

# WIRTSCHAFTSRECHT

RA Mag. Lukas Andrieu, LL.M./Mag. Alexander Aichmayr

## Merkantiler Minderwert bei Immobilien

» RdW 2023/576

Der OGH (25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g)<sup>\*</sup> hat im Zusammenhang mit einer Immobilie jüngst entschieden, dass die Erheblichkeit eines Schadens für den Zuspruch einer merkantilen Wertminderung nicht anhand von pauschalen Prozentsätzen ermittelt werden kann. Allerdings könnten gewisse Arten von Schäden, wie der im Ausgangsfall vorliegende Statikschaden, eine merkantile Wertminderung begründen. Aus Anlass dieser Entscheidung bietet sich eine generelle rechtliche Bestandsaufnahme des Themenkreises der merkantilen Wertminderung bei Gebäuden und Liegenschaften an. Einige praxisrelevante Fragen sind in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung bislang nicht beantwortet.

### 1. Der Begriff der „Merkantilen Wertminderung“

Wird eine Sache beschädigt, so gewährt das schadenersatzrechtliche Reglement einen Ausgleich für den technischen Schaden in Form von Naturalrestitution bzw Wertersatz. Dadurch soll der Geschädigte wieder in den Zustand versetzt werden, den dieser vor dem Schaden genossen hatte. In manchen Fällen aber kann über diesen positiven Schaden hinaus auch ein Wertverlust der Sache selbst durch die Reparatur resultieren, welcher sich durch einen geringeren Wert der Sache am Markt niederschlägt. Damit ist die Thematik der merkantilen Wertminderung angesprochen.

Der merkantile Minderwert ist begrifflich streng von dem technischen Minderwert einer Sache zu unterscheiden. Bei dem technischen Minderwert handelt es sich schließlich um diejenigen Kosten, welche der Geschädigte für die Reparatur der beschädigten Sache aufwenden muss und ggf auch in Form von Wertersatz verlangen kann.<sup>1</sup> Es handelt sich dabei also um die tatsächlich technisch messbare Verkehrswertminderung der Sache.

Durch den Ersatz der merkantilen Wertminderung soll der Geschädigte einen über den technischen Schadenersatz hinausgehenden Wertersatz für die verringerte Verkaufs- oder Nut-

zungsmöglichkeit der Sache am freien Markt erhalten. Diese Chancenverringerung resultiert aus der objektiv realen Angst der Marktteilnehmer, dass eine beschädigte, wenn auch reparierte Sache mit mehr Problemen einhergehen würde als eine vollkommen neuwertige Sache. Diese Abneigung wirkt sich sodann in weiterer Folge auf den Verkehrswert der Sache aus und stellt einen tatsächlichen Vermögensschaden für den Eigentümer der Sache dar.<sup>2</sup> Der merkantile Minderwert ist in diesem Zusammenhang als positiver Schaden zu qualifizieren.<sup>3</sup>

### 2. Merkantiler Minderwert bei Immobilien

Die grundsätzliche Ersatzfähigkeit von merkantilen Wertminderungen gilt nicht bei jeglichen Arten von beschädigten Sachen. Konzipiert wurde diese Art des Schadenersatzes schließlich ursprünglich für die Beschädigungen von Kfz.<sup>4</sup> Allmählich findet allerdings eine Ausdehnung des Ersatzes der merkantilen Wertminderung auch auf andere Arten von Sachschäden statt, wobei vor allem die Ersatzfähigkeit bei Liegenschaften bzw Gebäuden immer wieder im Vordergrund rechtlicher Auseinandersetzungen steht.<sup>5</sup> Es spielt keine Rolle, dass die merkantile Wertminderung nicht für Immobilienschäden konzipiert wurde, da sich das Prinzip der Beeinträchtigung des Verkehrswertes einer Sache am Markt problemlos auch auf Liegenschaften übertragen lässt. Schließlich kommt es dabei nur darauf an, dass die konkret beschädigte Sache einen eigenen Markt hat, in welchem die Verkehrsteilnehmer einen Schaden negativ aufnehmen könnten.<sup>6</sup>

Aus der Analyse der österreichischen höchstgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass sich auch die österreichischen Gerichte offen für eine Ersatzfähigkeit der merkantilen Wertminderung im Zusammenhang mit Immobilien aussprechen.<sup>7</sup> Es ist

\* Siehe dazu auch die bearbeitete Entscheidung, RdW 2023/586, 799 (in diesem Heft).

1 RIS-Justiz RS0031205.

2 *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) § 1323 ABGB Rz 21.

3 *Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) § 1323 ABGB Rz 14.

4 *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1323 ABGB Rz 21.

5 Vgl etwa jüngst OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g; 31. 10. 2018, 7 Ob 187/18b.

6 *Rassi*, Der merkantile Minderwert bei Liegenschaften, RZ 2009, 162 (163).

7 Vgl etwa RIS-Justiz RS0109556.



erfahrungsgemäß naheliegend, dass sich die vom OGH so beschriebene „*irrationaler Abneigung*“ der Marktteilnehmer,<sup>8</sup> eine Sache mit Vorschäden zu erwerben, gerade im Falle von Immobilientransaktionen (aufgrund deren Nutzung und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko eines Fehlkaufes) niederschlagen kann. Ist etwa ein Gebäude aufgrund einer mangelhaft errichteten Stützmauer in potenzieller Gefahr, durch Erdstöße beschädigt zu werden, stellt sich die Angst, eine solche Liegenschaft zu erwerben, als mehr als nachvollziehbar dar und würde wohl auch den verständigen Marktteilnehmer hinsichtlich eines Liegenschaftserwerbs zögern lassen.<sup>9</sup>

Die Umstände um den Immobilienmarkt fordern demnach eine Anwendung der Grundsätze der merkantilen Wertminderung, um sachgerechte Lösungen im Zusammenhang mit Sachschäden aufzubereiten.

### 3. Anspruchsvoraussetzungen einer merkantilen Wertminderung

In Literatur und Rechtsprechung werden (neben den allgemeinen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches) mehrere Elemente als Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung einer merkantilen Wertminderung gefordert.

#### 3.1. Benötigter Verkaufswille des Geschädigten?

Der merkantile Minderwert äußert sich als positiver Schaden, ausgelöst durch die Beeinträchtigung der Verkaufsmöglichkeit des Eigentümers der beschädigten Sache. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang vor allem in der deutschen Literatur, dass es eine Grundvoraussetzung einer merkantilen Wertminderung darstellen sollte, dass der jeweils Geschädigte auch ein berechtigtes Verkaufsinteresse bezüglich seiner Immobilie vorweisen kann. Begründet wird diese These damit, dass der Geschädigte keinen realen Schaden erleiden würde durch eine potenzielle Verkehrswertminderung, wenn er die jeweils beschädigte Sache gar nicht verkaufen wollen würde.<sup>10</sup> Gegen diese Auffassung wird (durchaus überzeugend) vorgebracht, dass der Eigentümer einer Immobilie durch eine wertmindernde Verkehrswertbeeinträchtigung nicht nur geschädigt wäre, wenn er gegenwärtige Verkaufsinteressen hegen würde. Dies würde den privatautonom handelnden Eigentümer nämlich in seiner zukünftigen Entscheidungsmöglichkeit, die Sache doch verkaufen zu wollen, beschneiden, und zum anderen zeichnet sich der wirtschaftliche Wert einer Immobilie nicht nur in deren gewollten Verkaufsmöglichkeit aus, stellt sie doch auch ein Sicherungsmittel dar, welches bspw. im Exekutionsfall herangezogen werden kann.<sup>11</sup> In beiden Fällen belastet die Verkehrswertmin-

derung den Eigentümer und dies unabhängig einer gegenwärtigen Verkaufsabsicht. Auch die hiesige Rechtsprechung differenziert bei dem Zuspruch von merkantilen Wertminderungen nicht danach, ob Verkaufsabsichten des Geschädigten vorhanden sind.<sup>12</sup>

#### 3.2. Vorliegen eines erheblichen Schadens (keine Bagatellschäden)

Eine der wesentlichsten Voraussetzungen betrifft die Höhe der Verkehrswertminderung der Immobilie. Dabei ist zu betrachten, wie hoch der zu erwartende Wertunterschied der Liegenschaft zwischen dem ursprünglichen schadlosen Zustand und dem nunmehr nach Reparatur vorliegenden Zustand zu bewerten ist.<sup>13</sup> Nicht jede Verkehrswertbeeinträchtigung rechtfertigt dabei bereits einen Schadenersatz. So muss nach hA die merkantile Wertminderung einen gewissen Grad der Beachtlichkeit erreichen. Bagatellminderungen sollen grds nicht ersetzt werden.<sup>14</sup> Wann solch eine unbeachtliche Wertminderung vorliegt, welche den Schadenersatzanspruch ausschließt, war bis vor Kurzem in der österreichischen Rechtslage noch nicht eindeutig geklärt.

In der deutschen Literatur wurden zur Vereinheitlichung – und wohl auch zur Vereinfachung – Prozentsätze vorgeschlagen, anhand derer das Vorliegen einer beachtlichen Wertminderung überprüft werden sollte. Danach sollte bei einer Überschreitung der Reparaturkosten der Immobilie um 10 %, ausgehend vom vor Schadenseintritt vorliegenden Marktwert, jedenfalls eine erhebliche Verkehrswertminderung vorliegen.<sup>15</sup> Im Umkehrschluss würde demnach bei einer Unterschreitung dieser 10%-Grenze ein Bagatellschaden vorliegen, welcher den Ersatzanspruch ausschließen würde. Die österreichische Literatur hatte sich dieser Auffassung, soweit ersichtlich, teilweise angeschlossen, mitunter aber auch unter Verweis auf die Unflexibilität dieser festen Wertgrenzen.<sup>16</sup>

Ein aktuelles Judikat des OGH hat sich nunmehr ablehnend gegenüber dieser starren 10%-Grenze geäußert. Der OGH verwies dabei darauf, dass eine pauschale Heranziehung solch eines Prozentsatzes unsachliche Ergebnisse liefern könnte. Bei einem alten Gebäude würden nämlich hohe Reparaturkosten viel eher diese Grenze erreichen können als bei einem neuwertigen Gebäude, zumal die jeweiligen Ausgangsverkehrswerte natürlich unterschiedlich hoch sein würden. Die Verkehrswertminderung, die der jeweilige Eigentümer eines Alt- bzw. Neubaus aber erfahren würde, sollte bei gleichem Reparaturaufwand denselben Vermögensschaden darstellen. Der OGH disqualifizierte die

<sup>8</sup> OGH 10. 3. 1998, 5 Ob 47/98t.

<sup>9</sup> Vgl den Sachverhalt in OGH 9. 6. 1999, 10 Ob 113/98.

<sup>10</sup> *Wilk*, Der merkantile Minderwert – Der Versuch einer schadensbegrifflichen Konkretisierung (2019) 37 ff.

<sup>11</sup> *Kerschner/Kleiber/Ertl*, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften (2021) 6.

<sup>12</sup> OGH 31. 10. 2018, 7 Ob 187/18b.

<sup>13</sup> *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1323 ABGB Rz 24.

<sup>14</sup> *Kerschner/Kleiber/Ertl*, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 25.

<sup>15</sup> Vgl etwa *Oetker* Münchner Kommentar zum BGB<sup>9</sup> § 249 BGB Rz 55 mit zahlreichen Verweisen auf die deutsche Rsp.

<sup>16</sup> Vgl etwa *Rassi*, RZ 2009, 162 (164); *Kerschner/Kleiber/Ertl*, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 25.

10%-Grenze allerdings nicht völlig, sondern interpretiert diese zumindest als Orientierungswert für die Beurteilung einer erheblichen Verkehrswertminderung.<sup>17</sup>

### 3.3. Schäden, die jedenfalls eine Verkehrswertminderung begründen

Neben der Anspruchseinschränkung einer merkantilen Wertminderung stellt sich auch die Frage, ob in gewissen Fällen eine Anspruchserleichterung vorliegen könnte. Dies wäre bspw der Fall, wenn gewisse Schäden aufgrund der zu erwartenden Reaktionen des Marktes unabhängig vom konkreten Reparaturaufwand und vom Wert der Immobilie eine merkantile Wertminderung zur Folge haben könnten. Die soeben referenzierte Entscheidung des OGH lässt solch eine These zu. Es wurde schließlich ausgesprochen, dass sofern für das Gebäude tragende Teile bzw die Statik des Gebäudes im Allgemeinen Gegenstand eines Reparaturaufwandes waren, dies zu einer Beeinträchtigung des Verkehrswertes führen würde.<sup>18</sup>

Der OGH sah hierbei im Anlassfall also Schäden, welche die Statik des Gebäudes betreffen, als Schäden an, welche in weiterer Folge eine merkantile Wertminderung begründen, da bei solchen Schäden die Marktteilnehmer sehr wahrscheinlich eine berechtigte Sorge beim Erwerb haben würden. Für den geschädigten Eigentümer einer Immobilie könnte diese Feststellung in Zukunft eine Anspruchserleichterung darstellen, sobald Schäden in der Gebäudestatik vorliegen. In diesem Punkt überzeugt die Entscheidung des OGH allerdings nicht. Schließlich widerspricht sich das Höchstgericht hierbei in der eigenen Argumentation, wenn es zuvor die 10%-Methode unter Verweis auf unterschiedliche Ausgangslagen bei Neu- und Altbauten als zu pauschal abgelehnt hatte. Unter Heranziehung des selbst gewählten Beispiels würde man nämlich auch auf unsachliche Ergebnisse stoßen, wenn Mängel in der Statik jedenfalls eine Wertminderung begründen würden. Schließlich würde sich wohl derselbe Statikschaden bei einem Altbau auf die Erwartungshaltung des Marktes über die Sicherheit des Gebäudes anders auswirken als bei einem Neubau. Warum hier der OGH die Tatsache eines Statikschadens dem Grunde nach bereits für das Vorliegen einer merkantilen Wertminderung genügen lässt, ist wunderlich.

### 3.4. Nichtauswirken der Wertminderung im Verkaufsfall

Nach allgemeinen Grundsätzen gilt im Schadenersatzrecht, dass der Geschädigte durch den Schadenersatz nur Genugtuung für seinen tatsächlich vorliegenden Schaden erhalten soll. Eine darüber hinausgehende Bereicherung des Geschädigten

sieht das österreichische Schadenersatzrecht nicht vor.<sup>19</sup> Dabei stellt sich nun die Frage, wie sich ein günstiger Verkaufsfall der beschädigten Sache auf einen Ersatzanspruch der merkantilen Wertminderung auswirkt. Schließlich soll diese nur den Minderwert, den der Geschädigte am Markt erhalten würde, in Form von Wertersatz, ausgleichen. Wenn nun aber der Geschädigte die Sache zumindest zu einem ungeminderten Preis wie vor Schadenseintritt verkaufen konnte, dann wäre der verkaufende Immobilieneigentümer von einer Wertminderung gar nicht betroffen. Daraus lässt sich ableiten, dass ein Verkauf der Sache zum ungeminderten Preis den Wertersatz ausschließen müsste. Zumindest wenn man der hA folgt<sup>20</sup> und einer subjektiven (konkreten) Betrachtung des Schadens den Vorzug einräumt.

Nach Ansicht des OGH wirkt sich aber der günstige Verkauf, bei Beanspruchung der merkantilen Wertminderung, gerade nicht aus. Demnach sei der für eine Liegenschaft erzielte Kaufpreis trotz Beschädigung, kein Indiz dafür, dass kein merkantiler Minderwert der Sache zu verzeichnen gewesen wäre. Der Mehrpreis könne schließlich auch aus „sachfremden Ursachen“ resultieren.<sup>21</sup> Der Ersatz stünde also laut OGH entgegen dem oben geschilderten auch zu, wenn der Verkaufspreis der Immobilie dem Marktwert vor Schädigung entspricht. Wie von *Kerschner* bereits beschrieben, kann diese Entscheidung bspw in Fällen von besonderem Handelsgeschick des Geschädigten (also wenn der merkantile Minderwert durch Zusatzleistungen des Geschädigten ausgeglichen werden kann) auch tatsächlich nachvollziehbar sein, ist aber in Verbindung mit dem Grundsatz der konkreten Schadensbetrachtung fragwürdig.<sup>22</sup>

### 3.5. Auswirkungen der (Nicht-)Vornahme der Reparatur und fiktive Wertminderungen

Die merkantile Wertminderung einer Sache knüpft ihrer Definition nach daran an, dass die jeweilige Sache nach ihrer Reparatur eine Marktwerteinbuße erlitten hat.<sup>23</sup> Ein Teil der Lehre knüpft dabei ebenfalls daran an und sieht das Faktum der Reparatur bzw Sanierung der Immobilie als Grundvoraussetzung dafür, dass für diese auch in weiterer Folge eine merkantile Wertminderung geltend gemacht werden kann. Schließlich gäbe es ohne Sanierung keine Sache, gegenüber welcher der Markt aus Sanierungsgründen eine Aversion entwickeln könnte.<sup>24</sup> Nach der Rechtsprechung des OGH ist allerdings die vorgenommene oder geplante Reparatur der Sache kein Anspruchserfordernis für die

<sup>17</sup> OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g.

<sup>18</sup> OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g.

<sup>19</sup> Wittwer in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) § 1332 ABGB Rz 6.

<sup>20</sup> Wagner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) Vor §§ 1293 ff ABGB Rz 21 mwN.

<sup>21</sup> OGH 31. 10. 2018, 7 Ob 187/18b.

<sup>22</sup> *Kerschner/Kleiber/Ertl*, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 26.

<sup>23</sup> *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1323 ABGB Rz 21.

<sup>24</sup> Vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1332 Rz 16 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).



Geltendmachung einer merkantilen Wertminderung.<sup>25</sup> Dass die Reparatur keine Entscheidungsdeterminante für die Marktwertminderung darstellt, bestätigt sich auch darin, dass die Rechtsprechung die merkantile Wertminderung auch in Fällen zuspricht, in denen faktisch gar kein reparierbarer Sachschaden vorliegt.<sup>26</sup>

Dies scheint allerdings zu weitgehend. So erachtet auch ein Großteil der Literatur in Fällen faktischer oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit einer Reparatur der Sache einen Ersatzanspruch einer merkantilen Wertminderung als ausgeschlossen.<sup>27</sup> Dem wird man auch in Anbetracht dessen beipflichten müssen, dass wohl solche Arten von Sachen ohnehin im entsprechenden Markt nicht mehr verkehrstauglich wären. Betrachtet man bspw ein unreparierbares Kfz mit Totalschaden, so wird dieses im jeweiligen Gebrauchtwagenmarkt keinen Verkaufswert mehr haben. In jenem eigenen Markt, in welchem das Kfz noch angeboten werden kann – so etwa bei Schrotthändlern –, liegt weiterhin ein Wert vor, allerdings kein merkantiler Minderwert, da die Marktteilnehmer schließlich das stark beschädigte Fahrzeug in diesem Zustand wollen und demnach auch keine Abneigung dagegen entwickeln werden. Demnach ist es auch sinnvoll, die faktische/wirtschaftliche Irreparabilität als Ausschlusskriterium für den merkantilen Minderwert zu betrachten. Es ist allerdings fraglich, ob sich diese These auf Immobilien übertragen lässt. Einen eigenen Markt für totalbeschädigte Liegenschaften gibt es schließlich nicht in der Form wie bei Kfz. Solange also die Immobilie weiterhin in Marktkonkurrenz mit unbeschädigten Immobilien steht, kann sie auch einen merkantilen Minderwert haben.

Wenn nun allerdings mit der Rechtsprechung die Reparatur der Sache nicht als Grundvoraussetzung zu werten wäre, sollte auch der Zeitpunkt der Reparatur für das Bestehen des Anspruchs keine maßgebliche Bedeutung haben. Ist die Tatsache geklärt, dass auch die Reparatur der Immobilie weiterhin zu einem Marktwertverlust führen würde, so wird dies für die Bejahung einer merkantilen Wertminderung ausreichend sein.<sup>28</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass aus den im Schadenersatzrecht verpönten Bereicherungsgründen ein Ersatz von fiktiven merkantilen Wertminderungen bei Immobilien grds abgelehnt wird.<sup>29</sup> Zwar erkennt die Rechtsprechung den Zuspruch von fiktiven Schäden (vor allem Reparaturkosten) grds an, allerdings nur bis zur Höhe der betragsmäßigen Wertdifferenz des gemeinen Werts der beschädigten gegenüber der unbeschädigten Sache. Innerhalb dieser Wertgrenzen wird selbst bei Zuspruch einer fiktiven merkantilen Wertminderung betragsmäßig neben den fiktiven Reparaturkosten nicht mehr viel Platz bleiben.<sup>30</sup>

### 3.6. Fall einer temporären Wertminderung

Erweist sich die merkantile Wertminderung der beschädigten Immobilie als absehbar und nur für eine vorübergehende Zeit bestehend, so soll auch hierbei der Grundsatz der konkreten Schadensbetrachtung einen Wertersatz ausschließen. Der Geschädigte hat schließlich keinen anhaltenden Vermögensschaden, wenn die Sache nach kurzer Zeit wieder denselben Wert wie vor der Reparatur erreichen würde. Die Rechtsprechung anerkennt einen Anspruch auf merkantile Wertminderung nur, wenn innerhalb des Zeitraumes, in welchem die Liegenschaft tatsächlich weniger Marktwert hatte, sich auch für den Eigentümer eine eingeschränkte Verwendungsmöglichkeit realisiert hatte.<sup>31</sup> Dadurch erhöht sich auch die Behauptungs- und Beweislast des Geschädigten. Dieser hat schließlich bereits allgemein die merkantile Wertminderung seiner Liegenschaft durch die Sanierung zu beweisen.<sup>32</sup> Weiterführend wird wohl auch die Behauptungs- und Beweislast für die verringerte Nutzungsmöglichkeit während dieses abgesteckten Zeitraums bei diesem liegen.

### 3.7. Nachbarrechtliche Immissionen begründen Wertminderungsanspruch

Die bisherigen Ausführungen haben das Begriffsbild gezeichnet, dass merkantile Wertminderungen bei Immobilien wesensimmanent aus physischen Sachschäden resultieren. Allerdings zeigt die Rechtsprechung, dass vor allem auch nachbarrechtlich verpönte immaterielle Immissionen eine solche Marktwertminderung bei Liegenschaften auslösen können.<sup>33</sup>

Der nachbarrechtliche Immissionsschutz nach den §§ 364 ff ABGB macht schließlich neben einem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch vor allem auch schadenersatzrechtliche Konsequenzen im Rahmen einer Verschuldenshaftung möglich.<sup>34</sup>

In Fällen, in denen eine Immission nach den nachbarrechtlichen Voraussetzungen unzulässig ist, kann diese eine merkantile Wertminderung der Liegenschaft begründen. Der OGH sah dies etwa bei den durch eine Gondelanlage hervorgerufenen ortsüblichen und erheblichen Lärmeinwirkungen auf eine Liegenschaft als möglich an.<sup>35</sup> Zu beachten ist hierbei allerdings der Unterlassungsanspruch des Liegenschaftseigentümers gegenüber dem einwirkenden Nachbarn. Schließlich kann die unzulässige Immission mittels Unterlassungsklage – ausgenommen in Fällen des § 364a ABGB – abgewendet und beseitigt werden. Dadurch wird der störende und wertmindernde Umstand, der die Immobilie belastet, entfernt. Somit handelt es sich dann um eine (bereits weiter oben behandelte) temporäre Wertminderung, welche nur bei konkreten Nutzungsausfällen im jeweiligen Zeitraum einen Ersatzanspruch rechtfertigt. Diesen Grundsatz wendet die Rechtsprechung

<sup>25</sup> Jüngst OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g; mwN RIS-Justiz RS0030400.

<sup>26</sup> Dazu weiter unten.

<sup>27</sup> Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 27; Rassi, RZ 2009, 162 (163).

<sup>28</sup> OGH 9. 6. 1999, 10 Ob 113/98.

<sup>29</sup> Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 26.

<sup>30</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1323 Rz 12.

<sup>31</sup> OGH 23. 2. 2022, 3 Ob 30/22s, ecolex 2022/359.

<sup>32</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1332 Rz 16.

<sup>33</sup> OGH 24. 9. 2019, 8 Ob 61/19g; 8. 10. 2013, 3 Ob 146/13m.

<sup>34</sup> Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxis-Kommentar<sup>5</sup> (2019) § 364 ABGB Rz 28.

<sup>35</sup> OGH 24. 9. 2019, 8 Ob 61/19g.

folglich auch bei unzulässigen Einwirkungen nach §§ 364 ff ABGB an, sodass diese einen Ersatzanspruch des merkantilen Minderwerts nur begründen, wenn der Beeinflusste auch einen Verwendungsausfall im jeweiligen Zeitraum hatte.<sup>36</sup>

In diesem Beispielsfall ist fraglich, ob es sich bei den unerlaubten Schallemissionen einer Gondelanlage tatsächlich um einen Unterfall der merkantilen Wertminderung handelt. Ist nämlich der Verkehrswertverlust der Liegenschaft sachlich begründbar und nicht auf ein irrationales Marktverhalten zurückzuführen, so wird es sich wohl eher um einen technischen Wertverlust der Liegenschaft handeln. Trotzdem bezieht sich der OGH allerdings im Gondel-Urteil explizit auf den möglichen Ersatz einer merkantilen Wertminderung. Scheinbar wird dabei die schadenersatzrechtliche Terminologie nicht trennscharf eingehalten. Diese Ungenauigkeit lässt sich auch bei der Analyse weiterer OGH-Entscheidungen feststellen, in welchen in Fällen von (uE) technischen Wertverlusten ein merkantiler Minderwert behandelt wird.<sup>37</sup>

### 3.8. Weitere Fälle

Bei unverkäuflichen Liegenschaften wird ein Ersatzanspruch einer merkantilen Wertminderung grds ausgeschlossen.<sup>38</sup> Die Gründe dafür sollten klar sein, denn ohne Marktinteressenten kann es auch keine merkantile Wertminderung geben. Auch wenn die Immobilie bereits erhebliche Vorschäden aufweist, die den konkret reparierten Schaden relativieren, wird eine merkantile Wertminderung kaum infrage kommen.<sup>39</sup>

### 3.9. Berechnung der Wertminderung

Die erste Frage, die für die Ermittlung einer merkantilen Wertminderung essenziell ist, ist die um das Bestehen und die Verhältnisse eines konkreten Marktes, auf dem die Immobilie angeboten werden kann. Dazu bedarf es einer Analyse der Marktgegebenheiten. Herangezogen werden dazu idR Sachverständige, wobei in jüngerer Zeit auch die Möglichkeit diskutiert wird, neben der Einholung eines SV-Gutachtens auch quantitative Umfragen in Form von Expertenbefragungen über einen Markt einzuholen.<sup>40</sup> Für die Betrachtung, welcher Markt konkret für eine Immobilie analysiert werden soll, wird wohl zumeist der Standort der Liegenschaft ausschlaggebend sein.<sup>41</sup>

Sollte der Markt gefunden und interpretiert worden sein, bedarf es einer Berechnung der Auswirkungen des reparierten Schadens auf den Markt. Dazu wird ein bewegliches System an Variablen heranzuziehen sein, wobei folgende Umstände besonders maßgeblich sind: Gebäudealter, Reparaturkosten und Verkehrszeit nach Reparatur.<sup>42</sup>

Ausgangsbasis für die Berechnung der merkantilen Wertminderung ist das Alter eines Gebäudes. Eine jüngere, bereits sanierte Immobilie wird schließlich beim selben Reparaturaufwand einen höheren Vertrauens- und damit Marktwertverlust auslösen als ein älteres Gebäude.<sup>43</sup>

In weiterer Folge spielt die Zeit, welche nach einer erfolgten Schadensbeseitigung verstrichen ist, eine Rolle. Je mehr Zeit seit Sanierung der Immobilie verstrichen ist, ohne dass weitere Mängel aufgetreten wären, desto geringer wird der Vertrauensverlust der Marktteilnehmer gegenüber der Immobilie ausfallen.<sup>44</sup> In der Literatur wird hierbei sogar geäußert, dass nach einer längeren Verkehrszeit (im Durchschnitt nach 15 Jahren) nach Reparatur überhaupt kein Vertrauensverlust mehr besteht und der merkantile Minderwert vernachlässigbar wäre.<sup>45</sup>

Letztendlich wird es auch auf die Kosten der Reparatur ankommen. Ein höherer Reparaturaufwand wird wohl auch eine höhere Besorgnis seitens der Marktteilnehmer auslösen und dementsprechend wird auch ein erhöhter merkantiler Minderwert der Immobilie entstehen.<sup>46</sup>

Aus der Zusammenschau obiger Komponenten wird sich sodann der Marktwertverlust der Liegenschaft ergeben. Dabei gibt es derzeit leider noch keine anerkannten Berechnungsmethoden oder Formeln, welche hierbei die Berechnung erleichtern könnten. Dass hierbei vereinheitlichte Methoden angewandt werden könnten, wird in Anbetracht der jüngeren kritischen Einstellung der Rechtsprechung zu fixen Prozentsätzen wohl auch nicht zu erwarten sein.<sup>47</sup> Letztendlich bleibt die Festlegung der Höhe einer merkantilen Wertminderung eine Schätzfrage, wobei die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 273 ZPO in Fällen schwerer oder unmöglicher Beweisbarkeit den Richter bei der Ermittlung der Anspruchshöhe unterstützt.

## 4. Fazit

Auch bei Immobilien steht ein Ersatz der merkantilen Wertminderung zu. Teilweise bestehen hierbei allerdings spezielle Anspruchsvoraussetzungen, welche für eine zielführende Geltendmachung beachtet werden müssen. Eine neuere Entscheidung des OGH stellte etwa fest, dass die vor allem in Deutschland vertretenen Prozentsätze zur Ermittlung der Erheblichkeit eines Schadens nach der österreichischen Rechtslage keine maßgebliche Bedeutung haben können. Gewisse Sachschäden, wie etwa Statikschäden, können jedoch besonders für die Erheblichkeit eines Schadens sprechen. Auf eine Verkaufsabsicht des Geschädigten kommt es zur Geltendmachung ebenso wenig an wie auf eine vorgenommene Reparatur. Sollte der Anspruch auf merkan-

<sup>36</sup> OGH 24. 9. 2019, 8 Ob 61/19g.

<sup>37</sup> Vgl etwa OGH 27. 4. 2016, 3 Ob 7/16z; 8. 10. 2013, 3 Ob146/13m.

<sup>38</sup> Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 29.

<sup>39</sup> Rassi, RZ 2009, 162 (164).

<sup>40</sup> Vgl dazu Schiller, Expertenbefragung – eine neue Gutachtensform? ZLB 2022/38, 83 ff.

<sup>41</sup> Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1332 Rz 6.

<sup>42</sup> Rassi, RZ 2009, 162 (164).

<sup>43</sup> Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 30.

<sup>44</sup> Rassi, RZ 2009, 162 (164).

<sup>45</sup> Vgl etwa Zöller, Der merkantile Minderwert, Aachener Bausachverständigentage 2018, 165 ff; Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 163; Rassi, RZ 2009, 162 (164).

<sup>46</sup> Rassi, RZ 2009, 162 (164); kritisch aber Kerschner/Kleiber/Ertl, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften 30.

<sup>47</sup> OGH 25. 4. 2023, 10 Ob 59/22g.



Foto: ©strobi

**Der Autor:**

RA Mag. **Lukas Andrieu**, LL.M. (Columbia), ist Partner der ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH mit Standorten in Wien und Graz. Er ist FH-Lektor für öffentliches Wirtschaftsrecht und Autor zahlreicher Fachpublikationen, insbesondere im Bereich des Bau-, Immobilien- und Vergaberechts. Die Schwerpunkte seiner Beratungstätigkeit umfassen zudem die Begleitung bei Projektgenehmigungen und die Führung streitiger und schiedsgerichtlicher Verfahren. Er ist in Österreich und New York (USA) als Rechtsanwalt zugelassen.

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Andrieu/Lukas](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Andrieu/Lukas)

tile Wertminderung bejaht werden, so sind für die Höhe des Anspruchs vor allem Gebäudealter, die Zeit nach der Reparatur und der Reparaturaufwand maßgeblich.

**Der Autor:**

Mag. **Alexander Aichmayr** ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht an der Universität Graz. Er ist dem Lehrstuhl von o. Univ.-Prof. Dr. iur. Peter Bydliński zugeteilt.

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Aichmayr/Alexander](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Aichmayr/Alexander)

Foto: privat

RA Mag. Lukas Schmidt • Wien

# Zur Solidarhaftung von Gesellschaftern einer GmbH für Notarkosten gemäß § 12 NTG

Aus Anlass der Entscheidung OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 88/23v

» RdW 2023/577

Der Beitrag behandelt die Entscheidung des OGH<sup>1</sup> zu § 12 NTG, in der die Frage, wer als „Teilnehmer“ der notariellen Tätigkeit iSd § 12 NTG anzusehen ist und damit für die Notarkosten haftet, im Hinblick auf Gesellschafter einer GmbH geklärt wurde.<sup>2</sup>

## 1. Einleitung

Im der Entscheidung des OGH zugrunde liegenden Sachverhalt war der Kläger in seiner Funktion als öffentlicher Notar von der Erstbeklagten (einer österreichischen GmbH) schriftlich mit der Durchführung von zwei Kapitalerhöhungen beauftragt worden. Die erste Kapitalerhöhung wurde vollständig von den zu diesem Zeitpunkt bestehenden fünf Gesellschaftern (darunter die beiden vom Kläger in Anspruch genommenen Minderheitsgesellschafter der Erstbeklagten) der Erstbeklagten in unterschiedlichem Ausmaß gezeichnet. Die anschließende zweite Kapitalerhöhung wurde vollständig von einem externen Investor (einer österreichischen GmbH) gezeichnet.

Der Kläger stellte sein tarifmäßiges Honorar für die erbrachten notariellen Leistungen mit zwei Honorarnoten der Erstbeklagten in Rechnung. Die Erstbeklagte bezahlte beide an sie gerichtete Honorarnoten nicht, sodass der Kläger in weiterer Folge eine entsprechende Mahnklage einbrachte. Die Mahnklage richtete der Kläger gegen die Erstbeklagte und gestützt auf § 12 NTG gegen ua zwei Minderheitsgesellschafter der Erstbeklagten. Gegen die Mahnklage des Klägers erhoben nur die beiden Minderheitsgesellschafter der Erstbeklagten Einspruch und in weiterer Folge ordentliche Revision an den OGH.

Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren des Klägers gegen alle Beklagten vollumfänglich statt und begründeten dies im Hinblick auf die beiden Minderheitsgesellschafter mit deren Qualifikation als Teilnehmer der beiden Kapitalerhöhungen iSd § 12 NTG, weil sie von der Durchführung dieser Kapitalerhöhungen wussten, bei der Generalversammlung erschienen sind, die für die Kapitalerhöhungen notwendigen Unterlagen unterzeichneten und damit die notarielle Tätigkeit des Klägers konkludent beauftragten.

## 2. Begründung des OGH

Das Berufungsgericht ging in seiner Entscheidung von der bestehenden Rechtsprechung des OGH zum Begriff des „Teilneh-

<sup>1</sup> Siehe dazu auch die bearbeitete Entscheidung, RdW 2023/597, 792 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Der Autor ist Gesellschafter-Geschäftsführer der Tuscher Schmidt Rechtsanwälte GmbH, die im dieser OGH-Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren einen der beiden Minderheitsgesellschafter vertreten hat.