewollt Gesetzeslücken zu produzieren.

Dass das unternehmerische Risiko bei der Frage der Angemessenheit einer Vertragsdauer im Bereich B2C eine derart bedeutende Rolle spielt, kann man durchaus kritisch sehen. Immerhin ist das unternehmerische Risiko eines, das jeder Unternehmer zu tragen hat, also auch derjenige, der geringeren Investitionsbedarf hat oder keine Fremdmittel in Anspruch zu nehmen braucht. Diese rein „innere“ Angelegenheit des Unternehmers ist für den Verbraucher in der Regel ja nicht transparent. Damit wird Gleiches unter Umständen ungleich behandelt. Aus Unternehmersicht sind die Überlegungen des OGH freilich durchaus zu begrüßen.

Euphorie ist da wie dort nicht angebracht. Zudem ist vor generellen Schlussfolgerungen zu warnen. Nach wie vor bleiben die wesentlichen Fragen nämlich von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Vertrages und dessen Interpretation abhängig – im Anlassfall immer wieder eine große Herausforderung.

*Alexander Wöß*

## WETTBEWERBSRECHT: EUROPÄISCHE KOMMISSION - NEUE DE-MINIMIS-BEKANNTMACHUNG OHNE BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

Die Europäische Kommission hat nach mehr als 10 Jahren am 25.06.2014 ihre sogenannte de-minimis-Bekanntmachung überarbeitet und mit einem Leitfadens versehen.

In dieser Bekanntmachung legt die Europäische Kommission dar, unter welchen Voraussetzungen Vereinbarungen zwischen Unternehmen von so geringer Bedeutung für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt sind, dass sie nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht unter das allgemeine Wettbewerbsverbot fallen. Die neue de-minimis-Bekanntmachung erleichtert insbesondere KMUs die Beurteilung, ob sie die unionsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen einhalten.

In der de-minimis-Bekanntmachung legt die Europäische Kommission, wie schon in deren Vorgänger-Bekanntmachung aus dem Jahr 2002 mittels Marktanteilsschwellen fest, was sie nicht als erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs ansieht. Die Bekanntmachung schafft einen geschützten Bereich („Safe Harbour“) für Unternehmen, deren gemeinsamer Marktanteil bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern 10 % (horizontale Vereinbarungen) und bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern 15 % (vertikale Vereinbarungen) nicht übersteigt. So weit nichts Neues.

Die wichtigste Neuerung in der aktuellen de-minimis-Bekanntmachung ist für den Rechtsanwender und die unter die neue Bekanntmachung fallenden Unternehmen hingegen zumindest von zweifelhaftem Wert. Sie besteht darin, dass Vereinbarungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs „bezwecken“ („restrictions by object“; zB Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen) - da

sie ein wettbewerbswidriges Ziel haben - fortan eindeutig nicht als von geringer Bedeutung angesehen werden können und stets eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Hier ist die Europäische Kommission der viel kritisierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13.12.2012 in der Rechtssache Expedia nun auch in der Erstellung der neuen Bekanntmachung gefolgt. Die Hauptproblematik ist, dass es keine abschließende Definition einer „bezweckten“ Beschränkung des Wettbewerbs besteht.

Es kann mit gemischten Gefühlen erwartet werden, was die praktischen Auswirkungen insbesondere für KMUs aufgrund der Neufassung der de-minimis-Bekanntmachung sein werden. Klar ist, dass bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen der Marktanteil der beteiligten Unternehmen, sei er noch so gering, zumindest in der Theorie, nicht vor der Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen geschützt wird.

*Philipp Böhler*

## WOHNUNGSEIGENTUM: EIGENTUMSWOHNUNG ALS FERIENAPPARTEMENT FÜR TOURISTEN GENEHMIGUNGSBEDÜRFTIGE WIDMUNGSÄNDERUNG?

Die Nutzung eines Wohnungseigentumsobjektes kommt ausschließlich dem jeweiligen Wohnungseigentümer zu. Dieser ist grundsätzlich auch berechtigt am Wohnungseigentum Änderungen vorzunehmen. Das Änderungsrecht umfasst auch die Berechtigung die Widmung eines Wohnungseigentumsobjektes (etwa von Wohnung auf Geschäftsraum) zu ändern. Dabei ist aber zu beachten, dass jene Änderungen, die eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer mit sich bringen könnten, wofür also schon die Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügt, der Zustimmung aller Mitglieder der Eigentümergemeinschaft bedarf oder der Genehmigung durch den Außerstreitrichter in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG 2002.

Aus der dem Wohnungseigentümer zustehenden Nutzung ergibt sich auch sein Recht, das WE-Objekt auf eigene Rechnung zu vermieten. Schon in der Vergangenheit hat der Oberste Gerichtshof (OGH) ausgesprochen, dass eine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung vorliegt, wenn ein Wohnungseigentümer mehr als ein Drittel aller Eigentumswohnungen des Wohnhauses als Ferienwohnungen kurzfristig an Touristen vermietet. Begründet hat der OGH seine Entscheidung damit, dass die Frequentierung des Hauses durch ständig wechselnde (hausfremde) Personen bei dieser Sachlage einem Hotelbetrieb sehr nahe kommt.

In der nun vorliegenden Entscheidung vom 23.04.2014 (GZ 5 Ob 59/14h) entschied der OGH, dass bereits die Nutzung eines einzigen Wohnungseigentumsobjektes eines Wohnhauses als Ferienappartement für Touristen als

Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer und damit als genehmigungsbedürftige Widmungsänderung qualifiziert werden kann. Die Vermietung erfolgte in dem zu beurteilenden Fall im Umfang von 2 bis 30 Tagen, wobei nach den Feststellungen des Erstgerichtes die Wohnanlage gesamt für Dauerwohnzwecken genutzt wird.

### FAZIT

Die Änderung der Nutzung eines als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjektes als Ferienappartement kann die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer beeinträchtigen und bedarf in solchen Fällen der Zustimmung der Miteigentümer. Auf Änderungen ausschließlich im WE-Objekt, wozu auch die Widmungsänderung zählt, besteht grundsätzlich ein Anspruch, soweit der Änderung nicht Interessen der anderen Miteigentümer entgegenstehen. Sollte daher bereits vor Begründung von Wohnungseigentum eine Änderung der Nutzung absehbar oder geplant sein, dann ist zu empfehlen darauf bereits in der erstmaligen Widmung Rücksicht zu nehmen.

*Christoph Luegmair*