

# wohnrechtliche blätter:

## wohnrechtliche blätter:wobl

**Heft 3 März 2016**  
**(29. Jahrgang)**

S. 75–116

### Aufsatz

Dr. Reinhard Pesek

**Zur außerordentlichen Kündigung durch den  
Bestandnehmer**

75

### Veranstaltungsbericht

Matthias Knoll, Marco Scharmer B.A.

**IWD – Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten  
des Mieters: Gibt es Vereinbarungen, die die  
„Klauselentscheidungen“ des OGH überstanden haben?**

90

### Rechtsprechung

Nr. 26-36

#### • MRG

**26.** Zur Frage, ob § 12a Abs 3 MRG EU-Ausländer beim  
Erwerb von Beteiligungen diskriminiert  
(OGH 24. 2. 2015, 5 Ob 224/14y)

93

**27.** Zum Beginn der Verjährungsfrist bei einer Verletzung  
der Informationspflicht betreffend die Veräußerung des  
Unternehmens oder eines Machtwechsels  
(OGH 26. 11. 2015, 6 Ob 131/15f –  
*Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch*)

94

**28.** Zur Frage, wie Verzögerungen der Mängelbehebung  
bei der in § 15a Abs 2 MRG normierten Frist zu  
beurteilen sind  
(OGH 30. 10. 2015, 5 Ob 99/15t)

100

**29.** Zur Kündigung wegen unleidlichen Verhaltens  
aufgrund von ständigen, als unberechtigt zu  
qualifizierenden Anzeigen  
(OGH 19. 11. 2015, 7 Ob 144/15z)

102

**30.** Zum Kündigungstatbestand des § 30 Abs 2 Z 3  
letzter Halbsatz MRG  
(OGH 16. 12. 2015, 3 Ob 236/15z)

104

#### • WEG

**31.** Zur Frage, ob ein Chinarestaurant bei unspezifischer  
Widmung des Wohnungseigentumsobjekt als „Geschäft“  
im Wohnungseigentumsvertrag betrieben werden kann  
(OGH 30. 10. 2015, 5 Ob 192/15v –  
*Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch*)

104

**32.** Zur Genehmigungsfähigkeit einer Liftverlängerung  
zur Erreichung eines barrierefreien Zugangs beider  
Geschoße einer Maisonettewohnung  
(OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 157/15x)

106

**33.** Zur Abgrenzung der ordentlichen von der  
außerordentlichen Verwaltung  
(OGH 14. 7. 2015, 5 Ob 23/15s –  
*Dr. Andrea Hinteregger / RA MMag. Philipp Dür*)

107

**34.** Zur Anmerkung der Zusage der Einräumung des  
Wohnungseigentums nach § 40 Abs 2 WEG 2002  
(OGH 14. 7. 2015, 5 Ob 70/15b – *Öffentlicher Notar  
Univ.-Doz. Mag. DDr. Ludwig Bittner*)

111

#### • ABGB

**35.** Zur Mietzinsminderung bei Einschränkungen der  
Erhaltungspflicht des Vermieters; Rechtsmittelzulässigkeit  
im Zwischenstreit über die Höhe des Mietzinsrückstands  
(OGH 29. 7. 2015, 9 Ob 23/15w –  
*RA Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.*)

112

**36.** Zum schlüssigen Verzicht des Mieters auf sein  
Mietrecht  
(OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 20/15k)

116

Impressum 116

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier–TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

an sich in einem mehrgeschoßigen Haus verkehrsbüchlich. Bei der Verkehrsbüchlichkeit von Änderungen sei zwar mehr an selbstverständliche Versorgungseinrichtungen moderner Wohnungen und weniger an Ausstattungen zur Befriedigung von Luxusbedürfnissen zu denken. Dennoch komme es nicht auf die Verkehrsbüchlichkeit der betreffenden Maßnahme im Sinn einer ganz allgemeinen, generalisierenden Betrachtung, sondern auf die konkrete Änderung unter Berücksichtigung der bestimmten Beschaffenheit des betreffenden Hauses und seines Umfelds an. Das Haus habe bereits von 1980 bis 2011 über einen Lift verfügt, der vom unteren Halbstock in das dritte Obergeschoß geführt und ausschließlich die beiden Maisonettewohnungen erschlossen habe. Der neue Personenaufzug sehe in allen Etagen Ausstiegstellen vor und verbessere daher ohne jeden Zweifel die Wohn- und Lebenssituation aller Miteigentümer. Es entspreche durchaus der Übung des Verkehrs, dass sämtliche Wohnungen eines mehrgeschoßigen Hauses nach den heute herrschenden Vorstellungen durch einen Personenaufzug erschlossen werden. Dies werde durch das geplante Bauvorhaben erreicht. Es sei daher auch nicht ausgeschlossen, zusätzlich im Interesse und auf Kosten der Ast den Liftschacht um ein weiteres Geschoß zu erhöhen, um dadurch eine barrierefreie Anbindung auch des oberen Geschoßes der Maisonettewohnung zu erreichen. Die Ast könne weder auf den vorhanden gewesenen Treppenlift noch auf die fehlende Barrierefreiheit an der untersten Einstiegstelle verwiesen werden, weil dies keine mit der neuen Liftanlage verbundene Änderung der baulichen Situation im Sinn einer Verschlechterung darstelle.

Der – nach Freistellung durch den OGH beantwortete – ao RevRek der 13. AG ist zulässig und berechtigt.

#### *Aus den Entscheidungsgründen des OGH:*

1. Nach § 16 Abs 1 Z 1 WEG (gemeint wohl Abs 2; Anm d Red) darf die Änderung an einem WE-Objekt weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, besonders auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, oder noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zur Folge haben. Werden für eine solche Änderung auch allgemeine Teile der Liegenschaft (wie hier: Liftschacht und Dach) in Anspruch genommen, so muss die Änderung überdies entweder der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dienen (§ 16 Abs 2 Z 2 Satz 1 WEG).

2. Die Beurteilung, ob eine Änderung zu genehmigen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, die in ihrer Gesamtheit zu beurteilen sind (RIS-Justiz RS0083309). Dabei ist dem Rechtsanwender ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt (RIS-Justiz RS0109643; RS0106050 [T2]). Nur wenn dieser überschritten wird, liegt eine erhebliche Rechtsfrage vor (5 Ob 154/13b; 5 Ob 39/15v). Das ist hier der Fall.

3. Sowohl zur Frage des wichtigen Interesses (RIS-Justiz RS0083341; RS0083345; RS0083356; RS0106050; RS0108579; RS0110977) als auch der Verkehrsbüchlichkeit (RIS-Justiz RS0119528; RS0110976; RS0126244; RS0083345; RS0083375; RS0083378) existiert umfangreiche Jud des OGH.

3.1. Für das Vorliegen eines wichtigen Interesses kommt es demnach insb darauf an, ob die beabsichtigte Änderung dazu dient, dem Wohnungseigentümer eine dem heute üblichen Standard entsprechende Nutzung seines Objekts zu ermöglichen (5 Ob 150/14s). Nicht jeder verständliche Wunsch eines Wohnungseigentümers nach Änderung begründet ein wichtiges Interesse (RIS-Justiz

RS0083341). Der Wunsch nach einer luxuriöseren Ausstattung reicht ebenso wenig aus wie die Berufung auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen. Die Wichtigkeit des Interesses ist in Relation zum Ausmaß der Inanspruchnahme allgemeiner Teile zu beurteilen (5 Ob 24/08b mwN). Die Verkehrsbüchlichkeit einer Änderung ist nicht nur nach der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern auch nach der Beschaffenheit des betreffenden Hauses und seines Umfelds zu beurteilen (5 Ob 236/11h; 5 Ob 113/15a).

3.2. Nach diesen Kriterien sind die Voraussetzungen des § 16 Abs 2 Z 2 WEG nicht erfüllt:

3.3. Es ist charakteristisch für eine Maisonette, dass sich die Wohnräume zumindest über zwei Geschoße innerhalb der Wohnung erstrecken und die einzelnen Wohnebenen im Inneren der Wohnung durch Treppen verbunden sind. Treppenlifte mögen das ästhetische Empfinden der Bewohner stören, sie erfüllen aber – ebenso wie Plattformlifte im Inneren einer Wohnung – ihren Zweck, gehbehinderte Bewohner zwischen den einzelnen Geschoßen der Wohnung zu befördern. Im Vergleich zu einer derartigen, ebenfalls barrierefreien Ausstattung stellt die Verlängerung eines im allgemeinen Liftschacht geführten Personenaufzugs in das obere Geschoß (nur) einer Maisonettewohnung mit Öffnung der Dachhaut und Errichtung eines über das Dach ragenden Aufbaus einen massiven Eingriff in allgemeine Teile des Hauses dar, der nicht mit dem Wunsch der Ast nach einer ästhetisch befriedigenderen Lösung zu rechtfertigen ist. Die Änderung lässt sich angesichts der für eine Maisonette typischen baulichen Gestaltung auch nicht mit der nach der Jud des OGH verkehrsbüchlichen Erschließung von eingeschobenen Etagenwohnungen durch einen Personenaufzug mit Ausstiegstellen in jedem Stockwerk des Hauses (5 Ob 125/92; 5 Ob 93/06x) vergleichen.

3.4 Es soll durch die geplante Verlängerung des Lifts in den vierten Stock nur eine separate Ausstiegstelle geschaffen werden, die innerhalb der Maisonette (im Obergeschoß) der Ast liegt und eine barrierefreie Verbindung zwischen den Wohnebenen herstellt. Die Bewohner der anderen Maisonette sind hingegen weiterhin auf die Innentreppe angewiesen. Diese Umgestaltung ausschließlich zum Nutzen einer von zwei Maisonetten ist entgegen der Ansicht der Ast nicht deshalb als verkehrsbüchlich anzusehen, weil im betroffenen Ort oder dessen Umgebung Gebäude (gerichtsnotorisch) besonders hochwertig ausgestattet würden. Eine solche Ausstattung ließe nämlich gerade erwarten, dass sämtliche Dachgeschoßmaisonetten eines Gebäudes über Lifte in allen Geschoßen der Wohnung verfügen.

(. . .)

### 33.

#### *Zur Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Verwaltung*

§ 36 AußStrG; § 24, § 28, § 29 WEG 2002:

**Zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsarbeiten zur Erhaltung bestehender Anlagen gehören noch zur Erhaltung, auch wenn es sich um die erstmalige Herstellung eines mangelfreien Zustands handelt, es dabei zu einer vollständigen Erneuerung kommt und/oder dabei Veränderungen vorgenommen werden, die gegenüber dem vorigen Zustand als „Verbesserungen“ anzusehen sind. Voraussetzung für die Qualifikation als Erhaltungsarbeit ist jedoch eine Reparaturbedürftigkeit, Schadensgeneigntheit oder Funktionseinschränkung. Dieser Erhaltungsbegriff gebietet**

also die Rücksichtnahme auf Entwicklungen der Bautechnik und auf eine zeitgemäße Wohnkultur.

Die zur Aufrechterhaltung des Betriebs einer bestehenden Gemeinschaftsanlage iSd § 3 Abs 2 Z 3 MRG (hier: Schwimmbecken) dienenden Arbeiten sind Erhaltungsmaßnahmen iSd § 3 Abs 1 MRG und fallen daher grundsätzlich unter die ordentliche Verwaltung; dies selbst dann, wenn die Anlage aus wirtschaftlichen Gründen neu errichtet werden muss, um sie in Betrieb zu halten.

Eine Maßnahme, die – isoliert betrachtet – ordentliche Verwaltung ist, kann zur außerordentlichen Verwaltung zu zählen sein, wenn sie an außergewöhnliche Bedingungen geknüpft ist oder mit außergewöhnlichen Maßnahmen einhergeht. Insbesondere könnte eine der Sache nach unter die ordentliche Verwaltung fallende Maßnahme in wirtschaftlicher Betrachtung dann über diese hinausgehen, wenn sie extreme Kosten verursacht oder jeglicher Zweckmäßigkeit entbehrt. Für die Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Verwaltung kann also die Kostenhöhe maßgeblich sein, wenn außergewöhnlich hohe Kosten anfallen und Finanzierungsprobleme bestehen.

OGH 14. 7. 2015, 5 Ob 23/15s (LG Wiener Neustadt 19 R 43/14f; BG Neunkirchen 3 MSch 2/13y)

Die ASt und AG sind die Wohnungseigentümer der Liegenschaft EZ X Grundbuch Y. Auf der WE-Anlage befindet sich ein Schwimmbad. Dieses Schwimmbad wurde aufgrund einer Baubewilligung vom 17. Juli 1968 errichtet und seit der Errichtung laufend und regelmäßig von den Eigentümern benützt. Eine Benutzungsbewilligung wurde für das Schwimmbad nach dessen Errichtung nicht eingeholt. Die Hausverwaltung hat bei einem Sachverständigen Erkundigungen dazu eingeholt, was notwendig wäre, um die Benutzungsbewilligung zu erlangen. Dieser hat ein Pflichtenheft für das Erlangen einer Benutzungsbewilligung als Ausschreibungsgrundlage erstellt. Um das Schwimmbad mit den Bestimmungen des Bäderhygienegesetzes in Einklang zu bringen, ist eine umfangreiche Sanierung des Schwimmbades notwendig. In einer Abstimmung am 26. Jänner 2013 hat sich eine Mehrheit der Mit- und Wohnungseigentümer von 75,30 % „für die Sanierung des Schwimmbades“ entschieden.

Mit Antrag vom 24. April 2013 begehrt die ASt, die „bei der außerordentlichen Versammlung vom 26. Jänner 2013 sowie die im Wege der schriftlichen Abstimmung zur Sanierung des Schwimmbades unter Zugrundelegung des Vorschlags der ehemaligen Projektgruppe Bäderausschuss des ehemaligen Eigentümerausschusses und der Hausverwaltung und somit für die Erlangung einer Benutzungsbewilligung gefassten Beschlüsse“ gem §§ 24, 29 WEG aufzuheben und für unwirksam zu erklären.

Zur Begründung brachten die ASt – zusammengefasst – vor, dass die anlässlich der Eigentümerversammlung vom 26. Jänner 2013 und in weiterer Folge im schriftlichen Weg durchgeführten Abstimmungen weder den gesetzlichen Voraussetzungen zur Willensbildung iSd § 24 WEG noch den Voraussetzungen des § 29 WEG entsprechen habe. Das Schwimmbad weise keinen behördlichen Konsens iSd Bäderhygienegesetzes auf, sei nicht benutzungsbewilligt und somit für die Behörde nicht existent. Aufgrund des fortschreitenden Stands der Technik und der nunmehr bestehenden gesetzlichen Vorschriften seien dermaßen durchgreifende Maßnahmen erforderlich, dass sie einer Neuerrichtung des Schwimmbades gleich kämen. Es liege daher keine Maßnahme der ordentlichen, sondern der außerordentlichen Verwaltung vor. Der Versuch ein in den 60er Jahren errichtetes Schwimmbad mit einer mehr als 50 Jahre

alten Bädertechnik auf den Stand der Technik des aktuellen Bäderhygienegesetzes zu bringen, um eine Benutzungsbewilligung zu erlangen, sei weder eine Erhaltungs- noch eine Verbesserungsarbeit, sondern eine Neuerrichtung einer baulichen Anlage und eine nicht finanzierbare Luxusaufwendung.

Die sich am Verfahren aktiv beteiligenden AG (mit Ausnahme des 20. AG, der nach Ablauf der Anfechtungsfrist erklärte, sich dem Antrag anschließen zu wollen) bestritten dieses Vorbringen. Die Sanierung des Schwimmbades sei eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung iSd § 28 WEG und formelle Mängel der Beschlussfassung lägen nicht vor. Das Schwimmbad befinde sich auf einem allgemeinen Teil der Liegenschaft und sei eine bestehende, der gemeinsamen Benutzung dienende Anlage. Es werde seit seiner Errichtung während der Badesaison von den Wohnungseigentümern und deren Kindern laufend und intensiv genutzt. Der Hausverwaltung sei aufgrund einer anonymen Anzeige von der Bezirkshauptmannschaft Neunkirchen als der zuständigen Verwaltungsbehörde für das Bäderhygienegesetz informell mitgeteilt worden, dass das bestehende Schwimmbad nach Rechtsansicht der Bezirkshauptmannschaft dem Anwendungsbereich des Bäderhygienegesetzes unterliege, jedoch nicht den vom Bäderhygienegesetz und den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen geforderten Standards entspreche. Das Schwimmbad sei in diesem Sinne mangelhaft und sanierungsbedürftig, weswegen eine zeitnahe Sanierung unumgänglich sei. Widrigenfalls würde die Schließung des Schwimmbades durch die Behörde angeordnet. Vor diesem Hintergrund sei von einem Sachverständigen ein Pflichtenheft für die Sanierung des Schwimmbades erarbeitet worden, welches den Anforderungen des Bäderhygienegesetzes und den einschlägigen ÖNORMEN entspreche. Auf dieser Basis seien eine Ausschreibung für die erforderlichen Sanierungsarbeiten erstellt, mehrere Angebote eingeholt und vom Sachverständigen geprüft worden. Mit dem Beschluss der Wohnungseigentümer im Rahmen der Wohnungseigentümerversammlung am 26. Jänner 2013 und „auf Grundlage der schriftlichen Abstimmung“ sei die Sanierung des Schwimmbades durch die Firma MST beschlossen worden, die das wirtschaftlichste und technisch günstigste Angebot gelegt habe. Die Kosten für die Sanierung würden mit rund 500.000 € veranschlagt werden. Bei der gegebenen Zahl an WE-Objekten wären von den einzelnen Miteigentümern pro WE-Objekt lediglich ca 8.500 € zu tragen. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass die Eigentümergemeinschaft in den letzten 20 Jahren nur geringe Rücklagen eingehoben habe und am Schwimmbad keine größeren Sanierungsarbeiten durchgeführt worden seien.

Mit einem (richtig) Zwischensachbeschluss stellte das ErstG fest, dass es sich „bei den in der außerordentlichen Versammlung vom 26. Jänner 2013 gefassten Beschlüssen zur Sanierung des Schwimmbades in der Anlage S\* (Anm.: gemeint ‚S\*‘)“ um eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung handle.

Das RekursG gab dem Rek der ASt (sowie des 20. AG) nicht Folge und erklärte den RevRek nicht für zulässig. In seiner Begründung führte es aus, dass ihm ein Eingehen auf die Frage der Zulässigkeit eines Zwischensachbeschlusses mangels Geltendmachung im Rechtsmittel verwehrt sei. In der Sache vertrat das RekursG die – ausführlich begründete – Rechtsauffassung, die Sanierung des Schwimmbades sei nicht als Maßnahme der außerordentlichen, sondern der ordentlichen Verwaltung zu qualifizieren.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der ao RevRek der ASt wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag diese dahin abzuändern, dass festgestellt

werde, dass es sich bei der Sanierung des Schwimmbades um einen Fall der außerordentlichen Verwaltung iSd § 29 WEG handle. Hilfsweise stellen sie Aufhebungs- und Zurückverweisungsanträge.

In der ihnen vom OGH freigestellten Beantwortung des RevRek beantragten die die sich am Verfahren aktiv beteiligenden AG (mit Ausnahme des 20. AG, der keine RevRek Beantwortung erstattete), den RevRek zurückzuweisen, Hilfsweise diesem nicht Folge zu geben.

#### Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Der RevRek ist zulässig und – iSd Aufhebungsantrags – auch berechtigt.

#### Zur Zulässigkeit des Zwischensachbeschlusses

Gem § 36 Abs 2 AußStrG kann das Gericht über den Grund des Anspruchs durch Zwischenbeschluss entscheiden. Im Wohnrecht sind die im § 36 Abs 2 AußStrG genannten Zwischenbeschlüsse „Zwischensachbeschlüsse“ (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I<sup>22</sup> § 36 AußStrG Rz 2).

Eigenständige Entscheidungen gem § 36 Abs 2 AußStrG sind nur über den Grund des Anspruchs möglich. Bloße Teilfragen können hingegen nicht gesondert herausgegriffen und zum Gegenstand der Entscheidung gemacht werden (vgl zu § 393 ZPO RIS-Justiz RS0039484 [T1, T4, T6]). Ob im Falle einer Beschlussanfechtung nach den §§ 24, 29 WEG die Qualifikation des Beschlussgegenstands als ordentliche oder außerordentliche Verwaltungsmaßnahme als „Grund des Anspruchs“ zu sehen ist, bedarf hier keiner Klärung. Die allfällige Unzulässigkeit des Zwischensachbeschlusses könnte mangels Geltendmachung dieses Mangels im Rechtsmittelverfahren vom OGH ohnedies nicht mehr aufgegriffen werden (RIS-Justiz RS0040918).

Zur Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Verwaltung im Zusammenhang mit Erhaltungsarbeiten

1. Nach § 28 Abs 1 Z 1 WEG gehört die Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft iSd § 3 MRG, einschließlich baulicher Veränderungen, die über den Erhaltungszweck nicht hinausgehen, zur ordentlichen Verwaltung. Zu Inhalt und Bedeutung des aufgrund des Verweises auf § 3 MRG am ortsüblichen Standard zu orientierenden Erhaltungsbegriffs (sogenannter dynamischer oder elastischer Erhaltungsbegriff) liegt umfangreiche Jud des OGH vor (vgl RIS-Justiz RS0116139; RS0114109; RS0083171; RS0069971; RS0083121; RS0116998; RS0069944; RS0070000). Danach gilt, dass zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsarbeiten zur Erhaltung bestehender Anlagen noch zur Erhaltung gehören, auch wenn es sich um die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands handelt, es dabei zu einer vollständigen Erneuerung kommt und/oder dabei Veränderungen vorgenommen werden, die gegenüber dem vorigen Zustand als „Verbesserungen“ anzusehen sind. Voraussetzung für die Qualifikation als Erhaltungsarbeit ist jedoch eine Reparaturbedürftigkeit, Schadensgeneigtheit oder Funktionseinschränkung. Dieser Erhaltungsbegriff gebietet also die Rücksichtnahme auf Entwicklungen der Bautechnik und auf eine zeitgemäße Wohnkultur (5 Ob 106/08m; RIS-Justiz RS0069944 [T3]).

2. Ein Schwimmbecken zählt zu den „der gemeinsamen Benützung der Bewohner dienenden Anlagen“ iSd § 3 Abs 2 Z 3 MRG („Gemeinschaftsanlagen“). Die zur Aufrechterhaltung des Betriebs derartiger (bestehender) Anlagen dienenden Arbeiten sind Erhaltungsarbeiten iSd § 3 Abs 1 MRG und fallen daher unter die ordentliche Verwaltung gem § 28 Abs 1 Z 1 WEG; dies selbst dann, wenn die Anlage aus wirtschaftlichen Gründen neu errichtet werden muss, um sie in Betrieb zu halten

(RIS-Justiz RS0070000; *Löcker* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>3</sup> § 28 WEG Rz 60 f).

3. Das RekursG hat diese Grundsätze grundsätzlich zutreffend dargestellt. Lediglich in seiner Auseinandersetzung mit den Erfordernissen der Dringlichkeit und Wirtschaftlichkeit der zu beurteilenden Maßnahme übersieht es, dass die Rsp dem Erhaltungsbegriff dieses restriktivere Verständnis (idR nur) im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit der von einem Wohnungseigentümer nach § 30 Abs 1 Z 1 WEG begehrten Erhaltungsmaßnahmen unterlegt. In diesem Kontext ist die Dringlichkeit der Maßnahme ebenso ein wesentliches Kriterium wie die wirtschaftlichen Aspekte Kostenaufwand und Finanzierbarkeit der Erhaltungsmaßnahmen. Dadurch sollen überschießende Konsequenzen des dynamischen Erhaltungsbegriffs vermieden werden, ein einzelner Wohnungseigentümer soll den anderen Wohnungseigentümern also nicht eine „permanente Modernisierung“ aufzwingen können (vgl RIS-Justiz RS0116139; RS0114109 [T9]; RS0121905). Im Allgemeinen sind der Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung daher zwar auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zugrunde zu legen, dabei ist aber keine strenge Betrachtung geboten (RIS-Justiz RS0041383 [T6]; RS0083096 [T2]).

Zur Qualifikation der Maßnahme „Sanierung des Schwimmbades in der Anlage S\*“

1. Die nach den von der Rsp entwickelten Kriterien vorzunehmende Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung erfolgt immer nach den Umständen des Einzelfalls (RIS-Justiz RS0041383 [T2]); dem Gericht ist dabei auch ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (RIS-Justiz RS0116139 [T4]). Die vom ErstG getroffenen, eingangs (nur ein wenig gerafft) wiedergegebenen Feststellungen reichen allerdings nicht aus, um hier eine solche, für das weitere Verfahren bindende Beurteilung vorzunehmen.

2. In seiner Entscheidung beurteilte das ErstG gem seinem Spruch die „in der außerordentlichen Versammlung vom 26. Jänner 2013 gefassten Beschlüssen zur Sanierung des Schwimmbades in der Anlage S\* (Anm.: gemeint „S\*“)“. Das ErstG stellte korrespondierend dazu fest, dass sich in „einer Abstimmung am 26. Jänner 2013 eine Mehrheit der Mit- und Wohnungseigentümer von 75,30 % für die Sanierung des Schwimmbades entschieden“ habe. Auf dieser Tatsachenbasis lässt sich schon nicht verlässlich beurteilen, welche konkrete Maßnahme tatsächlich Gegenstand der Willensbildung war. Es ist weder den Feststellungen zu entnehmen noch nach der Aktenlage klar, welcher Willensbildungsvorgang welchen Beschlüssen vorangegangen sein soll. Im Protokoll der außerordentlichen Eigentümerversammlung scheint beispielsweise einerseits die „Bekanntgabe“ einer schriftlichen Abstimmung („Finanzierung der Sanierung“) auf und andererseits auch eine „indikative Abstimmung“ über den „Vorschlag der ehemaligen Projektgruppe Bäderausschuss, des ehemaligen Eigentümerausschusses und der Hausverwaltung für die Sanierung des Schwimmbades und somit für die Erlangung der Benützungsbewilligung“.

3. Die Tatsache, dass die Frage, ob und wenn ja welche konkreten Sanierungsmaßnahmen Gegenstand der Willensbildung waren, offen geblieben ist, legt nahe, dass nach dem Verständnis der Vorinstanzen der Gegenstand ihrer Entscheidungen offensichtlich (nur) die grundsätzliche Frage sein soll, ob die Maßnahme, das Schwimmbad so auf den Stand der Technik des Bäderhygienegesetzes zu bringen, dass eine Benützungsbewilligung erteilt werden kann, (mehr oder weniger) abstrakt betrachtet eine Maßnahme der ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltung darstellt. Unabhängig von der sich

daran knüpfenden Frage, welche verfahrensimmanenten Folgen eine solche Klarstellung haben könnte, lässt sich aber auch diese Frage mangels eines ausreichenden Tatsachensubstrats nicht abschließend beurteilen. Auch wenn bei der Abgrenzung der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung im Rahmen eines Verfahrens über eine Beschlussanfechtung der Frage der Kosten und deren Finanzierung idR nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt, steht einer abschließenden (auch nur abstrakten) Beurteilung entgegen, dass die konkret geplanten Sanierungsmaßnahmen und deren Kosten nicht feststehen. Eine Maßnahme, die – isoliert betrachtet – ordentliche Verwaltung ist, kann zur außerordentlichen Verwaltung zu zählen sein, wenn sie an außergewöhnliche Bedingungen geknüpft ist oder mit außergewöhnlichen Maßnahmen einhergeht (RIS-Justiz RS0118794). Insb könnte eine der Sache nach unter die ordentliche Verwaltung fallende Maßnahme in wirtschaftlicher Betrachtung dann über diese hinausgehen, wenn sie extreme Kosten verursacht oder jeglicher Zweckmäßigkeit entbehrt (Löcker in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>3</sup> § 28 WEG Rz 37). Für die Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Verwaltung kann also die Kostenhöhe maßgeblich sein, wenn außergewöhnlich hohe Kosten anerlaufen und Finanzierungsprobleme bestehen (5 Ob 227/12m mwN). In diesem Sinne haben die ASt hier bereits im Verfahren vor dem ErstG geltend gemacht, dass die Sanierung des Schwimmbades eine nicht finanzierbare Luxusaufwendung darstelle. Feststellungen dazu fehlen aber.

4. Das ErstG wird daher im fortgesetzten Verfahren im Zusammenhang mit dem Inhalt der bekämpften Beschlüsse und den damit verbundenen Maßnahmen die notwendigen Klarstellungen und entsprechenden Feststellungen zu treffen und neuerlich zu entscheiden haben.

(...)

\* \* \*

*Arbeiten zur Aufrechterhaltung des Betriebes bestehender, der gemeinsamen Benützung dienender Anlagen, fallen iSd § 28 WEG 2002 iZm § 3 Abs 2 Z 3 MRG unter die Erhaltungspflicht der Eigentümergemeinschaft. Beim gegenständlichen Schwimmbad handelt es sich um eine Gemeinschaftsanlage, die seit ihrer Errichtung laufend und regelmäßig von den Mit- und Wohnungseigentümern benützt wird und daher in Betrieb ist. Die in der E des OGH umrissenen notwendigen Sanierungsmaßnahmen zur Erhaltung einer Benützungsbewilligung stellen daher Maßnahmen dar, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes einer Gemeinschaftsanlage erforderlich sind und daher grundsätzlich dem Bereich der ordentlichen Verwaltung zuzuordnen sind.*

*Nun zu den Einwänden der ASt:*

1) *Um eine Benützungsbewilligung zu erlangen, seien Maßnahmen erforderlich, die weder eine Erhaltungsnach eine Verbesserungsarbeit, sondern eine Neuerrichtung der Anlage darstellen würden. Diesem Argument ist die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 3 Abs 2 Z 3 2. Halbsatz MRG entgegenzuhalten, wonach die Erhaltung einer bestehenden Anlage auch im Wege der Errichtung einer vergleichbaren, neuen Anlage erfolgen kann, wenn unter Berücksichtigung der Kosten der Errichtung und des Betriebes der neuen Anlage, die Erhaltung der bestehenden unwirtschaftlich ist. Deshalb ist bspw die Erneuerung eines mit wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Mitteln zu reparierenden Lifts noch Erhaltungsarbeit im Sinne des § 3 Abs 2 Z 3 MRG (5 Ob 144/12f). Entscheidend ist in all diesen Fällen, dass eine Anlage nicht neu errichtet, sondern eine bestehen-*

*de (durch die Neuerrichtung) lediglich erhalten wird. Dies ist als Abgrenzung zur außerordentlichen Verwaltung an dieser Stelle festzuhalten. Der OGH führt weiter aus, dass der in § 3 Abs 2 Z 3 2. Halbsatz MRG normierte Grundsatz durchaus verallgemeinerungsfähig sei. Er sei auf alle Fälle anwendbar, in denen sich die Frage der (Teil-)Erneuerung statt der bloßen Ausbesserung stelle (mwN 5 Ob 110/91). Der von der Judikatur geprägte dynamische Erhaltungsbegriff lässt den Schluss zu, dass die gegenständliche Sanierung des bestehenden Schwimmbades grundsätzlich als Maßnahme der ordentlichen Verwaltung zu qualifizieren ist. Es ist im Übrigen erstaunlich, dass das Schwimmbad über einen so langen Zeitraum ohne Benützungsbewilligung genutzt werden durfte. Im Hinblick auf die Haftung der Mit- und Wohnungseigentümer wie auch des Hausverwalters bei etwaigen Unfällen ist dies als äußerst haftungsträchtig zu werten. Es ist daher für den Hausverwalter bei Übernahme der Verwaltung einer Liegenschaft empfehlenswert, nicht nur die Benützungsbewilligung des Gebäudes, sondern auch die aller vorhandenen Gemeinschaftsanlagen zu prüfen.*

2) *Die ASt begründen ihren Standpunkt weiters mit dem Argument, dass es sich bei dieser Maßnahme um eine nicht finanzierbare Luxusaufwendung handle. Die entscheidende Frage ist, wie hoch die Kosten für eine ordentliche Verwaltungsmaßnahme iSd WEG sein dürfen, um noch als eine solche zu gelten, ohne die Grenze zur außerordentlichen Verwaltung zu überschreiten. In der E 5 Ob 142/01w wird die Frage, ob eine extreme Kosten verursachende oder unzweckmäßige Maßnahme zur ordentlichen Verwaltung zu zählen ist, vom erkennenden Senat nicht behandelt. Aus der rechtlichen Beurteilung dieser E geht hervor, dass die Kosten einer Verwaltungsmaßnahme – im Verhältnis zur Größe der WE-Anlage – nicht außergewöhnlich hoch sein dürfen, damit die jeweilige Maßnahme noch als eine der ordentlichen Verwaltung qualifiziert werden kann. In seiner Glosse zu dieser E geht Call (Anm zu OGH 26.6.2001, 5 Ob 142/01w in wobl 2001/212) davon aus, dass es aufgrund des Bezugs zur Größe der WE-Anlage nicht auf absolute, sondern auf relative Zahlen ankommt. Weiters stellt Call fest, dass dem Mehrheitsbeschluss eine positive Kosten-Nutzen-Analyse zugrunde liegen müsse. Der finanzielle Einsatz dürfe nicht aussichtslos erscheinen. Nun sind die Kosten im gegenständlichen Fall in Höhe von etwa 500.000 € für die notwendigen Maßnahmen zur Sanierung des Schwimmbades zugegebenermaßen absolut gesehen recht hoch. Entscheidend sind unter Berücksichtigung der obigen Denkansätze die relativen Kosten, also die Kosten pro Nutzwert jedes WE-Objektes im Verhältnis zum Verkehrswert des WE-Objektes bzw der gesamten Liegenschaft. So sind die erwähnten Kosten von 8.500 € pro WE-Objekt in sehr guten Lagen in Relation zu denselben Kosten in wertmäßig schlechteren Lagen differenziert zu sehen. Zu bedenken ist auch, ob es durch den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit des Schwimmbades zu einer Wertminderung der Liegenschaft und damit jedes einzelnen Objektes kommen kann. Die Praxis zeigt, dass die Nutzungsmöglichkeit eines Schwimmbades bei der Bewertung bzw beim Verkauf von WE-Objekten durchaus als positives Kriterium zu werten ist. Problematisch könnte es auch bei etwaigen Mietverhältnissen in Hinblick auf den vereinbarten Mietzins werden, in denen der vermietende Wohnungseigentümer die Nutzung des Schwimmbades miterfasst hat. Bei Wegfall der Nutzungsmöglichkeit ist je nach Formulierung im Mietvertrag eine Mietzinsminderung (§ 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB) der Mieter gegenüber den Wohnungsvermietern denkbar. Die in der E grob umrissenen Umstände – die hohe Zustimmungss-*

quote von 75,30% der Mit- und Wohnungseigentümer, die für die Sanierung des Schwimmbades gestimmt haben; die Einhebung nur geringer Rücklagen in den letzten 20 Jahren; keine größeren Sanierungsarbeiten am Schwimmbad bisher – lassen grundsätzlich einen Schluss auf eine positive Kosten-Nutzen-Analyse zu. Dem OGH ist dahingehend zuzustimmen, dass die endgültige Beurteilung nur unter Berücksichtigung der noch zu erhebenden Tatsachen erfolgen kann. Nach Ansicht der Verfasser sind im Rahmen einer umfassenden Kosten-Nutzen-Analyse besonders die oben erläuterten Aspekte zu berücksichtigen. Der OGH zeigt in dieser Erneuerung auf, dass auf den Einzelfall abzustellen und in der Praxis oftmals schwer zu beurteilen ist, wo die exakte Grenze zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung verläuft. In der Praxis sichern sich Hausverwalter daher bei nicht eindeutig der ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltung zuordenbaren Maßnahmen – soweit keine Gefahr in Verzug ist –, idR durch einen Beschluss der Eigentümergemeinschaft ab. Diese Vorgehensweise ist in Bezug auf das Haftungsrisiko des Hausverwalters durchaus nachvollziehbar, steht jedoch im Spannungsfeld mit einer effizienten Verwaltung. Der Verwalter ist im Bereich der ordentlichen Verwaltung autonom und kann grundsätzlich ohne Einholung eines Beschlusses tätig werden. Solange dem Hausverwalter vom Gesetzgeber oder der Rsp keine konkreten Regelungen bei der Zuordnungsproblematik an die Hand gegeben werden, wird sich an dieser Praxis verständlicherweise wenig ändern.

Dr. Andrea Hinteregger / RA MMag. Philipp Dür

### 34.

Zur Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums nach § 40 Abs 2 WEG 2002

#### § 40 Abs 2 WEG 2002:

Die Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums nach § 40 Abs 2 WEG 2002 verschafft nicht das Recht selbst, sondern nur die Anwartschaft auf einen bestimmten Rang des späteren Bucheintrags. Daher sind die gem § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkten Wohnungseigentumsbewerber noch nicht Buchberechtigte und können durch Eintragungen, die die zu ihren Gunsten erfolgte Anmerkung gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 unberührt lassen, auch nicht in einem bürgerlichen Recht beeinträchtigt.

OGH 14. 7. 2015, 5 Ob 70/15b – Zurückweisung des Revisionsrekurses (LG Salzburg 53 R 278/14k; BG Zell am See 2891/2013)

Mit Beschluss des ErstG vom 6. August 2013, TZ 2891/2013, wurde auf der bis dahin im Alleineigentum der P GmbH stehenden Liegenschaft EZ X KG Y WE begründet. Mit dem genannten Beschluss bewilligte das ErstG – dem Antrag gem und soweit für das RevRekVerfahren relevant – die Eintragung des Eigentumsrechts des Ast ob 108/2888stel Anteilen samt WE an der Wohnung Top 18 und ob 6/2888stel Anteilen samt WE an Top TG3 KFZ-Stellplatz 3, sowie ob allen der bisherigen Alleineigentümerin verbleibenden (jeweiligen) Mindestanteilen das WE an Top 1A, 2A, 2B, 3A, 3B, 4 bis 12, 13/14, 15 bis 17, 19 bis 21, G1, G2, den Stellplätzen Top TG1 bis 2, 4 bis 31, AP 32 bis 38. Zudem bewilligte das ErstG die Löschung der Anmerkung der Zusage der Einräumung von WE nach § 40 Abs 2 WEG 2002 ob den WE-Objekten des Ast.

Vor Vollzug dieses Beschlusses war im B-Blatt bei der Alleineigentümerin zu B-LNR 5b bis 5q und 5t bis 5z zugunsten verschiedener WE-Bewerber an bestimmt bezeichneten WE-Objekten die Zusage der Einräumung

des WE-Rechts gem § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkt, insb zugunsten der Rechtsmittelwerber zu B-LNR 5b an Appartement 17 und zu B-LNR 5c an Tiefgaragenplatz 29. Mit dem Vollzug der mit dem Beschluss vom 6. August 2013, TZ 2891/2013, bewilligten Eintragungen nahm das ErstG – faktisch und ohne beschlussmäßige Grundlage – eine Beschränkung dieser zugunsten der Rechtsmittelwerber angemerkten Zusage gem § 40 Abs 2 WEG 2002 vor. Diese ist nur mehr bei den jeweiligen, der vormaligen Alleineigentümerin eigentümlichen Mindestanteilen eingetragen, und zwar bei den 96/2888stel Anteilen zu B-LNR 25 hinsichtlich Appartement 17 und den 9/2888stel Anteilen zu B-LNR 58 hinsichtlich Tiefgaragenplatz 29.

Das RekursG wies den gegen den Beschluss des ErstG vom 6. August 2013, TZ 2891/2013, erhobenen Rek der Rechtsmittelwerber zurück. (. .)

Das Rekursgericht erklärte den Revisionsrekurs für zulässig, weil die Frage der Beschwer eines nach § 40 Abs 2 WEG 2002 gesicherten, durch die bewilligten Grundbucheintragungen aber nicht betroffenen Wohnungseigentumsbewerbers im Lichte der neuen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes noch nicht vom Höchstgericht behandelt worden sei. Auch die Frage, inwiefern ein Wohnungseigentumsbewerber im Grundbuchsverfahren eine Teilnahme an der Gestaltung des Wohnungseigentumsvertrags einfordern könne, habe über den Anlassfall hinaus erhebliche Bedeutung.

Der RevRek ist – ungeachtet des den OGH nicht bindenden Zulässigkeitsausspruchs des RekursG (§ 71 Abs 1 AuBStrG iVm § 126 Abs 2 GBG) – nicht zulässig.

#### Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Im Grundbuchsverfahren ist im Regelfall (neben dem mit seinem Rechtsschutzbegehren gescheiterten Ast) derjenige zum Rek legitimiert, der geltend machen kann, durch die bekämpfte Entscheidung in seinen bürgerlichen Rechten verletzt worden zu sein (RIS-Justiz RS0006677; RS0006710); sei es, dass diese Rechte belastet, abgetreten, beschränkt oder aufgehoben werden (RIS-Justiz RS0006710 [T5, T37]). Die erforderliche (materielle) Beschwer ergibt sich also daraus, dass jemand in seinen bürgerlichen Rechten beeinträchtigt worden sein könnte. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage der meritorischen Berechtigung des Rek (RIS-Justiz RS0006710 [T9]; RS0006677). Interessen oder Rechte, die noch nicht Gegenstand einer bürgerlichen Eintragung geworden sind, fehlt der Rechtsmittelschutz. Denjenigen, der nur einen bloß schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentumsrechts hat, steht noch kein Rekursrecht zu (RIS-Justiz RS0006710 [T10, T34]).

2. Zur Frage der Rechtsmittellegitimation eines nach § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkten WE-Bewerbers hat der erk Senat bereits in der E 5 Ob 279/05y Stellung genommen. Danach ist davon auszugehen, dass die Anmerkung der Zusage der Einräumung des WE nach § 40 Abs 2 WEG 2002 nicht das Recht selbst verschafft, sondern nur die Anwartschaft auf einen bestimmten Rang des späteren Bucheintrags. Daher sind die gem § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkten WE-Bewerber noch nicht Buchberechtigte und können durch Eintragungen, die die zu ihren Gunsten erfolgte Anmerkung gem § 40 Abs 2 WEG 2002 unberührt lassen, auch nicht in einem bürgerlichen Recht beeinträchtigt sein. In dieser ausführlich begründeten E 5 Ob 279/05y setzte sich der Fachsenat insb auch mit der von den RevWerbern zitierten E 5 Ob 51/94 auseinander, in der die Rechtsmittellegitimation der damals nach der Vorgängerbestimmung des § 24a Abs 2 WEG 1975 angemerkten Wohnungseigentümer bejaht wurde. Im dem dort zugrunde gelegenen – mit der vorliegenden Konstellation nicht ver-