

# TE OGH 1998/5/26 5Ob144/98g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.05.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schwarz, Dr.Floßmann, Dr.Baumann und Dr.Hradil als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Eleonore M\*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte Dr.Amhof & Dr.Damian, Partnerschaft in Wien, wider die beklagte Partei Katharina H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Georg Röhner, Rechtsanwalt in Wien, unter Beteiligung des Nebenintervenienten auf Seite der Beklagten Roland O\*\*\*\*\*, vertreten durch Hule & Heinke, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen 900.000,-- s.A., infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei sowie den Rekurs der beklagten Partei gegen das Teilurteil und den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 14.Jänner 1998, GZ 17 R 280/97i-57, womit das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 4.September 1997, GZ 6 Cg 339/93d-48, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1.) Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß§ 508a Abs 2 ZPO iVm § 510 Abs 3 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.1.) Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

2.) Dem Rekurs der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben und in der Sache selbst zu Recht erkannt:

"Das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen S 500.000,-- samt 8,75 % Zinsen seit 1.2.1991 zu zahlen, wird ebenfalls abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 303.272,64 (darin enthalten S 48.290,44 USt und S 13.530,-- Barauslagen), sowie dem Nebenintervenienten die mit S 63.672,20 (darin enthalten S 80,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens zu ersetzen."

## Text

Entscheidungsgründe:

Am 30.1.1991 verkaufte die Beklagte der Klägerin ihre mit Wohnungseigentum an top Nr. 9 verbundenen 86/1412 Anteile an der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\*, Grundstücksadresse P\*\*\*\*\*-Straße 71. Die Wohnung war der Beklagten von der am 2.3.1987 verstorbenen Josefine Charlotte S\*\*\*\*\* vermacht worden.

Das Haus P\*\*\*\*\*-Straße 71 verfügt über drei Hauptgeschoße, zwei Kellergeschoße sowie ein ausgebautes Dachgeschoß auf und enthält 6 Kleinwohnungen, 3 Mittelwohnungen und zwei nicht im Wohnungseigentum stehende Garagen. Die klagsgegenständliche Wohnung top Nr. 9 befindet sich als einzige im Dachgeschoß des Hauses. Sie ist an

drei Seiten von einer Dachterrasse umgeben, die nur durch zwei Ausgänge von der Wohnung top Nr. 9 aus betreten werden kann. Für die übrigen Wohnungseigentümer besteht de facto kein Zugang zu dieser Terrasse; sie kann von ihnen auch nicht eingesehen werden.

Die Dachterrasse wurde seit Baubeginn mit Kenntnis der übrigen Wohnungseigentümer ausschließlich vom Inhaber der Wohnung top Nr. 9 (zunächst Josefine Charlotte S\*\*\*\*\*, dann von deren Mietern) benutzt. Wenn man zur Dachterrasse hinaufschaute, konnte man sehen, daß sich auf ihr Pflanzen befanden, darunter über 2 m hohe Bäume. Vom T\*\*\*\*\* aus konnte man weiters sehen, daß auf der Dachterrasse elektrische Markisen montiert waren. Die Miteigentümer haben weder gegen die Bepflanzung noch gegen das Anbringen der Markise je einen Einwand erhoben. Weiters befanden sich auf der Dachterrasse ein schmiedeeisener Pavillon, eine Dusche sowie eine Sauna in einer Blockhütte aus Holz. Das Saunahäuschen und die Bäume wurden entfernt, als die Dachterrasse auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft noch während des Verlassenschaftsverfahrens nach Josefine Charlotte S\*\*\*\*\* saniert wurde.

Die Parifizierung des Hauses erfolgte mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 9.5.1961, MA 50-Schli 1/61. Hinsichtlich der klagsgegenständlichen Wohnung top Nr. 9 wurde dabei festgehalten, daß das Objekt aus einem Zimmer, einem Kabinett, Küche, Diele, Bad, WC und Keller im Ausmaß von 54,27 m<sup>2</sup> besteht. Die Dachterrasse ist nicht als zur Wohnung gehörend angeführt (auch nicht im Wohnungseigentumsvertrag). Hingegen ist im Wohnungseigentumsübereinkommen vom 15.5.1961 bei den übrigen Wohnungen jeweils eine Terrasse (in den meisten Fällen wohl richtig: ein Balkon) erwähnt.

Nach dem Tod von Josefine Charlotte S\*\*\*\*\* benützten die Beklagte oder ihr Sohn die Wohnung sporadisch, wenn sie in Wien waren. Die Beklagte ließ die Wohnung renovieren und insbesondere bei der 9 m breiten Glasfront Lärmschutzglas einbauen, weil die Wohnung durch den Verkehrslärm sehr laut war. In der Folge entschloß sie sich, die Wohnung zu verkaufen, und beauftragte damit den Immobilienmakler Roland O\*\*\*\*\*, der schon zu Lebzeiten von Josefine Charlotte S\*\*\*\*\* wiederholt die Vermietung der Wohnung vermittelt hatte. Sowohl die Beklagte als auch Roland O\*\*\*\*\* und dessen Mitarbeiterinnen glaubten, daß die 98,83 m<sup>2</sup> große Dachterrasse Zubehör der Eigentumswohnung ist.

Das Immobilienbüro O\*\*\*\*\* inserierte die Wohnung top Nr. 9 mit einer Wohnfläche von 75 m<sup>2</sup>. Luxusausstattung mit Klimaanlage, 120 m<sup>2</sup> Dachterrasse mit Wienblick sowie mit Garage um einen Kaufpreis von S 3,800.000,--. Die Klägerin besichtigte die Wohnung einmal mit Susanne O\*\*\*\*\* (einer Mitarbeiterin im Immobilienbüro des Nebenintervenienten), einmal gemeinsam mit Roland O\*\*\*\*\* und der Beklagten. Im Hinblick auf die örtlichen Gegebenheiten und auf Grund des Verhaltens der anderen bei der Besichtigung anwesenden Personen glaubte auch die Klägerin, daß die Dachterrasse zur Eigentumswohnung gehöre, Gegenstand des Kaufvertrages sei und sie ein ausschließliches Nutzungsrecht an der Terrasse erwerbe. In das Wohnungseigentumsübereinkommen vom 15.5.1961 nahm sie vor Unterfertigung des Kaufvertrages keine Einsicht.

Bei beiden Besichtigungsterminen erkundigte sich die Klägerin, ob die Dachterrasse ausbaufähig sei, insbesondere weil die Wohnung etwas kleiner war, als sie auf Grund der im Inserat genannten Wohnfläche von 75 m<sup>2</sup> angenommen hatte. Sie äußerte in diesem Zusammenhang den Wunsch, einen Wintergarten aus Glas zu errichten. Ihr wurde daraufhin erklärt, daß dies sicherlich möglich sei, sofern ein Architekt den Ausbau plane und die Baupolizei den Ausbau bewillige.

In der Folge einigten sich die Klägerin und die Beklagte auf einen Kaufpreis von S 3,500.000,-- für die Wohnung samt Terrasse, der in der Folge von der Klägerin auch bezahlt wurde. Aus steuerlichen Gründen wurde im zur Verbücherung gelangenden Kaufvertrag vom 30.1.1991 jedoch nur ein Kaufpreis von S 2,500.000,-- angeführt und in einem gesonderten Vertrag vom 11.12.1990 ein weiterer Betrag von S 500.000,-- als Kaufpreis für diverse in der Wohnung verbleibende Fahrnisse ausgewiesen. Ein weiterer Betrag von S 500.000,-- wurde "schwarz" bezahlt.

Im Kaufvertrag vom 30.1.1991, den über Vorschlag der Klägerin Rechtsanwalt Dr. Rudolf L\*\*\*\*\* verfaßt hat, ist angeführt, daß die Beklagte ihre an der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\*, mit denen Wohnungseigentum an der Wohnung top Nr. 9 untrennbar verbunden ist, "mit allen Rechten und Vorteilen, wie sie diese besessen oder benützt hat oder zu besitzen oder zu benützen berechtigt war", an die Klägerin verkauft und übergibt.

In der Folge beauftragte die Klägerin einen Architekten mit der Planung eines Wintergartens. Als sie dann einige Monate nach dem Kauf der Wohnung die anderen Wohnungseigentümer um Zustimmung zu diesem Ausbau ersuchte,

wurde ihr diese verweigert. In der Hausversammlung vom 30.7.1992 wurde die Hausverwaltung beauftragt, die Klägerin schriftlich davon in Kenntnis zu setzen, daß das Dach weder von ihr, noch von ihren Mietern benützt werden dürfe, und sie weiters zu ersuchen mitzuteilen, in welcher Weise das Dach bei starkem Schneefall begangen werden könne, um eine Reinigung durchzuführen. Die Hausverwaltung kam diesem Auftrag mit Schreiben vom 7.9.1992 nach. Daraufhin bot die Klägerin den übrigen Wohnungseigentümern die Bezahlung eines Benützungsentgeltes oder einer Ablöse sowie die Übernahme allfälliger Reparaturen am gegenständlichen Dach an, wenn diese zustimmten, daß sie das Dach benützt und ein Stück desselben mit einem Wintergarten verbaut, wobei dieser von den anderen Wohnungseigentümern nach den Plänen weder von deren Wohnungen noch von der Straße aus sichtbar wäre. In der Hausversammlung vom 24.1.1995 wurde beschlossen, diese Vorschläge in einer gesonderten Versammlung zu überdenken. Eine solche Versammlung hat jedoch seither nicht stattgefunden.

Die Klägerin hält sich an das ausgesprochene Benützungsverbot und hat bisher keine gerichtlichen Schritte zur rechtlichen Klärung der Benützung der Dachterrasse ergriffen, weil sie den Ausgang des vorliegenden Prozesses abwarten will.

Die Wohnung top Nr. 9 ist tatsächlich 62,69 m<sup>2</sup> groß, das Ausmaß der Dachterrasse beträgt 98,83 m<sup>2</sup>. Sofern die Dachterrasse Zubehör der Eigentumswohnung top Nr. 9 ist oder auch nur faktisch vom Inhaber dieser Wohnung ungestört allein benützt werden kann, beträgt der Verkehrswert dieser Wohnung rund S 3,350.000,--; für den Fall, daß kein ausschließendes Nutzungsrecht an der Terrasse besteht, bloß rund S 2,450.000,--. Wäre die Wohnung 75 m<sup>2</sup> groß, so wäre der Verkehrswert inklusive Dachterrasse S 3,850.000,--, ohne Dachterrasse S 2,920.000,--. Der Ertragswert der Dachterrasse beträgt insgesamt S 974.360,--, der auf den Miteigentumsanteil der Klägerin entfallende Teil daher S 59.500,--.

Den Wert jener Fahrnisse, die im Kaufvertrag vom 11.2.1991 angeführt sind (und in der Wohnung zurückgelassen wurden), haben die Parteien kurz vor Schluß der mündlichen Streitverhandlung mit S 250.000,-- außer Streit gestellt.

In den mit Baubewilligung vom 19.10.1960, MA 37/XVIII-Wr/2330/1/60, genehmigten Plänen war im Dachgeschoß ein Wasserbecken mit 15 Kubikmetern Inhalt vorgesehen. Diese Baubewilligung wurde vor der späteren Begründung des Wohnungseigentums erteilt und nur Dr.Kurt Adolf S\*\*\*\*\* zu Handen der C\*\*\*\*\*GmbH als Grundeigentümer als Miteigentümer zugestellt. Das Wasserbecken wurde dann auf Grund einer mit Bescheid vom 18.5.1962, MA 37/XVIII-Wr/2330/1/62, bewilligten Bauabänderung nicht ausgeführt.

Die Klägerin hat zum Ankauf der Wohnung am 23.1.1991 einen Kredit über S 2,500.000,-- aufgenommen, für den sie 8,75 % Zinsen p.a. zu bezahlen hat.

Mit der am 29.9.1993 bei Gericht eingelangten Klage hat die Klägerin von der Beklagten zunächst die (Zurück-)Zahlung von S 1,000.000,-- samt 10 % Zinsen seit 1.2.1991 verlangt. Sie begründete dieses Begehren damit, von der Beklagten listig zum Kaufvertrag betreffend die 120 m<sup>2</sup> große Dachterrasse veranlaßt worden zu sein, hierfür S 1 Mio bezahlt zu haben und den Vertrag gemäß § 870 ABGB nicht zu halten verbunden sei. Jedenfalls liege die Veranlassung eines wesentlichen Irrtums bei der Klägerin durch listige Irreführung seitens der Beklagten vor, da diese vorsätzlich, in Kenntnis ihrer mangelnden Berechtigung zur Veräußerung der Dachterrasse erklärt habe, die Dachterrasse sei Zubehör der Wohnung und dann noch zur Tarnung den Kaufpreis für die Dachterrasse nicht in die intabulationsfähige Urkunde aufgenommen habe. Es werde deshalb die Anfechtung des Vertrages hinsichtlich der Dachterrasse erklärt, der Zurückzahlungsanspruch aber auf "alle aus dem geschilderten Sachverhalt denkmöglicherweise abzuleitenden Gründe" gestützt, wozu auch der Anspruch auf Schadenersatz gehöre. Mit der am 29.9.1993 bei Gericht eingelangten Klage hat die Klägerin von der Beklagten zunächst die (Zurück-)Zahlung von S 1,000.000,-- samt 10 % Zinsen seit 1.2.1991 verlangt. Sie begründete dieses Begehren damit, von der Beklagten listig zum Kaufvertrag betreffend die 120 m<sup>2</sup> große Dachterrasse veranlaßt worden zu sein, hierfür S 1 Mio bezahlt zu haben und den Vertrag gemäß Paragraph 870, ABGB nicht zu halten verbunden sei. Jedenfalls liege die Veranlassung eines wesentlichen Irrtums bei der Klägerin durch listige Irreführung seitens der Beklagten vor, da diese vorsätzlich, in Kenntnis ihrer mangelnden Berechtigung zur Veräußerung der Dachterrasse erklärt habe, die Dachterrasse sei Zubehör der Wohnung und dann noch zur Tarnung den Kaufpreis für die Dachterrasse nicht in die intabulationsfähige Urkunde aufgenommen habe. Es werde deshalb die Anfechtung des Vertrages hinsichtlich der Dachterrasse erklärt, der Zurückzahlungsanspruch aber auf "alle aus dem geschilderten Sachverhalt denkmöglicherweise abzuleitenden Gründe" gestützt, wozu auch der Anspruch auf Schadenersatz gehöre.

In einem Schriftsatz vom 31.5.1994 (vorgetragen in der mündlichen Streitverhandlung vom 17.3.1994) brachte dann die Klägerin - einem Einwand der Beklagten entgegend - vor, es habe eine "gesonderte Vereinbarung vom 11.12.1990" über den Erwerb von Fahrnissen gegeben, wobei der Kaufpreis für die (einzeln angeführten) Gegenstände mit S 500.000,-- bekanntgegeben und auch bezahlt worden sei, der tatsächliche Wert der Fahrnisse jedoch nicht einmal ein Zehntel dieses Betrages ausmache. Der Klägerin komme diesbezüglich ein Aufhebungsrecht zu. Um weitere S 500.000,- - sei das alleinige Nutzungsrecht an der 120 m<sup>2</sup> großen Dachterrasse angeboten worden, und zwar mit der Zusage, daß die Klägerin unter anderem die Berechtigung erwerbe, die Terrasse zu verbauen. Da der objektive Wert des übergebenen Inventars maximal S 100.000,-- betrage werde das Klagebegehren aus prozessualer Vorsicht auf die Zahlung von S 900.000,-- s.A. eingeschränkt.

Im Zuge der mündlichen Streitverhandlung vom 31.5.1994 behauptete die Beklagte anlässlich der Vorlage der schriftlichen Vereinbarung vom 11.2.1991, bei diesem Vertrag handle es sich um ein Scheingeschäft, weil der Wert der Möbel in keinem Verhältnis zum bezahlten Betrag stehe. Der Mehrbetrag sei nur im Hinblick auf die bedungene Übergabe der Terrasse bezahlt worden.

Noch später, in der mündlichen Streitverhandlung am 6.2.1995 (in der es auch zur Einschränkung des Zinsenbegehrens auf 8,75 % p.a. kam), brachte die Klägerin, ohne dies ausdrücklich als zusätzliches Argument für die Irrtumsanfechtung des Kaufvertrages über die Wohnung zu deklarieren, vor, die klagsgegenständliche Wohnung sei nicht wie bedungen 75 m<sup>2</sup>, sondern nur 54,27 m<sup>2</sup> groß.

In der mündlichen Streitverhandlung am 20.9.1995 erklärte dann die Klägerin, "eine Vertragsanpassung geltend zu machen, weil sie zwar die Wohnung ohne Dachterrasse auf gekauft hätte, jedoch zu einem geringeren Entgelt". Die Vertragsanpassung werde auch deshalb begehrt, weil die Wohnung statt der angebotenen 75 m<sup>2</sup> nur 54,27 m<sup>2</sup> Nutzfläche habe. Einer Äußerung vom 17.7.1996 zum eingeholten SV-Gutachten über den Wert der Wohnung mit und ohne Terrasse läßt sich entnehmen, worum es der Klägerin bei dieser Vertragsanpassung geht: Um ein alleiniges Benützungsrecht an der Terrasse unter Ausschluß der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer zu erhalten, bleibe ihr nur die Erwirkung einer Benützungsregelung, bei der sie ein Benützungsentgelt zu zahlen haben werde. Der eingeklagte Anspruch errechne sich letztlich aus der Differenz zwischen dem Wert der angebotenen 75 m<sup>2</sup> großen Wohnung vermehrt um den Ertragswert der Terrasse und dem tatsächlichen Wert des Kaufobjektes.

Aus Gründen prozessualer Vorsicht stellte schließlich die Klägerin in der mündlichen Streitverhandlung am 8.10.1996 noch das Eventualbegehren, "der Kaufvertrag vom 30.1.1991 (sei) rechtsunwirksam und die Beklagte schuldig, der Klägerin Zug um Zug gegen Übergabe des Kaufgegenstandes (inklusive Inventar) S 3,500.000,-- zu bezahlen".

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie bestritt jegliche Irreführung und brachte im wesentlichen vor, daß die Klägerin ohnehin ein ausschließliches Nutzungsrecht an der Dachterrasse habe. Auf Grund der baulichen Gegebenheiten (die eine Nutzung der Terrasse durch andere Wohnungseigentümer gar nicht zulasse) sowie der mehr als 30 Jahre unwidersprochen gebliebenen ausschließlichen Nutzung durch die Inhaber der Wohnung top Nr. 9 sei von einem ersessenen dinglichen Recht, zumindest aber von einem obligatorischen ausschließlichen Nutzungsrecht kraft konkludenter Benützungsvereinbarung auszugehen. Die Zahlung eines Benützungsentgelts habe die Klägerin nicht zu befürchten, weil dem Inhaber der Wohnung top Nr. 9 die Nutzung der nur von diesem Objekt aus erreichbaren Dachterrasse offenbar unentgeltlich überlassen worden sei; außerdem könne mangels Nutzbarkeit des Objektes für Dritte gar kein Benützungsentgelt anfallen. Die Klägerin sei durch die bestehende rechtliche Situation sogar begünstigt, weil sie auf Grund ihres kleinen Miteigentumsanteils nur geringe Liegenschaftsaufwendungen zu tragen habe. Die Ersparnis sei - kapitalisiert - mit nahezu S 300.000,-- anzusetzen. Auf das Vorbringen der Klägerin, die tatsächliche Größe der Wohnung weiche von der zugesagten Größe ab, replizierte die Beklagte, daß sie die Einrede der Verjährung erhebe, sollte die Irrtumsanfechtung nunmehr auch auf diesen Umstand gestützt werden. Weitere Verjährungseinreden erhob die Beklagte im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Vertragsanpassung, weil der Preisminderungsanspruch bzw die Teilanfechtung als Klagsänderung aufzufassen sei, sowie - wiederum mit dem Argument mit der Klagsänderung - bei der Einführung des Eventualbegehrens in den Prozeß.

Das Erstgericht wies auf Grund der eingangs wiedergegebenen Feststellungen das Klagebegehren (Haupt- und Eventualbegehren) zur Gänze ab. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, daß als Rechtsgrund für den Klagsanspruch vor allem eine Irrtumsanfechtung in Frage komme. Allerdings sei die mehr als drei Jahre nach Abschluß des Kaufvertrages erfolgte Geltendmachung des Irrtums über die Wohnungsgröße, obwohl dieser laut SZ 53/108 grundsätzlich beachtlich

sein könnte, ebenso verjährt wie die gänzliche Anfechtung des Kaufvertrags im Sinne des Eventualbegehrens gemäß § 1487 ABGB. Das Erstgericht wies auf Grund der eingangs wiedergegebenen Feststellungen das Klagebegehren (Haupt- und Eventualbegehren) zur Gänze ab. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, daß als Rechtsgrund für den Klagsanspruch vor allem eine Irrtumsanfechtung in Frage komme. Allerdings sei die mehr als drei Jahre nach Abschluß des Kaufvertrages erfolgte Geltendmachung des Irrtums über die Wohnungsgröße, obwohl dieser laut SZ 53/108 grundsätzlich beachtlich sein könnte, ebenso verjährt wie die gänzliche Anfechtung des Kaufvertrags im Sinne des Eventualbegehrens gemäß Paragraph 1487, ABGB.

Die aus steuerrechtlichen Gründen erfolgte Gestaltung in mehreren Vereinbarungen sei kein Irrtum, sondern als Scheingeschäft unbeachtlich.

Zu prüfen gewesen sei damit die Geltendmachung eines Irrtums über den Erwerb eines ausschließlichen Nutzungsrechtes an der Dachterrasse sowie über deren Ausbaufähigkeit. Hiezu sei folgendes zu erwägen:

Bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wohnungseigentumsübereinkommens im Jahr 1961 habe sämtlichen Vertragspartnern bekannt sein müssen, daß das Dachgeschoß des neu zu errichtenden Hauses eine Dachterrasse aufweist, die nur von der Wohnung top Nr. 9 zugänglich ist. Sämtliche Wohnungseigentümer hätten in der Folge zumindest auf Grund der Bepflanzung auch feststellen können, daß die Dachterrasse tatsächlich benützt wird. Ihr Verhalten könne daher unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der örtlichen Gegebenheiten, wonach die Dachterrasse nur von der Wohnung top Nr. 9 aus betreten werden kann, nur dahingehend gewertet werden, daß die Vertragsparteien des Wohnungseigentumsübereinkommens dem jeweiligen Wohnungseigentümer der Wohnung top Nr. 9 ein ausschließliches Nutzungsrecht an der diese Wohnung umgebenden Dachterrasse einräumen und insoweit eine Benützungsvereinbarung schließen wollten. Dies werde auch noch dadurch bestätigt, daß die übrigen Wohnungseigentümer in der Folge rund 30 Jahre lang keinerlei Einwendungen gegen die auch ihnen offensichtlich erkennbaren Benützung der Terrasse erhoben haben.

Da diese Benützungsvereinbarung nur obligatorische Wirkung habe, wirke sie nach ständiger Rechtsprechung zwar sowohl für wie gegen jeden Gesamtrechtsnachfolgers eines Miteigentümers, für einen Einzelrechtsnachfolger jedoch nur insoweit, als ihm die Rechtsstellung seines Vorgängers überbunden wurde oder er der Vereinbarung durch Vertragsübernahme zustimmte. Dies könne nicht nur ausdrücklich (z.B. durch den Erwerb des Miteigentumsanteils "mit allen Rechten und Pflichten, mit welchen ihn der Veräußerer besessen oder benützt hat"), sondern auch schlüssig erfolgen. Bloße Kenntnis des Einzelrechtsnachfolgers von der Benützungsvereinbarung reiche jedoch nicht aus (Gamerith in Rummel § 834 Rz 4; Hofmeister/Eggemeier in Schwimann § 834 Rz 20-22; MietSlg 36.066 und 32.074; SZ 58/84 ua). Da diese Benützungsvereinbarung nur obligatorische Wirkung habe, wirke sie nach ständiger Rechtsprechung zwar sowohl für wie gegen jeden Gesamtrechtsnachfolgers eines Miteigentümers, für einen Einzelrechtsnachfolger jedoch nur insoweit, als ihm die Rechtsstellung seines Vorgängers überbunden wurde oder er der Vereinbarung durch Vertragsübernahme zustimmte. Dies könne nicht nur ausdrücklich (z.B. durch den Erwerb des Miteigentumsanteils "mit allen Rechten und Pflichten, mit welchen ihn der Veräußerer besessen oder benützt hat"), sondern auch schlüssig erfolgen. Bloße Kenntnis des Einzelrechtsnachfolgers von der Benützungsvereinbarung reiche jedoch nicht aus (Gamerith in Rummel Paragraph 834, Rz 4; Hofmeister/Eggemeier in Schwimann Paragraph 834, Rz 20-22; MietSlg 36.066 und 32.074; SZ 58/84 ua).

Ob auch die verbleibenden Wohnungseigentümer dem Eintritt des Einzelrechtsnachfolgers zustimmen müssen, sei in der Rechtsprechung umstritten. Während der Oberste Gerichtshof in MietSlg 16.041/34 und 42.451/10 die Ansicht vertrete, daß die verbleibenden Miteigentümer - außer im Falle einer ausdrücklichen Einschränkung der Vereinbarung zwischen Wohnungseigentümern auf die Person - nicht bloß untereinander, sondern auch gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger eines Miteigentümers an ihre bisherige Vereinbarung weiterhin gebunden sind, nehme er in SZ 54/163 und MietSlg 40.043 ausdrücklich den gegenteiligen Rechtsstandpunkt ein. Das erkennende Gericht schließe sich im vorliegenden Fall der in MietSlg 16.041/34 vertretenen Meinung an. Die Kritik an dieser Rechtsansicht in SZ 54/163 überzeuge nicht. Richtig sei zwar, daß bei Dauerschuldverhältnissen - abgesehen von einer im Gesetz angeordneten Vertragsübernahme - die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses mit einem Neueintretenden nur mit Zustimmung der verbliebenen früheren Vertragspartner möglich ist, doch könne diese Zustimmung bereits im voraus dadurch erteilt werden, daß die Vereinbarung eben nicht an die Person des vertragsabschließenden Wohnungseigentümers, sondern an den Miteigentumsanteil geknüpft wird. Da im vorliegenden Fall die Benützung der Dachterrasse schon auf Grund der räumlichen Gegebenheiten nur dem jeweiligen Inhaber der Wohnung Nr. 9 möglich ist, sei derartiges unter

Berücksichtigung sämtlicher Umstände auch zu vermuten.

Selbst wenn man jedoch das Zustandekommen bzw Weiterbestehen einer Benützungsvereinbarung hinsichtlich der klagsgegenständlichen Dachterrasse nicht annehmen sollte, stehe der Klägerin auf Grund der besonderen örtlichen Gegebenheiten faktisch ein ausschließliches Nutzungsrecht an derselben zu. Solange keine Vereinbarung über die Benützung der allgemeinen Teile der Liegenschaft getroffen wurde, könne nämlich jeder Teilhaber diese - auch über seine Quote hinaus - insoweit nützen, als er dadurch nicht den tatsächlichen Mitgebrauch der anderen beeinträchtigt. Ein solcher Gebrauch verpflichte, weil nicht rechtsgrundlos, auch nicht zur Zahlung eines Benützungsentgelts, wegen ungerechtfertigter Bereicherung (JBl 1985, 614). Anders als dem jeweiligen Inhaber der Wohnung top Nr. 9 sei den übrigen Wohnungseigentümern die Benützung dieser Terrasse jedoch nicht ohne Beeinträchtigung desselben möglich. Dies gelte auch für das Aufstellen von Antennen, und zwar umso mehr, als diese öffentlichlich auch auf dem ohne Beeinträchtigung des Inhabers der Wohnung top Nr. 9 erreichbaren Dach montiert werden könnten. Das von den übrigen Wohnungseigentümern ausgesprochene Benützungsverbot der Dachterrasse sei auf Grund dieser Ausführungen rechtlich daher jedenfalls nicht gerechtfertigt. Man könne sich in diesem Zusammenhang des Eindrucks einer gewissen Schikane nicht verwehren, was insbesondere auch für die nach rund 30 Jahren plötzlich geäußerte Sorge um die Reinigung des Daches bei starkem Schneefall gelte.

Zur Frage der Ausbaufähigkeit der Terrasse durch Errichtung eines Wintergartens sei folgendes auszuführen:

Gemäß § 13 Abs 2 Z 1 WEG dürfe eine Änderung weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Miteigentümer, besonders auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zur Folge haben. Gemäß Z 2 leg. cit. müsse die Änderung, wenn hiefür auch gemeinsame Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen werden, überdies entweder der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dienen. Im Hinblick auf die festgestellten örtlichen Gegebenheiten könne von einer Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses durch einen Wintergarten, wie er von der Klägerin geplant ist, nicht gesprochen werden. Sofern Planung und Ausführung des Wintergartens fachgerecht erfolgen, sei auch keine Schädigung des Hauses, Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der andere Miteigentümer oder Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zu erwarten. Aber auch die Voraussetzungen des § 13 Abs 2 Z 2 WEG seien erfüllt. Die Veränderung diene jedenfalls einem wichtigen Interesse der Klägerin (vgl MietSlg 46.517); außerdem sei die Errichtung von Wintergärten in den vergangenen Jahren auch immer mehr in Mode gekommen und sicherlich verkehrsüblich. Gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer eins, WEG dürfe eine Änderung weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Miteigentümer, besonders auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zur Folge haben. Gemäß Ziffer 2, leg. cit. müsse die Änderung, wenn hiefür auch gemeinsame Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen werden, überdies entweder der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dienen. Im Hinblick auf die festgestellten örtlichen Gegebenheiten könne von einer Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses durch einen Wintergarten, wie er von der Klägerin geplant ist, nicht gesprochen werden. Sofern Planung und Ausführung des Wintergartens fachgerecht erfolgen, sei auch keine Schädigung des Hauses, Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der andere Miteigentümer oder Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zu erwarten. Aber auch die Voraussetzungen des Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 2, WEG seien erfüllt. Die Veränderung diene jedenfalls einem wichtigen Interesse der Klägerin (vergleiche MietSlg 46.517); außerdem sei die Errichtung von Wintergärten in den vergangenen Jahren auch immer mehr in Mode gekommen und sicherlich verkehrsüblich.

Zusammenfassend sei daher folgendes festzuhalten:

Die Geltendmachung des Irrtums wegen der Wohnungsgröße sei verjährt. Hinsichtlich der Fahrnisse liege auf Grund der Feststellungen gar kein Irrtum vor. Im übrigen hätten sich zwar sämtliche Beteiligten hinsichtlich der Zubehörerschaft der Dachterrasse in einem gemeinsamen Irrtum befunden, dieser habe jedoch keine Auswirkungen, weil der Klägerin auf Grund der konkludent zustande gekommen und auch trotz Wohnungseigentümerwechsels weiterhin aufrecht bestehenden Benützungsvereinbarung, allenfalls aber auch sogar ohne eine solche faktisch ohnedies das vereinbarte ausschließliche Nutzungsrecht an der klagsgegenständlichen Dachterrasse zustehe. Auch die vereinbarte Möglichkeit der Errichtung eines Wintergartens sei gegeben. Da auch keine

Mangelhaftigkeit im Sinne einer Gewährleistung vorliege, sei das Klagebegehren abzuweisen gewesen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung in Ansehung der Abweisung des Klagebegehrens im Umfang von S 400.000,-- samt 8,75 % Zinsen seit 1.2.1991 sowie des Eventualbegehrens, wobei es aussprach, daß die ordentliche Revision gegen das Teilurteil nicht zulässig sei; im übrigen (die mit den restlichen S 500.000,-- limitierte angemessene Vergütung des Nachteils der Klägerin aus ihrem Irrtum über die Nutzbarkeit der Dachterrasse betreffend) hob es das Ersturteil mit dem Ausspruch der Zulässigkeit des Rekurses an den Obersten Gerichtshof auf und wies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die erster Instanz zurück. Es begründete seinen Aufhebungsbeschluß wie folgt:

Die Klägerin habe die Minderung des Kaufpreises für die Wohnung um S 500.000,-- wegen der ihrer Ansicht nach nicht benützbaren Dachterrasse begehrt. Hiezu habe das Erstgericht zutreffende ausgeführt, daß ein gemeinsamer Irrtum der Streitteile vorliege, der allerdings nicht beachtlich sei. Das Erstgericht habe sich auch ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit eine Benützungsregelung ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer auf den Erwerber übergeht und sich dabei der in MietSlg 16.041/34 vertretenen Ansicht angeschlossen, die Miteigentümer blieben auch gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger an ihre bisherige Vereinbarung (Benützungsregelung) gebunden. Diese Bindung habe allerdings der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung SZ 54/163 verneint und ausgeführt, der Erwerber eines Miteigentumsanteiles trete in die Benützungsvereinbarung nicht automatisch als Gläubiger und Schuldner ein, sondern nur kraft Vertragsübernahme durch Vereinbarung nicht mit seinem Vormann, sondern den verbleibenden Miteigentümern. Selbst wenn nun im vorliegenden Fall die Klägerin aufgrund der örtlichen Gegebenheiten faktisch allein in der Lage sei, die Dachterrasse zu benützen, weil die Terrasse nur von ihrer Wohnung aus betreten werden kann, wären die übrigen Miteigentümer dennoch berechtigt, eine Benützungsregelung herbeizuführen, endeten doch Dauerrechtsbeziehungen, wie eine Benützungsregelung, erst mit einer gemeinschaftlichen Auflösungserklärung, einer neuen Benützungsvereinbarung oder der Anrufung des Außerstreitrichters zu Neuregelung der Benützungsverhältnisse (E 39 f zu § 828 ABGB in MGA34). Die Klägerin habe die Minderung des Kaufpreises für die Wohnung um S 500.000,-- wegen der ihrer Ansicht nach nicht benützbaren Dachterrasse begehrt. Hiezu habe das Erstgericht zutreffende ausgeführt, daß ein gemeinsamer Irrtum der Streitteile vorliege, der allerdings nicht beachtlich sei. Das Erstgericht habe sich auch ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit eine Benützungsregelung ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer auf den Erwerber übergeht und sich dabei der in MietSlg 16.041/34 vertretenen Ansicht angeschlossen, die Miteigentümer blieben auch gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger an ihre bisherige Vereinbarung (Benützungsregelung) gebunden. Diese Bindung habe allerdings der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung SZ 54/163 verneint und ausgeführt, der Erwerber eines Miteigentumsanteiles trete in die Benützungsvereinbarung nicht automatisch als Gläubiger und Schuldner ein, sondern nur kraft Vertragsübernahme durch Vereinbarung nicht mit seinem Vormann, sondern den verbleibenden Miteigentümern. Selbst wenn nun im vorliegenden Fall die Klägerin aufgrund der örtlichen Gegebenheiten faktisch allein in der Lage sei, die Dachterrasse zu benützen, weil die Terrasse nur von ihrer Wohnung aus betreten werden kann, wären die übrigen Miteigentümer dennoch berechtigt, eine Benützungsregelung herbeizuführen, endeten doch Dauerrechtsbeziehungen, wie eine Benützungsregelung, erst mit einer gemeinschaftlichen Auflösungserklärung, einer neuen Benützungsvereinbarung oder der Anrufung des Außerstreitrichters zu Neuregelung der Benützungsverhältnisse (E 39 f zu Paragraph 828, ABGB in MGA34).

Da sich die Klägerin und Beklagte in einem gemeinsamen Irrtum befunden hätten, sei die Klägerin berechtigt, zumal es sich um einen nicht wesentlichen Irrtum handle, gemäß § 872 ABGB die Vertragsanpassung zu begehren. Im vorliegenden Fall werde wohl diese Anpassung nur in der Form möglich sein, daß die Klägerin eine Benützungsregelung in der Form erwirkt, daß sie mit Zustimmung aller Miteigentümer berechtigt ist, die Dachterrasse allein zu benützen. Hiefür könnte ein Benützungsentgelt zu entrichten sein. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren, allenfalls nach Ergänzung des Sachverständigengutachtens, Feststellungen darüber zu treffen haben, in welcher Höhe ein Benützungsentgelt im vorliegenden besonderen Fall angemessen ist. Durch Kapitalisierung dieses Entgelts werde festzustellen sein, in welcher Höhe eine Vertragsanpassung gerechtfertigt ist. Insoweit sei also die Rechtssache zur abschließenden rechtlichen Beurteilung noch nicht reif. Da sich die Klägerin und Beklagte in einem gemeinsamen Irrtum befunden hätten, sei die Klägerin berechtigt, zumal es sich um einen nicht wesentlichen Irrtum handle, gemäß Paragraph 872, ABGB die Vertragsanpassung zu begehren. Im vorliegenden Fall werde wohl diese Anpassung nur in der Form möglich sein, daß die Klägerin eine Benützungsregelung in der Form erwirkt, daß sie mit

Zustimmung aller Miteigentümer berechtigt ist, die Dachterrasse allein zu benützen. Hiefür könnte ein Benützungsentgelt zu entrichten sein. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren, allenfalls nach Ergänzung des Sachverständigengutachtens, Feststellungen darüber zu treffen haben, in welcher Höhe ein Benützungsentgelt im vorliegenden besonderen Fall angemessen ist. Durch Kapitalisierung dieses Entgelts werde festzustellen sein, in welcher Höhe eine Vertragsanpassung gerechtfertigt ist. Insoweit sei also die Rechtssache zur abschließenden rechtlichen Beurteilung noch nicht reif.

Den Ausspruch über die Zulässigkeit des Rekurses an den Obersten Gerichtshof gegen den Aufhebungsbeschluß begründete das Berufungsgericht damit, daß zur Frage, ob eine (konkludente) Benützungsregelung auf den Einzelrechtsnachfolger übertragen werden kann, widersprüchliche Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vorlägen (SZ 54/163 und MietSlg 16.041/34).

Gegen das Teilurteil hat die Klägerin ao Revision mit dem Antrag erhoben, das erstgerichtliche Urteil auch in seinem das Teilbegehren von S 400.000,-- s.A. abweisenden Teil aufzuheben und die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen; der Aufhebungsbeschluß wurde von der Beklagten mit Rekurs angefochten, demzufolge das die Klage zur Gänze abweisende Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt werden soll. Eine Rechtsmittelbeantwortung liegt lediglich von der Klägerin vor. Sie beantragt, den Rekurs entweder als unzulässig zurückzuweisen, weil keine erheblichen Rechtsfragen zu lösen sind, oder aber ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### **1.) Zur ao Revision der Klägerin.**

Sie war mangels erheblicher Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen, was gemäß § 510 Abs 3 Satz 3 ZPO keiner Begründung bedarf. Sie war mangels erheblicher Rechtsfragen iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückzuweisen, was gemäß Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO keiner Begründung bedarf.

#### **2.) Zum Rekurs der Beklagten.**

Er ist wegen einer Verkennung der Voraussetzungen einer Vertragsanpassung nach § 872 ABGB zulässig und auch berechtigt. Er ist wegen einer Verkennung der Voraussetzungen einer Vertragsanpassung nach Paragraph 872, ABGB zulässig und auch berechtigt.

Als Überprüfungsbedürftig und vom Berufungsgericht unrichtig gelöst sieht die Beklagte ua die Rechtsfrage an, ob der Vertragsanpassung wegen gemeinsamen Irrtums über die Nutzbarkeit der Dachterrasse nicht die wiederholt - auch in diesem Zusammenhang - erhobene Verjährungseinrede entgegensteht. Dieses Argument gibt Anlaß, sich im Rahmen einer umfassenden rechtlichen Beurteilung des Streitfalls mit der Frage auseinanderzusetzen, ob nach dem Vorbringen der Klägerin oder allenfalls nach ungerügt gebliebenen überschießenden Feststellungen überhaupt die Möglichkeit einer (vom Berufungsgericht dem Grunde nach bejahten) Vertragsanpassung ins Auge gefaßt werden kann. Die Verneinung dieser Frage hätte zur Abweisung des noch unerledigten Klagebegehrens (im Ergebnis also zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung) zu führen, weil die Klägerin selbst ihr Begehren nur mehr mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung iSd § 872 ABGB zu rechtfertigen versucht. Die Anfechtung des Kaufvertrages vom 30.1.1991 wegen Irreführung mit der Folge bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsansprüche greift sie in ihrer Rekursbeantwortung nicht mehr auf. Als Überprüfungsbedürftig und vom Berufungsgericht unrichtig gelöst sieht die Beklagte ua die Rechtsfrage an, ob der Vertragsanpassung wegen gemeinsamen Irrtums über die Nutzbarkeit der Dachterrasse nicht die wiederholt - auch in diesem Zusammenhang - erhobene Verjährungseinrede entgegensteht. Dieses Argument gibt Anlaß, sich im Rahmen einer umfassenden rechtlichen Beurteilung des Streitfalls mit der Frage auseinanderzusetzen, ob nach dem Vorbringen der Klägerin oder allenfalls nach ungerügt gebliebenen überschießenden Feststellungen überhaupt die Möglichkeit einer (vom Berufungsgericht dem Grunde nach bejahten) Vertragsanpassung ins Auge gefaßt werden kann. Die Verneinung dieser Frage hätte zur Abweisung des noch unerledigten Klagebegehrens (im Ergebnis also zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung) zu führen, weil die Klägerin selbst ihr Begehren nur mehr mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung iSd Paragraph 872, ABGB zu rechtfertigen versucht. Die Anfechtung des Kaufvertrages vom 30.1.1991 wegen Irreführung mit der Folge bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsansprüche greift sie in ihrer Rekursbeantwortung nicht mehr auf.

Wie sich die Wiedergabe des Prozeßvorbringens entnehmen läßt, hat die Klägerin ihren gegen die Beklagte erhobenen



Anspruch auf Rückzahlung von S 1 Mio (später S 500.000,--) zunächst auf die Behauptung gestützt, von der Beklagten listig (vorsätzlich, in Kenntnis der wahren Sachlage, durch bewußte Täuschung) über das Nutzungsrecht an der nur dem äußeren Anschein nach zur Wohnung gehörigen Dachterrasse in Irrtum geführt worden zu sein. Anfänglich war auch nur von einer Anfechtung des Kaufvertrages die Rede, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob damit ein besonderer Vertrag über die Dachterrasse oder nur ein Teil des Vertrages über den Kauf der Wohnung samt allem Zubehör gemeint war. Weiteres Vorbringen zur Begründung des Klagsanspruches ist dann erst nach Ablauf der gemäß § 1487 ABGB sowohl für die Irrtumsanfechtung eines Vertrages nach § 871 ABGB als auch für die Geltendmachung einer angemessenen Vergütung nach § 872 ABGB geltenden Verjährungsfrist von drei Jahren erstattet worden (die nach der Judikatur geltende längere Verjährungsfrist für eine Vertragsanpassung nach vorsätzlicher Irreführung - SZ 59/126 - kann außer Betracht bleiben). Das ist insofern von Bedeutung, als die Anfechtung eines Vertrages wegen listiger Irreführung zwar eine solche wegen veranlaßten Irrtums einschließt (SZ 36/22; SZ 46/84; HS) wie sich die Wiedergabe des Prozeßvorbringens entnehmen läßt, hat die Klägerin ihren gegen die Beklagte erhobenen Anspruch auf Rückzahlung von S 1 Mio (später S 500.000,--) zunächst auf die Behauptung gestützt, von der Beklagten listig (vorsätzlich, in Kenntnis der wahren Sachlage, durch bewußte Täuschung) über das Nutzungsrecht an der nur dem äußeren Anschein nach zur Wohnung gehörigen Dachterrasse in Irrtum geführt worden zu sein. Anfänglich war auch nur von einer Anfechtung des Kaufvertrages die Rede, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob damit ein besonderer Vertrag über die Dachterrasse oder nur ein Teil des Vertrages über den Kauf der Wohnung samt allem Zubehör gemeint war. Weiteres Vorbringen zur Begründung des Klagsanspruches ist dann erst nach Ablauf der gemäß Paragraph 1487, ABGB sowohl für die Irrtumsanfechtung eines Vertrages nach Paragraph 871, ABGB als auch für die Geltendmachung einer angemessenen Vergütung nach Paragraph 872, ABGB geltenden Verjährungsfrist von drei Jahren erstattet worden (die nach der Judikatur geltende längere Verjährungsfrist für eine Vertragsanpassung nach vorsätzlicher Irreführung - SZ 59/126 - kann außer Betracht bleiben). Das ist insofern von Bedeutung, als die Anfechtung eines Vertrages wegen listiger Irreführung zwar eine solche wegen veranlaßten Irrtums einschließt (SZ 36/22; SZ 46/84; HS

11.134 ua), nicht jedoch wegen gemeinsamen Irrtums (Apathy in Schwimann<sup>2</sup>, Rz 29 zu § 871 ABGB). Eine Anfechtung wegen gemeinsamen Irrtums ist nämlich mit der Behauptung, getäuscht worden zu sein, begrifflich unvereinbar (SZ 60/288; Rummel in Rummel<sup>2</sup>, Rz 19 zu § 871 ABGB), sodaß sie besonders geltend gemacht werden muß (Apathy aaO). 11.134 ua), nicht jedoch wegen gemeinsamen Irrtums (Apathy in Schwimann<sup>2</sup>, Rz 29 zu Paragraph 871, ABGB). Eine Anfechtung wegen gemeinsamen Irrtums ist nämlich mit der Behauptung, getäuscht worden zu sein, begrifflich unvereinbar (SZ 60/288; Rummel in Rummel<sup>2</sup>, Rz 19 zu Paragraph 871, ABGB), sodaß sie besonders geltend gemacht werden muß (Apathy aaO).

Im konkreten Fall ist fraglich, ob sich die Klägerin zur Begründung ihres Begehrens auf Rückzahlung von S 1 Mio bzw von S 500.000,-- überhaupt auf einen gemeinsamen Irrtum über den Gegenstand des Vertrages vom 30.1.1991 berufen hat. Wenn überhaupt ließe sich eine derartige Behauptung nur der Geltendmachung der Vertragsanpassung entnehmen, weil damit - schon im Hinblick auf das Vorliegen einschlägiger Verfahrensergebnisse - offenbar der Vorwurf arglistiger Irreführung eingeschränkt und auf weniger gravierende Formen eines die Vertragsanfechtung bzw eine angemessene Vergütung ebensogut rechtfertigenden Willensmangels Bezug genommen werden sollte. Dieses Prozeßvorbringen wurde aber erst am 20.9.1995, mehr als 4,5 Jahre nach Vertragsabschluß erstattet. Wenn man die Geltendmachung der Vertragsanfechtung so deutet, daß sie die Berufung auf einen gemeinsamen Irrtum inkludiert, wäre es damit naheliegend, auch die in diesem Zusammenhang von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung auf die Geltendmachung dieses neuen Anspruchsgrundes zu beziehen. Die Verjährung des Anspruchs auf angemessene Vergütung wegen eines beim Abschluß des Kaufvertrages vom 30.1.1991 unterlaufenen gemeinsamen Irrtums würde freilich für sich allein die Abweisung des (restlichen) Klagebegehrens nicht rechtfertigen und kann daher offengelassen werden. Begründet werden könnte nämlich die Vertragsanpassung auch mit einem von der Beklagten veranlaßten Irrtum der Klägerin über die Nutzbarkeit der Dachterrasse, den die rechtzeitige Vertragsanfechtung wegen listiger Irreführung von Anfang an inkludierte, diesen Anfechtungstatbestand haben die Vorinstanzen zu Unrecht außer Acht gelassen, weil die Anpreisung der Wohnung "mit Dachterrasse" sowie das der Beklagten unmittelbar oder über Verhandlungsgehilfen zurechenbare Inaussichtstellen eines Dachterrassenausbaus als adäquater ursächlicher Beitrag zum Entstehen des Irrtums der Klägerin zu werten ist, sie erwerbe ein ausschließliches Nutzungsrecht an der

Terrasse. Es fehlt jedoch an einer anderen wesentlichen Voraussetzung der begehrten Vertragsanpassung, gleichgültig ob sie auf einen gemeinsamen Irrtum der Vertragspartner oder auf einen von der Beklagten veranlaßten Irrtum bei der Klägerin gestützt werden soll.

Bei der Vertragsanpassung ist nicht nur auf den Willen des Irrenden, sondern auch auf den des anderen Vertragsteils abzustellen, damit den Parteien durch die Vertragsanpassung kein Vertrag aufgezwungen wird, den sie nie abgeschlossen hätten. Es kann also der Irrende die Vertragskorrektur nur erreichen, wenn auch der Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereit gewesen wäre oder nach der Übung des redlichen Verkehrs hätte bereit sein müssen, zu den Bedingungen abzuschließen, an die der Irrende den Vertrag nunmehr angepaßt wissen will (vgl. SZ 54/88 ua; Apathy aaO, Rz 1 zu § 872 ABGB). Die Behauptungs- und Beweislast für die so zu verstehende Unwesentlichkeit des Irrtums iSd § 872 ABGB trifft den Irrenden (MietSlg 32/28; 4 Ob 549/88; 1 Ob 2012/96f ua; Apathy aaO; Rummel aaO, Rz 6 zu § 872 ABGB). Bei der Vertragsanpassung ist nicht nur auf den Willen des Irrenden, sondern auch auf den des anderen Vertragsteils abzustellen, damit den Parteien durch die Vertragsanpassung kein Vertrag aufgezwungen wird, den sie nie abgeschlossen hätten. Es kann also der Irrende die Vertragskorrektur nur erreichen, wenn auch der Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereit gewesen wäre oder nach der Übung des redlichen Verkehrs hätte bereit sein müssen, zu den Bedingungen abzuschließen, an die der Irrende den Vertrag nunmehr angepaßt wissen will vergleiche SZ 54/88 ua; Apathy aaO, Rz 1 zu Paragraph 872, ABGB). Die Behauptungs- und Beweislast für die so zu verstehende Unwesentlichkeit des Irrtums iSd Paragraph 872, ABGB trifft den Irrenden (MietSlg 32/28; 4 Ob 549/88; 1 Ob 2012/96f ua; Apathy aaO; Rummel aaO, Rz 6 zu Paragraph 872, ABGB).

Im gegenständlichen Fall hat die Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs auf Vertragsanpassung (angemessene Vergütung) bezogen auf das Tatbestandserfordernis der Unwesentlichkeit des Irrtums lediglich vorgebracht, "sie (die Klägerin) hätte die Wohnung auch ohne Dachterrasse gekauft, jedoch zu einem geringeren Entgelt". Daß auch die Beklagte oder jedenfalls ein Vertragspartner, der sich an die Übung des redlichen Verkehrs hält, bereit gewesen wäre, die Wohnung der Klägerin zu anderen Bedingungen zu überlassen, wurde mit keinem Wort erwähnt und findet sich auch nicht in verwertbaren Verfahrensergebnissen. Es sei in diesem Zusammenhang nur illustrativ erwähnt, daß es nach Ansicht des Sachverständigen für den Wert der verfahrensgegenständlichen Wohnung keinen entscheidenden Unterschied macht, ob ihr Inhaber die Terrasse als Zubehör der Wohnung oder nur wegen der baulichen Gegebenheiten ungestört allein nutzen kann. Um dennoch der begehrten Vertragsanpassung nachzugehen, hätte es konkreter Behauptungen und Beweisanbote bedurft, daß eine Reduktion des Kaufpreises dem hypothetischen Parteiwillen bei Kenntnis der wahren Sachlage entsprochen hätte (vgl. SZ 59/126; 4 Ob 549/88). Da ein derartiges Vorbringen fehlt, wurde vom Erstgericht zumindest im Ergebnis zu Recht auch das auf Leistung einer angemessenen Vergütung gemäß § 872 ABGB gerichtete Klagebegehren abgewiesen. Im gegenständlichen Fall hat die Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs auf Vertragsanpassung (angemessene Vergütung) bezogen auf das Tatbestandserfordernis der Unwesentlichkeit des Irrtums lediglich vorgebracht, "sie (die Klägerin) hätte die Wohnung auch ohne Dachterrasse gekauft, jedoch zu einem geringeren Entgelt". Daß auch die Beklagte oder jedenfalls ein Vertragspartner, der sich an die Übung des redlichen Verkehrs hält, bereit gewesen wäre, die Wohnung der Klägerin zu anderen Bedingungen zu überlassen, wurde mit keinem Wort erwähnt und findet sich auch nicht in verwertbaren Verfahrensergebnissen. Es sei in diesem Zusammenhang nur illustrativ erwähnt, daß es nach Ansicht des Sachverständigen für den Wert der verfahrensgegenständlichen Wohnung keinen entscheidenden Unterschied macht, ob ihr Inhaber die Terrasse als Zubehör der Wohnung oder nur wegen der baulichen Gegebenheiten ungestört allein nutzen kann. Um dennoch der begehrten Vertragsanpassung nachzugehen, hätte es konkreter Behauptungen und Beweisanbote bedurft, daß eine Reduktion des Kaufpreises dem hypothetischen Parteiwillen bei Kenntnis der wahren Sachlage entsprochen hätte vergleiche SZ 59/126; 4 Ob 549/88). Da ein derartiges Vorbringen fehlt, wurde vom Erstgericht zumindest im Ergebnis zu Recht auch das auf Leistung einer angemessenen Vergütung gemäß Paragraph 872, ABGB gerichtete Klagebegehren abgewiesen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO. Sie umfaßt die Kosten aller drei Instanzen und folgt im wesentlichen den vorliegenden Kostenverzeichnissen; Abstriche wurden nur insofern gemacht, als der Beklagten der begehrte Zuschlag gemäß § 31 RATG versagt wurde. Ein besonderer Umfang der von ihrem Vertreter zu erbringenden Leistung war nicht festzustellen. Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraphen 41,, 50 ZPO. Sie umfaßt die

Kosten aller drei Instanzen und folgt im wesentlichen den vorliegenden Kostenverzeichnissen; Abstriche wurden nur insofern gemacht, als der Beklagten der begehrte Zuschlag gemäß Paragraph 31, RATG versagt wurde. Ein besonderer Umfang der von ihrem Vertreter zu erbringenden Leistung war nicht festzustellen.

**Anmerkung**

E50405 05A01448

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0050OB00144.98G.0526.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19980526\_OGH0002\_0050OB00144\_98G0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)