



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis/Title of the Master's Thesis

„Konsequenzen der eigenmächtigen Vornahme von Änderungen am WE-Objekt“

verfasst von/submitted by

Mag. Michael Kres

angestrebter akademischer Grad// in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof.Dr. Helmut Ofner, LL.M

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Masterthesis selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht verwendet und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Ich habe diese Masterthesis bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt.

.....

Gamlitz, Mai 2020

Alle personenbezogenen Bezeichnungen beziehen sich, unabhängig ihrer konkreten geschlechtsspezifischen Formulierung, auf beide Geschlechter. Die weibliche Form ist der männlichen Form ausdrücklich gleichgestellt. Lediglich aus Gründen der Vereinfachung beim Verfassen dieser Arbeit wurde die männliche Form gewählt.

Danksagung

Ich bedanke mich bei Herrn Univ.-Prof.Dr. Helmut Ofner, LL.M für die Übernahme dieser Masterthesis. Seinem besonderen Engagement für die juristische Aufbereitung von Fragestellungen im Wohnungseigentumsrecht ist es zu verdanken, dass er mein Interesse an dieser Thematik geweckt hat.

Besonderer Dank gilt meiner Freundin sowie meinen Eltern, die mich stets unterstützten.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
1. Einleitung.....	11
2. Konsequenzen der eigenmächtigen Vornahme von Änderungen	12
2.1. Aufbau der Masterthesis.....	12
2.2. Forschungsfragen und Methodik.....	13
2.3. Skizzierung des Forschungsstands	14
2.4. Sonderfragen zur Anwendbarkeit.....	16
2.5. Änderungen am WE-Objekt.....	18
2.5.1. Allgemeines	18
2.5.2. Begriff und Wesen der Änderung.....	20
2.5.3. Änderungen ausschließlich am eigenen WE-Objekt	25
2.5.3.1. Allgemeines	25
2.5.3.2. Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses	27
2.5.3.3. Sicherheitsrisiken	29
2.5.3.4. Änderungen des Nutz- und Verkehrswertes	30
2.5.3.5. Beeinträchtigung der künftigen Nutzung der übrigen WE-Objekte	30
2.5.3.6. Nachteilige Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen	32
2.5.3.7. Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes	33
2.5.4. Änderungen unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile.....	33
2.5.4.1. Allgemeines	33
2.5.4.2. Privilegierte Änderungen	35

2.5.4.3.	Verkehrsüblichkeit	37
2.5.4.4.	Wichtiges Interesse	39
2.5.5.	Änderungen unter Inanspruchnahme anderer WE-Objekte.....	42
2.6.	Conclusio.....	43
2.7.	Widmungsänderungen.....	45
2.7.1.	Allgemeines	45
2.7.2.	Widmungsänderung von Wohnung in Geschäftsraum.....	46
2.7.3.	Widmungsänderung eines Geschäftslokals	47
2.7.4.	Diskussion anhand von OGH-Entscheidungen	51
2.7.5.	Conclusio	53
2.8.	Widmungsänderungen in der Praxis	54
2.8.1.	Widmungsänderung von „Wohnung“ in „sonstige selbstständige Räumlichkeit“	54
2.8.2.	Umwidmung von Wohnung in Heilmassagepraxis	58
2.8.3.	Umwidmung von Wohnung in Gesundenuntersuchungsstelle.....	62
2.8.4.	Umwidmung von Wohnung in Zivilingenieursbüro	65
2.8.5.	Umwidmung von Wohnung in Ferienwohnung	66
2.8.6.	Umwidmung von Wohnung in Tagesmutterstätte	70
2.8.7.	Conclusio	72
2.9.	Vorabzustimmung zu Widmungsänderungen	76
2.9.1.	Allgemeines	76
2.9.2.	Zulässigkeit einer Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen.....	78
2.9.2.1.	Allgemeines	78
2.9.2.2.	Wohnungseigentümer als Begünstigte des Änderungsrechts	79

2.9.2.3.	Wohnungseigentumsorganisatoren als Begünstigte des Änderungsrechts	83
2.9.2.3.1.	Allgemeines.....	83
2.9.2.3.2.	Beschränkung durch § 38 WEG.....	84
2.9.2.3.3.	Beschränkung durch § 4 Abs 1 BTVG.....	85
2.9.2.3.4.	Beschränkung durch § 6 Abs 3 KSchG.....	87
2.9.2.3.5.	Beschränkung durch § 6 Abs 2 Z 2 KSchG	87
2.9.2.3.6.	Beschränkung durch § 879 ABGB.....	88
2.9.3.	Vorabzustimmungen zu Nutzwertneufestsetzungen	89
2.9.3.1.	Allgemeines	89
2.9.3.2.	Diskussion anhand einer OGH-Entscheidung	92
2.9.3.3.	Conclusio:	95
2.10.	Benützungsregelung	98
2.11.	Behördliche Bewilligung der Änderung.....	100
2.12.	Erhaltungspflichten des Wohnungseigentümers	100
2.13.	Duldungspflichten des Wohnungseigentümers	102
2.14.	Rechtsdurchsetzung	104
2.14.1.	Unterlassungsanspruch	105
2.14.2.	Eigentumsfreiheitsklage.....	109
2.14.3.	Klage auf Ausschluss des Wohnungseigentümers.....	110
2.14.4.	Exekutive Rechtsdurchsetzung	113
2.15.	Zusammenfassung	114
3.	Literatur- und Judikaturverzeichnis	122

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Auffassung
ABGB	Allgemeines Bürgerlicher Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte/r Fassung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt, Österreichisches
Art	Artikel
Aufl	Auflage
AußStrVerf	Außerstreitverfahren
BauO	Bauordnung
BBL	Baurechtliche Blätter
Blg	Beilage/n
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BTVG	Bauträgervertragsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
E	Entscheidung
E(rl)B(em)	erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (nunmehr Erläuterungen)
eh	eigenhändig
Entw	Entwurf
ErgBd	Ergänzungsband

Erk	Erkenntnis
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f	folgend
ff	fortfolgend
FS	Festschrift
ggT	gegenteilig
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschender Auffassung
idS	in diesem Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	im Verbindung mit
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
MietSlg	Mietsammlung
MRG	Mietrechtsgesetz
MRN	Mietrechtsnovelle
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
RdW	Zeitschrift Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter Anderem
uU	unter Umständen
va	vor Allem
vgl	vergleiche

WE	Wohnungseigentum
WEG 1948	Wohnungseigentumsgesetz 1948 BGBI 1948/149
WEG 1975	Wohnungseigentumsgesetz 1975 BGBI 1975/417
WEG, WEG 2002	Wohnungseigentumsgesetz 2002 BGBI I 2002/70
wobl	Wohnrechtliche Blätter
WRN 2006	Wohnrechtsnovelle 2006 BGBI I 2006/124
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAK	Zeitschrift Zivilrecht aktuell
zutr	zutreffend

1. Einleitung

Die Verglasung einer Loggia, die Ausgestaltung eines Flachdachs als Terrasse, der Einbau eines zusätzlichen Fensters, die Errichtung eines Glasvorbaus oder die Umwidmung eines Büros in eine Wohnung. Die Wünsche und Bedürfnisse eines Wohnungseigentümers sein WE-Objekt zu gestalten, sind vielfältig.

Nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) ist ein Wohnungseigentümer dazu berechtigt, sein WE-Objekt ausschließlich zu nutzen und alleine darüber zu verfügen. Darüber hinaus ist es dem Wohnungseigentümer zudem erlaubt, sein Objekt unter bestimmten, abgestuften Voraussetzungen durch bauliche Maßnahmen zu verändern. Veränderungen bringen allerdings zumeist Eingriffe in Rechte anderer Mit- und Wohnungseigentümer mit sich. Wohnungseigentümer sehen sich gerne als ausschließliche Eigentümer ihres WE-Objektes und beachten dabei nicht, dass anderen Miteigentümern bei Veränderungen ihres WE-Objektes ein Mitspracherecht zukommt. Häufig wird von Wohnungseigentümern übersehen, dass sie zur Vornahme von Änderungen an „ihrem“ WE-Objekt in den meisten Fällen (vorab) die Zustimmung der übrigen Miteigentümer benötigen.

Durch die Festlegung von Kriterien, die ein Wohnungseigentümer bei oder vor Vornahme von Änderungen einzuhalten hat, wird das individuelle Nutzungsrecht des Wohnungseigentümers an seinem WE-Objekt, eingeschränkt. Im WEG wird dabei differenziert, ob sich die baulichen Veränderungen allein auf das Wohnungseigentumsobjekt erstrecken, ob ebenfalls allgemeine Teile der Liegenschaft bzw. des Gebäudes in Anspruch zu nehmen sind oder ob gar Wohnungseigentumsobjekte anderer Mit- und Wohnungseigentümer tangiert werden.

Von Wohnungseigentümern beabsichtigte Änderungen sind einzelfallbezogen zu beurteilen. Grundsätzlich sind Änderungen am WE-Objekt einem Wohnungseigentümer nur insoweit gestattet, als es sich dabei um „bagatellhafte“ Maßnahmen handelt.¹ Dieser Beurteilungsmaßstab überwiegend dahingehend präzisiert, dass selbst die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer durch die, in Frage stehende Änderung zur Gänze ausgeschlossen sein muss.

¹ OGH 5 Ob 227/04z immolex 2005/56 = RdW 2005, 156; 5 Ob 122/05k immolex 2005/127 (Prader) = ecolex 2005/388 = Zak 2005.

Idealerweise kann die Zustimmung sämtlicher Mit- und Wohnungseigentümer eingeholt werden. Gelingt dies nicht, ist ein Außerstreitverfahren zur Ersetzung der erforderlichen Zustimmungen durch das Gericht durchzuführen, insofern nicht eindeutig nur Bagatelländerungen vorgenommen werden sollen. Zu warnen ist vor eigenmächtig vorgenommenen Änderungen, da ein solches Vorgehen kostspielige Folgen nach sich ziehen und die Wohnungseigentums-gemeinschaft nachhaltig belasten könnte. Sollte dennoch ein WE-Eigentümer ohne Zustimmung Änderungen am WE-Objekt durchführen, steht den anderen Wohnungseigentümern der Rechtsweg offen, dessen Rechtsfolgen von der Unterlassung bzw gegebenenfalls Rückbau dieser Änderungen sowie – als Ultima Ratio - bis zum Ausschluss des renitenten Wohnungseigentümers reichen.

2. Konsequenzen der eigenmächtigen Vornahme von Änderungen

2.1. Aufbau der Masterthesis

Diese Masterthesis erörtert die Konsequenzen eigenmächtiger Vornahmen von Änderungen des WE-Eigentümers an seinem WE-Objekt. Im WE-Recht gibt es wenige Bereiche, in denen man sich auf derart gesichertem Terrain wähnt wie bei den Konsequenzen, die es nach sich zieht, wenn Wohnungseigentümer eigenmächtig Änderungen an ihrem WE-Objekt vornehmen.² Kernbestimmung dieser Masterthesis stellt dabei § 16 WEG 2002 (nachfolgend kurz „WEG“ genannt) dar, die die Nutzung und Änderung eines WEG-Objektes zum Inhalt hat. Dieser Paragraph normiert die Rechte eines Wohnungseigentümers, die ihm im Hinblick auf das ihm gehörige Wohnungseigentumsobjekt zustehen.

Die gegenständliche Masterarbeit gliedert sich in mehrere Teilbereiche. Im 1. Teil (Punkte 2.2. – 2.3.) soll dem Leser neben der Erörterung der Forschungsfragen zunächst ein genereller Überblick über den Forschungsstand verschafft werden. Im 2. Teil (Punkte 2.4. – 2.6.) dieser Masterthesis erfolgt eine tiefergehende Darstellung der einschlägigen Bestimmungen betreffend Änderungen am WE-Objekt. Anhand von Beispielen aus der Judikatur werden die Änderungen iSd § 16 WEG sowie deren Rechtsfolgen näher erläutert.

² Vonkilch, Konsequenzen der eigenmächtigen Vornahme von Änderungen am WE-Objekt, in FS Würth (2014) 239; vgl Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴ (2017) § 16 WEG Rz 59.

Im 3. Teil dieser Masterthesis (Punkte 2.7. - 2.8.) soll besonderes Augenmerk auf die „neue“ Thematik betreffend Widmungsänderung eines WE-Objektes geworfen werden. Die Problematik betreffend Widmungsänderungen soll anhand konkreter Beispiele aus der Judikatur näher analysiert. In der Praxis ist nicht immer klar, bei Vorliegen welcher Umstände eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorliegt, sodass vorab die Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer für die Durchführung einer solchen Änderung eingeholt werden muss. Anhand von Praxisbeispielen soll die Thematik von Widmungsänderungen schwerpunktmäßig analysiert und aufgezeigt werden, wann es sich um eine (un)zulässige Widmungsänderung iSd § 16 WEG handelt. Des Weiteren erfolgt im 3. Teil unter Punkt 2.9. eine Analyse, inwiefern eine Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen und daraus resultieren Nutzwertneufestsetzungen im Wohnungseigentumsvertrag möglich ist. Zudem erfolgt eine Analyse inwieweit eine solche Vorabzustimmung bestimmten Einschränkungen und Schutznormen unterworfen ist.

Im 4. Teil (Punkte 2.10 – 2.13.) dieser Masterthesis wird schematisch auf den § 17 WEG (Benutzungsregelung) eingegangen und erfolgt eine Gegenüberstellung der Erhaltungspflichten sowie Duldungspflichten des WE-Eigentümers für sein WE-Objekt.

Im 5. Teil (Punkt 2.14.) dieser Masterthesis erhält der Leser einen Überblick über die Rechtsdurchsetzung der übrigen WE-Eigentümer, wenn ein Änderer eigenmächtig Änderungen am WE-Objekt durchführt bzw bereits durchgeführt hat.

2.2. Forschungsfragen und Methodik

Folgende Forschungsfragen sollen im Rahmen dieser Masterthesis beantwortet werden:

1. Auf wen findet das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG Anwendung?
2. Welche Änderungen sind vom Änderungsrecht iSd § 16 Abs 2 WEG erfasst?
3. Unter welchen Voraussetzungen sind Vorabzustimmungen zu späteren Widmungsänderungen zulässig?
4. Welche Kriterien müssen erfüllt sein, dass in einem WE-Objekt unternehmerische Tätigkeiten zulässig sind?

5. Welche Mittel zur Rechtsdurchsetzung stehen den übrigen Wohnungseigentümern gegen einen Wohnungseigentümer zu, der eigenmächtig Änderungen am WE-Objekt durchführt bzw bereits durchgeführt hat?

Bei der Beantwortung der Forschungsfragen des rechtsdogmatischen Teils werden die klassischen Interpretationsmethoden der Rechtswissenschaften zum Zwecke der Normenauslegung angewandt. Aufgabenstellung bei der Erstellung dieser Masterthesis war es, die vorliegende Thematik einer systematischen, juristischen Überprüfung zu unterziehen und so dem Leser einen generellen Überblick über die Thematik der eigenmächtigen Änderung am WE und deren Folgen zu verschaffen.

Es wird sowohl auf die einschlägige Literatur als auch auf die herrschende Judikatur mit zahlreichen Judikaten Bezug genommen. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse werden nach den Regeln der herrschenden wissenschaftlichen Praxis ausgewertet und abgefasst. Neben der Beantwortung der oben genannten Forschungsfragen soll diese Masterthesis dem interessierten Leser einen umfassenden Überblick über die gegenständliche Thematik verschaffen.

2.3. Skizzierung des Forschungsstands

§ 16 Abs 1 WEG normiert, dass die Nutzung eines, im WE stehenden Objektes ausschließlich dem Wohnungseigentümer zukommt, wobei die auf das WE-Objekt Bezug nehmenden Vorschriften ebenfalls auf verbundene Zubehör-Objekte anzuwenden sind.³ Im § 16 Abs 2 WEG werden dem Wohnungseigentümer Änderungsrechte im Hinblick auf sein WE-Objekt zugestanden. Schlussendlich sieht § 16 Abs 3 WEG die Verpflichtung vor, dass der Wohnungseigentümer im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer zu gewissen Erhaltungsarbeiten in seinem WE-Objekt zu sorgen hat. Grundsätzlich hat der Wohnungseigentümer Eingriffe in sein ausschließliches Nutzungsrecht zu dulden, insoweit dies zur Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft und zur Behebung ernster Schäden des Hauses notwendig ist. Hierfür ist allerdings ein spezieller Ersatzanspruch normiert.⁴ Das Änderungsrecht gemäß § 16 Abs 2 WEG stellt ein Individual- und Verfügungsrecht dar, das den Wohnungseigentümer zu Ände-

³ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 2 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

⁴ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, (2017) § 16 WEG Rz 1.

rungen an Räumlichkeiten, welche in seinem Wohnungseigentum stehen, grundsätzlich auf seine Kosten berechtigt.⁵ Das Wohnungseigentum stellt iSd § 2 Abs 1 WEG einer Eigentümerpartnerschaft oder den Miteigentümern einer Liegenschaft eingeräumte dingliche Recht dar, ein sich darin befindliches Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich selbst nutzen und alleine darüber verfügen zu können. Begründet wird Wohnungseigentum zumeist gemäß § 3 Abs 1 Z 1 WEG auf Grundlage „einer schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer“, nämlich dem Wohnungseigentumsvertrag. Einverleibt wird einem Miteigentümer das Wohnungseigentum durch die Verbücherung im Grundbuch.⁶ Zum Zwecke der Verwaltung der Liegenschaft formieren alle Wohnungseigentümer die Eigentümergemeinschaft.⁷

Voraussetzung, dass ein Miteigentümer Wohnungseigentum begründen kann, ist, dass sein Miteigentumsanteil an der Liegenschaft dem Mindestanteil entspricht.⁸ Der Mindestanteil wird im Verhältnis des Nutzwerts des gegenständlichen Objekts zur Summe der Nutzwerte sämtlicher Objekte der Liegenschaft dargestellt. Der Wert eines Wohnungseigentumsobjekts wird sohin mit den Werten der übrigen Wohnungseigentumsobjekte einer Liegenschaft verglichen.⁹ Jeder Wohnungseigentümer muss somit ebenfalls Miteigentümer der Liegenschaft sein und hat sein Miteigentumsanteil dem Mindestanteil zu entsprechen.¹⁰ Von einer Eigentümerpartnerschaft spricht man, wenn zwei natürliche Personen gemeinsam Wohnungseigentümer eines Wohnungseigentumsobjekts sind.¹¹

Der Begriff von Änderungen iSd § 16 Abs 2 WEG ist weit auszulegen.¹² Von diesem sind sowohl bauliche Änderungen an einem Wohnungseigentumsobjekt, als auch rechtliche Änderungen umfasst, wobei die Änderung im Zusammenhang mit dem Wohnungseigentumsobjekt des änderungswilligen Wohnungseigentümers stehen muss.¹³ Der Geltungsbereich des § 16 Abs 2 WEG enthält nicht nur Änderungen, die am Wohnungseigentumsobjekt eines Wohnungseigentümers vorgenommen wurden, sondern ebenfalls Änderungen an ausschließlich

⁵ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 2 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

⁶ § 5 Abs 3 WEG.

⁷ § 2 Abs 5 WEG.

⁸ Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁶ (2018) Rz 453.

⁹ § 2 Abs 8, 9 WEG.

¹⁰ § 5 Abs 1 WEG.

¹¹ § 2 Abs 10 WEG.

¹² Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 17 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

¹³ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 27 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

allgemeinen Teilen einer Liegenschaft, insoweit diese zu einer besseren Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts des Änderers führt.¹⁴

Das Änderungsrecht darf allerdings nicht schrankenlos ausgeübt werden und ist hinsichtlich der geplanten Eingriffsintensität Beschränkungen unterworfen, sodass die geplante Änderung nicht den schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer zuwiderlaufen darf.¹⁵ Zunächst ist abzuklären, inwieweit das Änderungsrecht des § 16 WEG auf Eigentümer Anwendung findet, die (noch) nicht Wohnungseigentümer iSd WEG sind.

2.4. Sonderfragen zur Anwendbarkeit

Das nunmehr in § 16 Abs 2 WEG normierte Änderungsrecht wurde stets als Individualrecht des Wohnungseigentümers behandelt und konnte dementsprechend grundsätzlich nicht vom schlichten Miteigentümer im „Mischhaus“ in Anspruch genommen werden^{16, 17}.

Von einem Mischhaus spricht man, wenn in einem Gebäude neben schlichtem Miteigentum auch Wohnungseigentum besteht. Mit Inkrafttreten des WEG 2002 ist im Rahmen einer Ermittlung der Nutzwerte, die für den Erwerb von Wohnungseigentum erforderlich ist, eine Parifizierung der gesamten Liegenschaft verpflichtend. Dies war nach dem WEG 1975 allerdings noch nicht verbindlich, sodass nach dieser (alten) Rechtslage sämtliche Miteigentümer einer Liegenschaft, unerheblich ob bloß schlichte Miteigentümer oder Wohnungseigentümer, eine Wohnungseigentümergeinschaft bildeten. Nach dem WEG 2002 hat eine Eigentümergemeinschaft nur noch aus Wohnungseigentümern zu bestehen, sodass ein gemischtes Haus nur ein solches sein kann, das vor dem 01.07.2002 entstanden ist. Auch nach dem Inkrafttreten des WEG 2002 (01.07.2002) kann sich ein schlichter Miteigentümer sohin nicht auf § 16 WEG 2002 berufen, da die entsprechende Bestimmung des WEG 1975 für ihn gerade nicht

¹⁴ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 28 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

¹⁵ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 13 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

¹⁶ Siehe idS zu § 13 Abs 2 WEG 1975: OGH 5 Ob 24/87 = MietSlg 39.615 = ImmZ 1987, 313 (Meinhart); 5 Ob 150/92 = wobl 1993, 231/137 (Call) = MietSlg 45.539; 5 Ob 106/88 = wobl 1997, 234/93 (Call) = MietSlg 49.496 = immolex 1997, 248/139; 5 Ob 20/01d = wobl 2002, 186/45 (Call) = immolex 2002, 192/22; 5 Ob 40/12m = immolex-LS 2012/87.

¹⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 1.

iSd § 56 Abs 12 S 1 WEG galt¹⁸. Sinngemäß gleiches hat ebenfalls für die Regelungen der Abs 1 und 3 zu gelten.

Eine Anwendbarkeit des Änderungsrechts auf schlichte Miteigentümer im Mischhaus kann allerdings - abgesehen von den Sonderregelungen für das Vorbereitungsstadium - daraus resultieren, dass es durch eine wirksame Vereinbarung zwischen den Gemeinschaftern auch den schlichten Miteigentümern ausdrücklich zugesprochen wurde. Allerdings können selbst derartige Vereinbarungen nicht dazu führen, dass schlichte Miteigentümer diese Rechte im Außerstreitverfahren nach § 52 WEG durchzusetzen vermögen, da Derartiges gerade nicht der Parteiendisposition unterliegt¹⁹. Im Vorbereitungsstadium hat für die Anwendbarkeit von § 16 WEG Folgendes zu gelten: Wurde bereits, nicht bloß vorläufiges Wohnungseigentum verbüchert, so ist es für die Anwendbarkeit von § 16 Abs 2 WEG naturgemäß unerheblich, dass die WE-Objekte mangels Baufertigstellung noch gar nicht zur Gänze tatsächlich übergeben wurden²⁰.

Gemäß § 37 Abs 5 WEG kommt einem WE-Bewerber allerdings vor allem das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG schon vor Einverleibung seines WE zu, wenn zu seinen Gunsten bloß die Zusage der Einräumung von WE gemäß § 40 Abs 2 WEG angemerkt ist sowie dieser das WE-Objekt bereits bezogen hat²¹. Als Wohnungseigentumsbewerber ist dabei jene Person zu qualifizieren, die vom Wohnungseigentumsorganisator schriftlich die Einräumung von Wohnungseigentum an einem explizit ausgewiesenen wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde.²² Mit Einzug in die Räumlichkeiten kommt auch Wohnungseigentumsbewerbern, deren Zusage auf Einräumung des Wohnungseigentums bereits im Grundbuch angemerkt ist, das Änderungsrecht nach § 16 Abs 2 WEG zu.²³

Wohnungseigentumsorganisator nach § 2 Abs 6 2. Satz WEG kann dabei sowohl der Eigentümer, als auch der außerbücherliche Erwerber einer Liegenschaft sein. Jede Person, die für

¹⁸ OGH 5 Ob 40/12m = immolex-LS 2012/87; 5 Ob 84/14k = wobl 2014, 311/120 = MietSlg 66.084.

¹⁹ Siehe zutr OGH 4 Ob 552/90 = wobl 1991, 175/108 (*Call, Würth*) = MietSlg 42.455/37; von dieser Frage zu unterscheiden ist allerdings die Parteistellung von schlichten Miteigentümern bei Antragstellung eines Wohnungseigentümers nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG; hierzu OGH 5 Ob 95/90 = 5 Ob 1029/91 = wobl 1991, 196/119 (*Call*) = MietSlg 43.411; 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.655; 5 Ob 150/92 = wobl 1993, 231/137 (*Call*) = MietSlg 45.539; 5 Ob 20/01d = wobl 2002, 186/45 (*Call*) = immolex 2002, 192/22.

²⁰ OGH 5 Ob 95/93 = wobl 1991, 64/53 (*Call*) = MietSlg 42.434/31.

²¹ OGH 5 Ob 173/09i = wobl 2009, 159/55 = MietSlg 60.053, gemäß dieser E folgt allerdings daraus nicht, dass dem WE-Bewerber, der noch nicht Miteigentümer der Liegenschaft ist, ebenfalls die Eigentumsfreiheitsklage bezüglich Änderungen zustünde, die andere WE-Bewerber hinsichtlich deren Objekte vorgenommen haben.

²² § 2 Abs 6 WEG.

²³ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer* in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 3 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

die Durchführung der Abwicklung des Bauvorhabens oder der Wohnungseigentumsbegründung, zuständig und in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist, gilt somit ebenfalls als Wohnungseigentumsorganisator.²⁴

Erwerben zwei natürliche Personen gemeinsam Wohnungseigentum, so wird seit dem Jahr 2002 dadurch automatisch eine Eigentümerpartnerschaft iSd §§ 13 ff WEG begründet, wobei ein Vertrag oder ein anderer Formalakt hierfür nicht erforderlich ist. Des Weiteren muss nicht zwingend ein besonderes Angehörigenverhältnis zwischen diesen beiden Personen bestehen. Sollte bei einem WE-Objekt eine Eigentümerpartnerschaft im Sinne der §§ 13 ff WEG bestehen, so kann das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG nur von beiden Partnern gemeinsam ausgeübt werden. Zudem können die, dem Wohnungseigentümer gemäß Abs 1 und 3 darüber hinaus eingeräumte Rechte sowie die, ihm von Abs 3 auferlegten Pflichten bei Bestehen einer Eigentümerpartnerschaft nur gemeinsam zukommen bzw. beide solidarisch treffen.²⁵

Das Änderungsrecht iSd § 16 Abs 2 WEG ist somit grundsätzlich sowohl auf den WE-Eigentümer, den WE-Bewerber als auch auf die WE-Eigentümerpartnerschaft anwendbar. Auch nach dem Inkrafttreten des WEG 2002 kann sich der schlichte Miteigentümer bei einem „Mischhaus“ nicht auf § 16 WEG berufen, da dieses Individualrecht nur dem Wohnungseigentümer zusteht. Als nächster Schritt erfolgt eine genauere Analyse des § 16 WEG mit seinen Absätzen 1 und 2 um die „Nutzung“ bzw. „Änderung“ eines WE-Objektes im Allgemeinen darzustellen.

2.5. Änderungen am WE-Objekt

2.5.1. Allgemeines

Während § 8 Abs 3 WEG 1948 sowie § 13 Abs 1 WEG 1975 noch davon sprachen, dass dem Wohnungseigentümer die (ausschließliche) „Verwaltung“ seines WE-Objektes zufallen soll, spricht § 16 Abs 1 WEG 2002 in diesem Zusammenhang von der „Nutzung“. Hierzu wird lediglich ein Teil der schon in § 2 Abs 1 WEG 2002 zu findenden Legaldefinition von „Wohnungseigentum“ wiederholt. Nach den EB zur RV zum WEG 2002 989 BlgNR XXI. GP 51 f

²⁴ § 2 Abs 6 2. Satz WEG.

²⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 5.

sollte durch diese Adaption der zu § 13 Abs 1 WEG 1975 geäußerten Kritik Rechnung getragen werden, wonach der Terminus der „Verwaltung“ nach den gesetzlichen Bestimmungen nur auf die gesamte Liegenschaft bezogen, verstanden werden könne. Darüber hinaus sei in der Praxis unter diesem Begriff meist die Fremdverwaltung durch eine dritte Person, etwa einen professionellen Hausverwalter, zu verstehen.²⁶

Des Weiteren ist auf den Umstand zu verweisen, dass die Vermietung des WE-Objekts, als wesentlicher Anwendungsfall in der Praxis, bei der Nutzung seines Objekts durch den Wohnungseigentümer, spezielle und diffizile Detailfragen aufwirft, die an der „Nahtstelle“ zwischen WEG und MRG positioniert sind. Dem WEG 2002 ist es allerdings in diesem Punkt gelungen, durch seinen neu geschaffenen § 4 WEG sowie durch die anlässlich seiner Beschlussfassung vorgenommene Novellierung des § 2 MRG wesentlich zur Konsolidierung sowie Harmonisierung des Rechtsstoffes beizutragen.²⁷

Zwar ordnet § 16 Abs 1 WEG die Nutzung des WE-Objektes pauschal sowie ohne nähere Einschränkung dem Wohnungseigentümer zu. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass gewisse Maßnahmen des Wohnungseigentümers, die durchaus als „Nutzung“ des WE-Objektes im weiteren Sinne zu qualifizieren sind, zugleich nicht bloß unerheblich in die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer eingreifen. Hierfür bedarf es die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer oder der Ersetzung dieser Zustimmung im Außerstreitverfahren. Als ein solcher Fall wäre etwa die Änderung des Betriebsgegenstandes des, im WE-Objekt betriebenen Unternehmens anzusehen.²⁸

Wie bereits ausgeführt, sind die Voraussetzungen, bei Vorliegen derer einzelne Wohnungseigentümer ihr Änderungsrecht ausüben können, in § 16 Abs 2 WEG normiert. Grundsätzlich setzt die Vornahme einer bewilligungspflichtigen Änderung die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer voraus.²⁹

§ 16 Abs 2 WEG gewährt dem Wohnungseigentümer, der Änderungen vornehmen möchte, allerdings kein unmittelbares Recht zur Verwirklichung angestrebter Änderungen. Er zählt vielmehr die Voraussetzungen auf, bei Vorliegen derer die restlichen Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zu Änderungen nicht verweigern können, wobei im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung der Zustimmung diese durch den Außerstreitrichter zu ersetzen wä-

²⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 7.

²⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 8.

²⁸ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 9.

²⁹ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 19 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

re.³⁰ § 16 Abs 2 WEG regelt in seinen Ziffern bei Vorliegen welcher Voraussetzungen eine verweigerte Zustimmung im Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG von einem Außerstreitrichter ersetzt werden kann. Dieser Beschluss des Richters im Außerstreitverfahren besitzt einen positiv rechtsgestaltenden Charakter.³¹

Ungewiss war, ob die fehlende Zustimmung eines Wohnungseigentümers zu einer geplanten Änderung ebenfalls durch einen Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft umgangen werden könne. Der OGH stellte allerdings fest, dass die Zustimmung eines Wohnungseigentümers zu einer Änderung nach § 16 Abs 2 WEG nicht durch einen Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft gemäß § 24 WEG ersetzt werden kann.^{32 33}

2.5.2. Begriff und Wesen der Änderung

Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff einer Änderung am WE-Objekt iSd § 16 Abs 2 WEG grundsätzlich weit auszulegen. Von diesem sind sowohl rechtliche Änderungen, wie beispielsweise der Verwendungsart oder der Widmung, als auch tatsächliche Änderungen wie etwa baulicher Art, umfasst.³⁴ Nach hA trifft den änderungswilligen Wohnungseigentümer die weitgehende Pflicht, die eigenmächtige Vornahme dieser Änderungen zu unterlassen und sich bei Fehlen der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer um eine Ersetzung dieser Zustimmung im AußStrVerf zu bemühen. Diverse Maßnahmen sind allerdings derart als unwesentlich anzusehen, dass sie auch ohne Berufung auf das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG vom änderungswilligen Wohnungseigentümer ohne weiteres vorgenommen werden dürfen. Hierzu darf auf die speziell im WE-rechtlichen Kontext ergangenen Entscheidungen wie etwa einer nicht tragenden Innenwand³⁵ verwiesen werden.

Zu den Maßnahmen, die nicht mehr als unwesentlich anzusehen sind, zählen insbesondere die Änderung einer Innenwand mit in gewissem Umfang tragender Funktion³⁶; der Anschluss des WE-Objektes an einen schon vorhandenen Kamin³⁷ oder der Eingriff und die Umgestaltung

³⁰ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 10.

³¹ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 19 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

³² Siehe ua OGH 5 Ob 207/01d MietSlg 53.509; 5 Ob 213/04s immolex 2005/57.

³³ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 16.

³⁴ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 27 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

³⁵ OGH 5 Ob 90/98s = wobl 1999, 62/37 (Call) = MietSlg 50.575 = immolex 1998, 305/190.

³⁶ OGH 5 Ob 220/14k MietSlg 66.485; 5 Ob 140/04f wobl 2005, 241/84 (Call).

³⁷ OGH 5 Ob 140/04f = MietSlg 57.456 = immolex 2005, 184/70.

einer vorhandenen zentralen Beheizungsanlage³⁸. Des Weiteren gehören hierzu die Errichtung einer Klimaanlage³⁹; die im Rahmen von Beherbungsverträgen angebotenen WE-Objekte als „Ferienwohnungen“⁴⁰; der Austausch der zweiflügeligen Holzwohnungseingangstür durch eine moderne einflügelige Sicherheitstür⁴¹ oder die Errichtung eines Garagentores vor den im WE stehenden Stellplätzen^{42, 43}.

Der Begriff der „Änderung“ darf nicht im räumlichen Sinn auf Maßnahmen innerhalb des WE-Objektes beschränkt werden. Dies ergibt sich bereits deutlich im Rahmen einer systematischen Interpretation, zumal die Z 2 und 3 des Abs 2 voraussetzen, dass von den Änderungen iS des § 16 Abs 2 WEG ebenfalls allgemeine Teile der Liegenschaft und sogar andere WE-Objekte betroffen sind. Einer grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 16 Abs 2 WEG steht sohin nicht entgegen, wenn die begehrte Änderung zu einer Vergrößerung des WE-Objektes führt.⁴⁴

Die nahezu ausschließliche Betroffenheit allgemeiner Teile von der beabsichtigten Änderung schadet zudem nicht, solange noch ein Bezug dieser Änderung zum Objekt des änderungswilligen Wohnungseigentümers gegeben ist. Die Anbringung von Geschäftsschildern an Außenfassade und Balkonbrüstung⁴⁵, die Verglasung einer an das WE-Objekt angrenzenden Außenfläche⁴⁶, die Schaffung eines Kellerabteils auf bislang allgemeinen Flächen im WE-Zubehör⁴⁷ sind als diesbezügliche Beispiele zu nennen.⁴⁸

Die Teilung eines WE-Objekts in mehrere selbständige Einheiten⁴⁹ ist ebenfalls wie die Zusammenlegung mehrerer WE-Objekte⁵⁰ als Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG zu werten und

³⁸ OGH 5 Ob 122/05k immolex 2005, 308/127 (*Prader*).

³⁹ OGH 5 Ob 204/13f = wobl 2014, 163/60 = MietSlg 65.468 = immolex 2014, 158/40 (*Hagen*).

⁴⁰ OGH 3 Ob 158/11y = wobl 2012, 153/57 = MietSlg 63.462 = immolex 2012, 115/37 (krit *Neugebauer-Herl*).

⁴¹ OGH 5 Ob 73/14t = wobl 2014, 312/122 = MietSlg 66.482 = immolex 2015, 57/16 (*Klein*).

⁴² OGH 5 Ob 38/15x = wobl 2017, 187/60 (*Vonkilch*) = MietSlg 67.438 = immolex 2015, 315/95 (*Räth*).

⁴³ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 16.

⁴⁴ OGH 5 Ob 48/89 = wobl 1991, 63/52 = MietSlg 41.462/39 mwN; aA OGH 5 Ob 275/05k immolex 2006, 220/101.

⁴⁵ OGH 5 Ob 63/82 MietSlg 35.610.

⁴⁶ OGH 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16; 5 Ob 213/04s = wobl 2005, 243/85 (*Call*) = MietSlg 57.457 = immolex 2005, 150/57 (*Vonkilch*).

⁴⁷ OGH 5 Ob 69/06t = wobl 2007, 51/16 (*Call*) = MietSlg 58.413 = immolex 2006, 317/127; 5 Ob 25/08z = wobl 2009, 157/54 (*Vonkilch*) = MietSlg 60.429 = immolex 2008, 344/151 (*Edelhauser*) = ecolex 2008/366 (*Friedl*).

⁴⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 17.

⁴⁹ OGH 5 Ob 24/93 = wobl 1993, 173/120 = MietSlg 45.540/8; 5 Ob 241/98x = MietSlg 50.673 = immolex 1999, 89/64 = NZ 1999/441 (*Hoyer*); 5 Ob 176/01w = MietSlg 53.622 = NZ 2002, 314/541 (*Hoyer*); 5 Ob 21/12t = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*); 5 Ob 48/14s = wobl 2015, 365/157 = MietSlg 66.593.

⁵⁰ OGH 5 Ob 57/93 MietSlg 45.541/21; 5 Ob 279/08b = wobl 2009, 246/86 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.457 = immolex 2009, 284/104 (*Maier-Hülle*); 5 Ob 162/10z = wobl 2011, 135/64 (*T. Hausmann*) = MietSlg 63.452 = immolex 2011, 211/ 65 (*Luegmair*); 5 Ob 236/11h = immolex 2012, 251/80 (*Neugebauer-Herl*); 5 Ob 154/13b = wobl 2013, 325/126 = MietSlg 65.466.

wird anhand des Vorliegens bzw Nichtvorliegens eines entsprechenden Änderungsrechts zu beurteilen sein. Bis zur WRN 2006 hatte gleiches für die, nach dem Inkrafttreten des WEG 2002 relevant gewordene Frage zu gelten, ob dem Wohnungseigentümer das Recht zukommt, ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer den bislang - aufgrund von § 56 Abs 1 WEG grundsätzlich weiterhin - im Zubehör-WE befindlichen Kfz-Abstellplatz von seinem WE-Objekt „abzuspalten“ und diesen zu einem selbständigen WE-Objekt „aufzuwerten“⁵¹. Seit der WRN 2006 kommt eine derartige Kompetenz dem Wohnungseigentümer mit dem neuen letzten Satz von § 56 Abs 1 WEG ex lege zu.⁵²

Dem Begriff der Änderung kommt darüber hinaus keine qualitative Beschränkung zu, sodass durch sie nicht bloß die standardgemäße Ausstattung des vorhandenen WE-Objektes oder dessen bestmögliche Nutzung erreicht werden dürfte⁵³.⁵⁴

Im Einleitungssatz des § 16 Abs 2 WEG wird ausdrücklich klargestellt, dass unter Änderungen auch Widmungsänderungen⁵⁵ zu subsumieren sind, die der Wohnungseigentümer im Hinblick auf sein WE-Objekt beabsichtigt durchzuführen. Von der Rspr wird der Begriff der Widmungsänderung großzügig ausgelegt, sodass nicht nur die bloße Umwidmung von Wohnung zu Geschäftsräumlichkeit und vice versa darunter zu verstehen ist⁵⁶. Die Vermietung von WE-Objekten mit der Widmung „Wohnung“ als „Ferienwohnungen“, die für einen kurzfristigen Aufenthalt von 3–7 Tagen im Rahmen von Beherbungsverträgen über die Plattform „Airbnb“ vermietet werden, stellt jedenfalls eine Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG dar⁵⁷.

Des Weiteren ist die Änderung des Gegenstandes und der Betriebsform des im WE-Objekt betriebenen Unternehmens wie etwa die Arztpraxis statt Büro⁵⁸ als Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG zu verstehen. Soin ist auch diese Änderung hinsichtlich ihrer Zulässigkeit an den Voraussetzungen des § 16 Abs 2 WEG zu messen. Als Vorfrage ist freilich stets zu überprüfen, ob überhaupt eine Widmungsänderung vorliegt. Aus diesem Grund ist eine exakte Ermittlung

⁵¹ OGH 5 Ob 77/06v wobl 2006, 270/114 (*Call*).

⁵² *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 18.

⁵³ OGH 5 Ob 48/89 = wobl 1991, 63/52 = MietSlg 41.462/39.

⁵⁴ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 19.

⁵⁵ Zur gebotenen Abgrenzung dieser WE-rechtlichen Kategorie gegenüber baurechtlichen Widmungsakten vgl etwa OGH 5 Ob 11/07i = wobl 2007, 251/99 (*Call*) = MietSlg 59.396.

⁵⁶ Siehe etwa OGH 5 Ob 277/04b = immolex 2005, 216/82 (*Weixelbraun*) = ecolex 2005, 609/269 (*Friedl*); 5 Ob 83/11h = wobl 2012, 151/56 = MietSlg 63.458 = immolex 2011, 248/81 (*Prader*); 3 Ob 158/11y = wobl 2012, 153/57 = MietSlg 63.462 = immolex 2012, 115/37 (krit *Neugebauer-Herl*).

⁵⁷ OGH 5 Ob 59/14h = wobl 2014, 209/78 (*Etzersdorfer*) = MietSlg 66.480.

⁵⁸ Siehe etwa OGH 5 Ob 86/03p = MietSlg 55.520 = immolex 2003, 295/167 und 5 Ob 172/10w = wobl 2012, 150/55 = MietSlg 63.454; 5 Ob 210/13p = wobl 2014, 277/103 = MietSlg 66.481.

der, im Beurteilungszeitpunkt gültigen WE-rechtlichen Widmung durchzuführen. Faktische Nutzungsänderungen, die sich noch in deren Rahmen bewegen, sind eo ipso zulässig und sind nicht am Maßstab des § 16 Abs 2 WEG zu messen. Als Beispiel ist etwa die weit gefasste „die Nutzung als Geschäftsraum nicht weiter spezifizierende Widmung“⁵⁹ zu nennen. Konträr dazu die Ansicht des OGH, die Widmung eines Objektes als „Wohnung“ decke auch deren Nutzung für die Tätigkeit als Tagesmutter⁶⁰, zumal im gegenständlichen Fall die berufliche Nutzung jene zu Wohnzwecken nicht überwiege bzw letztere nicht völlig in den Hintergrund trete. Diese Ansicht erscheint schon per se fragwürdig und steht darüber hinaus im eindeutigen Widerspruch zur einschlägigen Vorjudikatur wie etwa die Unzulässigkeit, in einem als Wohnung gewidmeten WE-Objekt die Tätigkeit als Heilmasseur zu entfalten^{61 62}.

Aufgrund der sehr praxisrelevanten Thematik von Widmungsänderungen erfolgt eine eingehende Untersuchung samt Entscheidungsbesprechungen bezüglich Ferienwohnungen⁶³, Tagesmutter⁶⁴ sowie Heilmasseur⁶⁵ unter dem Punkt 2.8. dieser Masterthesis.

§ 16 Abs 2 Z 5 WEG stellt klar, dass die Kriterien der Z 1 und 4 von § 16 Abs 2 WEG sinngemäß ebenfalls für Bestandverschiebungen zwischen zwei WE-Objekten ausschlaggebend sind. Sohin liegt der Schluss nahe, diese Norm – per analogiam bzw kraft Größenschlusses – ebenfalls auf die bloße Zusammenlegung von benachbarten WE-Objekten zur Anwendung zu bringen, sodass es für das Bestehen eines Änderungsrechts nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen der Z 2 erfüllt sind.⁶⁶

Keine genehmigungspflichtige Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG stellt freilich die bloße Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes von zuvor eigenmächtig vorgenommenen Änderungsmaßnahmen eines Wohnungseigentümers dar⁶⁷. Allerdings unklar stellt sich die Entscheidung 5 Ob 229/09a⁶⁸ dar, die in der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zur Rückführung der Maßnahme kein „unüberwindliches Hindernis“ erblickt. Tatsächlich kann

⁵⁹ OGH 5 Ob 227/04z = MietSlg 56.482 = immolex 2005, 149/56; 5 Ob 59/05w = MietSlg 57.459 = immolex 2005, 279/112 (Prader); 5 Ob 24/07a = MietSlg 59.397.

⁶⁰ OGH 5 Ob 53/15b = MietSlg 67.439/6 = immolex 2015, 343/106 (Räth) = EvBl 2015/149 (Brenn).

⁶¹ OGH 5 Ob 277/04b = MietSlg 56.483 = immolex 2005, 216/82 (Weixelbraun) = ecolex 2005, 609/269 (Friedl).

⁶² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 20.

⁶³ OGH 5 Ob 59/14h = wobl 2014, 209/78 (Etzersdorfer) = MietSlg 66.480.

⁶⁴ OGH 5 Ob 53/15b = MietSlg 67.439/6 = immolex 2015, 343/106 (Räth) = EvBl 2015/149 (Brenn).

⁶⁵ OGH 5 Ob 277/04b = MietSlg 56.483 = immolex 2005, 216/82 (Weixelbraun) = ecolex 2005, 609/269 (Friedl).

⁶⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 21.

⁶⁷ OGH 3 Ob 148/10a = wobl 2011, 170/80 (zust Markl) = MietSlg 63.824.

⁶⁸ OGH 5 Ob 229/09a = MietSlg 62.424 = immolex 2010, 347/131 (Prader).

laut *Vonkilch*⁶⁹ die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer überhaupt kein Hindernis für die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes darstellen, zumal diese für die Rückgängigmachung eben nicht erforderlich ist. Allerdings ist die Rückgängigmachung dieser eigenmächtig vorgenommen Änderung von der Rückgängigmachung einer rechtmäßig - sohin mit Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer oder mit Genehmigung des Außerstreitgerichts erfolgten Änderung - zu unterscheiden. Diese stellt tatsächlich eine Änderung iSv § 16 Abs 2 WEG dar^{70, 71}.

Von der Rspr wurde im Wege der Analogie darüber hinaus ebenfalls jene Maßnahmen als Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG qualifiziert, die ein Wohnungseigentümer auf den, ihm aufgrund einer Benützungsregelung zugewiesenen allgemeinen Teilen der Liegenschaft durchführen möchte. Konkret ging es in den Entscheidungen 5 Ob 299/99b sowie 5 Ob 28/05m⁷² um die Errichtung bzw Umbau eines Holzschuppens.

Nach Ansicht von *Vonkilch*⁷³ erscheint, die für eine derartige Analogie zu fordernde Rechtsähnlichkeit durchaus fragwürdig. Während dem Wohnungseigentümer an seinem WE-Objekt grundsätzlich das ausschließliche, zeitlich unbegrenzte Nutzungs- und Verfügungsrecht zukommt, verschafft eine Benützungsregelung lediglich eine obligatorische - aus wichtigem Grund beendbare – Nutzungsmöglichkeit. Diese Nutzungsmöglichkeit ist in ihrem Wesen eher einem Bestandverhältnis als einem ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrecht des WE vergleichbar. Diesbezüglich darf auf Punkt 2.10. dieser Masterthesis verwiesen werden, der die Benützungsregelung iSd § 17 WEG näher erläutert. Nicht außer Acht zu lassen ist, dass sich bei der Vornahme von baulichen Maßnahmen durch einen obligatorisch Nutzungsberechtigten vor allem im Hinblick auf die Rechtslage bei Beendigung dieses Nutzungsrechts Fragen stellen, auf die § 16 Abs 2 WEG naturgemäß keine Antwort bereit hält. Denkbar wäre dabei etwa eine Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtete Pflicht des Änderungen am Bestandobjekt vornehmenden Mieters iSd § 1109 ABGB sowie die Möglichkeit zum Vorbehalt dieser Pflicht durch den Vermieter iSd § 9 Abs 3 MRG.

Eine Möglichkeit nach Ansicht *Vonkilchs* wäre aus diesem Grund die geschilderte Analogie zu § 16 Abs 2 WEG zur Gänze zu verwerfen und die Zulässigkeit der Vornahme von Ände-

⁶⁹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 21a.

⁷⁰ Siehe vgl OGH 5 Ob 9/16h wobl 2017, 15/4.

⁷¹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 21a.

⁷² OGH 5 Ob 299/99b = MietSlg 51.525 = immolex 2000, 175/105; 5 Ob 28/05m = MietSlg 57.458 = immolex 2005, 247/96.

⁷³ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 22.

rungen in diesem Umfang nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 825 ff ABGB zu beurteilen. Sollte man allerdings an der Analogie zu § 16 Abs 2 WEG festhalten, vermeint *Vonkilch*, dass man bei der Beurteilung denkbarer Interessenbeeinträchtigungen der übrigen Wohnungseigentümer iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG jedenfalls berücksichtigen müsse, ob für den Fall der Beendigung des Sondernutzungsrechts der, durch die Änderung herbeigeführte Zustand ebenfalls als objektiv vorteilhaft zu bewerten ist. Sollte dies nicht der Fall sein, sollte gewährleistet werden, dass die Rückführung in den ursprünglichen Zustand keine Kosten für die Gemeinschaft verursacht.⁷⁴ Grundsätzlich nicht erfasst vom Änderungsrecht iSd § 16 Abs 2 WEG sind Maßnahmen, die der Liegenschaftsverwaltung zuzuordnen sind. Die Fußbodensanierung⁷⁵ in übrigen WE-Objekten zur Schalldämmung zählt als Maßnahme der Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft zur ordentlichen Verwaltung⁷⁶ und fällt sohin in den Machtbereich der Eigentümergemeinschaft.⁷⁷

2.5.3. Änderungen ausschließlich am eigenen WE-Objekt

2.5.3.1. Allgemeines

Für Änderungen, die ausschließlich das WE-Objekt des änderungswilligen Wohnungseigentümers betreffen, normiert § 16 Abs 2 Z 1 WEG als (einzige) Zulässigkeitsvoraussetzung, dass diese Änderung keine Schädigung des Hauses und keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer zur Folge haben darf. Gleiches gilt - per analogiam - für das WE-Zubehör des änderungswilligen Wohnungseigentümers^{78 79}.

⁷⁴ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 22.

⁷⁵ OGH 5 Ob 162/99f = wobl 1999, 317/149 (*Call*) = MietSlg 51.523.

⁷⁶ Zur Abgrenzung von Änderungen iSv § 16 Abs 2 Z 2 WEG zu Maßnahmen gemäß § 29 WEG siehe: OGH 5 Ob 213/04s = wobl 2005, 243/85 (*Call*) = immolex 2005, 150/57 (*Vonkilch*); 5 Ob 264/07w = wobl 2008, 227/73 (*Call*) = MietSlg 59.445 = immolex 2008, 116/52 (*Prader*) und 5 Ob 130/08s = MietSlg 60.432 = immolex 2009, 117/45 (*Prader*).

⁷⁷ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 23.

⁷⁸ OGH 5 Ob 19/09v = MietSlg 61.458 = immolex 2009, 344/126 (*Cerha*); 5 Ob 256/09x = wobl 2010, 169/78 = MietSlg 62.422.

⁷⁹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 24.

Sollten schutzwürdige Interessen anderer Wohnungseigentümer durch die beabsichtigte Änderung beeinträchtigt werden, sind diese für deren Vorliegen beweispflichtig⁸⁰. Als geschützte Interessen zählen lediglich solche, die spezifisch mit deren Stellung als Wohnungseigentümer zusammenhängen und nicht etwa aus anderen Umständen resultieren, die nicht dieser Sphäre zuzuordnen sind.⁸¹

Nach der Rspr führt in einschränkender Auslegung der Norm nicht schon jede Beeinträchtigung zum Ausschluss des Änderungsrechts, sondern muss diese Beeinträchtigung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten⁸². Zur Vermeidung von Missverständnissen vermeint *Vonkilch*, dass die Ermittlung dieser Erheblichkeitsschwelle allerdings nicht als Interessenabwägung im eigentlichen Sinn begriffen werden sollte⁸³, zumal nach dem Konzept des § 16 Abs 2 WEG eine wesentliche Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Wohnungseigentümer dem Änderungsrecht jedenfalls entgegensteht. Dies völlig unabhängig davon, wie gewichtig die Interessen des Wohnungseigentümers an der Vornahme der Änderungen sein mögen.⁸⁴

Im Einzelfall ist zu ermitteln, wann eine derartige erhebliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer einem Änderungsrecht des Wohnungseigentümers entgegensteht. Maßgeblich hierfür sind die zu erwartenden Entwicklungen und die damit verbundenen Beeinträchtigungen, die aufgrund der Änderung in Zukunft typischerweise einhergehen⁸⁵. Die bloße Möglichkeit, dass in Hinkunft die übrigen Wohnungseigentümer womöglich ähnliche Änderungen beabsichtigen, reicht hierfür jedoch nicht aus. Als Beispiele sind etwa die Errichtung der ersten Parabolantenne⁸⁶ oder die drohende Verbauung von Balkonen bei Errichtung eines Wintergartens zu nennen^{87 88}.

In diesem Zusammenhang sind allerdings nur all jene Umstände zu berücksichtigen, die nicht bloß die Interessenlage einzelner Wohnungseigentümer zueinander, sondern die die Benüt-

⁸⁰ OGH 5 Ob 73/87 MietSlg 40.638/16; 5 Ob 53/88 = wobl 1990, 47/27 = MietSlg 41.458/22; LGZ Wien 28.6.1994, 41 R 130/94 = MietSlg 46.525.

⁸¹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 25.

⁸² Siehe idS etwa OGH 5 Ob 15/78 MietSlg 30.561/28; 5 Ob 20/84 MietSlg 36.614; 5 Ob 66/87 MietSlg 39.616; MietSlg 50.574 = immolex 1998, 179/109; 5 Ob 228/03w = wobl 2004, 101/24 (*Call*) = MietSlg 55.465.

⁸³ Allerdings aA OGH 4 Ob 552/90 = wobl 1991, 175/108 (*Call*, *Würth*) = MietSlg 42.455/37; 5 Ob 241/97w = MietSlg 50.574 = immolex 1998, 179/109; 5 Ob 228/03w = wobl 2004, 101/24 (*Call*) = MietSlg 55.465.

⁸⁴ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 26.

⁸⁵ OGH 5 Ob 114/85 MietSlg 38.626.

⁸⁶ OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.619.

⁸⁷ OGH 5 Ob 88/94 = wobl 1995, 141/62 (*Markl*) = MietSlg 46.521.

⁸⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, § 16 WEG Rz 27.

zungssituation der Gesamtliegenschaft berühren⁸⁹. Hierbei kann auch schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Wohnungseigentümern im Hinblick auf die gemeinsame Liegenschaft eine wesentliche Bedeutung zukommen. Als Beispiel wäre hierfür die Bezugnahme auf die Zustimmung zu einem späteren Dachbodenausbau im Anwartschaft bzw WE-Vertrag⁹⁰ zu nennen.⁹¹

In § 16 Abs 2 Z 1 WEG ist demonstrativ aufgezählt, wann eine wesentliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer im Detail anzunehmen und dementsprechend ein Änderungsrecht des Wohnungseigentümers zu verneinen ist. Demzufolge kann eine derartige Interessenbeeinträchtigung besonders in der Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses oder in einer Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen als Folge der beabsichtigten Änderung erblickt werden. Von der Rspr wurden darüber hinaus weitere Fallgruppen entwickelt, bei denen eine wesentliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer als Hindernis für ein Änderungsrecht nach § 16 Abs 2 WEG zu erblicken sind, auch wenn diese vom Gesetz nicht explizit genannt werden. Zu diesen Fallgruppen zählen insbesondere die Änderungen des Verkehrs- oder Nutzwertes durch die beabsichtigte Änderung, die Beeinträchtigung der ungestörten Nutzung der anderen WE-Objekte, die nachteilige Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen des Hauses sowie die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes.⁹²

2.5.3.2. Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses

Die Beurteilung, ob die Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses als Hinderungsgrund für ein Änderungsrecht des Wohnungseigentümers gesehen werden kann, war bereits Gegenstand zahlreicher Entscheidungen. Naturgemäß waren diese erheblich von den Umständen des Einzelfalles beeinflusst. Allerdings haben sich im Laufe der Zeit allgemeine Wertungsaspekte bzw -tendenzen der Rspr herauskristallisiert. Als Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungszustandes iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG kann nicht schon in jeder bloßen Ver-

⁸⁹ OGH 5 Ob 15/78 MietSlg 30.561/28; 5 Ob 14/83 MietSlg 35.606; 5 Ob 20/84 MietSlg 36.614; 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9; 5 Ob 114/85 MietSlg 38.626.

⁹⁰ OGH 5 Ob 14/83 MietSlg 35.606; 5 Ob 52/83 MietSlg 36.615; 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9; 4 Ob 552/90 = wobl 1991, 175/108 (Call, Würth) = MietSlg 42.455/37.

⁹¹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 28.

⁹² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 29.

änderung dieses Erscheinungszustandes erblickt werden. Darunter kann lediglich eine solche Veränderung des Erscheinungszustandes verstanden werden, die gegenüber dem bisherigen Zustand als Verschlechterung zu werten wäre⁹³. Bei dieser Beurteilung ist unter anderem die Tatsache maßgeblich, ob die bisherige Gestaltung des Gebäudes ein bestimmtes architektonisches Konzept verfolgte. In einem solchen Fall würden etwa die Verglasung einer Loggia, die nach einem bestimmten architektonischen Konzept vorgenommene Anordnung von Loggien und geschlossenen Räumen in bestimmter Regelmäßigkeit schwer beeinträchtigen⁹⁴. Handelt es sich allerdings um ein äußerlich einfallloses Bauwerk, ist in einem solchen Fall von keiner Beeinträchtigung durch eine Verglasung der Loggia anzunehmen⁹⁵.

Als weiteres Beispiel aus der Praxis ist etwa der Einbau eines größeren Fensters neben wenig ansprechenden Kellerfenstern zu nennen⁹⁶. Die Einheitlichkeit des äußeren Erscheinungsbildes per se kann ebenfalls einen schutzwürdigen Wert darstellen⁹⁷, insbesondere wenn sich die Wohnungseigentümer vertraglich zur Erhaltung dieser Einheitlichkeit verpflichtet haben⁹⁸. Für Beurteilung der Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes maßgebend soll dabei primär die straßenseitige Ansicht der Liegenschaft sein, wobei eine straßenabgewendete Loggienverbauung⁹⁹, eine hofseitige Errichtung einer Markise¹⁰⁰, oder optische Aspekte, die lediglich von anderen WE-Objekten aus wahrnehmbar sind¹⁰¹, als Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungszustandes gelten können.

Aufgrund der Tatsache, dass keine identen Schutzzwecke vorliegen, ist aus der Genehmigungsfähigkeit einer Änderung nach den Vorschriften der BauO nicht automatisch auf das Nichtvorliegen einer Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungszustandes iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG zu schließen^{102 103}.

⁹³ OGH 5 Ob 36/90 = wobl 1991, 41/36 = MietSlg 42.435; 5 Ob 35/90 = wobl 1991, 125/78 (*Würth*) = MietSlg 42.436.

⁹⁴ OGH 5 Ob 1029/91 = wobl 1991, 212/130 (*Call*) = MietSlg 43.386.

⁹⁵ LGZ Graz 18.7.1986, 3 R 173/86 MietSlg 38.628.

⁹⁶ OGH 5 Ob 93/92 MietSlg 44.626.

⁹⁷ LGZ Wien 28.7.1988, 48 R 319/88 MietSlg 40.641; OGH 5 Ob 36/90 = wobl 1991, 41/36 = MietSlg 42.435.

⁹⁸ OGH 5 Ob 1082/92 MietSlg 44.624.

⁹⁹ LGZ Graz 18.7.1986, 3 R 173/86 MietSlg 38.628.

¹⁰⁰ LGZ Wien 31.3.1981, 41 R 95/81 MietSlg 33.469.

¹⁰¹ Hölzerne Saunakabine auf der Terrasse OGH 5 Ob 120/89 MietSlg 41.461.

¹⁰² LGZ Wien 28.7.1988, 48 R 319/88 MietSlg 40.641.

¹⁰³ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 30.

2.5.3.3. Sicherheitsrisiken

Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen

In der Praxis von untergeordneter Relevanz erwiesen sich in der Rspr bislang Interessenbeeinträchtigungen, die in der Gefahr für die Sicherheit von Personen oder des Hauses ihren Ursprung haben. Als realistische Gefahr einer Substanzbeschädigung des Hauses kann etwa der Deckendurchbruch im Zusammenhang mit der Errichtung einer Klimaanlage¹⁰⁴ gesehen werden. Da in solchen Fällen die Unzulässigkeit der begehrten Änderungen evident erscheint, wurde in solchen Fällen bislang in der Praxis der Versuch zur Ersetzung der verweigerten Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer im AußStrVerf nicht unternommen.¹⁰⁵

Lediglich im Zusammenhang mit der Gefährdung der Sicherheit von Personen erfolgte von der Rspr bislang die Feststellung, dass nur Gefahren im Bagatellbereich keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer darstellen, während ein Änderungsrecht nach § 16 Abs 2 WEG bereits abzulehnen ist, wenn die Gefährdung der körperlichen Sicherheit nicht ganz von der Hand zu weisen ist. Als Gefahr im Bagatellbereich ist etwa jene Gefahr anzusehen, dass eine, von einem konzessionierten Fachunternehmen montierte Markise bei einem Sturm aus ihrer Verankerung gerissen werden und bei ihrem daran anschließenden Flugmanöver andere Personen oder Sachen gefährden könnte¹⁰⁶. Des Weiteren stellt jene Gefährdung, die mit der Umwidmung einer Wohnung in ein Büro für Geschäftszwecke einer Bank ohne Kundenverkehr möglicherweise verbunden sind, eine Gefahr im Bagatellbereich dar¹⁰⁷. Als weiteres Beispiel für eine Gefahr im Bagatellbereich ist etwa die Errichtung einer nach außen aufschlagenden Wohnungstür zu sehen, bei deren abrupter Öffnung vorbeigehende Personen verletzt werden können¹⁰⁸. Eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung durch Gefährdung der Sicherheit von Personen soll allerdings jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn eine bestimmte Tätigkeit im Einklang mit bestehenden Verwaltungsvorschriften ausgeübt wird. Als ein solches Praxisbeispiel kann der Betrieb eines Institu-

¹⁰⁴ OGH 5 Ob 160/14m = MietSlg 67.435 = wobl 2015, 309/125 = immolex 2015, 180/50 (Prader).

¹⁰⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 31.

¹⁰⁶ Siehe vgl OGH 5 Ob 188/15f = wobl 2016, 55/16 = MietSlg 67.443 = immolex 2016, 21/2 (Prader).

¹⁰⁷ OGH 5 Ob 118/15m = wobl 2016, 325/95 = MietSlg 67.446.

¹⁰⁸ OGH 5 Ob 82/95 = wobl 1996, 76/23 (Markl) = MietSlg 47.510.

tes für Nuklearmedizin gesehen werden, das im Einklang mit den Vorschriften des jeweiligen KrankenanstaltenG und des StrahlenschutzG betrieben wird^{109 110}.

2.5.3.4. Änderungen des Nutz- und Verkehrswertes

Ursprünglich beurteilte die Rspr die Zulässigkeit von Änderungen, die zu Nutzwertänderungen führen würden, relativ restriktiv. Nicht zuletzt im Lichte der in § 10 Abs 3 WEG normierten Ausgleichspflicht wird nunmehr davon ausgegangen, dass nicht jede derartige Änderung einen empfindlichen Eingriff in die Rechtssphäre der übrigen Wohnungseigentümer und somit einen Versagungsgrund iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG entfaltet. Im Einzelfall ist sohin zu prüfen, ob es durch solch einen Eingriff in die Rechtssphäre unter anderem zu einer, ins Gewicht fallenden Änderung der Stimmrechte oder auch zu einer Verringerung des Verkehrswertes der übrigen WE-Objekte kommt¹¹¹. In der Entscheidung 5 Ob 14/83¹¹² war dies nach Ansicht von *Vonkilch* allerdings zu pauschal sowie ohne ausreichende Begründung, weshalb die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen zuerkannt wurde.¹¹³ Als durchaus restriktiv sind weiterhin Änderungswünsche anzusehen, die zu einer Minderung des Verkehrswertes der übrigen WE-Objekte führen würden^{114 115}.

2.5.3.5. Beeinträchtigung der künftigen Nutzung der übrigen WE-Objekte

Aus einer möglichen Beeinträchtigung der künftigen Nutzung der übrigen WE-Objekte kann resultieren, dass diese als eine wesentliche Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer auszulegen sind. Eine solche Beeinträchtigung würde dem

¹⁰⁹ OGH 5 Ob 103/90 = wobl 1991, 142/90 = MietSlg 43.385.

¹¹⁰ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 32.

¹¹¹ OGH 5 Ob 15/78 MietSlg 30.561/28; 4 Ob 552/90 = wobl 1991, 175/108 (*Call, Würth*) = MietSlg 42.455/37; 5 Ob 86/94 = wobl 1994, 191/46 (*Markl*) = MietSlg 46.520/17; 5 Ob 88/94 = wobl 1995, 141/62 (*Markl*) = MietSlg 46.521; 5 Ob 241/97w = MietSlg 50.574 = immolex 1998, 179/109.

¹¹² OGH 5 Ob 14/83 MietSlg 35.606.

¹¹³ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 33.

¹¹⁴ Siehe idS etwa OGH 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9; 5 Ob 55/87 = wobl 1988, 69/42 = MietSlg 40.639; 5 Ob 88/94 = wobl 1995, 141/62 = MietSlg 46.521.

¹¹⁵ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 34.

Änderungsrecht des Wohnungseigentümers nach § 16 Abs 2 WEG entgegenstehen, dies grundsätzlich unabhängig in welcher Form diese Nutzungsbeeinträchtigung erfolgt.¹¹⁶

Die Rspr zählt in diesem Zusammenhang etwa Immissionen bei Umbau eines Geschäftslokals in eine Garage¹¹⁷; die Beeinträchtigung des Wohnwertes durch Eingriffe in den Grünkulturbestand¹¹⁸ wie auch drohende Immissionen durch Benutzung einer im Wege eines Dachbodenausbaus neu geschaffenen Wohnung¹¹⁹ als Beispiele auf. Des Weiteren sind als diesbezügliche Beispiele die drohenden Störungen durch verstärkten Publikumsbesuch¹²⁰; die drohende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen eines Wohnungseigentümers durch Errichtung eines Konkurrenzbetriebes¹²¹; die Verminderung des Lichteinfalles durch eine Aufzugserrichtung¹²²; sowie die drohenden Immissionen durch Benutzung einer neu geschaffenen Terrasse¹²³ zu nennen. Darüber hinaus können die drohenden Immissionen durch eine Betriebserrichtung bzw -Betriebsänderung¹²⁴; der Geruch von unverbranntem Kohlenwasserstoff sowie Nebel in der kalten Jahreszeit als Folge des Betriebes einer beabsichtigten Außenwandtherme¹²⁵ ebenfalls hierzu gezählt werden.

Zu den Beispiele, die dem Änderungsrecht des Wohnungseigentümers nach § 16 Abs 2 WEG entgegenstehen zählt darüber hinaus das Drohen einer verstärkten, aufgrund nicht hinreichender Schalldämmung störenden Lärmbeeinträchtigung¹²⁶; die Umwidmung in ein China-Restaurant¹²⁷ sowie die drohende Beeinträchtigung der Privatsphäre aufgrund eines, durch die Änderung erweiterten Einblicks in den Garten¹²⁸. Des Weiteren stellt die Beeinträchtigung der Nutzung des Nachbarabstellplatzes aufgrund der vom Wohnungseigentümer begehrten „Einhaussung“ seines Stellplatzes¹²⁹ sowie die Umwidmung von Büroräumen in eine Frühstückspension mit 20 Zimmern¹³⁰ ebenfalls zu diesen Beispielen.

¹¹⁶ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 35.

¹¹⁷ LGZ Wien 5.11.1981, 41 R 594/81 sowie LGZ Wien 22.9.1981, 41 R 449/81 MietSlg 33.468.

¹¹⁸ OGH 5 Ob 59/83 MietSlg 36.612.

¹¹⁹ OGH 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9.

¹²⁰ OGH 5 Ob 53/88 = wobl 1990, 47/27 = MietSlg 41.458/22.

¹²¹ OGH 5 Ob 69/92 MietSlg 44.623.

¹²² OGH 5 Ob 125/92 MietSlg 44.625.

¹²³ OGH 5 Ob 30/94 MietSlg 46.517; 5 Ob 3 /94 MietSlg 46.519.

¹²⁴ OGH 5 Ob 114/85 MietSlg 38.626; 5 Ob 73/87 MietSlg 40.638/16; LGZ Wien 19.4.1994, 41 R 57/94 MietSlg 46.524; LGZ Graz 14.7.1995, 3 R 65/95 MietSlg 47.511.

¹²⁵ OGH 5 Ob 2178/96x = wobl 1998, 115/70 (*Markl*) = MietSlg 48.681.

¹²⁶ OGH 5 Ob 226/98s MietSlg 50.578.

¹²⁷ OGH 5 Ob 22/00x MietSlg 51.527/36.

¹²⁸ OGH 5 Ob 60/09y MietSlg 61.460.

¹²⁹ OGH 5 Ob 71/09s = wobl 2010, 213/97 = MietSlg 61.446 = immolex 2010, 18/5.

¹³⁰ OGH 5 Ob 43/11a MietSlg 63.456.

Allerdings stellt die Befürchtung, die Umwidmung von einem Büro in eine Wohnung könnte Anrainerbeschwerden gegen ein - widmungsgemäß in einem anderem WE-Objekt betriebenen - Nachtlokal nach sich ziehen, keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG dar^{131 132}.

2.5.3.6. Nachteilige Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen

Grundsätzlich ist die Abgrenzung der folgenden Fallgruppe zu jener der Beeinträchtigung der Nutzung der übrigen WE-Objekte fließend. Allerdings kann von der Rspr eine - für das Änderungsrecht schädliche - wesentliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Miteigentümer auch primär daher rühren, dass mit der beabsichtigten Änderung eine nachteilige Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen des Hauses verbunden wäre.¹³³

In diesem Zusammenhang sind unter anderem die Entscheidungen über die drohende Belästigung durch hausfremde Personen im Hausgang¹³⁴; die drohende Überlastung der Gemeinschaftseinrichtungen¹³⁵; die Ermöglichung des ungehinderten Zugangs hausfremder Personen in das Stiegenhaus¹³⁶; die Verschärfung der Parkraumnot im Hinblick auf die, auf der Liegenschaft befindlichen Stellplätze¹³⁷ zu nennen. Allerdings nicht vom Schutzzweck des § 16 Abs 2 Z 1 WEG umfasst ist die drohende Verschärfung der Parkplatznot im Hinblick auf den öffentlichen Parkraum¹³⁸; die drohende Beeinträchtigung durch „Schwarzparker“¹³⁹ sowie die Inanspruchnahme eines nicht unerheblichen Teiles der Stiegenhauspodeste mit der Konsequenz, dass der Transport von Möbeln und sperrigen Gegenständen erheblich erschwert würde^{140 141}.

¹³¹ OGH 5 Ob 83/11h = wobl 2012, 151/56 = immolex 2011, 248/81 (Prader).

¹³² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 36.

¹³³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 37.

¹³⁴ OGH 5 Ob 68/85 MietSlg 37.616.

¹³⁵ OGH 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9.

¹³⁶ OGH 5 Ob 136/86 MietSlg 38.627.

¹³⁷ OGH 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26.

¹³⁸ OGH 5 Ob 2075/96z = wobl 1998, 26/13 (Markl) = MietSlg 48.477/22.

¹³⁹ OGH 5 Ob 53/88 = wobl 1990, 47/27 = MietSlg 41.458/22.

¹⁴⁰ OGH 5 Ob 226/98s MietSlg 50.578.

¹⁴¹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 38.

2.5.3.7. Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes

Als eigenständige Konstellation wird schließlich von der Rspr eine wesentliche Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer in jenen Fällen angenommen, in denen durch die Änderung ein rechtswidriger Zustand herbeigeführt würde. Dies betrifft insbesondere evidente Verstöße gegen die BauO¹⁴² und die GewO¹⁴³. Darüber hinaus wurde der drohende Verstoß gegen den Unteilbarkeitsgrundsatz für das Änderungsrecht ebenso als schädlich erachtet¹⁴⁴ wie der Versuch der WE-Begründung an einem dafür untauglichen Objekt^{145 146}.

2.5.4. Änderungen unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile

2.5.4.1. Allgemeines

Ist es für die beabsichtigte Änderung notwendig, auch allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch zu nehmen, sind die Erfordernisse des § 16 Abs 2 Z 2 WEG zu prüfen. Als allgemeine Teile zählt die Rspr unter anderem die Mauer zwischen zwei WE-Objekten¹⁴⁷, die Unterseite des Balkons einer Wohnung¹⁴⁸, die Außenmauer des Gebäudes im Bereich der Terrasse eines WE-Objektes¹⁴⁹ sowie etwa der Boden einer Dachterrasse, der zugleich als Dachhaut fungiert¹⁵⁰.

¹⁴² Siehe vgl OGH 5 Ob 58/99m MietSlg 51.521; 5 Ob 153/15h = MietSlg 67.440 = immolex 2015, 342/105 (Cerha)).

¹⁴³ OGH 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26; 5 Ob 9/91 = wobl 1992, 87/68 (Call) = MietSlg 43.387; 5 Ob 84/04w immolex 2004, 342/172; 5 Ob 257/11x = wobl 2012, 356/ 108 = immolex 2012. 116/38 (Prader).

¹⁴⁴ OGH 5 Ob 57/93 = MietSlg 45.541/21; 5 Ob 162/10z = wobl 2011, 135/64 (T. Hausmann) = MietSlg 63.452 = immolex 2011, 211/65 (Luegmair).

¹⁴⁵ OGH 5 Ob 287/98m = MietSlg 50.577.

¹⁴⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 39.

¹⁴⁷ OGH 5 Ob 297/98g MietSlg 51.520.

¹⁴⁸ LGZ Graz 21.9.2000, 3 R 181/00k MietSlg 52.529.

¹⁴⁹ OGH 5 Ob 97/09i = wobl 2010, 42/16 (krit Vonkilch) = MietSlg 61.461 = immolex 2010, 91/28 (Cerha); 5 Ob 78/10x = wobl 2011, 169/79 (krit Vonkilch) = MietSlg 62.427 = immolex 2011, 19/6 (Klein).

¹⁵⁰ OGH 5 Ob 34/10a = wobl 2010, 338/154 = MietSlg 62.426.

Die Rspr sieht den Anwendungsfall des § 16 Abs 2 Z 2 WEG ebenfalls als gegeben an, wenn durch die Vornahme der Änderung allgemeine Teile neu geschaffen werden¹⁵¹. Für das Änderungsrecht des Wohnungseigentümers nach § 16 Abs 2 Z 2 WEG ist ergänzend zum Nichtvorliegen einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG Voraussetzung, dass diese Änderung der Übung des redlichen Verkehrs entspricht¹⁵² oder alternativ¹⁵³ es einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dient. Aufgrund der Verwandtschaft von § 16 Abs 2 WEG mit dem Änderungsrecht des Mieters iSd § 9 MRG kann für die Auslegung des § 16 Abs 2 Z 2 WEG auf die Judikatur des § 9 Abs 1 Z 2 MRG Bezug genommen werden.¹⁵⁴

Keine weitere Interessenabwägung ist vorzunehmen, die zur Verneinung des Änderungsrechts führen könnte, wenn die Voraussetzungen des § 16 Abs 2 Z 2 WEG - somit die Verkehrsüblichkeit der Änderung oder eines wichtigen Interesses des Wohnungseigentümers - vorliegen^{155 156}.

Allerdings erscheint klärungsbedürftig, wer für jene Kosten aufzukommen hat, die mit der Inanspruchnahme auch allgemeiner Teile im Rahmen der Ausübung des Änderungsrechts gemäß § 16 Abs 2 Z 2 WEG einhergehen. Unstrittig ist, dass der änderungswillige Wohnungseigentümer jedenfalls etwaige Kosten zu tragen hat, die unmittelbar mit der Vornahme der Veränderung allgemeiner Teile der Liegenschaft verbunden sind, als auch jene, die im Fall von § 16 Abs 2 Z 3 WEG mit Eingriffen in andere WE-Objekte verbunden sind¹⁵⁷.

Nach Ansicht von *Vonkilch*¹⁵⁸ sind die, mit der Vornahme dieser Veränderung verbundenen Folge(mehr)kosten vom änderungswilligen Wohnungseigentümer zu tragen. Dies insbesondere, wenn durch die Änderung im Vergleich zum ursprünglichen Zustand ein Mehraufwand bezüglich der Erhaltung der veränderten allgemeinen Teile, hervorgerufen wird. Die Rspr weist allerdings grundsätzlich auch in solchen Fällen, die Übernahme der Kosten der künftigen Erhaltung der geänderten allgemeinen Teile in vollem Umfang der Eigentümergemein-

¹⁵¹ Siehe vgl OGH 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

¹⁵² OGH 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26; 5 Ob 9/91 = wobl 1992, 87/68 (*Call*) = MietSlg 43.387; 5 Ob 1082/92 MietSlg 44.624; 5 Ob 86/94 = wobl 1994, 191/46 (*Markl*) = MietSlg 46.520/17.

¹⁵³ OGH 5 Ob 128/02p MietSlg 54.455.

¹⁵⁴ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 40.

¹⁵⁵ OGH 5 Ob 53/88 = wobl 1990, 47/27 = MietSlg 41.458/22; 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26; aA 5 Ob 35/90 = wobl 1991, 125/78 (*Würth*) = MietSlg 42.436.

¹⁵⁶ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 41.

¹⁵⁷ OGH 5 Ob 93/06x = MietSlg 58.414/16.

¹⁵⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 41a.

schaft zu¹⁵⁹. Nach Ansicht *Vonkilchs* hat der Richter im Verfahren nach § 16 Abs 2 iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG diesen Kosten(mehr)aufwand als Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer iSd § 16 Abs 2 Z 1 WEG zu werten. Dies allerdings nur dann, wenn die Genehmigung der Maßnahme merkbare Mehrkosten für die Eigentümergemeinschaft mit sich brächte und sich zudem der änderungswillige Wohnungseigentümer nicht zu deren Übernahme bereit erklärt^{160 161}.

2.5.4.2. Privilegierte Änderungen

Für bestimmte Änderungen sieht das Gesetz ausdrücklich vor, wann die Voraussetzungen der Z 2 als erfüllt anzusehen sind. Der Katalog des § 16 Abs 2 Z 1 WEG ist dabei jenem der privilegierten Arbeiten in § 9 Abs 2 MRG durchaus verwandt, sodass bei Zweifel diese im Sinne systematisch-teleologischer Auslegung zu berücksichtigen sein werden.¹⁶²

Zu jenen Änderungen, bei denen das Vorliegen von Verkehrsüblichkeit bzw eines wichtigen Interesses des WE vermutet wird, normiert § 16 Abs 2 Z 2 WEG diverse Änderungen. Zu diesen zählen zunächst die Errichtung von Licht-, Gas-, Kraft-, Wasser- und Fernsprechleitungen sowie ähnlicher Einrichtungen. Aufgrund systematisch-teleologischer Berücksichtigung von § 9 Abs 2 MRG wird man darüber hinaus die Errichtung von Sanitäranlagen ebenso unter § 16 Abs 2 Z 2 WEG zu subsumieren können.¹⁶³ Dazu gehören wohl ebenfalls die, den Erfordernissen der Haushaltsführung dienende Umgestaltung derartiger Einrichtungen. Allerdings ist darunter etwa nicht die Montage eines Abluftrohres für einen Gastronomiebetrieb zu verstehen¹⁶⁴. Selbst bei Vorliegen einer dieser Bestimmung grundsätzlich normierten Änderung wird man allerdings im Einzelfall den Wortlaut von § 16 Abs 2 Z 2 WEG - ebenso wie jenen von § 9 Abs 2 Z1 MRG - teleologisch zu reduzieren und ein Änderungsrecht zu verneinen haben, wenn die beabsichtigte Errichtung oder Umgestaltung völlig verkehrsunüblich

¹⁵⁹ Siehe vgl etwa OGH 5 Ob 63/09i = wobl 2011, 209/91 = MietSlg 61.492 = immolex 2010, 211/27 (*Prader*); 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

¹⁶⁰ Ebenso OGH 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

¹⁶¹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 41a.

¹⁶² *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 42.

¹⁶³ OGH 5 Ob 2134/96a = wobl 1998, 53/31 (*Markl*) = MietSlg 48.478.

¹⁶⁴ OGH 5 Ob 207/01d = MietSlg 53.509.

wäre. Als Beispiel für eine solche Verkehrsunüblichkeit gilt etwa die Veränderung von Sanitäranlagen durch Verlegung in einen dislozierten Lagerraum^{165 166}.

Nach der Konzeption des § 16 Abs 2 WEG gilt nunmehr als unstrittig, dass durch die Privilegierung der Einbeziehung bzw des Einbaus einer Wasserentnahmestelle und eines Klosetts lediglich die Verkehrsüblichkeit bzw ein wichtiges Interesse des Wohnungseigentümers iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG vorliegen müssen. Dementsprechend können Gründe, die dennoch gegen die Zulässigkeit einer derartigen Änderung sprechen, sowohl aus der Z 1 sowie Z 3 des § 16 Abs 2 WEG resultieren.¹⁶⁷

Beim Wunsch eines Wohnungseigentümers nach dem Anbringen der, nach dem Stand der Technik notwendigen Einrichtungen für den Hörfunk und Fernsehempfang gelten - wie bereits nach § 13 Abs 2 Z 2 WEG 1975 - Kraft gesetzlicher Vermutung die Voraussetzungen des Vorliegens von Verkehrsüblichkeit bzw eines wichtigen Interesses des Wohnungseigentümers als erfüllt. Dies allerdings nur insofern der Anschluss an eine bestehende Einrichtung nicht möglich oder nicht zumutbar erscheint.

Diese Bestimmung weist ebenfalls eine enge Verwandtschaft mit § 9 Abs 2 Z 5 MRG auf, die iSd systematisch-teleologischer Interpretation beachtenswert erscheint. In beiden Fällen sind vom Änderungsrecht (des Mieters bzw Wohnungseigentümers) nicht bloß die Errichtung, der für den Empfang überhaupt, sondern auch der für den Empfang in zeitgemäßem Standard notwendigen Einrichtungen, zu denen heute Satellitenempfangsanlagen und ein Kabelfernsehanschluss zu verstehen¹⁶⁸. In diesem Zusammenhang ebenso unstrittig ist, dass die Zulässigkeit der Maßnahme nach den Vorschriften der jeweiligen BauO im Verfahren über das Änderungsrecht nur insofern zu berücksichtigen ist, als die Zustimmung zu einer evident rechtswidrigen Maßnahme nicht ersetzt werden kann¹⁶⁹.

Sowohl bei § 16 Abs 2 Z 2 WEG als auch bei § 9 Abs 2 Z 5 MRG noch nicht restlos geklärt erscheint, ob die Möglichkeit eines Anschlusses an eine Satellitenempfangsanlage für ein auf einen Kabelfernsehanschluss gerichtetes Änderungsbegehren (und vice versa) als zumutbare Alternative hinderlich sein kann. Diesbezüglich ist insbesondere auf die, das Änderungsrecht

¹⁶⁵ OGH 5 Ob 2134/96a = wobl 1998, 53/31 (*Mark*) = MietSlg 48.478:

¹⁶⁶ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 43.

¹⁶⁷ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 44.

¹⁶⁸ Siehe etwa OGH 5 Ob 95/90 = wobl 1991, 196/119 (*Call*) = MietSlg 43.384; OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.619.

¹⁶⁹ OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.619.

des Wohnungseigentümers gerichtete Entscheidung 5 Ob 95/90¹⁷⁰ zu verweisen. Deren Conclusio bildete im Wesentlichen, dass sich kein Wohnungseigentümer auf den Empfang bestimmter Programme einschränken lassen muss. Des Weiteren ist auf die Entscheidung 5 Ob 120/91¹⁷¹ zu verweisen, die das Änderungsrecht im Hinblick auf eine Antenne zum Inhalt hatte, mit der Programme empfangen werden können, die mittels Kabelfernsehen nicht empfangen werden können. Hinsichtlich der, in § 16 Abs 2 Z 2 WEG in Anlehnung an § 9 Abs 2 Z5 MRG idF MRN 2001 neu in den Katalog der privilegierten Änderungen aufgenommenen Wunsch nach Errichtung der, für die Nutzung von Multimediadiensten notwendigen Einrichtungen¹⁷², kann vor allem zur näheren Charakteristik dieses nicht eben präzisen Begriffes, auf die sinngemäß anwendbaren Ausführungen zu § 9 MRG verwiesen werden.¹⁷³

2.5.4.3. Verkehrsüblichkeit

Handelt es sich um Änderungen, die nicht von den gesetzlich privilegierten Fällen umfasst sind, werden diese von der Rspr unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsüblichkeit beleuchtet. Die Verkehrsüblichkeit ist, wie bereits ausgeführt, keineswegs mit der Genehmigungsfähigkeit nach baurechtlichen Bestimmungen gleichzusetzen,¹⁷⁴ sondern wird unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des betreffenden Hauses und seines Umfeldes ermittelt¹⁷⁵. Als Beispiele hierfür sind die Änderungswünsche eines Wohnungseigentümers nach färbiger Gestaltung der Außenfassade eines Geschäftslokales¹⁷⁶; nach der Errichtung eines Aufzuges¹⁷⁷; nach Umgestaltung einer bereits überdachten Terrasse in einen Wintergarten¹⁷⁸; nach Balkonverbreiterung¹⁷⁹ allerdings auch – wohl aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles – nach nachträglicher Balkonerrichtung¹⁸⁰ zu nennen.

¹⁷⁰ OGH 5 Ob 95/90 = wobl 1991, 196/119 (*Call*) = MietSlg 43.384.

¹⁷¹ OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.619.

¹⁷² Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 84 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

¹⁷³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, §16 WEG Rz 45.

¹⁷⁴ OGH 5 Ob 248/00g MietSlg 52.544.

¹⁷⁵ OGH 5 Ob 236/11h = immolex 2012, 251/80 (krit Neugebauer-Herl); 5 Ob 97/12v = wobl 2013, 55/17; 5 Ob 137/12a = wobl 2012, 383/122.

¹⁷⁶ OGH 5 Ob 73/87 = MietSlg 40.638/16.

¹⁷⁷ OGH 5 Ob 125/92 MietSlg 44.625; vgl dazu auch 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16 sowie 5 Ob 143/11g = MietSlg 63.460 = immolex 2012, 181/58.

¹⁷⁸ LGZ Wien 39 R 378/08i MietSlg 61.464.

¹⁷⁹ OGH 5 Ob 137/12a wobl 2012, 383/122.

¹⁸⁰ OGH 5 Ob 97/12v = wobl 2013, 55/17 = MietSlg 64.448.

Die Verkehrsüblichkeit eines Dachbodenausbaus wird von der Rspr zwar grundsätzlich zuerkannt, allerdings wird dies von der Prüfung der Umstände des Einzelfalls abhängig sein.¹⁸¹ Als nicht verkehrsüblich beurteilt wurden allerdings die Änderungswünsche, ein WE-Objekt in mehrere zu „zerlegen“¹⁸². Gleiches gilt, wenn mehrere WE-Objekte unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile zusammengelegt werden sollen¹⁸³; auf dem Flachdach vor einer Rechtsanwaltskanzlei ein begehbare „Freisitz“ zur Erholung für die Mitarbeiter entstehen¹⁸⁴; durch einen Durchbruch zum Flachdach eine Dachterrasse errichtet werden¹⁸⁵ oder auf dem Dach der Werkshalle, die zum WE-Objekt zugehörig ist, eine Terrasse sowie einen Abstellraum errichtet werden sollen¹⁸⁶. Die Rspr sah als Beispiele nicht verkehrsüblicher Änderungen die Fälle an, in denen auf der Dachterrasse eine Bewässerungsanlage für Pflanzen geplant war¹⁸⁷; ein Holzschuppen in einen Kfz-Stellplatz umgebaut werden sollte¹⁸⁸; eine Überwachungskamera auf allgemeinen Teilen angebracht werden sollte¹⁸⁹ sowie eine Verlängerung eines, im allgemeinen Liftschacht geführten Personenaufzuges in die gesamte Maisonettenwohnung eines Wohnungseigentümers, um so deren barrierefreie Ausstattung zu erreichen¹⁹⁰. In einigen der erwähnten Entscheidungen wird darauf verwiesen, dass es die vom Gesetzgeber selbst genannten, privilegierten Beispiele für Änderungen eine systematische Interpretation nahe legen würden, die die Verkehrsüblichkeit eher als selbstverständliche Versorgungseinrichtungen moderner Wohnungen bezeichnet. Dies ist allerdings im Gegensatz zur bloßen Befriedigung von Luxusbedürfnissen dienende Ausstattung von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten zu verstehen. Nach *Vonkilch*¹⁹¹ ist dieser Ansicht nicht gänzlich unzutreffend, wird allerdings zu relativieren sein. Zum einen zählt die – nunmehr auch als privilegiert anzusehende bereits erwähnte Nutzung von Multimediadiensten unzweifelhaft eher zur Befriedigung von Luxusbedürfnissen, als zur selbstverständlichen Versorgungseinrichtung moderner Wohnungen. Zum anderen ist auch diesbezüglich ein dynamischer Beurteilungsmaßstab anzulegen. So wird es etwa gegenwärtig durchaus (schon) als selbstverständliche Versorgungseinrichtung moderner Wohnungen und Geschäftsräume anzusehen sein, wenn diese Objekte –

¹⁸¹ OGH 5 Ob 248/00g MietSlg 52.544.

¹⁸² OGH 5 Ob 47/81 MietSlg 33.466/29; 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

¹⁸³ OGH 5 Ob 236/11h = immolex 2012, 251/80 (krit *Neugebauer-Herl*).

¹⁸⁴ OGH 5 Ob 116/92 MietSlg 45.538.

¹⁸⁵ OGH 5 Ob 92/94 = wobl 1995, 143/63 (*Mark*) = MietSlg 46.522/29.

¹⁸⁶ OGH 5 Ob 269/98i = wobl 2000, 87/39 (zust *T. Hausmann*) = MietSlg 50.576 = immolex 1999, 145/100.

¹⁸⁷ LGZ Wien 41 R 276/99p = MietSlg 51.526.

¹⁸⁸ OGH 5 Ob 28/05m = MietSlg 57.458 = immolex 2005, 247/96.

¹⁸⁹ LGZ Wien 40 R 304/07p = MietSlg 60.434.

¹⁹⁰ OGH 5 Ob 157/15x = wobl 2016, 106/32 = MietSlg 67.442 = immolex 2016, 54/15 (*Räth*).

¹⁹¹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 46.

besonders bei exponierter (Dach-)Lage – mit Klimaanlage versehen werden oder auf Dachterrassen Bewässerungsanlagen für Pflanzen zum Einsatz gelangen.¹⁹²

Schließlich erscheint es bemerkenswert, dass die Rspr¹⁹³ in jüngerer Zeit dazu tendiert, es auch unter dem Blickwinkel des „wichtigen Interesses“ iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG für relevant anzusehen, wenn die fragliche Änderung dazu dient, dem Wohnungseigentümer bloß die, dem gegenwärtig üblichen Standard entsprechende Nutzung seines Objektes zu ermöglichen.¹⁹⁴

2.5.4.4. Wichtiges Interesse

Ist eine Änderung iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG nicht verkehrsüblich, hat der Wohnungseigentümer allerdings ein wichtiges Interesse an der Vornahme der Änderung, so hat die Rspr dieses Interesse naturgemäß vornehmlich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Sollte ein solch wichtiges Interesse an der Änderung zu bejahen sein, so ist bei dessen Vorliegen keine weitere Interessenabwägung mehr notwendig.¹⁹⁵

§ 16 Abs 2 Z 2 WEG umfasst grundsätzlich auch wirtschaftliche Interessen. Als diesbezügliche Beispiele sind etwa die Anbringung von Hinweistafeln an der Fassade zur Gewährleistung eines reibungslosen Ordinationsbetriebes¹⁹⁶; die, aus Rentabilitätsgründen notwendige Änderung des Unternehmensgegenstandes¹⁹⁷; das Interesse, durch Umbau in Wohnungen nicht mehr vermietbare Büroräumlichkeiten verwerten zu können¹⁹⁸ sowie der Einbau einer Klimaanlage zur Erfüllung behördlicher Auflagen für den Betrieb einer Apotheke¹⁹⁹ davon umfasst. Dies gilt allerdings nur insoweit jene Nutzung, die durch die Änderung gefördert werden soll, durch die Widmung des Objektes „gedeckt“ ist²⁰⁰. Ansonsten wäre, als eigenständige Änderung iSv § 16 Abs 2 WEG, ebenfalls die Zulässigkeit einer Widmungsänderung anhand der Kriterien des § 16 Abs 2 WEG zu prüfen.²⁰¹

¹⁹² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 46.

¹⁹³ Siehe vgl etwa OGH 5 Ob 183/12s = MietSlg 64.451 = immolex 2013, 150/46 (Scheer) mwN.

¹⁹⁴ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 46a.

¹⁹⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 47.

¹⁹⁶ OGH 5 Ob 63/82 = MietSlg 35.610.

¹⁹⁷ LGZ Wien 22.3.1988, 41 R 506/87 MietSlg 40.642.

¹⁹⁸ OGH 5 Ob 226/98s MietSlg 50.578.

¹⁹⁹ OGH 5 Ob 128/02p MietSlg 54.455; uU ggt freilich nunmehr OGH 5 Ob 13/14v = MietSlg 66.479.

²⁰⁰ LGZ Wien 25.9.2003, 38 R 119/03m MietSlg 55.466.

²⁰¹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 48.

Als nicht ausreichend für die Erfüllung des Tatbestandes von § 16 Abs 2 Z 2 WEG wurde die Einbeziehung eines Flachdaches zur Vergrößerung der Terrassenfläche²⁰² sowie die sehr global gehaltenen Interessen des änderungswilligen Wohnungseigentümers, etwa durch die Änderung einen höheren Verkehrswert oder eine bessere Nutzungsmöglichkeit im Hinblick auf sein Objekt zu erzielen, erblickt²⁰³.

Des Weiteren wurde vor diesem Hintergrund, das Vorliegen eines wichtigen Interesses von der Rspr im Fall des Wunsches des Wohnungseigentümers zweier WE-Objekten nach einem zweiten Kfz-Stellplatz, durch den Umbau eines Holzschuppens²⁰⁴ oder beim Wunsch, die Wohnung durch bauliche Einbeziehung von Loggia bzw Balkon zu vergrößern²⁰⁵, verneint. Im Fall der Errichtung einer Dachterrasse²⁰⁶; einer Gebäudeaufstockung²⁰⁷; der Errichtung einer Sauna²⁰⁸; einer Balkonverglasung²⁰⁹; einer Unterteilung einer im WE stehenden Garage in einzelne Stellplatz-WE-Objekte²¹⁰; einer baulichen Umgestaltung eines Lagerraums in mehrere Kfz-Abstellplätze²¹¹ oder eines Anbaus eines „Balkonturms“²¹² sah die Rspr ebenfalls kein wichtiges Interesse iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG.

Dasselbe galt sowohl bei der Verlängerung eines im allgemeinen Liftschacht geführten Personenaufzuges in die gesamte Maisonettenwohnung eines Wohnungseigentümers, um deren barrierefreie Ausstattung zu erreichen²¹³; als auch beim Ersatz einer bestehenden Hochtemperatur Fußbodenheizung durch eine Niedrigtemperatur Fußbodenheizung, um das subjektive Wärmeempfinden der Bewohner positiv zu beeinflussen²¹⁴. Im Fall der Beseitigung der sichtschutzverglasten Balkonbrüstungen, um erleichterten Zugang zum Eigengarten zu haben²¹⁵, verneinte die Rspr ebenfalls das wichtige Interesse iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG. Grundsätzlich akzeptiert die Rspr²¹⁶ den „familiärbedingten“ Wunsch des Wohnungseigentümers, seine Ter-

²⁰² Siehe vgl OGH 5 Ob 55/87 = wobl 1988, 69/42 = MietSlg 40.639.

²⁰³ OGH 5 Ob 116/92 MietSlg 45.538; 5 Ob 92/94 wobl 1995, 143/63 (*Markl*) = MietSlg 46.522/29.

²⁰⁴ OGH 5 Ob 28/05m = MietSlg 57.458 = immolex 2005, 247/96.

²⁰⁵ OGH 5 Ob 258/06m = wobl 2007, 108/41 (*Call*); 5 Ob 180/08v = MietSlg 60.433.

²⁰⁶ OGH 5 Ob 63/08p = wobl 2008, 272/93 = MietSlg 60.426; 5 Ob 98/11i = wobl 2012, 22/8 = MietSlg 63.459.

²⁰⁷ OGH 5 Ob 185/09f = wobl 2010, 43/17 (*T. Hausmann*) = MietSlg 61.462 = immolex 2010, 289/106 (*Limberg*).

²⁰⁸ OGH 5 Ob 73/10m = MietSlg 62.425.

²⁰⁹ OGH 5 Ob 70/11x = MietSlg 63.455.

²¹⁰ OGH 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

²¹¹ OGH 5 Ob 13/14v = MietSlg 66.479.

²¹² OGH 5 Ob 212/15k = wobl 2016, 232/82 (*Etzersdorfer*) = MietSlg 67.445.

²¹³ OGH 5 Ob 157/15x = wobl 2016, 106/32 = MietSlg 67.442 = immolex 2016, 54/15 (*Räth*).

²¹⁴ OGH 5 Ob 113/15a wobl 2016, 57/17.

²¹⁵ OGH 5 Ob 39/15v = wobl 2015, 309/124 = MietSlg 67.437.

²¹⁶ OGH 5 Ob 47/06g wobl 2006, 221/96 (*Call*); 5 Ob 258/06m = wobl 2007, 108/41 (*Call*) = MietSlg 58.418 und 5 Ob 279/08b = wobl 2009, 246/86 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.457 = immolex 2009, 284/104 (*Maier-Hülle*).

rasse bzw Loggia unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile zu verglasen oder die neben einander liegenden WE-Objekte zu einem einheitlichen Wohnungsverband zusammenzulegen als wichtiges Interesse iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG.

In der Entscheidung 5 Ob 70/11x²¹⁷ wurde derartiges bezüglich einer Balkonverglasung allerdings verneint. Die jüngere Rspr²¹⁸ erblickt allerdings ein wichtiges Interesse bereits dann, wenn die fragliche Änderung dazu dient, dem Wohnungseigentümer die, dem heutigen Standard entsprechende Nutzung seines Objektes zu ermöglichen. Es bleibt abzuwarten, ob damit nicht im Ergebnis eine gewisse Rückkehr zur älteren, auch auf global gehaltene Interessen Rücksicht nehmende Judikatur verbunden ist. Neben den bereits erwähnten Fällen bejahte die jüngere Rspr das Vorliegen eines wichtigen Interesses jedenfalls bezüglich der Errichtung einer Klimaanlage, da die Wohnungseigentümer regelmäßig Nachtdienste absolvierten und den Tag zum Schlafen nützen mussten²¹⁹ oder die Raumtemperatur während der Sommermonate mehr als 30 Grad Celsius erreichte²²⁰. Bezüglich einer derartigen Maßnahme wird wohl mittlerweile ohnedies Verkehrsüblichkeit vorliegen. Die Rspr bejahte zudem im Fall der Zusammenlegung von übereinander liegenden Geschäftsräumen, die im Eigentum desselben Wohnungseigentümers stehen²²¹; der Errichtung eines Garagentores bei zunächst nicht vollständig abgeschlossenen Abstellplätzen, wenn ortsnahe bereits Fahrzeugdiebstähle erfolgt sind²²²; der Errichtung einer schmiedeeisernen Sicherheits-Gittertüre sowie von Blumenkisten auf den äußeren Fensterbrettern samt erforderlicher Halterungen²²³, sowie dem Anbringen einer Markise²²⁴ die Verkehrsüblichkeit.²²⁵

Zum Teil verfolgt die Rspr einer Anregung von *Hausmann*²²⁶, das Vorliegen eines „wichtigen Interesses“ iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG auch in Relation zum Umfang der Inanspruchnahme allgemeiner Teile zu setzen. Konkret sind bei einer bloß geringfügigeren Inanspruchnahme allgemeiner Teile auch weniger wichtig erscheinende Interessen zu berücksichtigen, als es bei

²¹⁷ OGH 5 Ob 70/11x MietSlg 63.455.

²¹⁸ Siehe vgl etwa OGH 5 Ob 183/12s = MietSlg 64.451 = immolex 2013, 150/46 (*Scheer*); 5 Ob 154/13b = wobl 2013, 325/126 = MietSlg 65.466; 5 Ob 86/14d = wobl 2015, 20/7 = MietSlg 66.483 ua.

²¹⁹ OGH 5 Ob 24/08b = wobl 2008, 273/94 (*Call*) = MietSlg 60.427 = immolex 2008, 244/104 (*Edelhauser*).

²²⁰ OGH 5 Ob 160/14m = wobl 2015, 309/ 125 = MietSlg 67.435 = immolex 2015, 180/50 (*Prader*).

²²¹ OGH 5 Ob 154/13b = wobl 2013, 325/126 = MietSlg 65.466.

²²² OGH 5 Ob 150/14s = wobl 2015, 21/8 = MietSlg 66.484.

²²³ OGH 5 Ob 86/14d = wobl 2015, 20/7 = MietSlg 66.483.

²²⁴ OGH 5 Ob 188/15f = wobl 2016, 55/16 = MietSlg 67.443 = immolex 2016, 21/2 (*Prader*).

²²⁵ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 49.

²²⁶ *T. Hausmann*, *ecolex* 1995, 323.

einer umfangreicheren Inanspruchnahme allgemeiner Teile der Fall wäre.²²⁷ Diesbezüglich kann auf die Entscheidung 5 Ob 15/15x²²⁸ verwiesen werden, in der bloß ästhetische Vorbehalte gegen Treppen- und Plattformenlifte im Inneren einer Maisonette-Wohnung nicht den Wunsch rechtfertigen, durch Verlängerung des im allgemeinen Liftschacht geführten Personenaufzuges massiv in die allgemeinen Teile der Liegenschaft einzugreifen.²²⁹

2.5.5. Änderungen unter Inanspruchnahme anderer WE-Objekte

Ist es durch die angestrebte Änderung notwendig, auch andere WE-Objekte in Anspruch zu nehmen, verlangt § 16 Abs 2 Z 3 WEG für das Vorliegen eines Änderungsrechts noch ergänzend, dass die Änderung keine wesentliche und dauernde Beeinträchtigung des fremden WE zur Folge hat und die Vornahme der Änderung dem betroffenen Wohnungseigentümer nach Maßgabe einer Interessenabwägung zumutbar ist.²³⁰

Im Unterschied zur verwandten Regelung des § 8 Abs 2 Z 2 MRG erstaunt es, dass bei § 16 Abs 2 Z 3 WEG der Änderungswunsch unabhängig von einer Interessenabwägung jedenfalls als unzulässig erklärt wird, wenn der Änderungswunsch eine wesentliche und dauernde Beeinträchtigung des fremden WE zur Folge hätte. Eine im Fall des § 8 Abs 2 Z 2 MRG in gewissem Umfang mögliche „Annexion“ auch von Teilen anderer WE-Objekte durch den Änderungswilligen kann sohin nicht auf das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG gestützt werden können.²³¹ Allerdings gelangte bislang in der Rspr die darüber hinaus normierte Interessenabwägung des § 16 Abs 2 Z 3 WEG kaum an praktischer Bedeutung. Als Beispiel für einen solchen Fall stellt allerdings die Errichtung eines Liftes an der Außenfassade dar, dessen Realisierung bezüglich der davon betroffenen Fenster ebenfalls einen Eingriff in andere WE-Objekte notwendig macht²³².

²²⁷ Siehe vgl OGH 5 Ob 261/99i MietSlg 52.540; 5 Ob 47/06g wobl 2006, 221/96 (*Call*); 5 Ob 24/08b = wobl 2008, 273/94 (*Call*) = MietSlg 60.427 = immolex 2008, 244/104 (*Edelhauser*); 5 Ob 185/09f = wobl 2010, 43/17 (*T. Hausmann*) = MietSlg 61.462 = immolex 2010, 289/106 (*Limberg*); 5 Ob 183/12s = immolex 2013, 150/46 (*Scheer*); 5 Ob 154/13b = wobl 2013, 325/126 = MietSlg 65.466; 5 Ob 150/14s = wobl 2015, 21/8 = MietSlg 66.484.

²²⁸ OGH 5 Ob 157/15x = wobl 2016, 106/32 = MietSlg 67.442 = immolex 2016, 54/15 (*Räth*).

²²⁹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 49a.

²³⁰ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 50.

²³¹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 51.

²³² OGH 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16.

Im Sinne systematischer Interpretation kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass ein Eingriff in das WE-Recht lediglich eines oder einzelner Wohnungseigentümer nicht zugleich als wesentliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer nach Z 1 zu werten ist. Anderenfalls wären derartige Maßnahmen immer nach Z 1 unzulässig, sodass kein eigenständiger Regelungsgehalt für Z 3 bliebe.²³³ Der beeinträchtigte Wohnungseigentümer hat einen – gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG im AußStrVerf geltend zu machenden Anspruch auf angemessene Entschädigung durch den die Änderung vornehmenden Wohnungseigentümer.²³⁴ § 16 Abs 2 Z 3 WEG weist insofern eine Verwandtschaft mit § 8 MRG auf, der im Rahmen systematisch-teleologischer Interpretation berücksichtigt werden kann.²³⁵

2.6. Conclusio

Das Änderungsrecht gemäß § 16 Abs 2 WEG stellt ein Individual- und Verfügungsrecht dar.²³⁶ Es berechtigt Wohnungseigentümer zu Änderungen an ihren WE-Objekten auf eigene Kosten²³⁷. Das in § 16 Abs 2 WEG geregelte Recht zur Vornahme von Änderungen am WE-Objekt auf seine Kosten stellt ein vertraglich nicht abdingbares Recht dar.²³⁸ Die Kostentragungspflicht²³⁹ ist umfassend zu verstehen und beinhaltet gegebenenfalls auch sämtliche Kosten der begehrten Veränderung allgemeiner Teile der Liegenschaft.²⁴⁰ Wohnungseigentumsbewerber, die das Wohnungseigentumsobjekt bereits bezogen haben und deren Zusage auf Einräumung von Wohnungseigentum bereits im Grundbuch angemerkt ist, kommt ebenfalls das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG zu.²⁴¹ Alle Änderungen iSd § 16 Abs 2 WEG sind grundsätzlich genehmigungspflichtig.²⁴² Vor Durchführung dieser Änderungen muss der die

²³³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 52.

²³⁴ Siehe vgl OGH 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16; LGZ Wien 24.5.2005, 41 R 134/04s MietSlg 57.465.

²³⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 53.

²³⁶ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 2.

²³⁷ § 16 Abs 2 WEG.

²³⁸ OGH 5 Ob 22/99t = MietSlg 51.519 = immolex 1999, 170/112; 5 Ob 58/99m MietSlg 51.521; 5 Ob 84/04w immolex 2004, 342/172.

²³⁹ OGH 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16.

²⁴⁰ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 11.

²⁴¹ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 8 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

²⁴² Würth/Zingher/Kovanyi/Ettersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 13.

Änderung anstrebende Wohnungseigentümer sodann die Zustimmung aller anderen Wohnungseigentümer einholen.²⁴³

Genehmigungsfähigkeit besitzt die Änderung, insofern die Voraussetzungen der Ziffern 1, 2 und 3 des § 16 Abs 2 WEG vorliegen.²⁴⁴ Müssen für die Durchführung der beabsichtigten Änderung Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte anderer Wohnungseigentümer in Anspruch genommen werden, so darf diese keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Wohnungseigentumsobjekts nach sich ziehen und muss diese Änderung für den betroffenen Wohnungseigentümer ebenfalls zumutbar sein.²⁴⁵ Werden für die Durchführung der Änderung allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen, muss die Änderung darüber hinaus verkehrsüblich sein oder einem wichtigen Interesse des WE-Eigentümers dienen.²⁴⁶ Ist die Änderung genehmigungsfähig, sind die übrigen Wohnungseigentümer nicht dazu berechtigt, ihre Zustimmung zu verwehren.

Im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung kann die verwehrte Zustimmung durch eine Genehmigung des Außerstreitrichters in einem Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden.²⁴⁷ Allerdings darf eine beabsichtigte Änderung niemals eine Schädigung des Gebäudes oder eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Miteigentümer mit sich bringen.²⁴⁸

Nimmt ein Wohnungseigentümer eine Änderung nach § 16 Abs 2 WEG ohne die Zustimmungserteilung aller anderen Wohnungseigentümer vor, so handelt dieser unerlaubt eigenmächtig.²⁴⁹ Wurde die Zustimmung ungerechtfertigt verweigert, so kann diese durch den Außerstreitrichter in einem Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden.

²⁴³ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 2.

²⁴⁴ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 13.

²⁴⁵ § 16 Abs 2 Z 3 WEG.

²⁴⁶ § 16 Abs 2 Z 2 WEG.

²⁴⁷ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 10.

²⁴⁸ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

²⁴⁹ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 6.

2.7. Widmungsänderungen

2.7.1. Allgemeines

Zu den absoluten Rechten eines jeden WE-Eigentümers gehört die, auf einen bestimmten Nutzen lautende Widmung seines Wohnungseigentumsobjektes. Besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass durch eine Änderung schutzwürdige Interessen anderer Wohnungseigentümer beeinträchtigt werden, so ist diese Änderung auf zwei Wegen möglich. Der erste Weg wäre, dass alle anderen Wohnungseigentümer der angestrebten Widmungsänderung zustimmen. Ansonsten steht lediglich die Möglichkeit offen, eine Bewilligung eines Außerstreitrichters in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG einzuholen, um die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zu ersetzen.²⁵⁰

Für die Beurteilung, ob eine Widmungsänderung zulässig ist, wird die bestehende Widmung mit der zukünftigen Widmung verglichen, sich auf Grund der beabsichtigten Änderung ergibt. Um genaue Auskunft über die gültige Widmung des Wohnungseigentumsobjekts erlangen zu können, ist auf die vertraglich erzielte Einigung der Wohnungseigentümer zurückzugreifen. Diese findet sich zumeist im Wohnungseigentumsvertrag, wobei es darüber hinaus ebenfalls möglich ist, dass die ursprünglich im Wohnungseigentumsvertrag festgelegte Widmung im Nachhinein konkludent abgeändert wurde.²⁵¹

Grundsätzlich unterliegt die Zustimmung der Wohnungseigentümer zu einer Widmungsänderung nach § 16 Abs 2 WEG keinen Formerfordernissen.²⁵² Rein praktische Vorgänge, wie etwa die Schließung eines Geschäftslokals in einem zu Geschäftszwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt, entfalten auf die bestehende Widmung keinen Einfluss. Widmungen öffentlichen Rechts wie etwa raumordnungs- und/oder baurechtliche Widmungen haben auf die privatrechtliche Widmung ebenfalls keine Auswirkung.²⁵³

²⁵⁰ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, Wohnungseigentumsgesetz (2014) § 16 Rz 21.

²⁵¹ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 28.

²⁵² Kothbauer, Zu den Änderungsrechten der Wohnungseigentümer, immoLex 2015, 64 (64).

²⁵³ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

2.7.2. Widmungsänderung von Wohnung in Geschäftsraum

Von einer Widmungsänderung von Wohnung in Geschäftsraum ist dann auszugehen, wenn ein Wohnungseigentumsobjekt, das im Wohnungseigentumsvertrag als „Wohnung“ gewidmet ist, nun zu Geschäftszwecken und nicht mehr zu Wohnzwecken genutzt werden soll. Ebenso als Widmungsänderung zu qualifizieren, ist die Nutzung eines als Geschäftslokal gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts zu Wohnzwecken.²⁵⁴ Sohin stellt sowohl eine Widmungsänderung von Wohnung in Geschäftslokal, als auch eine Änderung von Geschäftslokal in Wohnung eine bewilligungspflichtige Umwidmung dar.²⁵⁵ Ein Wohnungseigentumsobjekt, mit dem (unspezifizierten) Begriff „Geschäftslokal“ ist grundsätzlich als ein, der gewerblichen Nutzung dienendes Objekt zu verstehen.²⁵⁶

Dasselbe gilt, wenn im Falle einer spezifischen Geschäftsraumwidmung der Unternehmensgegenstand oder der Betriebsform geändert wird. Wurde die Widmung als Geschäftslokal im Wohnungseigentumsvertrag genauer spezifiziert, so spricht man von einer spezifischen Geschäftsraumwidmung. Eine Änderung dieser Nutzung ist immer als eine genehmigungsbedürftige Änderung anzusehen.²⁵⁷ Diese Änderung kann sowohl in der Umwandlung des Unternehmensgegenstandes²⁵⁸, als auch der Betriebsform des Wohnungseigentumsobjekts bestehen.²⁵⁹ Verfügt das WE-Objekt über keine spezielle Geschäftswidmung ist eine Umwandlung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform des Wohnungseigentumsobjekts grundsätzlich erst bei Überschreiten der Grenzen der Verkehrsüblichkeit als eine genehmigungsbedürftige Änderung anzusehen. Die Frage der Verkehrsüblichkeit unterliegt dabei einer Einzelfallbeurteilung.²⁶⁰

Bereits bei der Begründung des Wohnungseigentums haben die anderen Wohnungseigentümer ihr Einverständnis zu allen möglichen Arten der Verwendung eines Geschäftslokals abgegeben. Grundsätzlich unterliegt das Geschäftslokal sohin bei einer späteren Widmungsänderung keinen Einschränkungen. Andere Miteigentümer sind dahingehend nur im Fall einer

²⁵⁴ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

²⁵⁵ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 28.

²⁵⁶ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

²⁵⁷ Kothbauer, Zu den Änderungsrechten der Wohnungseigentümer, immolex 2015, 64 (64).

²⁵⁸ OGH 5 Ob 1028/92 wobl 1993/49, 61; 5 Ob 99/99s MietSlg 51.522.

²⁵⁹ OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (Pfiel).

²⁶⁰ Würth in Rummel ABGB³ § 16 WEG 2002 Rz 13 (Stand 1.1.2003, rdb.at)

Überschreitung der Verkehrsüblichkeit zur Abwehr eigenmächtiger Widmungsänderungen durch Unterlassungs- und Beseitigungsklagen nach § 523 ABGB berechtigt.²⁶¹

Bei der Prüfung, ob eine Widmungsänderung bewilligungsfähig sein könnte ist an Beeinträchtigungen zu denken, die sich durch die angestrebte Änderung ergeben könnten. Diese Beeinträchtigungen sind jenen Beeinträchtigungen gegenüber zu stellen, die sich bereits aus der bisherigen Nutzung ergeben haben, um einen „Vorher-Nachher-Vergleich“ durchführen zu können.²⁶²

Erhöhte Kundenfrequenz oder Lärmentwicklung, die ihre Ursache in einer Änderung des Betriebsumfangs haben, sind nur dann als Versagungsgrund zu werten, wenn massive Einbußen des Vermögens oder der Lebensqualität die Folge sind.²⁶³ Wie bereits näher erläutert, änderte sich die Herangehensweise des OGH zur Prüfung, wann im Falle einer unspezifischen Geschäftsraumwidmung eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorliegt. Der Prüfung, ob die Grenze der Verkehrsüblichkeit überschritten ist, kommt nunmehr nur noch geringe Bedeutung zu. Von der Vornahme eines Vorher-Nachher-Vergleichs wird nun generell abgesehen, solange die nunmehrige Nutzung im Bereich der unspezifischen Widmung als „Geschäftslokal“ gegeben ist.

2.7.3. Widmungsänderung eines Geschäftslokals

Unterscheidung zwischen spezifischer und unspezifischer Geschäftsraumwidmung

Während eine Änderung der Nutzung des WE-Objektes von „Wohnung“ auf „sonstige selbstständige Räumlichkeit“ oder umgekehrt jedenfalls eine bewilligungspflichtige Widmungsänderung darstellt, ist eine anderwärtige Nutzung als Geschäftslokal gewidmeten eines WE-Objektes nur dann als eine solche anzusehen, wenn die Verwendung bei Wohnungseigentumsbegründung spezifiziert wurde.²⁶⁴ In einem solchen Fall spricht man von einer spezifischen Geschäftsraumwidmung. Eine solche wird dadurch begründet, dass im Wohnungsei-

²⁶¹ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG Rz 21.

²⁶² Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 30.

²⁶³ Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁶ Rz 743

²⁶⁴ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 29.

gentumsvertrag nur die Ausübung eines bestimmten Geschäftsbetriebes innerhalb des WE-Objektes vereinbart wurde.²⁶⁵

Eine Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform eines, in einem WE-Objekt betriebenen Unternehmens kann sohin als eine Widmungsänderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG zu qualifizieren sein.²⁶⁶ Eine solche Widmungsänderung ist dann gegeben, wenn durch die eigenmächtig durchgeführte Änderung die Möglichkeit besteht, dass schutzwürdige Interessen anderer Wohnungseigentümer gefährdet sein könnten.²⁶⁷

Wurde keine spezifische Geschäftsraumwidmung vereinbart, so wird angenommen, dass sich die anderen Wohnungseigentümer bereits bei Begründung des Wohnungseigentums mit jeglicher Art der Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts im Rahmen der Widmung „Geschäftslokal“ einverstanden erklärt haben.²⁶⁸ Bei einer solchen unspezifischen Geschäftsraumwidmung wird im Falle einer anderweitigen Nutzung des WE-Objektes erst dann das Bestehen einer genehmigungsbedürftigen Widmungsänderung angenommen, wenn im Zuge des Gebrauches des WE-Objektes im Rahmen der neuen Verwendung die Grenzen der Verkehrsüblichkeit überschritten werden.²⁶⁹

Bei einer Widmungsänderung eines WE-Objektes unter Beibehaltung des Geschäftszweigs erfolgt ein eher großzügigerer Bewertungsmaßstab. Eine Änderung unter Beibehaltung des Geschäftszweigs ist dann anzunehmen, wenn sich nur der Umfang des Betriebes ändert. Eine solche Änderung kann natürlich ebenfalls mit einer erhöhten Frequenz hausfremder Personen und/oder einer erhöhten Lärmbelästigung verbunden sein. Solche Beeinträchtigungen sind auch in einem solchen Fall allerdings nur dann als Versagungsgrund zu qualifizieren, wenn sie mit massiven Einbußen der Lebensqualität oder des Vermögens der übrigen Wohnungseigentümer einhergehen würden.²⁷⁰

²⁶⁵ OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

²⁶⁶ OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

²⁶⁷ OGH 5 Ob 149/14v ecolex 2015/179 (Wilhelm, Ertl, Schoditsch, Benes, Fritzer, Buchleitner, Mrvosevic).

²⁶⁸ OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

²⁶⁹ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ §16 WEG Rz 30.

²⁷⁰ Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁶ Rz 743.

Unspezifische Geschäftsraumwidmung

Verfügt ein WE-Objekt lediglich über eine unspezifische Widmung „Geschäftslokal“, ist die Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform erst dann genehmigungspflichtig iSd § 16 Abs 2 WEG, wenn die neue Tätigkeit die Grenze der Verkehrsüblichkeit überschreitet. Eine solche Überschreitung ist dann als überschritten anzusehen, wenn mit der Widmungsänderung eine wesentliche Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen der übrigen WE-Eigentümer einhergeht, deren Duldung nicht erwartet werden kann. Zur Feststellung, ob eine solche Beeinträchtigung der übrigen WE-Eigentümer vorliegt, ist ein Vorher-Nachher-Vergleich zwischen der ursprünglich im Wohnungseigentumsvertrag festgesetzten Verwendung und der neuen Verwendung anzustellen.²⁷¹

Es bedarf keiner Zustimmung der restlichen Wohnungseigentümer bei einer Änderung der Verwendung eines unspezifisch zu Geschäftszwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts, wenn durch die Änderung keine wesentlichen Emissionen oder Störungen eintreten.²⁷²

Die bloße (abstrakte) Möglichkeit, dass künftig Beeinträchtigungen für die restlichen WE-Eigentümer entstehen könnten, die über die Grenze des Verkehrsüblichen hinausgehen, reicht für eine Abwehr (eigenmächtig) durchgeführter Änderungen nicht aus. Bei einer unspezifischen Widmung eines WE-Objektes als „Geschäftslokal“ wäre bei einer Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform nur in einem solchen Fall nicht mehr vertragsgemäß, wenn die Beeinträchtigungen tatsächlich die Grenze der Verkehrsüblichkeit überschreiten. Nur in einem solchen Fall wäre die Änderung sohin genehmigungsbedürftig.²⁷³

Der OGH qualifizierte etwa die Änderung des Betriebes eines Lebensmittelgeschäftes hin zu dem Betrieb eines Backwarengeschäftes, in dem ebenfalls warme Speisen und Getränke angeboten wurden, nicht als eine Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG, zumal die Grenze der Verkehrsüblichkeit auch durch die Ausweitung der Ladenöffnungszeiten nicht überschritten wurden.²⁷⁴ Allfällige betriebliche Exzesse eines Betriebsinhabers dürfen dabei nicht in die Bewertung einfließen, ob eine Widmungsänderung als zulässig bzw als nicht zulässig erachtet werden kann. Orientierungsmaßstab stellen die durchschnittlichen Folgen der konkreten Be-

²⁷¹ OGH 5 Ob 149/14v ecolex 2015/179 (*Wilhelm, Ertl, Schoditsch, Benes, Fritzer, Buchleitner, Mrvosevic*).

²⁷² *Kothbauer*, Zu Nutzungsänderungen bei unspezifischer Widmung im Wohnungseigentum, immolex 2017, 32 (32).

²⁷³ OGH 5 Ob 227/04z immolex 2005/56.

²⁷⁴ OGH 5 Ob 227/04z immolex 2005/56.

triebsführung dar. Abhilfe bei „betrieblichen Exzessen“ kann einzig mit verschiedenen Unterlassungsklagen im streitigen Rechtsweg geschaffen werden.²⁷⁵

In seinen neueren Entscheidungen vermeinte der OGH, dass die Zulässigkeit der Änderung der Geschäftstätigkeit nicht mehr hauptsächlich von deren Verkehrsüblichkeit abhängig ist. Der OGH begründete dies, dass sich die übrigen Wohnungseigentümer bei einer unspezifischen Geschäftsraumwidmung bereits bei Begründung des Wohnungseigentums mit jeglicher Art der Verwendung im Rahmen eines Geschäftslokals einverstanden erklärt haben. Eine Prüfung auf Verkehrsüblichkeit einer im Nachhinein vorgenommenen Änderung auf die Verkehrsüblichkeit, erscheint nicht den Auslegungsregeln von Verträgen entsprechend,²⁷⁶ zumal zur Ermittlung der bestehenden Widmung von Wohnungseigentumsobjekten eine objektive Betrachtung angezeigt, sodass auf den Wohnungseigentumsvertrag zurückgegriffen wird. Der Inhalt und die Reichweite der vertraglichen Einigung der Wohnungseigentümer sind allerdings nach den Bestimmungen über die Auslegung von Verträgen im Sinne des § 914 ABGB zu ermitteln.²⁷⁷

Die Verkehrsüblichkeit betreffende Fragen fließen in die Auslegung nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung ein. Dies zumal die damaligen Wohnungseigentumsbewerber ihre Vorstellungen von einem verkehrsüblichen Maß einer Änderung im Inhalt und Umfang ihrer abgegebenen Willenserklärungen einfließen haben lassen, sodass kein Vorher-Nachher-Vergleich anzustellen ist. Bewegt sich sohin eine Änderung der Nutzung im Rahmen der vertraglich vereinbarten unspezifischen Geschäftsraumwidmung, liegt keine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung vor. Es ist zu ermitteln, welche Nutzungsarten einem Wohnungseigentümer im Rahmen einer Widmung zu Geschäftszwecken zugebilligt wurden.²⁷⁸ Die Widmung „Geschäftslokal“ umfasst grundsätzlich jede gewerbliche Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts, sohin beispielsweise auch den Betrieb eines Gastronomielokals.²⁷⁹

Möchte ein WE-Eigentümer sicherstellen, dass er von anderen Wohnungseigentümern nicht im streitigen Rechtsweg auf Unterlassung geklagt werden kann, sollte dieser vor Durchführung der beabsichtigten Änderungen an seinem WE-Objekt jedenfalls überprüfen, ob durch diese Änderungen schutzwürdige Interessen anderer Mit- und Wohnungseigentümer beeinträchtigt werden. Erscheint eine solche Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen auch

²⁷⁵ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 746.

²⁷⁶ *Kothbauer*, immolex 2017, 32.

²⁷⁷ OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

²⁷⁸ *Kothbauer*, immolex 2017, 32.

²⁷⁹ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer* in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 30.

nur in einem geringen Maß möglich, sollte vorab die Zustimmung aller Mit- und Wohnungseigentümer eingeholt werden.²⁸⁰

Grundsätzlich ist eine nachträgliche Bewilligung einer vorzeitig eigenmächtig durchgeführten Änderung möglich²⁸¹, allerdings ist davon abzuraten. Erscheint eine Erlangung der Zustimmung der Mit- und Wohnungseigentümer nicht möglich, ist die Duldung der Änderung durch die anderen WE-Eigentümer im außerstreitigen Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG zu begehren.²⁸²

2.7.4. Diskussion anhand von OGH-Entscheidungen

Unspezifische Geschäftsraumwidmung

Der OGH hatte unlängst darüber zu entscheiden, ob die Weitervermietung einer unspezifisch als „Geschäftslokal“ gewidmeten Räumlichkeit an das Land Salzburg zur Unterbringung von Flüchtlingen, eine Widmungsänderung iSd § 16 WEG darstellt. Vor dem Betrieb der Flüchtlingsunterkunft waren die Räumlichkeiten sowohl als Restaurant, als auch als Hotel- und Beherbergungsbetrieb betrieben worden. Die Klägerin erblickte im nunmehrigen Betrieb einer Flüchtlingsunterkunft eine Widmungsänderung und begehrte vom Beklagten die Unterlassung sowohl des Betriebes, als auch der Weitervermietung mit dem Ziel des Betriebes einer Flüchtlingsunterkunft. Die dauerhafte Unterbringung von Flüchtlingen im gegenständlichen WE-Objekt stelle gegenüber der, in der Vergangenheit ausgeübten kurzzeitigen Vermietung an Urlaubsgäste nämlich eine Nutzungsänderung dar. Der Beklagte wendete hingegen die über Jahre geduldete Verwendung der Räumlichkeiten als Beherbergungs-, bzw Hotelbetrieb, sowie als Gastronomiebetrieb ein. Außerdem entspräche die derzeitige Verwendung der im Kauf- und Wohnungseigentumsvertrag ersichtlichen Widmung als „Geschäftslokal“.²⁸³

Der OGH kam zum Schluss, dass es sich im vorliegenden Fall um eine vollkommen unspezifische Geschäftsraumwidmung handelt. Eine Bedachtnahme auf die Verkehrsüblichkeit ließe diesen Schluss nicht zu. Eine solche Bedachtnahme spiele zudem nur noch eine untergeordnete

²⁸⁰ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 817.

²⁸¹ *Würth in Rummel* ABGB³ § 16 WEG 2002 Rz 19 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

²⁸² *Würth in Rummel* ABGB³ § 16 WEG 2002 Rz 19 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

²⁸³ OGH 25.08.2016, 5 Ob 105/16a

te Rolle bei der Beurteilung, ob im Falle einer unspezifischen Widmung als „Geschäftslokal“ eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorläge. Im gegenständlichen Fall läge somit keine Widmungsänderung vor. Es komme somit nicht darauf an, ob die derzeitige Nutzung innerhalb der Grenzen der unspezifischen Geschäftsraumwidmung für die übrigen Wohnungseigentümer ungünstiger ist, als die Bisherige.²⁸⁴

Bislang fand im Fall von Nutzungsänderungen in Bezug auf Räumlichkeiten, die einer unspezifischen Geschäftsraumwidmung unterlagen, ein Vorher-Nachher-Vergleich statt. Durch die Entscheidung 5 Ob105/16a²⁸⁵ fand das Abgehen von diesem Vorher-Nachher-Vergleich seine Bestätigung. Das Kriterium der Verkehrsüblichkeit ob eine Widmungsänderung vorliegt, ist zur Beurteilung, nicht mehr heranzuziehen. Vielmehr findet die Prüfung der Verkehrsüblichkeit ihre Begrenzung auf Fälle des § 16 Abs 2 Z 2 WEG, sohin auf jene Änderungen, für die Durchführung derer es nötig ist, auf allgemeine Teile der Liegenschaft zuzugreifen.²⁸⁶

Im Falle einer Änderung soll einem WE-Eigentümer nicht entgegengehalten werden können, dass dieser durch die Art der bisherigen Verwendung des Objekts nicht bis an die Grenzen des im Rahmen der vertraglichen Widmung Möglichen gegangen ist. Nach Meinung *Peseks*²⁸⁷ lassen sich Rückschlüsse dahingehend ziehen, dass eine Kurzzeitvermietung zu touristischen Zwecken innerhalb dieses Objekts erlaubt ist, wenn ein WE-Objekt unspezifisch auf „Geschäftslokal“ gewidmet ist. Die Kurzzeitvermietung stelle somit, wie auch die Vermietung zur Unterbringung von Flüchtlingen, keine genehmigungspflichtige Widmungsänderung iSd § 16 WEG dar. Im Falle der Tätigkeit einer Kurzzeitvermietung als Ferienwohnung, die in einem rein zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt ausgeübt wird, ist iSd jüngsten OGH Rechtsprechung allerdings eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung zu erblicken.

Spezifische Geschäftsraumwidmung

Anhand der Entscheidung 5 Ob 117/16s²⁸⁸ ist klar ersichtlich, wie der OGH seine Grenzen bei einer Änderung für ein WE-Objekt mit der Widmung einer spezifischen Geschäftsraumwid-

²⁸⁴ OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (*Pfiel*).

²⁸⁵ OGH 25.08.2016, 5 Ob 105/16a.

²⁸⁶ OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (*Pfiel*).

²⁸⁷ OGH 5 Ob 105/16a EvBl 2017/38 (*Brenn/Pesek*).

²⁸⁸ OGH 11.07.2016, 5 Ob 117/16s.

mung zieht. Der OGH blieb seiner durchaus strengen bisherigen Judikaturlinie treu und befand in der gegenständlichen Entscheidung, dass die Nutzung von Räumlichkeiten als Prostitutionslokal eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung darstellt. Sowohl der Betrieb eines Kaffeehauses, als auch jener einer Bar waren im Wohnungseigentumsvertrag als geduldet festgehalten. Die Duldung des Betriebes einer Bar allerdings suggeriere nicht, dass auch der Betrieb eines Prostitutionslokals hingenommen werden muss. Auch wenn die Bar bereits vom Zeitpunkt der Wohnungseigentumsbegründung an betrieben und in den Séparées seit langer Zeit Prostitution angeboten wurde, kann eine Duldung dieser Nutzung durch die übrigen Wohnungseigentümer nicht angenommen werden, da nicht alle von den Tätigkeiten in den Hinterzimmern Kenntnis erlangten.²⁸⁹

Ebenfalls als Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG wurde der Betrieb eines Restaurants in einer Räumlichkeit mit einer spezifischen Geschäftsraumwidmung für Verkaufstätigkeiten, angesehen. Erfahrungsgemäß seien mit dem Betrieb von Restaurants einhergehende Auswirkungen dazu geeignet, schutzwürdige Interessen von Miteigentümern wesentlich zu beeinträchtigen. Die Tatsache, dass sich in einem Gebäude bereits eine Gaststätte befindet, sei allerdings nicht von Belang für die Frage der Möglichkeit der Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen.²⁹⁰

2.7.5. Conclusio

Die erörterten Widmungsänderungen von „Wohnung“ in „sonstige selbstständige Räumlichkeit“ sind stets als genehmigungspflichtige Widmungsänderungen zu qualifizieren. Ist das Wohnungseigentumsobjekt im Wohnungseigentumsvertrag als „Geschäftslokal“ gewidmet, hat eine Differenzierung stattzufinden, ob eine spezifische oder unspezifische Geschäftsraumwidmung zum Vertragsinhalt wurde.²⁹¹ Die Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform kann jedenfalls zu einer Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG führen.²⁹²

²⁸⁹ OGH 5 Ob 117/16s immolex 2016/96 (zust. *Räth*).

²⁹⁰ OGH 5 Ob 262/05y immolex 2006/100.

²⁹¹ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer* in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 29.

²⁹² OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

Wurde die Geschäftsraumwidmung vertraglich im Wohnungseigentumsvertrag spezifiziert, ist die Änderung, sofern durch diese Änderung die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer besteht, ebenso stets als genehmigungsbedürftige Widmungsänderung zu qualifizieren.²⁹³

Im Fall einer unspezifischen Geschäftsraumwidmung hingegen wird angenommen, dass sich die Wohnungseigentümer vertraglich durch fehlende Einschränkung im Wohnungseigentumsvertrag mit allen Tätigkeiten, die im Rahmen der Widmung als „Geschäftslokal“ ausgeübt werden können, einverstanden erklärt haben.²⁹⁴ Ein Wohnungseigentumsobjekt mit der Widmung als „Geschäftslokal“ umfasst grundsätzlich jede Art der gewerblichen Nutzung.²⁹⁵

Liegt die Änderung im Bereich der vertraglich vereinbarten Nutzungsmöglichkeiten im Rahmen der unspezifizierten Geschäftsraumwidmung so ist von keiner Widmungsänderung nach § 16 Abs 2 WEG auszugehen. Ein Vorher-Nachher-Vergleich ist iSd jüngsten OGH Rechtsprechung nicht mehr vorzunehmen.²⁹⁶

Irrelevant ist, ob die neue Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts für die übrigen Wohnungseigentümer ungünstiger ist als die Bisherige, solange sie sich noch innerhalb der unspezifischen Geschäftsraumwidmung befindet. Die Frage, ob die neue Art der Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts innerhalb der Grenzen des Verkehrsüblichen liegt, kommt laut OGH nur noch geringe Bedeutung zu.²⁹⁷

2.8. Widmungsänderungen in der Praxis

2.8.1. Widmungsänderung von „Wohnung“ in „sonstige selbstständige Räumlichkeit“

Anhand von einschlägigen OGH Entscheidungen soll die Thematik von Änderungen am WE-Objekt aufgezeigt werden, die sich speziell mit Widmungsänderungen von einer Widmung zu Wohnzwecken hin zu einer Widmung zu sonstigen Zwecken auseinandergesetzt. Eine Um-

²⁹³ OGH 5 Ob 149/14v ecolex 2015/179 (Wilhelm, Ertl, Schoditsch, Benes, Fritzer, Buchleitner, Mrvosevic).

²⁹⁴ Kothbauer, immolex 2017, 32.

²⁹⁵ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 30.

²⁹⁶ Kothbauer, immolex 2017, 32.

²⁹⁷ OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (Pfiel).

widmung von „Wohnung“ in „sonstige selbstständige Räumlichkeit“ vice versa, stellt stets eine bewilligungspflichtige Widmungsänderung dar.²⁹⁸ Welche Kriterien vorzuliegen haben, um eine solche Umwidmung annehmen zu können, wird nachfolgend näher erläutert.

In seiner Entscheidung 5 Ob 38/94²⁹⁹ wies der OGH die Klage, mit der die klagenden Parteien Schadenersatz von einem Bauträger begehrten, ab. Das Klagebegehren stützte sich im Wesentlichen darauf, dass der Bauträger einer Umwidmung von WE-Objekten mit der Widmung „Wohnung“ zu „Zahnarzt-Ordination“ im selben Gebäude zugestimmt hatte, ohne die Zustimmung der damaligen Wohnungseigentumsbewerber der anderen WE-Objekte einzuholen. Im, dem gegenständlichen Wohnungseigentumsvertrag zugrundeliegenden Prospekt des Bauträgers war allerdings von einer Wohnungsanlage mit reinen Eigentumswohnungen die Rede. Der Wert der Wohnung der Kläger sei durch den Betrieb der Zahnarztordination sowohl durch die starke Patientenfrequenz, die Geruchsbelästigung, als auch durch die Strahlungsbelastung stark geschmälert worden. In seiner rechtlichen Beurteilung stellte der OGH zwar fest, dass die Kläger aufgrund des Prospektes davon ausgehen konnten, dass keine Geschäftslokale oder Werkstätten in der Wohnungsanlage situiert sein würden. Allerdings hätte sich der Wohnungseigentumsbewerber nach solchen Umständen ausdrücklich erkundigen und sich vor Vertragsabschluss entsprechende Zusagen machen lassen müssen, um eine allfällige Wertminderung bezüglich seiner Wohnung geltend machen zu können.³⁰⁰

Der OGH führte des Weiteren aus, dass vor allem der Arztberuf zum weitaus überwiegenden Teil in Wohnhäusern ausgeübt wird. Sohın hätten die Kläger damit rechnen müssen, dass sich Arztpraxen auch in dem gegenständlichen, als Wohnareal bezeichneten Gebäudekomplex befinden könnten. Begründet wird dies von Seiten des OGH damit, dass bei der Neuerrichtung von ganzen Wohnanlagen, es erforderlich sei, auf eine angemessene ärztliche Versorgung der Bevölkerung in dieser Wohnanlage und deren Umgebung Bedacht zu nehmen. Dies bedeute, dass in der einen oder anderen Eigentumswohnung eine Arztpraxis vorzusehen ist. Hiermit müssten Wohnungseigentumsbewerber rechnen und sich ausdrücklich nach den Gegebenheiten erkundigen.³⁰¹

In Conclusio bedeutet dies, dass Wohnungseigentumsbewerber davon auszugehen haben, dass Arztpraxen in den WE-Objekten betrieben werden dürfen, selbst wenn alle Einheiten in einer

²⁹⁸ Würth/Zingher/Kovanyi/Ettersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 28.

²⁹⁹ OGH 31.05.1994, 5 Ob 38/94.

³⁰⁰ OGH 31.05.1994, 5 Ob 38/94.

³⁰¹ OGH 31.05.1994, 5 Ob 38/94.

WE-Anlage als Wohnungen ausgewiesen sind. Laut dieser OGH Entscheidung handelt es sich beim Betrieb einer Arztpraxis in einem als „Wohnung“ gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt sohin um keine bewilligungspflichtige Widmungsänderung.³⁰² Wie bereits ausgeführt, ist eine Widmungsänderung grundsätzlich nicht an spezielle Formerfordernisse gebunden, sondern kann auch in einer konkludent zustande gekommenen Willensübereinstimmung aller Wohnungseigentümer erblickt werden. Eine solche stillschweigende Willenserklärung iSd § 863 ABGB lässt sich an lang ausgeübten Nutzungen von Wohnungseigentumsobjekten ohne Beanstandung seitens der anderen Wohnungseigentümer erkennen. In diesem Fall ist der objektive Erklärungswert der konkludenten Zustimmung maßgebend.

In der Entscheidung 5 Ob 100/14p³⁰³ war allen Wohnungseigentümern bekannt, dass der Beklagte eine Kinderarztpraxis in seinem als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt betreibt. Während eines Zeitraums von 8 Jahren wurde diese Nutzung ohne Einwände der übrigen Wohnungseigentümer hingenommen, wodurch eine Widmungsänderung durch die stillschweigende Zustimmung der restlichen Wohnungseigentümer stattgefunden hat.³⁰⁴

In der Rechtssache 5 Ob 103/90³⁰⁵ erblickte der OGH weder eine Gesundheitsgefährdung der übrigen Wohnungseigentümer durch die Verwendung radioaktiver Stoffe im Institut, noch eine sonstige Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen. Der OGH begründete diese Feststellung damit, dass der Betrieb des Instituts für Nuklearmedizin nicht über den Umfang einer anderen ärztlichen Ordination hinausgehe. Wie bereits ausgeführt unterscheidet die Rspr bei der Prüfung betreffend die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen dahingehend, ob das Gebäude ausschließlich zu Wohnzwecken gewidmete Wohnungseigentumsobjekte umfasst, oder, ob es sich um ein gemischt genutzten Wohn- und Geschäftsgebäude mit entsprechenden Widmungen handelt. Im gegenständlichen Gebäude wurden bereits eine Steuerberatungskanzlei sowie ein Café betrieben, sodass durch die Ausübung der geplanten ärztlichen Tätigkeit in Form eines Instituts für Nuklearmedizin aus diesem Grund keine unzumutbare Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der Wohnungseigentümer zu erwarten sei.³⁰⁶

Eine Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen kann jedoch nicht pauschal an bestimmte Kriterien gebunden werden, sondern kommt es bei der Beurteilung immer auf den

³⁰² OGH 31.05.1994, 5 Ob 38/94.

³⁰³ OGH 23.04.2014, 5 Ob 100/14p.

³⁰⁴ OGH 23.04.2014, 5 Ob 100/14p.

³⁰⁵ OGH 22.03.1991, 5 Ob 103/90.

³⁰⁶ OGH 22.03.1991, 5 Ob 103/90.

konkreten Einzelfall an. Dies bestätigt sich ua in der Entscheidung 5 Ob 35/94³⁰⁷. Der Antragsteller, betrieb eine Augenarztordination in seinem als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt. Dieser begehrte den Ausspruch, dass übrigen Wohnungseigentümer verpflichtet seien, die Nutzung als Augenarztordination in der gegenständlichen Wohnung zu dulden.³⁰⁸

Wie bereits ausgeführt normiert § 16 Abs 1 Z 2 WEG, dass durch die Widmungsänderung weder schutzwürdige Interessen der anderen Wohnungseigentümer beeinträchtigt werden, noch es zu einer Schädigung des Hauses kommen darf. Die Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen muss derart wesentlich sein, um der Änderung entgegenwirken zu können. Das Verfügungsrecht des die Änderung begehrenden Wohnungseigentümers tritt erst bei Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer in den Hintergrund. In jenen Fällen, in welchen die Umwidmung eines WE-Objektes der Tätigkeit eines Berufes dient, der üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird, zeigt die bisherige Rechtsprechung des OGH eine Linie auf, die angestrebten Umwidmungen eher großzügig gegenübersteht. Bei der Interessenabwägung im Einzelfall ist insbesondere auf die Benützungssituation der gesamten Liegenschaft Bedacht zu nehmen, wobei es für das Bestehen einer unzumutbaren Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen ausreicht, dass fremde Personen das Stiegenhaus ohne jegliches Hindernis betreten können. Rückblickend auf die Entscheidung OGH 5 Ob 103/90³⁰⁹ wurde die Zustimmung der Wohnungseigentümer genau aus dem Grund ersetzt, zumal das gegenständliche Gebäude von vornherein sowohl zu Wohnzwecken als auch zu Geschäftszwecken gewidmet war. Somit seien keine negativen Auswirkungen auf schutzwürdige Interessen der anderen Wohnungseigentümer zu erwarten gewesen. Vergleicht man diesen Umstand mit dem gegenständlichen Fall so zeigt sich, dass genau durch die Umwidmung des Wohnungseigentumsobjektes von Wohnung zu Arztpraxis viele hausfremde Personen Eintritt in den Wohnbereich der Liegenschaft erhalten. Im gegenständlichen Gebäude befanden sich zwar im Erdgeschoß einige Geschäfte, die Obergeschoße waren jedoch ohne Ausnahme als Wohnungen gewidmet. Sogar waren Geschäfts- und Wohnbereich strikt voneinander getrennt. Zwar falle genau der Arztberuf unter jene wenigen Tätigkeiten, welche gewöhnlich in Wohnungen ausgeübt werden, allerdings wurden in diesem Einzelfall nicht unerhebliche, von den Patienten der Augenarztpraxis ausgehende Belästigungen festgestellt. Erreicht der Betrieb einer Arztpraxis einen derart großen Umfang, wird sich die

³⁰⁷ OGH 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

³⁰⁸ OGH 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

³⁰⁹ OGH 22.03.1991, 5 Ob 103/90.

Ausübung der Tätigkeit auf Wohnungen beschränken müssen, die in Gebäuden liegen, die sowohl zu Wohnzwecken, als auch zu Geschäftszwecken gewidmet sind. Demzufolge hatten die Antragsgegner den Betrieb der Augenarztpraxis laut OGH nicht zu dulden.³¹⁰

2.8.2. Umwidmung von Wohnung in Heilmassagepraxis

In der Entscheidung 5 Ob 277/04b³¹¹ betrieb ein Mieter eine Heilmassagepraxis in einem als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekte. Der Wohnungseigentümer hatte von diesem Gewerbebetrieb Kenntnis und hatte diesen auch genehmigt. Der Kläger begehrte sowohl vom Wohnungseigentümer als Erstbeklagten, als auch vom Mieter als Zweitbeklagten, es zu unterlassen, das zu Wohnzwecken gewidmete Wohnungseigentumsobjekt zu einem anderem als zu diesem Zweck nutzen zu lassen bzw zu nutzen. Der Kläger begründete sein Begehren derart, dass die Erwerbstätigkeit des Mieters als Masseur sowohl auf das eigene Wohnungseigentumsobjekt, als auch auf allgemeine Teile der Liegenschaft negative Auswirkungen entfalte. Es läge eine eigenmächtige Widmungsänderung vor, zumal weder der Wohnungseigentümer, noch der Mieter die Zustimmung der restlichen Wohnungseigentümer zu der Umwidmung in eine Massagepraxis eingeholt hatten. Zudem läge keine Genehmigung durch den Außerstreitrichter vor. Der Wohnungseigentümer wendete ein, dass der Mieter schwerst sehbehindert sei und seiner Tätigkeit als Masseur sohin nur in seiner Wohnung nachkommen könne. Des Weiteren könne der Mieter nur sehr wenige Klienten täglich betreuen, sodass durch die Berufsausübung in der Wohnung keine negativen Auswirkungen für das Wohnungseigentumsobjekt des Klägers oder für allgemeine Teile der Liegenschaft entstehen würden. Zudem handle es sich bei der Liegenschaft um ein gemischt genutztes Objekt mit mehreren Wohnungen und zwei Steuerberatungskanzleien.

Das Erstgericht hielt fest, dass einer, im Wohnungseigentumsvertrag vereinbarten Widmung des Wohnungseigentumsobjektes quasidingliche Wirkung zukomme und es im streitigen Verfahren nur zu prüfen sei, ob eine gegen die Widmung verstoßende tatsächliche Nutzung vorläge. Die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit einer Umwidmung sowie damit verbunden ebenfalls eine Interessenabwägung, sei hingegen nicht Gegenstand des gegenständlichen streitigen Verfahrens. Die Prüfung des Vorliegens der Punkte des § 16 Abs 2 WEG obliege allein

³¹⁰ OGH 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

³¹¹ OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b.

dem Außerstreitrichter. Da in diesem Fall noch keine Entscheidung des Außerstreitrichters ergangen sei, können der Erst- und Zweitbeklagte somit im streitigen Verfahren auf Unterlassung geklagt werden. Einen änderungswilligen Wohnungseigentümer treffe die Verpflichtung, die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer einzuholen, sofern auch nur die bloße Möglichkeit einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen besteht. Alternativ könne die Genehmigung des Außerstreitrichters eingeholt werden, um die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu ersetzen. Kommt der Änderer besagter Verpflichtung allerdings nicht nach oder ignoriert er den Widerspruch eines Miteigentümers, so könne gegen den Änderer, die auf § 523 ABGB gestützte Negatorienklage erhoben werden. Vom Änderer könne somit die Beseitigung der eigenmächtig durchgeführten Änderung sowie - bei Wiederholungsgefahr - die Unterlassung künftiger derartiger Änderungen, begehrt werden. Der Streitrichter habe bei der Entscheidungsfindung grundsätzlich nur zu prüfen, ob die vorgenommenen Änderungen genehmigungspflichtig sind sowie ob diese eigenmächtig durchgeführt wurden. Die Genehmigungsfähigkeit der durchgeführten Änderung dürfe jedoch nicht als Vorfrage im streitigen Verfahren geprüft werden.

Der OGH bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes, dass die Ausübung der Tätigkeit des Zweitbeklagten als Heilmasseur eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung darstelle. Eine Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen der restlichen Wohnungseigentümer durch die Ausübung des Gewerbes in der Wohnung könne nicht ausgeschlossen werden. Die Klärung der Frage, ob die möglichen Beeinträchtigungen der schutzwürdigen Interessen auch tatsächlich bestehen, bleibe dem Außerstreitrichter vorbehalten. Sowohl im Wohnungseigentumsvertrag, als auch im Parifizierungsbescheid war die gegenständliche Wohnung mit der Widmung „Wohnung“ ausgewiesen. Neben dem Parifizierungsbescheid sind die in Wohnungseigentums- und Kaufverträgen enthaltenen Widmungen zur Prüfung der Zulässigkeit einer Umwidmung als Erstes heranzuziehen, da ihnen quasidingliche Wirkung zukommt. Dabei ist auf die vertragliche Einigung von Mit- und Wohnungseigentümern abzustellen. Dem Streitrichter obliegt lediglich die Prüfung der vertragsgemäßen Widmung und somit der Genehmigungsbedürftigkeit dahingehend, ob die tatsächliche Nutzung von der vertraglich vereinbarten abweicht.

Als erhebliche Rechtsfrage stellte sich die Fragestellung, ob der gewerbliche Betrieb einer Massagepraxis in einem zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt auch dann keine Widmungsänderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG darstelle, wenn sich im Wohnungs-

eigentumsvertrag keine Klausel findet, laut der „eine solche geschäftliche Tätigkeit, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird“³¹² erlaubt sei.

Ausgangspunkt für diese Problematik stellte dabei die Entscheidung OGH 5 Ob 380/97³¹³ dar. Conclusio dieser Entscheidung war, dass durch den Betrieb einer Arztpraxis keine zustimmungspflichtige Widmungsänderung zu erblicken sei, wenn die Wohnungseigentumsverträge den Passus beinhalten, dass durch das Ausüben von geschäftlichen Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, keine von der Widmung zu Wohnzwecken abweichende tatsächliche Nutzung vorliegt. Auf diese Entscheidung berief sich der Mieter (Zweitbeklagte) in seiner Revisionsbeantwortung und behauptete, dass der Betrieb einer Praxis als Heilmasseur mit dem einer Arztpraxis vergleichbar sei.

Ergänzend wurde die Entscheidung 1 Ob 177/00m³¹⁴ zitiert. Conclusio dieser Entscheidung war, dass die Wohnverwendung auch bei sehr weitgehender räumlicher Beschränkung stets überwiegt, insofern das gemischt genutzte Wohnungseigentumsobjekt die einzige Wohnung der darin wohnenden Person darstellt. Der Wohnungseigentümer (Erstbeklagte) argumentierte, dass aus der Bezeichnung des Wohnungseigentumsobjekts als Wohnung im Wohnungseigentumsvertrag, sowie der Parifizierung als Wohnung nicht abgeleitet werden könne, dass eine Widmung „nur für Wohnzwecke“ erfolgt wäre. Vielmehr sei der Begriff Wohnung lediglich als Synonym für den Begriff Wohnungseigentumsobjekt verwendet worden, wodurch der Vertrag differenziert ausgelegt hätte werden müssen. Der Wille beim Vertragsabschluss war, ein Gebäude zu errichten, das sowohl zu Wohn- als auch zu Geschäftszwecken genutzt werden sollte.

Der Kläger argumentierte, dass die Judikatur strikt in die Richtung gehe, dass eine Widmungsänderung von Wohnung zu Gewerberäumlichkeit stets genehmigungsbedürftig sei, zumal bereits die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen für das Bestehen der Genehmigungsbedürftigkeit als ausreichend erachtet werde. Im gegenständlichen Fall läge eine Widmungsänderung vor. Das Bestehen einer solchen Widmungsänderung ist danach zu beurteilen, ob die tatsächliche Nutzung eines Wohnungseigentumsobjekts von dessen vertraglicher Widmung widmungskonform erfolgt oder hiervon abweicht. Abweichend von der Entscheidung OGH 5 Ob 380/97m³¹⁵ läge eine reine Widmung zu Wohnzwecken vor.

³¹² OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

³¹³ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

³¹⁴ OGH 24.04.2001, 1 Ob 177/00m.

³¹⁵ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

Eine Klausel, dass geschäftliche Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, erlaubt seien, existiere nicht.

Der OGH hielt in seiner rechtlichen Beurteilung fest, dass alle Umwidmungen vom im § 16 Abs 2 WEG genannten Begriff der Änderungen umfasst sind. Eine Änderung der Betriebsform des Gewerbes, das im Wohnungseigentumsobjekt ausgeübt wird, stelle somit ebenfalls eine Widmungsänderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG dar. Besteht die Möglichkeit, dass eine Änderung eine Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen anderer Wohnungseigentümer nach sich ziehen könnte, sei die Zustimmung sämtlicher Mitglieder der Eigentümergemeinschaft, oder alternativ, im Falle des Widerstandes eines Wohnungseigentümers, eine Genehmigung des Außerstreitrichters in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG einzuholen. Im streitigen Verfahren könne nur die Genehmigungsbedürftigkeit einer Änderung geprüft werden.

Der Betrieb einer Arztpraxis in einem rein zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt stellt laut den Ausführungen des OGH eindeutig eine genehmigungsbedürftige Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG dar. Die Tatsache, dass die Genehmigungsfähigkeit einer solchen Änderung im Außerstreitverfahren wegen des Fehlens einer Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen oft bejaht wird, lasse keinesfalls darauf schließen, es läge gar keine genehmigungsbedürftige Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG vor. Ausführungen der Parteien, die die Zumutbarkeit der Gewerbeausübung betreffen, seien im streitigen Verfahren nicht zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Rechtsfrage, ob die Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts zu Wohnzwecken automatisch jegliche Ausübung von Geschäftstätigkeiten, inklusive solcher, die üblicherweise in Wohnungen verrichtet werden, genehmigungsbedürftig macht, sei es unzweifelhaft, dass die Ausübung des Arztberufes mit der des Berufes als Heilmasseur durchaus vergleichbar sei. Wurde das Wohnungseigentumsobjekt rein zu Wohnzwecken gewidmet, so sei es vollkommen unerheblich, dass es der Verkehrsüblichkeit entspricht, dass Arztpraxen bzw Masseurpraxen sich üblicherweise in Wohnungen befinden. Bei einer Widmung rein zu Wohnzwecken sei grundsätzlich jedwellige Art einer Geschäftstätigkeit ausgeschlossen. Die bereits erwähnte Entscheidung 5 Ob 380/97m³¹⁶ sei für den vorliegenden Fall nicht von Belang, zumal im damaligen Fall ausdrücklich im Wohnungseigentumsvertrag festgehalten wur-

³¹⁶ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

de, dass das Wohnungseigentumsobjekt neben Wohnzwecken auch zur Ausübung jener Geschäftstätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, benützt werden dürfe.

Auch wenn in der Liegenschaft ebenfalls Objekte mit der Widmung „Geschäftslokal“ situiert seien, sodass dies grundsätzlich im Außerstreitverfahren Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit habe, entfalte dieser Umstand bei Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit im gegenständlichen streitigen Verfahren keinen Einfluss. Der OGH entschied, dass unter Bezugnahme auf die vertragliche Einigung zwischen Mit- und Wohnungseigentümern sowie auf die Parifizierung, in der jetzigen Nutzung der Wohnung in Form der Ausübung der Tätigkeit als Heilmasseur eine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG zu erblicken sei. Bei der Genehmigungsbedürftigkeit sei dabei eine rein objektive Betrachtung der Sachlage notwendig. Ob sich die damaligen Wohnungseigentumsbewerber mit der geringfügigen gewerblichen Tätigkeit des Mieters einverstanden erklärt hätten, sei eine reine Frage der Genehmigungsfähigkeit und nicht im gegenständlichen Verfahren zu prüfen gewesen.

2.8.3. Umwidmung von Wohnung in Gesundenuntersuchungsstelle

In der Entscheidung 5 Ob 68/85³¹⁷ beehrte die Gebietskrankenkasse als Antragstellerin, die gerichtliche Feststellung, dass die Antragsgegner verpflichtet seien, der Widmungsänderung ihres Wohnungseigentumsobjektes von Wohnung in Geschäftslokal in Form einer „Gesundenuntersuchungsstelle“ einzuwilligen. Die Antragstellerin brachte hierzu vor, dass die Änderung für die Miteigentümer zumutbar sei, da ihre schutzwürdigen Interessen durch die Widmungsänderung nicht beeinträchtigt würden.

Die Antragsgegner brachten vor, dass es durch den Betrieb einer Gesundenuntersuchungsstelle zu einer Ausdehnung des Parteienverkehrs im Haus gekommen sei. Diese Ausdehnung des Parteienverkehrs wäre bis hinauf in den dritten Stock spürbar. Im dritten Stockwerk befänden sich lediglich Wohnungseigentumsobjekte mit der ausschließlichen Widmung Wohnung. Es käme zu erheblichen Belästigungen durch Personen, die die Gesundenuntersuchungsstelle suchten, sowie zu einer erhöhten Verschmutzung sowie Rauchbelästigung im Stiegenhaus. Das Haus würde durch die aufgezählten Belastungen einer wesentlichen Entwertung erfahren. Des Weiteren würde in der Gesundenuntersuchungsstelle selbst zwar keine Krankenbehand-

³¹⁷ OGH 10.09.1985, 5 Ob 68/85.

lung durchgeführt werden, doch bestehe das Risiko, dass die Gesundenuntersuchungsstelle von Personen aufgesucht wird, die bereits Erkrankungen in sich tragen.

Die Antragsstellerin betrieb seit Erstbezug des Hauses im ersten und zweiten Stockwerk noch drei weitere Einrichtungen, nämlich eine Verwaltungsstelle, ein Zahnambulatorium und ein Röntgenambulatorium. Mit Mehrheitsvereinbarung der Eigentümerversammlung wurde eine Türe errichtet, die den Teil des Hauses, der ausschließlich zu Wohnzwecken gewidmet ist, vom anderen Teil trennen sollte. Grund dafür waren Belästigungen, die mit dem Betrieb der Einrichtungen der Antragsstellerin zusammenhingen, wie etwa das Läuten hausfremder Personen an den Wohnungstüren oder Rauchen im Stiegenhaus. Ab Inbetriebnahme der Gesundenuntersuchungsstelle wurde die Trennungstüre jedoch vermehrt offengehalten, sodass es zu Verunreinigungen im Vorraum des dritten Obergeschosses gekommen ist.

Das Erstgericht hielt fest, dass die Wohnqualität im gegenständlichen Haus durch den Betrieb der Verwaltungsstelle und der Ambulatorien von Anfang an als niedriger anzusehen war, als in einem Haus, das rein zu Wohnzwecken diene. Der Betrieb der Gesundenuntersuchungsstelle verringere die Wohnqualität somit nicht noch zusätzlich. Die tägliche Dauer der betrieblichen Tätigkeit beschränke sich auf maximal acht Stunden, wobei der Betrieb in diesem Fall spätestens um 15.00 Uhr beendet werde. Dieser Umstand müsse der Beschwerde wegen vermehrter Lärmbelästigung entgegengebracht werden, zumal es auch bei einer reinen Widmung zu Wohnzwecken der Fall eintreten könne, dass eine kinderreiche Familie in die Wohnung einzieht. Dieser Umstand ziehe vermutlich erheblich mehr Lärm nach sich, da diese Lärmbelästigung ohne zeitliche Beschränkung geschehe. Auch könne der Einzug neuer Parteien zu einer Geruchsbelästigung durch Zigaretten im Stiegenhaus führen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die neuen Bewohner des Hauses selbst im Stiegenhaus rauchen werden.

Die vorliegenden Beeinträchtigungen seien keine Folge des Betriebes der Gesundenuntersuchungsstelle, sondern hätten bereits zu der Zeit bestanden, in der von der Antragstellerin lediglich die Einrichtungen im ersten und zweiten Stock betrieben wurden. Die erfolgte Widmungsänderung habe weder eine Schädigung des Hauses, noch eine Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer im Sinne des § 16 Abs 2 Z 1 WEG zur Folge, sodass vom Betrieb der Gesundenuntersuchungsstelle keine Gefahr für die Gesundheit der Hausbewohner angenommen werden könne.

Das Rekursgericht hingegen kam zum Schluss, dass sich die Antragsstellerin durch den Betrieb der Gesundenuntersuchungsstelle im dritten Obergeschoss über die damalige Mehrheits-

vereinbarung hinweggesetzt hatte. Zweck der Abgrenzung von Geschäfts- und Wohnbereich sei schließlich die Beseitigung der Belastung der Hausbewohner durch Patientenverkehr gewesen. Begründet wurde dies damit, dass der Einbau der Türe im dritten Stock tatsächlich eine Verminderung der Belästigungen mit sich gebracht habe. Allerdings wurde diese Verminderung dadurch zunichte gemacht wurde, dass die Türe zu den Betriebszeiten der Gesundenuntersuchungsstelle stets offengehalten werden musste.

Zudem erblickte das Rekursgericht keinen Wegfall der Unzumutbarkeit der Änderung. Zwar befanden sich bereits zwei Büros im dritten und vierten Stockwerk des Hauses, somit in dem Teil des Hauses, der rein zu Wohnzwecken gewidmet ist. Der Parteienverkehr dieser Büros hatte sich nach Ansicht des Rekursgerichts allerdings in kleinen Grenzen gehalten. Allerdings könne nicht garantiert werden, dass jener Parteienverkehr der Gesundenuntersuchungsstelle sich nicht vermehren würde. Selbst das Argument, der Verkehrs- bzw. Nutzwert habe sich nicht verringert, hielt nicht stand, da die Option der Wohnungseigentümer, ihre Wohnung als Geschäftslokal oder Büroräumlichkeit veräußern zu können, nicht als Ausflucht aus den die Wohnqualität beeinträchtigenden Belastungen gesehen werden könne. Die vorgenommene Widmungsänderung sei sohin für die Miteigentümer unzumutbar.

Laut OGH stellte das entscheidende Kriterium für die rechtliche Beurteilung die Abwägung dar, ob es seit dem Betrieb der Gesundenuntersuchungsstelle durch das Offenhalten der Trennungstür, zu vermehrten Belästigungen für die Hausbewohner gekommen ist. Die Antragsstellerin habe die schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer selbst erkannt, was sich dadurch zeigte, dass sie die Kosten für die Anbringung der Tür getragen hatte. Das schutzwürdige Interesse werde, die Ausführungen des Rekursgerichts bestätigend, nicht durch den Umstand gemindert, dass sich inzwischen zwei Büros in den zu Wohnzwecken gewidmeten Stockwerken des Hauses befinden. Zudem würden weder die nicht vorhandene Senkung des Verkehrs- bzw Ertragswertes, noch die nicht gegebene Gesundheitsgefährdung der Hausbewohner etwas an der Unzumutbarkeit der Umwidmung ändern. Die Belästigungen, die für die Bewohner des Hauses durch das, mit dem Betrieb der Gesundenuntersuchung verbundene Offenhalten der Trennungstür entstehen, seien, isoliert betrachtet, bereits als unzumutbar zu qualifizieren.³¹⁸

³¹⁸ OGH 10.09.1985, 5 Ob 68/85.

2.8.4. Umwidmung von Wohnung in Zivilingenieurbüro

In der Entscheidung 5 Ob 20/84³¹⁹ hatte der OGH darüber zu entscheiden, ob eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen in Folge einer Änderung gegeben sei. Durch die vom Antragsteller durchgeführte Umwidmung seines Wohnungseigentumsobjekts von Wohnung zu einem Zivilingenieurbüro hielten sich pro Tag durchschnittlich zehn Angestellte im gegenständlichen Wohnungseigentumsobjekt auf. Des Weiteren frequentierten Kunden regelmäßig sowohl das Wohnungseigentumsobjekt als auch die allgemeinen Teile der Liegenschaft. Die übrigen Wohnungseigentümer brachten vor, dass diese Umwidmung zu einer Verstärkung der Parkraumnot sowie zu einer höheren Lärmbelästigung geführt hat. Durch den Bürobetrieb sei es darüber hinaus zu einer Erhöhung der Betriebskosten und zu einer Wertminderung der sich im gegenständlichen Haus befindlichen Wohnungen gekommen.

Eine Änderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG ist laut OGH unterschiedlich starken Einschränkungen unterworfen, wobei es davon abhängt, inwieweit die Änderung in einen fremden, nicht dem Änderer zurechenbaren Rechtsbereich eingreift. Eine Änderung nach § 16 Abs 2 Z 1 WEG habe allerdings zu unterbleiben soweit eine Schädigung des Hauses oder eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen die Folge ist. In einem solchen Fall sei es gleichgültig, ob nur das Wohnungseigentumsobjekt des Änderers, allgemeine Teile der Liegenschaft oder Wohnungseigentumsobjekte anderer Wohnungseigentümer davon betroffen sind. Generell zeichne sich das österreichische Wohnungseigentumsrecht durch gegenseitige Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen der Miteigentümer sowie Toleranz aus. Dies zeige sich darin, dass nicht jedwellige Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen als ausreichend erachtet wird, um eine Änderung zu verhindern. Die Beeinträchtigung müsse jedenfalls wesentlich sein, um das Beschränken des Verfügungsrechts des Änderers rechtfertigen zu können. Der OGH kam in der gegenständlichen Causa zu dem Schluss, dass dies nicht der Fall war.

Zum einen wurde der Anstieg der Anzahl der, das Büro frequentierenden Personen im Vergleich zu der Zahl der Personen, die in der Wohnung lebten, nicht als erheblich angesehen. Vor der Widmungsänderung wohnten nämlich zwei Erwachsene und fünf schulpflichtige Kinder in der Wohnung. Auch bei einer Nutzung als Wohnung bestehe laut OGH durchaus

³¹⁹ OGH 27.11.1984, 5 Ob 20/84.

die Möglichkeit, dass die Anzahl der hausfremden Personen, die die allgemeinen Teile der Liegenschaft entsprechend nützen, steigt. Dies kann insbesondere durch Verwandte, Mitschüler oder andere Besucher erfolgen. Diese Argumentation wendete der OGH ebenfalls auf das vorgebrachte Parkplatzproblem an. Die Parkplätze könnten bei einer reinen Nutzung zu Wohnzwecken insbesondere durch Besucher der, im WE-Objekt wohnende Personen benutzt bzw. besetzt werden. Der Unterschied zwischen einer Nutzung als Büro und einer Nutzung als Wohnung könne in Anbetracht dieser beiden Aspekte jedenfalls nicht als wesentlich angesehen werden. Zwar bestehe die Gefahr, dass hausfremde Kunden, die Parkplätze benützen, doch ist dieser Umstand als nicht allzu gewichtig einzustufen.

Die Duldungsverpflichtung der Miteigentümer zu Änderungen werde sohin nicht bis in das Unzumutbare in Anspruch genommen, wodurch das Gericht folgerte, dass eine wesentliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen nicht gegeben sei. Ob diese Änderung der Übung des Verkehrs entspricht oder einem wichtigen Interesse des Änderers diene, sei laut OGH nicht zu überprüfen gewesen, zumal durch die Widmungsänderung von Wohnung in „sonstige im Wohnungseigentum stehende Räumlichkeit“ im Sinne des § 16 Abs 2 Z 2 WEG keine allgemeinen Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen werden. Da es bei der Prüfung der Genehmigungspflicht von Änderungen auf den konkreten Einzelfall ankäme, sei der Umstand, dass sich in der gegenständlichen Wohnanlage, abgesehen von dem Zivilingenieurbüro, nur zu reinen Wohnzwecken genutzte Wohnungen befinden, irrelevant³²⁰

2.8.5. Umwidmung von Wohnung in Ferienwohnung

Mehr und mehr Privatpersonen bieten ihre Wohnungseigentumsobjekte auf Onlineplattformen wie „Airbnb“ zur kurzzeitigen Miete an. Die Urlauber aus aller Welt greifen vermehrt auf die, verglichen mit Hotelbetrieben, kostengünstige Form der Unterkunft zurück. Rechtlich problematisch kann diese Form der Einnahmequelle für den Vermieter allerdings werden, zumal die betreffenden Wohnungseigentumsobjekte zumeist lediglich für eine Nutzung zu reinen Wohnzwecken gewidmet sind.

Diesbezüglich ist zunächst zu unterscheiden, ob im konkreten Fall ein reiner Mietvertrag abgeschlossen wurde oder ob es sich um eine Form eines Beherbergungsvertrages bzw. Gast-

³²⁰ OGH 27.11.1984, 5 Ob 20/84.

aufnahmevertrags handelt. Während bei einem reinen Mietvertrag lediglich Wohnraum bereitgestellt wird, zeichnet sich hingegen ein Gastaufnahmevertrag dadurch aus, dass neben der Wohnmöglichkeit darüber hinaus erbrachte Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden. Maßgebliche Qualifikationen von Beherbergungsverträgen sind etwa die Reinigung der Räumlichkeiten durch den Vermieter sowie die Bereitstellung von Geschirr und Bettwäsche. Ebenfalls typisch für Beherbergungsverträge ist, dass neben der Begleichung der Mietzinsforderung für den Gast keine weiteren Zahlungsverpflichtungen hinsichtlich seines Wasser, Heiz-, oder Stromverbrauchs anfallen. Sind die Kriterien eines Beherbergungsvertrags erfüllt, ist es irrelevant, ob die als Beherbergungsbetrieb zu qualifizierende Vermietungstätigkeit mit oder ohne Vorhandensein einer Gewerbeberechtigung ausgeübt wird. Der Beherbergungsvertrag, ist im Gesetz nicht ausdrücklich normiert. Er ist als Vertrag sui generis einzustufen und kann Elemente eines Miet-, Dienst-, Werk-, und Kaufvertrages enthalten.³²¹

In der Entscheidung 3 Ob 158/11y³²² waren die Beklagten Wohnungseigentümer von insgesamt elf Wohnungen in einem Mehrparteienhaus. Zehn dieser Wohnungseigentumsobjekte wurden ganzjährig zur Vermietung auf Onlineplattformen anboten. Abhängig von der Saison war der Mindestaufenthalt in jedem als Ferienwohnung beworbenen Wohnungseigentumsobjekt mit drei Tagen bzw maximal einer Woche angesetzt. Insgesamt standen in den zehn Wohnungen vierunddreißig Betten zur Verfügung, wobei die Auslastung dieser Kapazität ganzjährig bei ca 50 % lag. Die Kläger beehrten die Unterlassung dieser kurzfristigen Vermietungen der Wohnungen und führten aus, dass es durch die Frequentierung des Hauses von vielen fremden Personen, eine Sicherheitsgefahr sowohl für die Bewohner des Hauses, als auch für die sich darin befindliche Gegenstände bestehe. Erhebliche Belästigungen, würden zudem durch den Gepäcktransport sowie das Rauchen im Innenhof entstehen. Des Weiteren käme es immer wieder zu Beschädigungen. Durch diese Beeinträchtigungen seien die schutzwürdiger Interessen der Miteigentümer verletzt. Mit im Schnitt mindestens fünfunddreißig hausfremden Personen, die die allgemeinen Teile der Liegenschaft wöchentlich frequentierten, sei zudem die Grenze des Verkehrsüblichen bei Weitem überschritten worden. Zumal bereits die reine Möglichkeit der Beeinträchtigung solcher Interessen für das Bestehen der Verpflichtung eines änderungswilligen Wohnungseigentümers, die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer einzuholen, ausreiche, hätten die Beklagten ohnedies in unerlaubter Eigenmacht gehandelt. Von einer Nutzung zu Wohnzwecken könne nicht mehr die Rede sein,

³²¹ RIS-Justiz RS0020600; siehe hierzu OGH 3 Ob 158/11y immolex 2012/37 (Neugebauer-Herl).

³²² OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

zumal die ständige Kurzzeitvermietung an verschiedene Personen keinesfalls jene dauerhafte Bindung aufweist, die etwa im Wohnungseigentumsobjekt wohnenden Person aufweist, um von einem Wohnzweck ausgehen zu können. Die gegenwärtige Nutzung der Wohnungen unterscheidet sich kaum vom Betrieb einer Beherbergungsstätte, sodass eine eigenmächtig durchgeführte genehmigungspflichtige Widmungsänderung gegeben sei.

Tatsächlich wurde von den Beklagten im Zuge der Kurzzeitvermietung eine Endreinigung der Räumlichkeiten durchgeführt, sodass die betreffende Ferienwohnung zu Beginn eines jeden Mietverhältnisses mit frisch bezogener Bettwäsche sowie Handtüchern ausgestattet war. Verpflegung, sowie Austausch von Bettwäsche und Handtüchern während des Aufenthalts der Mieter, waren allerdings nicht im Mietpreis inbegriffen, wurden allerdings auch nicht gegen einen Aufpreis zusätzlich angeboten. Die Beklagten verfügten über keine gewerberechtliche Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit eines Beherbergungsbetriebes. Die Beklagten begehrten die Klagsabweisung und verwiesen auf die Entscheidung 5 Ob 106/06h³²³, deren Quintessenz darin besteht, dass im Falle, dass nichts anderes vereinbart wurde, einem Wohnungseigentümer das Recht zusteht, sein Wohnungseigentumsobjekt ohne gesonderte Vereinbarung zu vermieten.³²⁴

Eine Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu dieser Vermietungstätigkeit war sohin nicht erforderlich³²⁵. Die Beklagten übten die Vermietung ihrer Wohnungen als Ferienwohnungen bereits seit dem Jahr 2005 aus, ohne dass die Beklagten von Seiten der Miteigentümer aufgefordert worden wären, diese Tätigkeit zu unterlassen. Selbst wenn im gegenständlichen Fall eine Widmungsänderung anzunehmen sei, so müsse somit aus diesem Grund von einer konkludenten Zustimmung der Miteigentümer zu dieser ausgegangen werden.³²⁶

Im Rahmen seiner allgemeinen Ausführungen zu Änderungen iSd § 16 Abs 2 WEG hielt der OGH fest, dass die jahrelange Hinnahme eines konsenslosen Zustands ohne jeglichen Widerspruch grundsätzlich zu einer konkludenten Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu einer erfolgten Widmungsänderung führen kann. Allerdings ist im konkreten Fall unklar, seit wann den Miteigentümern die Ausübung der besagten Tätigkeit durch die Beklagten bekannt war, sodass ohne diese festgestellte Kenntnis eine Duldung der Tätigkeit durch die übrigen Woh-

³²³ OGH 16.05.2006, 5 Ob 106/06h.

³²⁴ OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

³²⁵ OGH 16.05.2006, 5 Ob 106/06h.

³²⁶ OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

nungseigentümer nicht der Charakter einer schlüssigen Willenserklärung beigemessen werden könne.

Bei der Beurteilung, ob eine Widmungsänderung vorliegt, müsse die gültige Widmung mit der tatsächlichen bzw angestrebten Nutzung des Objekts verglichen werden. Wie bereits erwähnt stehe einem Wohnungseigentümer grundsätzlich das Recht zu, das ihm gehörige Objekt zu vermieten, ohne dafür die Zustimmung der Miteigentümer einholen zu müssen.³²⁷ Allerdings seien von diesem Recht lediglich reine Mietverträge erfasst, nicht jedoch Beherbergungsverträge.³²⁸ Verwiesen wurde des Weiteren auf die Entscheidung 7 Ob 3/11h³²⁹, die die wesentlichen Merkmale aufzählt, wann eine Kurzzeitvermietung im Rahmen eines Beherbergungsbetriebes vorliegt.

Der OGH beurteilte die in Frage stehenden Verträge über die Vermietung der Ferienwohnungen als Beherbergungsverträge, zumal neben der Überlassung der Räumlichkeiten diverse Nebenleistungen erbracht wurden. Des Weiteren war die Dauer der Vermietung an die verschiedenen Kunden nur von kurzer Dauer und wurden Pauschalgelder pro Nacht verrechnet. Eine derartige Nutzung der Wohnungen entspräche somit nicht mehr deren Widmung zu Wohnzwecken. Ob diese Widmungsänderung sodann der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf, sei davon abhängig, ob die Möglichkeit besteht, dass der Betrieb der Beherbergungsstätte schutzwürdige Interessen anderer Wohnungseigentümer beeinträchtigen kann. Hiervon sei in diesem Fall auszugehen.

Die hohe Frequentierung des Hauses durch viele verschiedene hausfremde Personen entspreche nicht jenen Erwartungen, die ein Käufer beim Erwerb eines Wohnungseigentumsobjektes in einem reinen Wohngebäude hegt. Die Frage, ob eine solche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Miteigentümer im konkreten Fall auch tatsächlich besteht, sei allerdings nicht im streitigen Unterlassungsprozess, sondern in einem außerstreitigen Verfahren zu klären. Im aktuell vorliegenden Unterlassungsprozess sei lediglich die Genehmigungsbedürftigkeit, sohin die Frage, ob eine Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen besteht, zu behandeln. Beachtenswert sei außerdem, dass ein im streitigen Verfahren ergangenes Beseitigungs- oder Unterlassungsurteil einem, im Nachhinein ergangenen Beschluss des Außerstreitrichters, die fehlende Zustimmung anderer Wohnungseigentümer zu ersetzen,

³²⁷ OGH 16.05.2006, 5 Ob 106/06h.

³²⁸ OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

³²⁹ OGH 16.02.2011, 7 Ob 3/11h.

nicht entgegenstehe. Begründung findet dies in der rechtsgestaltenden Wirkung der Entscheidung des Außerstreitrichters.³³⁰

Bei der Prüfung, ob eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorliegt, ist grundsätzlich immer auf die bloß abstrakt bestehende Möglichkeit einer Beeinträchtigung einzugehen. Eine solche Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Miteigentümer ist in dem gegenständlichen Fall offenkundig anzunehmen. Die, im Jahr 2014 ergangene Entscheidung OGH 5 Ob 59/14h³³¹ folgte jener Rechtsmeinung, die aus der Entscheidung 3 Ob 158/11y³³² hervorging.

Bereits eine drei bis siebentägige Vermietung eines WE Objektes zu Fremdenverkehrszwecken reiche laut OGH aus, sodass eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung als gegeben anzusehen ist. Im konkreten Fall inserierte der Beklagte sein WE Objekt im Internet sowie im örtlichen Tourismusverband, zum Zwecke der kurzfristigen Vermietung von zwei bis zu maximal dreißig Tagen bei einer Belegung von 2 bis 4 Personen. Im Wohnhaus befanden sich ansonsten lediglich Wohnungseigentumsobjekte, die als Wohnungen im Sinne eines dauerhaften Wohnsitzes genutzt wurden. Eine mit der Vermietung zwangsläufig verbundene höhere Frequentierung des Wohnhauses durch ständig wechselnde hausfremde Personen läge jedenfalls vor, zumal es sich beim Wohnungseigentumsobjekt des Beklagten um das Einzige im Gebäude handelte, das zum Zwecke der touristischen Kurzzeitvermietung genutzt wurde. Es wurde sohin die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer angenommen³³³

2.8.6. Umwidmung von Wohnung in Tagesmutterstätte

Von seiner eher strikten Judikatur betreffend die Genehmigungsbedürftigkeit von Widmungsänderungen, wich der OGH in der Entscheidung 5 Ob 53/15b³³⁴ ab. In dieser Entscheidung stufte der OGH die Ausübung der Tätigkeit als Tagesmutter in einem als „Wohnung“ gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt nicht als genehmigungspflichtige Widmungsänderung ein.

³³⁰ OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

³³¹ OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

³³² OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

³³³ OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

³³⁴ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

Konkret bewohnte die Zweitbeklagte mit ihrem Ehemann, dem Erstbeklagten, sowie deren gemeinsamen siebenjährigen Sohn ein WE Objekt. Diese Wohnung befand sich in einem Haus, das ausdrücklich zu reinen Wohnzwecken gewidmet war. Im Zuge ihrer beruflichen Tätigkeit als Tagesmutter betreute die Zweitbeklagte insgesamt sechs Pflegekinder, wobei eines drei Jahre alt war, je zwei im Kindergarten- bzw Volksschulalter sowie eines im Hauptschulalter. Die von der Bezirkshauptmannschaft festgesetzte Höchstzahl an Kindern von insgesamt höchstens fünf unter Zwölfjährigen wurde sohin überschritten. Der Kläger fühlte sich durch den Betrieb der Tagesstätte und den damit einhergehenden Lärm wesentlich beeinträchtigt. In seiner Klage berief er sich auf seine fehlende Zustimmung zu der, von ihm behaupteten Widmungsänderung des WE Objektes der Beklagten.

Die Beklagten hingegen führten aus, dass sie ihr WE-Objekt zur Betreuung sowohl ihrer eigenen als auch von fremden Kindern benützen dürften, solange der Hauptzweck der Nutzung ihrer Wohnung das Wohnen an sich erhalten bliebe und die übrigen Wohnungseigentümer durch die Tagesstätte nicht gestört werden würden.

Der OGH stellte zunächst fest, dass die Frage, ob durch den Betrieb der Tagesstätte eine wesentliche Lärmbelästigung besteht, nicht im gegenständlichen streitigen Verfahren zu beurteilen sei, zumal die Beantwortung dieser Fragestellung lediglich Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit der Widmungsänderung habe. Um bei der Nutzung eines Wohnungseigentumsobjekts innerhalb der Reichweite der Widmung „Wohnung“ zu bleiben, müsse dem Begriff des Wohnens entsprochen werden. Nach allgemeinem Verständnis bedeutet dies, dass eine Person ihr Zuhause an diesem Ort innehat. Die Tagesmutter entspreche laut den Auffassungen des OGH dieser Voraussetzung, da sie mit Kind und Ehemann selbst im WE Objekt wohnt. Der Umstand, dass sich ergänzend zur Familie ebenfalls noch mehrere fremde Kinder des Öfteren ebenfalls ganztägig, in der Wohnung aufhielten, ohne allerdings in der Wohnung ihren Lebensmittelpunkt zu haben, führe nicht zu einer Widmungsänderung von Wohn- in Geschäftszwecke. Allein ausschlaggebender Aspekt sei, ob die Nutzung zu beruflichen Zwecken gegenüber jener zu Wohnzwecken derartig überwiegt, sodass nicht einmal mehr im Kern von einer Nutzung zu Wohnzwecken ausgegangen werden kann. Im gegenständlichen Fall treffe dies nicht zu, zumal die Ausübung der Tätigkeit als Tagesmutter in einer zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnung nicht als Widmungsänderung zu beurteilen sei.

Die Überschreitung der behördlich erlaubten Höchstzahl der zu betreuenden Kinder sei im gegenständlichen Fall irrelevant, zumal die Begrenzung zur Sicherung der Qualität der Kin-

derbetreuung festgesetzt wurde. Durch die Überschreitung werde sohin in keiner Weise ein Überwiegen der Nutzung der Wohnung zu beruflichen Zwecken impliziert. Der mit der behördlichen Begrenzung einhergehende Umstand, dass durch diese Nutzung ebenfalls der Kinderlärm in Grenzen gehalten wird, sei aus Sicht der Nachbarn zwar natürlich begrüßenswert, allerdings nicht Zweck der Bestimmung.

Ohnehin sei etwaig auftretender Kinderlärm kein ausschlaggebendes Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens der allfälligen Genehmigungsbedürftigkeit, zumal es zu Lärmbelästigungen durch Kindergeschrei kommen kann, wenn ein Wohnungseigentumsobjekt von einer kinderreichen Familie bewohnt wird. Dem vom Berufungsgericht vorgebrachten Argument, die Kinder der Wohnungseigentümer bzw die der Mieter würden irgendwann dem Alter entwachsen, in dem sie am meisten Lärm verursachen, sei laut OGH nicht zu folgen. Es sei nicht auszuschließen, dass die Wohnung wiederholt an neue Bewohner vermietet werden würde, die ebenfalls viele Kinder haben, sodass im gegenständlichen Fall laut OGH keine Widmungsänderung vorliege.³³⁵

2.8.7. Conclusio

Bei einer Gesamtbetrachtung kann meines Erachtens die jüngste Judikaturlinie des OGH nicht als stimmig erachtet werden. Auf der einen Seite wurden sowohl Kurzzeitvermietungen als Ferienappartements, als auch eine, in der Wohnung ausgeübte Tätigkeit als Heilmasseur als genehmigungsbedürftige Widmungsänderungen qualifiziert, zumal sie die schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer beeinträchtigen würden. Andererseits lag nach Ansicht des OGH im Falle der Tätigkeit als Tagesmutter keine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung vor. Betreffend den Betrieb einer Arztpraxis spricht sich der OGH wiederum nicht einheitlich dahingehend aus, ob dieser nun als genehmigungspflichtige Widmungsänderung zu qualifizieren ist oder nicht.

Im Wesentlichen lassen sich die besprochenen Rechtssachen in drei unterschiedliche Lebenssachverhalte gliedern. Der erste Lebenssachverhalt stellt das reine Wohnen dar, worunter die Tätigkeit als Tagesmutter, sowie meines Erachtens auch die Tätigkeit als Heilmasseur zu subsumieren ist. Zweiter Lebenssachverhalt stellt die Ausübung unternehmerischer Tätigkeiten

³³⁵ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

dar, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden und deren Ausübung vertraglich vereinbart wurde. Unter diesen Tätigkeiten kann der Betrieb von Arztpraxen in Wohnungen, ebenso wie die Vermietung von Wohnungen als Ferienappartements, subsumiert werden. Zwar wären beide Tätigkeiten als genehmigungsbedürftige Widmungsänderungen zu qualifizieren, allerdings entfällt die Genehmigungspflicht aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung. Der dritte Lebenssachverhalt betrifft die Ausübung von Geschäftstätigkeiten in einem als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt dar. Lediglich das Vorliegen dieses Sachverhalts würde zu einer genehmigungsbedürftigen Widmungsänderung führen. Zu diesem Lebenssachverhalt wäre unter anderem der Betrieb von Arztpraxen oder die Vermietung von Wohnungen als Ferienappartements zu zählen, insoweit das Recht auf Ausübung dieser Tätigkeiten nicht vertraglich vereinbart wurde.

Generell erfolgt der Bezug auf den Begriff des Wohnens. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist darunter der Ort zu verstehen, an dem man „Zuhause“ ist, sohin ein bestimmter Ort an dem man seinen Lebensmittelpunkt hat. Der OGH interpretierte in der Rechtssache 5 Ob 53/15b³³⁶ den zugrundeliegenden Sachverhalt in dem Sinne, dass der Wohnzweck gewahrt geblieben ist, zumal die Tagesmutter selbst mit ihrer Familie im WE Objekt lebt und ebenfalls ihren Lebensmittelpunkt dort hatte. Meines Erachtens war für die Entscheidung, es läge keine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vor, zu Recht kein Hindernis, dass die betreuten Kinder ihren Lebensmittelpunkt nicht in der Wohnung der Tagesmutter hatten. Sohin wurde rein darauf abgestellt, ob der Hauptzweck des Wohnens in dieser Wohnung noch für gewisse Personen, nämlich für die Tagesmutter und deren Familie, gegeben war, selbst wenn es für andere Personen (Tageskinder) nicht der Lebensmittelpunkt darstellte.

Genau aus diesem Grund erscheint es mir fraglich, warum in der Rechtssache 5 Ob 277/04b³³⁷ (Heilmassagepraxis) eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung angenommen wurde. Auch in diesem Fall überwiegt die Nutzung der Wohnung zu beruflichen Zwecken keinesfalls in der Art, dass eine Nutzung zu Wohnzwecken zu verneinen wäre. Der Beklagte hatte seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung und konnte aufgrund seiner starken Sehbehinderung nur wenige Klienten am Tag in seiner Wohnung betreuen. Im konkreten Fall war fraglich, ob die Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts zu Wohnzwecken automatisch jegliche Ausübung von Geschäftstätigkeiten, inklusive jener, welche üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, genehmigungsbedürftig mache.

³³⁶ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

³³⁷ OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b.

Meines Erachtens ist wohl davon auszugehen, dass sowohl die Tätigkeit als Heilmasseur, als auch die als Tagesmutter üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden. Im Fall des Heilmasseurs wurde eine mögliche Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer infolge einer erhöhten Frequentierung des Hauses durch wechselnde hausfremde Personen angenommen. Meines Erachtens ist diese Entscheidung als fraglich anzusehen, zumal man bei der Bewertung, ob die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von schutzwürdigen Interessen bestehe, die Umstände des jeweiligen Einzelfalles miteinzubeziehen hat. Betreut die Tagesmutter täglich bis zu sechs fremde Kinder, werden diese Kinder jeden Tag zu ihr in die Wohnung gebracht und später wieder abgeholt, sodass durch dieses Verhalten die Frequenz von hausfremden Personen, die insbesondere die allgemeinen Teile der Liegenschaft benützen, ebenso ansteigt. Zwar wechseln die die Wohnung der Tagesmutter aufsuchenden hausfremden Personen, aufgrund eines üblicherweise längeren Arrangements mit einer Tagesmutter nicht so häufig wie die Kunden des Heilmasseurs, allerdings kann bei diesem ebenfalls von einem fixeren und kleineren Klientenstamm als beispielsweise bei einer Arztpraxis ausgegangen werden.

Im konkreten Fall des Heilmasseurs ist das Bestehen der Möglichkeit einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer meines Erachtens für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit irrelevant. Eine Widmungsänderung kann bereits ausgeschlossen werden, zumal der Hauptzweck, den die Wohnung für den Heilmasseur erfüllt, ohnehin der des Wohnens und nicht der der Berufsausübung darstellt. Die Tätigkeit des Heilmasseurs ebenso wie die Tätigkeit als Tagesmutter liegt meines Erachtens im Rahmen der Widmung des Wohnungseigentumsobjekts als Wohnung, sodass weder die Tätigkeit als Tagesmutter, noch jene als Heilmasseur als Widmungsänderungen im Sinne des § 16 Abs 2 WEG zu beurteilen. Durch die Veränderungen in der Arbeitswelt kommt es immer mehr zu einer strukturellen Vermischung von Arbeits- und Wohnort, sodass Heimarbeitsplätze mit Parteienverkehr zukünftig wohl zunehmen werden. Eine derart rigorose Trennung, wie sie noch vor einigen Jahren gehandhabt wurde, ist in dieser Form wohl nicht mehr aufrecht zu erhalten.

*Räth*³³⁸ kritisierte ebenfalls diese Wertungsdifferenzen des OGH. Zwar sei es sehr begrüßenswert, dass der OGH in der Ausübung der Tätigkeit der Kinderbetreuung keine Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer sehe und

³³⁸ OGH 5 Ob 53/15b immolex 2015/106 (krit. *Räth*).

den Hauptzweck weiterhin im Wohnen erblicke, allerdings seien bei dieser Entscheidung vor allem menschliche Aspekte ausschlaggebend gewesen. Sowohl bei der Ausübung der Tätigkeit des Heilmasseurs in dessen Wohnung, als auch bei der Vermietung von Ferienwohnungen bleibe nämlich der Hauptzweck des Wohnens aufrecht.³³⁹

Den Ausführungen von *Räth*³⁴⁰ ist meines Erachtens nur teilweise zu folgen, zumal der Hauptzweck des Wohnens bei der Vermietung von Ferienwohnungen keinesfalls als gegeben anzusehen ist. Wohnen im Sinne eines Lebensmittelpunkts in einer bestimmten Wohnung, liegt in keiner der beiden zur Diskussion stehenden Entscheidungen 3 Ob 158/11y³⁴¹ sowie 5 Ob 59/14h³⁴² vor, sodass von Seiten des Vermieters nicht von einem Hauptzweck des Wohnens gesprochen werden kann. Die Vermieter vermieteten die Wohnungen nicht nur sporadisch aufgrund einer kurzfristigen Abwesenheit, während sie normalerweise selbst in den Wohnungen wohnten. Vielmehr hatten die Vermieter ihren Lebensmittelpunkt in anderen Wohnungen.

Die Wohnungseigentumsobjekte wurden ausschließlich für den Zweck der kurzfristigen touristischen Vermietung angeboten und ebenso genutzt. Von Seiten der Urlauber kann den Wohnungen keine Nutzung zu Wohnzwecken beigemessen werden. Meines Erachtens verlangt der Begriff des Wohnens, wie bereits ausführlich ausgeführt, eine dauerhafte, tiefe Bindung. Eine solche Bindung wird der Urlauber bei kurzfristigen Aufenthalten im Ausland nicht zu seiner Unterkunft aufweisen können.

Beim Betrieb einer Arztpraxis in einem als Wohnung gewidmeten WE- Objekt kann ebenfalls nicht von einer Nutzung zu Wohnzwecken ausgegangen werden. Der Hauptzweck liegt in Bezug auf die bereits besprochenen Entscheidungen³⁴³ klar in der unternehmerischen Tätigkeit des Betriebs der Arztpraxis.

Lediglich in seiner Entscheidung 5 Ob 38/94³⁴⁴ qualifizierte der OGH den Betrieb einer Arztpraxis nicht als genehmigungspflichtige Widmungsänderung. Allerdings geht aus der Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung des OGH klar hervor, dass der Betrieb einer Arztpraxis in einem rein zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung iSd § 16 Abs 2 WEG darstellt.

³³⁹ OGH 5 Ob 53/15b immolex 2015/106 (krit. *Räth*).

³⁴⁰ OGH 5 Ob 53/15b immolex 2015/106 (krit. *Räth*).

³⁴¹ OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

³⁴² OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

³⁴³ OGH 21.02.1995, 5 Ob 38/94; 23.04.2014, 5 Ob 100/14p; 22.03.1981, 5 Ob 103/90; 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

³⁴⁴ OGH 21.02.1995, 5 Ob 38/94.

Bereits in der Entscheidung 5 Ob 380/97m³⁴⁵ stellte der OGH klar, dass der Betrieb einer Arztpraxis nur dann keine genehmigungsbedürftige Umwidmung darstellt, wenn der jeweilige Wohnungseigentumsvertrag eine Klausel enthält, die besagt, dass das Ausüben geschäftlicher Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden erlaubt ist, sodass keine Widmungsänderung vorliegt. Grundsätzlich ist bei einer Widmung eines WE-Objektes rein zu Wohnzwecken jede geschäftliche Tätigkeit ausgeschlossen, insofern durch die Ausübung dieser Tätigkeit nicht mehr von einem überwiegenden Wohnzweck gesprochen werden kann.

Diese Tätigkeit würde somit eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung nach § 16 Abs 2 WEG darstellen. Wie der OGH bereits in der Entscheidung 5 Ob 277/04b³⁴⁶ ausdrücklich festgehalten hat, kann aus der Tatsache, dass die Genehmigungsfähigkeit von Umwidmungen in Arztpraxen oft bejaht wird, allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass keine Genehmigungspflicht besteht.

Ist der Hauptzweck des Wohnens - wie in den eben erläuterten Fällen der Kurzzeitvermietung als Ferienwohnung oder dem Betrieb einer Arztpraxis - nicht mehr gegeben, so muss vertraglich vereinbart werden, dass die WE-Objekte neben reinen Wohnzwecken ebenfalls zur Ausübung solcher Tätigkeiten - die üblicherweise in Wohnungen verrichtet werden - benützt werden dürfen.

Eine Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen kann seitens aller Wohnungseigentümer bereits im Wohnungseigentumsvertrag vereinbart werden. Nachfolgend soll darauf näher eingegangen werden.

2.9. Vorabzustimmung zu Widmungsänderungen

2.9.1. Allgemeines

In der Praxis kommt dem Thema der Erteilung von Vorabzustimmungen zu späteren Widmungsänderungen seitens aller Wohnungseigentümer im Wohnungseigentumsvertrag enorme Relevanz zu. Bei einer näheren Betrachtung der Thematik erscheint es fraglich, inwieweit es

³⁴⁵ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

³⁴⁶ OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b.

vertraglich möglich ist, sich spätere Widmungsänderungen an einem WE-Objekt vorzubehalten bzw in welchem Umfang die Widmung dann in der Praxis gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer abänderbar ist.

Häufig sind solche Spezialbestimmungen in Bauträgerverträgen zu finden, die zugleich die Absicht der zukünftigen Begründung von Wohnungseigentum an den zu errichtenden Wohnungseigentumseinheiten beinhalten. Bei Kauf- und Bauträgerverträgen stehen die Käufer mit dem Bauträger in einer Vertragsbeziehung, wobei der Wohnungseigentumsvertrag die vertragliche Beziehung der späteren Wohnungseigentümer untereinander regelt.

Der Wohnungseigentumsvertrag stellt sohin einen Vertrag in schriftlicher Form zwischen allen Wohnungseigentumsbewerbern und Miteigentümern dar, in dem einvernehmlich die Begründung von Wohnungseigentum an der Liegenschaft vereinbart wird. Die späteren Wohnungseigentümer räumen sich im Wohnungseigentumsvertrag gegenseitig das Recht auf Wohnungseigentum ein. Ohne einen solchen Wohnungseigentumsvertrag kann Wohnungseigentum nicht begründet werden.³⁴⁷

Durch die wechselseitige Erteilung einer Vorabzustimmung zu allfälligen späteren Widmungsänderungen soll sichergestellt werden, dass bei einer später tatsächlich durchgeführten Widmungsänderung der WE-Objektes die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer nicht mehr einzuholen ist. Die Widmungsänderung, die an sich genehmigungspflichtig gewesen wäre, verliert sodann ihre Genehmigungsbedürftigkeit. Allerdings umfasst der Gültigkeitsbereich einer abgegebenen Vorabzustimmung keine späteren größeren Änderungen des WE-Objektes.³⁴⁸

Bei Vertragserstellung in der Praxis wird vordergründig darauf Bedacht zu nehmen sein, welche Art von Käufern angesprochen werden soll, um deren Vorstellungen von der Nutzung des WE-Objektes am besten im Wohnungseigentumsvertrag absichern zu können. Handelt es sich um ein großes Projekt mit mehreren zu errichtenden Wohnhausanlagen unterteilt auf vielen Wohnungseigentumsobjekten sind die Käufer meist Anleger. Kapitalanleger erwerben Wohnungseigentumsobjekte als Vermögensanlagen zum Zweck der ständigen Vermietung und schätzen höchstmögliche Flexibilität, die vor allem die Möglichkeit von Widmungsänderungen umfasst. Da sie selbst nicht in den Wohnungseigentumsobjekten wohnen möchten, sind sie nicht in Sorge um mögliche Beeinträchtigungen schutzwürdiger Interessen in Folge Wid-

³⁴⁷ Rosifka, Rechte und Pflichten als Wohnungseigentümer² (2009) 54.

³⁴⁸ Würth/Zingher/Kovanyi/Ettersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 14.

mungsänderungen anderer Wohnungseigentumsobjekte. Das wichtigste Interesse von Anlegern ist es, keinen potentiellen Mieter auf Grund dessen ablehnen zu müssen, dass die Art und Weise der Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts nicht im Einklang mit der bestehenden Widmung steht und eine allfällige Änderung somit eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung darstellen würde. Als Vertragsersteller wird man deshalb versuchen sowohl im Kauf- als auch im Bauträgervertrag, den Käufern eine möglichst vielfältige Nutzung der Wohnungseigentumsobjekte innerhalb der vertraglichen Widmung, sowie eine Möglichkeit der späteren Abänderung dieser Widmung einzuräumen.

2.9.2. Zulässigkeit einer Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen

2.9.2.1. Allgemeines

Bei der Vertragserrichtung von Kauf- und Bauträgerverträgen stellt sich somit die Frage, ob bzw. inwieweit, Wohnungseigentümern Rechte zu Änderungen zugestanden oder Verbote zur Durchführung derselben auferlegt werden können. Ab erteilter schriftlicher Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum an Wohnungseigentumsbewerber bzw ab Wohnungseigentumsbegründung ist es dem Wohnungseigentumsorganisator zudem nicht mehr erlaubt, ohne die Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentumsbewerber bzw Wohnungseigentümer über die Zulässigkeit einer Änderungsmaßnahme zu verfügen.³⁴⁹

Wie bereits ausgeführt, kann ein Wohnungseigentumsorganisator nach § 2 Abs 6 2. Satz WEG sowohl der Eigentümer, als auch der außerbücherliche Erwerber einer Liegenschaft sein. Jede Person, die für die Durchführung der Abwicklung des Bauvorhabens oder der Wohnungseigentumsbegründung zuständig und in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist, ist somit ebenfalls als Wohnungseigentumsorganisator zu qualifizieren.³⁵⁰ Es können dabei mehrere Wohnungseigentumsorganisatoren zur gleichen Zeit auftreten. Wohnungseigentumsorganisator kann insbesondere ein Bauträger sein, der eine neue Wohnhausanlage errichten lässt, ebenso wie ein Eigentümer eines Hauses, in dem sich einige Wohnungen befinden, die er nun alle einzeln im Wohnungseigentum abverkaufen möchte. Erfolgte in einem der beiden Fälle

³⁴⁹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 842.

³⁵⁰ § 2 Abs 6 2. Satz WEG.

an einen Interessenten bereits eine schriftliche Zusage auf Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmten ausgewiesenen Objekt, so wäre der Bauträger bzw der Eigentümer des Wohnhauses bereits als Wohnungseigentumsorganisator zu qualifizieren.

Eine Änderung, zu der vorab vertraglich zugestimmt werden soll, darf niemals zu einer Schädigung des Hauses oder einer Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer führen,³⁵¹ unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümer untereinander oder der Wohnungseigentumsorganisator von der Vorabzustimmung begünstigt werden. Des Weiteren darf die Vertragsbestimmung nicht gegen § 879 ABGB verstoßen. Eine vertragliche Vorabzustimmung zu Widmungsänderungen ist grundsätzlich in einem solchen Ausmaß zulässig, in welchem die Änderung nach § 16 Abs 2 WEG erzwingbar wäre, sodass eine fehlende Zustimmung der restlichen Wohnungseigentümer somit im Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden könnte.

Wird dem Wohnungseigentumsorganisator vertraglich vorab ein Recht auf Widmungsänderungen eingeräumt, so kommen zu den Schranken des § 16 Abs 2 WEG und § 879 Abs 1 ABGB darüber hinaus noch jene des § 38 WEG, § 4 Abs 1 BTVG, §§ 6 Abs 2 Z 3, 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB hinzu.

2.9.2.2. Wohnungseigentümer als Begünstigte des Änderungsrechts

Wie bereits ausgeführt stehen insbesondere bei größeren Wohnungseigentumsanlagen für Wohnungseigentümer eher Anlegerinteressen im Vordergrund. Der Gedanke liegt sohin nahe für gewisse spätere Änderungen bereits im Wohnungseigentumsvertrag die Zustimmung zu erteilen, um die Durchführung von Änderungen leichter gestalten zu können. Durch eine solche Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen wird das Einstimmigkeitserfordernis des § 16 Abs 2 WEG umgangen. Generell steht es den vertragsschließenden Parteien im Wege der Privatautonomie zwar frei, von den gesetzlichen Vorschriften abzuweichen, doch darf dies nur zugunsten der durch die gesetzliche Norm Berechtigten erfolgen.³⁵² Eine Erweiterung des Änderungsrechts nach § 16 Abs 2 WEG wäre sohin grundsätzlich zulässig, wobei eine vertragliche Regelung, welche das Änderungsrecht eines Wohnungseigentümers ein-

³⁵¹ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

³⁵² Prader/Malaun, Zur Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung des Änderungsrechts des Wohnungseigentümers gem § 16 WEG im Kaufvertrag, immolex 2008, 326 (328).

schränkt, unter Umständen als sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB zu qualifizieren sein wird.

Durch Erteilung einer Vorabzustimmung aller Wohnungseigentümer zu gewissen späteren Änderungen erfährt das Änderungsrecht der Wohnungseigentümer zwar keine Einschränkung, zumal dieses ja erweitert wird. Allerdings wird sein Recht, seine Zustimmung zu Änderungen gemäß § 16 Abs 2 WEG bei anderen Wohnungseigentumsobjekten zu verweigern, eingeschränkt. Aus diesem Grund könnte sohin eine Vorabzustimmung zu Änderungen, die an sich eine Erweiterung der Rechte der, durch die Norm des § 16 Abs 2 WEG Begünstigten darstellt, gesetzeswidrig sein. Teile der Lehre³⁵³ erblicken sowohl in vertraglichen Beschränkungen, als auch in vertraglichen Erweiterungen des Änderungsrechts gravierende Einschränkungen der Rechte der Wohnungseigentümer. Begründet wird dies mit einem Verstoß gegen die Schutznorm des § 38 Abs 1 WEG. Das Recht der Wohnungseigentümer, späteren Änderungen anderer Wohnungseigentümer an deren Wohnungseigentumsobjekten die Zustimmung zu verweigern, dürfe vorab nicht ausgeschlossen werden.^{354 355}

*Prader/Malaun*³⁵⁶ kritisieren diese Ansicht, zumal sie den Grundsatz der Privatautonomie der vertragsschließenden Parteien völlig aushebeln würde. Liege die geplante Änderung im Bereich des wohnungseigentumsrechtlich Möglichen, sei es jedem Wohnungseigentümer selbst überlassen, ob bzw wann er seine freiwillige Zustimmung hierzu erteilt. *Reichholz/Rosifka*³⁵⁷ zogen die Norm § 38 WEG heran, um die Unzulässigkeit sowohl einer vertraglichen Beschränkung, als auch einer Erweiterung der Änderungsrechte zu begründen. Laut *Prader/Malaun* sei § 38 WEG allerdings eine Schutznorm, die speziell darauf abzielt, die Vertragsübermacht des Wohnungseigentumsorganisators gegenüber den Wohnungseigentümern bzw den Wohnungseigentumsbewerbern abzuschwächen. Zwar sei eine vertragliche Regelung der Wohnungseigentümer bzw Wohnungseigentumsbewerber ebenfalls von § 38 WEG umfasst, allerdings sei auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander primär die Bestimmung des § 16 WEG anwendbar. § 38 WEG werde erst dann herangezogen, wenn die

³⁵³ *Reichholz/Rosifka*, Gesetzwidrige Vertragsbestimmungen in Bauträgerverträgen im Speziellen in Kaufverträgen über Neubau-Eigentumswohnungen.

³⁵⁴ *Reichholz/Rosifka*, Gesetzwidrige Vertragsbestimmungen in Bauträgerverträgen im Speziellen in Kaufverträgen über Neubau-Eigentumswohnungen.

³⁵⁵ *Prader/Malaun*, immolex 2008, 328.

³⁵⁶ *Prader/Malaun*, immolex 2008, 328.

³⁵⁷ *Reichholz/Rosifka*, Gesetzwidrige Vertragsbestimmungen in Bauträgerverträgen im Speziellen in Kaufverträgen über Neubau-Eigentumswohnungen.

bei Vertragsabschluss geltende Vertragsübermacht des Wohnungseigentümerorganisators Spätfolgen nach sich ziehe.³⁵⁸

Des Weiteren normiere § 38 WEG lediglich jene Vereinbarungen als rechtsunwirksam, die „geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschneiden“³⁵⁹. Das vertraglich vereinbarte Recht werde jedem Wohnungseigentümer zuerkannt, sodass keine Ungleichgewichtslage geschaffen werden würde, die mit einer etwaig unbilligen Übermacht des Wohnungseigentumsorganisators vergleichbar wäre.

Grundsätzlich herrsche bei Verboten ein strengerer Maßstab in Bezug auf die Unbilligkeit, als bei einer Ausweitung der Änderungsrechte. Vertragliche Regelungen des Änderungsrechts generell für unzulässig zu erklären, wäre unberechtigt und würden zu sehr in die Privatautonomie der Vertragsparteien eingreifen. Allerdings muss eine sachliche Rechtfertigung der vertraglichen Regelung gegeben sein. Der OGH stellte in der Entscheidung 5 Ob 84/04w³⁶⁰ bereits fest, dass vertragliche Einschränkungen des Änderungsrechts nach § 16 Abs 2 WEG nur insoweit relevant, als die auf einer solchen Vertragslage aufbauenden Erwartungen der Wohnungseigentümer in die vorzunehmende Prüfung schutzwürdiger Interessen iSd § 16 Abs 2 WEG einfließen können.³⁶¹

Meines Erachtens ist den Ausführungen von *Prader/Malaun* zu folgen. Die generelle Annahme der Unzulässigkeit von vertraglichen Regelungen, die das Änderungsrecht nach § 16 Abs 2 WEG beschränken würde dem Grundsatz der Privatautonomie völlig widersprechen und diesen zunichtemachen. Zudem würde in die Eigentumsfreiheit eingegriffen werden, zumal es den Wohnungseigentumsbewerbern nicht freisteht, vertraglich frei über Umstände, die ihr Eigentum betreffen, zu verfügen. Die Argumentation von *Reichholf/Rosifka*, dass sowohl Änderungsverbote, als auch eingeräumte Änderungsrechte aufgrund eines Verstoßes gegen § 38 WEG als unbillige Beschränkungen der Rechte der Wohnungseigentümer zu qualifizieren sind, überzeugt daher meines Erachtens nicht.

Aus der Interpretation der Rechtsnorm lässt sich klar erkennen, dass ihr Zweck darin besteht, die Übermacht des Wohnungseigentumsorganisators in Grenzen zu halten und nicht, die Verhältnisse der einzelnen Wohnungseigentümer bzw Wohnungseigentumsbewerber untereinander

³⁵⁸ *Prader/Malaun*, immolex 2008, 328.

³⁵⁹ § 38 Abs 1 WEG.

³⁶⁰ OGH 5 Ob 84/04w = immolex 2004,342 = MietSlg 56.480

³⁶¹ *Prader/Malaun*, immolex 2008, 328.

der zu regeln. Darüber hinaus wäre eine unbillige Beschränkung durch eine vertragliche Regelung ohnedies nicht anzunehmen. § 38 WEG spricht nämlich ausdrücklich von der Eignung von Vereinbarungen und Vorbehalten, „die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken“³⁶².

Die Erteilung einer Vorabzustimmung zu zukünftig von anderen Wohnungseigentümern an deren Wohnungseigentumsobjekten durchgeführten Änderungen lässt sich meines Erachtens keineswegs unter diesen Wortlaut subsumieren. Die Nutzungs- und Verfügungsrechte des Wohnungseigentümers in Bezug auf sein Wohnungseigentumsobjekt finden durch die Erteilung einer Vorabzustimmung zu künftigen Änderungen an anderen Wohnungseigentumsobjekten keine Einschränkung. Das Recht eines Wohnungseigentümers, von anderen Wohnungseigentümern angestrebte Änderungen nach § 16 Abs 2 WEG unter gewissen Umständen die Zustimmung zu verwehren, kann nämlich weder dem Begriff der Nutzungsrechte, noch dem der Verfügungsrechte zugeordnet werden.

Ebenfalls unbillig wäre es, eine Vorabzustimmung zu künftigen Änderungen nicht gelten zu lassen, zumal es im Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG jedem Wohnungseigentümer offensteht, bei Unzulässigkeit einer angestrebten Änderung nach § 16 Abs 2 Z 1 WEG seine Zustimmung zu dieser zu verwehren. Solange die Vorabzustimmung zu einer solchen Änderung erfolgt, die weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, insbesondere keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen zur „Folge“³⁶³ hat, kann diese Vorabzustimmung nicht als unbillig angesehen werden. Wann ein Wohnungseigentümer seine Zustimmung zu einer Änderung erteilt, soll ihm alleine überlassen sein.

Ist es allerdings möglich, dass eine Änderung eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer nach sich zieht, so wird eine Vorabzustimmung zu dieser Änderung als unbillig anzusehen sein, wobei § 38 WEG nicht die geeignete Norm darstellt, um dies geltend zu machen. Wie bereits ausgeführt, wird nicht in das Nutzungs- oder Verfügungsrecht des zustimmenden Wohnungseigentümers an seinem eigenen Wohnungseigentumsobjekt eingegriffen. Hingegen wäre § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen, zumal in diesem

³⁶² § 38 Abs 1 WEG.

³⁶³ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

Fall auf die Beschränkungen von privatrechtlich Möglichem Bezug zu nehmen ist, und nicht auf Schutzbestimmungen des WEG.

Um einer Einstufung von vertraglich eingeräumten Änderungsrechten als unbillig schon vorab entgegenzutreten, scheint es von Vorteil zu sein, vorab alle Nachteile zu bedenken, die sich für die Wohnungseigentümer aus der vertraglichen Erweiterung ihres Änderungsrechts ergeben könnten. Darüber hinaus ist ebenfalls darauf Acht zu geben, dass allen Wohnungseigentümern möglichst dieselben, bzw sofern dies nicht möglich ist, zumindest gleichwertige Änderungsrechte zuerkannt werden. Zudem sollte vertraglich festgehalten werden, dass der Änderer beispielsweise die durch eine Erweiterung seines Änderungsrechts entstehenden Erhaltungskosten ausschließlich selbst zu tragen hat, sodass den anderen Wohnungseigentümern keine weiteren Kosten entstehen.³⁶⁴

Ein vertraglich vereinbartes Änderungsverbot beschränkt allerdings die Nutzungs- und Verfügungsrechte eines Wohnungseigentümers in Bezug auf sein Wohnungseigentumsobjekt. Bei Vereinbarung von Änderungsverboten ist sohin darauf abzustellen, ob die Rechte des Wohnungseigentümers dadurch unbillig eingeschränkt werden könnten. Erfolgen keine pauschalen Änderungsverbote, sondern sind diese sachlich gerechtfertigt und liegen im allgemeinen Interesse der Wohnungseigentümer, so wird grundsätzlich von keiner Unbilligkeit auszugehen sein.³⁶⁵

2.9.2.3. Wohnungseigentumsorganisatoren als Begünstigte des Änderungsrechts

2.9.2.3.1. Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, finden sich in Bauträgerverträgen häufig unzulässige Vereinbarungen, die den Bauträger oder Dritte begünstigen. Zu den häufigsten verwendeten Vereinbarungen gehören Vorbehalte in Bezug auf das Änderungsrecht gemäß § 16 Abs 2 WEG. Wie bereits erläutert, ist es unklar, inwieweit es möglich erscheint, über das Recht auf spätere Änderun-

³⁶⁴ Prader/Malaun, immolex 2008, 329.

³⁶⁵ Prader/Malaun, immolex 2008, 328.

gen bereits im Wohnungseigentumsvertrag, bzw weiter gefasst im Kauf- und Bauträgervertrag, zu verfügen. Häufig finden sich Bestimmungen zugunsten des Wohnungseigentumsorganisations, die diesem gestatten, künftig Änderungen an einzelnen Wohnungseigentumsobjekten vornehmen zu dürfen. Zu diesen Änderungen gehören insbesondere Widmungsänderungen, mit denen Nutzwertneufestsetzungen einhergehen können. Bauträgern ist es ein großes Anliegen, sich nicht auf eine bestimmte Gruppe potentieller Käufer festlegen zu müssen. Um sich alle Wege offenzuhalten, werden zu diesem Zweck viele relevanten Bestimmungen in Kauf- und Bauträgerverträgen möglichst vage formuliert. Allerdings kommen diverse Schutzbestimmungen zur Anwendung.

2.9.2.3.2. Beschränkung durch § 38 WEG

§ 24 WEG 1975 stellt die Vorgängerbestimmung des § 38 WEG dar. Der genaue Wortlaut des § 24 WEG 1975 wurde im Rahmen der teleologischen Reduktion dahingehend korrigiert, dass Vereinbarungen und Vorbehalte nur dann in den Geltungsbereich des § 24 WEG 1975 fallen, und somit als rechtsunwirksam einzustufen sind, wenn mit ihnen unbillige Beschränkungen oder Aufhebungen der Nutzungs- und Verfügungsrechte des betroffenen Wohnungseigentümers verbunden sind. Entgegen dem eigentlichen Wortlaut des § 24 WEG 1975 war nur jene Vereinbarung unwirksam, die die Nutzungs- und Verfügungsrechte nicht nur beschränkte, sondern dies noch in unbilliger Art und Weise tat. Unterfertigt der Wohnungseigentümer eine Vereinbarung, die seine Rechte beschränkt, ist diese von § 24 WEG 1975 bzw von § 38 WEG dennoch nicht umfasst, insofern er eine solche Vereinbarung auch bei einem Machtgleichgewicht der Vertragsparteien eingegangen wäre. Dieser im Rahmen der teleologischen Auslegung gefassten Umstand wurde durch explizite Erwähnung der Phrase „unbillig zu beschränken“ im § 38 WEG Rechnung getragen.³⁶⁶ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 38 WEG stellt sohin jener Umstand dar, dass Nutzungs- und Verfügungsrechte eines Wohnungseigentümers durch die „wissenschaftliche, organisatorische und wissenschaftsmäßige Übermacht des Wohnungseigentumsorganisations“ eingeschränkt werden.³⁶⁷ Nicht als unbillig iSd § 38 WEG sind sohin Vereinbarungen anzusehen, die zwar die Nutzungs- und Verfügungsrechte

³⁶⁶ Prader/Markl, Zu Vorbehalten und Vorgaben in Wohnungseigentumsverträgen von Bauträgern, immolex 2011, 102 (102).

³⁶⁷ Prader, WEG 2002⁴ § 38 E 6.

des Wohnungseigentümers beschränken, der Wohnungseigentümer diesen allerdings auch bei einer Gleichstellung der beiden Parteien bei Vertragsabschluss zugestimmt hätte.³⁶⁸

Je unwahrscheinlicher sich die Durchsetzung des vereinbarten Änderungsrechts des Wohnungseigentumsorganisators nach § 16 Abs 2 WEG darstellt, desto eher wird die Vertragsbestimmung als eine rechtsunwirksame Vereinbarung im Sinne des § 38 WEG einzustufen zu sein. Die Unwirksamkeit führt sodann zu einer relativen Teilnichtigkeit der Vertragsbestimmung und ist von den Wohnungseigentümern im streitigen Verfahren geltend zu machen.³⁶⁹

Wurden Dritte durch eine Vereinbarung begünstigt und wussten diese von der Absicht der Wohnungseigentumsbegründung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, erstreckt sich die Unwirksamkeit auch auf diese.³⁷⁰

2.9.2.3.3. Beschränkung durch § 4 Abs 1 BTVG

Der Gesetzgeber sieht neben der Bestimmung des § 38 WEG noch andere Normen vor, die sicherstellen sollen, dass der Kunde nicht benachteiligt wird. Ist der Wohnungseigentumsbewerber kein Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 UGB, so findet zu seinen Gunsten das BTVG Anwendung. Gemäß § 1 Abs 2 BTVG bleiben allerdings andere Rechtsvorschriften, die für den Käufer günstiger sind, vom Geltungsbereich des BTVG unberührt. Je nach Günstigkeit konkurrieren somit die Vorschriften des BTVG mit jenen des WEG.³⁷¹

§ 4 Abs 1 BTVG regelt den notwendigen Vertragsinhalt eines Bauträgervertrages und soll eine möglichst exakte Informationsübermittlung der vertragsrelevanten Gegebenheiten an den Käufer garantieren. Im Bauträgervertrag finden sich spezielle Regelungen sowohl betreffend die bestehende Widmung des Vertragsgegenstandes, sohin des gegenständlichen Wohnungseigentumsobjekts, als auch betreffend die gesamte Anlage.³⁷² Der Kunde soll sich darüber im Klaren sein, über welche Widmung sein eigenes Wohnungseigentumsobjekt sowie auch die Objekte der anderen Wohnungseigentümer verfügen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass sich der Kunde über etwaig zukünftige Beeinträchtigungen im Klaren ist.³⁷³ Für manche Käu-

³⁶⁸ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 8.

³⁶⁹ Prader/Markl, immolex 2011, 105.

³⁷⁰ OGH 5 Ob 45/10v immolex 2010/133 (zust. Neugebauer-Herl).

³⁷¹ Würth in Rummel, § 38 WEG 2002 Rz 9 (Stand 01.01.2003, rdb.at).

³⁷² § 4 Abs 1 Z 1 BTVG.

³⁷³ OGH 5 Ob 45/10v immolex 2010/133 (zust. Neugebauer-Herl).

fer stellt die Widmung anderer WE-Objekte zu bestimmten Arten von Geschäftsräumlichkeiten ein solch entscheidendes Kaufkriterium dar, bei dessen Vorliegen sie vom Erwerb des vertragsgegenständlichen WE-Objekts absehen würden.

Insbesondere aus diesem Grund ist im Bauträgervertrag anzuführen, ob die übrigen WE-Objekte zu Wohn- oder zu Geschäftszwecken gewidmet sind. Eine solche Widmung zu bestimmten Arten von Geschäftsräumlichkeiten könnte etwa die Widmung zu „Geschäftslokal“ darstellen. Sind in einer gemischt genutzten Wohnanlage WE-Objekte zu Geschäftszwecken gewidmet und verfügen Teile der gewerblichen WE-Objekte über die Widmung „Büroräumlichkeiten“ und andere über die Widmung „Geschäftslokal“, so sind die entsprechenden Widmungen explizit auszuweisen. Werden WE-Objekte zu unüblichen Zwecken gewidmet, so wird ein potentieller Käufer einen strengeren Maßstab für seine Kaufentscheidung ansetzen, als etwa bei einem zu reinen Büro- oder Verkaufsflächen gewidmeten WE-Objekt.

Wie bereits ausgeführt, erblickt der OGH eine Genehmigungspflicht bei der Vermietung von Ferienwohnungen, „wodurch die Gefahr besteht, dass der Bauträger dem Käufer den vertraglich zugesicherten Verwendungszweck, nämlich den zur Ausübung von üblicherweise in Wohnungen ausgeübten Tätigkeiten, nicht mehr verschaffen kann. Insbesondere bei der Gruppe von potentiellen Käufern, die Wohnungen als Geldanlage erwerben, um sie dann zum Zweck der „Ferienwohnungsvermietung“ zu verwenden, wird der Umstand der Genehmigungspflicht eine nicht unbeträchtliche Rolle spielen.“³⁷⁴

§ 4 Abs 1 Z 1 BTVG zählt Punkte auf, die jeder Bauträgervertrag enthalten muss, wobei diese Mindestanforderungen zum Vertragsinhalt werden. Bei der Bezeichnung der Widmung des vertragsgegenständlichen Wohnungseigentumsobjekts sowie der ganzen Anlage, handelt es sich sohin nicht nur um unverbindliche Darstellungen der momentanen Widmung, sondern um bedungene Eigenschaften im Sinne des § 922 ABGB. Sollte der Bauträger die, sich in der Anlage situierten Objekte nicht nur zu Wohnzwecken veräußern wollen, wäre es für ihn ratsam die Angabe der Widmung bei Vertragserstellung möglichst weit zu fassen. *Prader* nimmt die Dazugehörigkeit der Widmung aller Wohnungseigentumsobjekte zu den Mindestanforderungen eines Bauträgervertrages im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 BTVG als Anstoß, die Entscheidung 5 Ob 38/94³⁷⁵ zu kritisieren, die bereits in dieser Masterthesis besprochen wurde. Der OGH stellte in dieser Entscheidung klar, dass auch bei einer reinen Widmung zu Wohnzwecken damit gerechnet werden muss, dass der Wohnungseigentümer in dem ihm zugehörigen

³⁷⁴ *Prader*, BTVG^{3.6} § 4 Rz 2 (Stand 1.10.2017, Manz Wohnrecht in rdb.at).

³⁷⁵ OGH 21.02.1995, 5 Ob 38/94.

Wohnungseigentumsobjekt ebenfalls Tätigkeiten betreibt, die üblicherweise in Wohnungen verrichtet werden. Eine Ausübung von Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen verrichtet werden, stelle nur dann keine Widmungsänderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG dar, wenn die Ausübung solcher Tätigkeiten in dem besagten WE-Objekt ausdrücklicher Vertragsbestandteil wurde. Wurde diesbezüglich keine vertragliche Regelung vereinbart, so unterliegen bloß geringfügige Widmungsänderungen ebenfalls der Genehmigungspflicht des § 16 Abs 2 WEG.³⁷⁶

2.9.2.3.4. Beschränkung durch § 6 Abs 3 KSchG

In § 6 Abs 3 KSchG findet sich die Verpflichtung des Unternehmers gegenüber einem Verbraucher zur klaren und verständlichen Abfassung des Vertrages. Diese Schutzbestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer seine im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wesentlich stärkere Position gegenüber dem Verbraucher ausnützt. Verstoßen Vertragsbestimmungen gegen dieses Bestimmtheitsgebot so sind diese dem Käufer sowie dem späterem Wohnungseigentümer gegenüber, unwirksam.³⁷⁷

2.9.2.3.5. Beschränkung durch § 6 Abs 2 Z 2 KSchG

Gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sind jene Vertragsbestimmungen ebenso als unwirksam iSd § 879 ABGB anzusehen, die den Unternehmer im gegenständlichen Fall den Bauträger, dazu berechtigen, eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig zu ändern oder von ihr abzuweichen. Eine Ausnahme dieser Bestimmung wäre lediglich gegeben, wenn die Änderung bzw Abweichung geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist, sodass diese dem Verbraucher somit durchaus zugemutet werden kann. Die Schutznorm des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG findet lediglich Anwendung, insofern es dem Unternehmer nicht möglich ist zu beweisen, dass die in die

³⁷⁶ Prader, BTVG^{3.6} § 4 Rz 2.

³⁷⁷ Prader/Markl, immolex 2011, 104.

Rechte des Verbrauchers einschneidende Vertragsbestimmung nicht im Einzelnen mit dem Verbraucher ausgehandelt worden ist.³⁷⁸

Ein solcher Beweis wird dem Bauträger allerdings nur schwer gelingen, zumal Bauträgerverträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw Vertragsformblätter anzusehen sind. Für die Erfüllung der in § 6 Abs 2 KSchG genannten Voraussetzung, nämlich das im einzelnen Ausverhandeln einer Vertragsbestimmung, ist es notwendig, dass für den Verbraucher die Möglichkeit bestanden hat, darauf hinwirken zu können, dass gewisse Klauseln abgeändert oder aus dem Vertrag gestrichen werden. Der Umstand, dass dem Verbraucher die Bedeutung der einzelnen Klauseln nahegebracht wurde und der Bauträger dazu bereit gewesen wäre, eine Klausel abzuschwächen, reicht für sich genommen allerdings nicht aus, um von Aushandeln einer Vertragsbestimmung reden zu können. Vielmehr muss beiden Parteien die Möglichkeit eingeräumt werden, an der Ausgestaltung mitzuwirken. Ist dieses Kriterium nicht erfüllt, so ist es nach Ansicht *Praders* erforderlich, dass die Änderung dem Käufer zumutbar ist und diese sowohl geringfügig, als auch sachlich gerechtfertigt erscheint. Um dies ausreichend bewerten zu können, muss der Änderungsvorbehalt im Bauträgervertrag allerdings ausreichend konkretisiert werden.³⁷⁹

2.9.2.3.6. Beschränkung durch § 879 ABGB

Neben den Schutznormen des WEG, BTVG und KSchG ist ebenfalls § 879 ABGB zum Schutz der Verbraucher heranzuziehen. Ein Sittenwidrigkeitsverstoß im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB ist dann anzunehmen, wenn durch eine Vertragsbestimmung die Interessen des Wohnungseigentumsbewerbers derart gröblich verletzt werden oder die Verletzung der Interessen des Wohnungseigentumsbewerbers in grobem Missverhältnis zu den sich daraus ergebenden Vorteilen steht.³⁸⁰

Finden Standardverträge wie etwa Bauträgerverträge ihre Verwendung, erfolgt neben der Prüfung auf Sitten- und Gesetzeswidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB ebenfalls eine Analyse, ob ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB gegeben ist. Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Vertragsformblättern sind dann als nichtig gemäß § 879 Abs 3

³⁷⁸ § 6 Abs 2 Z 3 WEG.

³⁷⁹ *Prader*, BTVG^{3.6} § 4 Rz 2.

³⁸⁰ *Prader*, WEG 2002⁴ § 38 E 7.

ABGB anzusehen, wenn eine Vertragspartei durch diese gröblich benachteiligt wird. Somit ist die Gesamtheit der vertraglichen Nebenvereinbarungen auf deren Ausgewogenheit zu überprüfen, zumal durch die Verwendung der Standardverträge eine eingeschränkte Willensfreiheit des Käufers gegeben ist und somit die Privatautonomie gefährdet sein könnte. Dem Käufer war es nicht möglich, seine Interessen ausreichend zu vertreten bzw seine Ansprüche geltend zu machen.³⁸¹

Das vertragliche Abgehen vom dispositivem Recht des § 16 Abs 2 WEG durch die vertragliche Einräumung einseitiger Änderungsrechte zugunsten des Wohnungseigentumsorganisators kann als solche gröbliche Benachteiligung anzusehen sein, insofern keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist. Nach *Praders* Ansicht ist das Abweichen von § 16 Abs 2 WEG durch Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts des Bauträgers nur dann als gerechtfertigt anzusehen, wenn eine sachliche Begründung hierfür besteht. Generell sei eine sachliche Rechtfertigung der Vertragsbestimmung nur in dem Ausmaß denkbar, in dem der Außerstreitrichter die anderen Wohnungseigentümer im Falle einer Widmungsänderung in einem Verfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG zur Duldung einer solchen Änderung anhalten könnte. Allerdings ließe sich die Genehmigungsfähigkeit einer Änderung vorab schwer beurteilen, so dass es sich nach *Prader* schwierig gestalte, erfolgreich mit einer sachlichen Rechtfertigung zu argumentieren. Des Weiteren sei ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB eher anzunehmen, als ein Verstoß gegen § 38 WEG. Nach *Prader* sind Änderungen, die Rechtsfolgen für den betroffenen Wohnungseigentümer nach sich ziehen iSd § 879 Abs 3 ABGB als sachlich ungerechtfertigt anzusehen.³⁸²

2.9.3. Vorabzustimmungen zu Nutzwertneufestsetzungen

2.9.3.1. Allgemeines

Erfolgen Widmungsänderungen eines WE-Objektes, so kann eine Neufestsetzung von Nutzwerten der gesamten Wohnanlage erforderlich werden. Wie bereits im ersten Teil dieser Masterthesis erörtert, handelt es sich bei Nutzwerten um Rechengrößen, die zu dem Zweck ermit-

³⁸¹ *Kothbauer*, Zur Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB, *immolex* 2011, 160 (160).

³⁸² *Prader*, BTVG^{3.6} § 4 Rz 2.

telt werden, Wertunterschiede darzustellen, die zwischen den einzelnen Wohnungseigentumsobjekten einer Wohnanlage bestehen.³⁸³ Der Wert errechnet sich aus der jeweiligen Nutzfläche des gegenständlichen Wohnungseigentumsobjekts. Werterhöhende Eigenschaften des Wohnungseigentumsobjekts, die sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung beurteilen lassen, erhöhen den Nutzwert, während wertmindernde Umstände diesen senken.³⁸⁴

Für einen vollständigen Antrag auf Einverleibung des Wohnungseigentums an einem bestimmten Objekt ist gemäß § 6 Abs 1 Z 3 WEG die Beilage eines Nutzwertgutachtens im Sinne des § 9 Abs 1 WEG oder die einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über eine gerichtliche Nutzwertfestsetzung im Sinne des § 9 Abs 2 WEG erforderlich.³⁸⁵ Eine Ermittlung der Nutzwerte ist sohin zwingend für die rechtmäßige Einverleibung des Wohnungseigentumsrechts erforderlich.³⁸⁶ Grundlage für die Festsetzung der Nutzwerte stellt dabei die konkrete Widmung der einzelnen WE-Objekte dar.³⁸⁷ In der Regel stellt die Nutzwertfestsetzung einen Teil des Wohnungseigentumsvertrages dar, wodurch die bei Begründung des Wohnungseigentums bestehende Widmung der einzelnen WE-Objekte festgehalten wird.³⁸⁸

Um für die Festsetzung der Nutzwerte relevant zu sein, muss eine durchgeführte Widmung die materielle Rechtslage verändern. Eine solche Veränderung kann sowohl durch eine Änderung im Sinne des § 16 Abs 2 WEG, als auch durch eine konkludente Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu einer Widmungsänderung erfolgen.³⁸⁹ Eine Änderung von Nutzwerten ist grundsätzlich geeignet, schutzwürdige Interessen der Wohnungseigentümer zu beeinträchtigen. Wird eine Nutzwertänderung in Folge einer Änderung nach § 16 Abs 2 WEG notwendig, muss dieser Umstand deshalb bereits im Genehmigungsverfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG berücksichtigt werden.³⁹⁰

Das Gericht hat auf Antrag eine Neuparifizierung durchzuführen, um die veränderten Nutzwerte der WE-Objekte in Einklang mit der materiellen Rechtslage, nämlich der konkreten Widmung, zu bringen. Für die Neufestsetzung ausreichend ist, wenn auch nur ein Miteigentümer den Antrag stellt. Werden die Nutzwerte nach § 9 Abs 2 WEG gerichtlich neu festgesetzt, findet allerdings noch keine Änderung am Verhältnis der Miteigentumsanteile der Mit-

³⁸³ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 460.

³⁸⁴ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 461.

³⁸⁵ § 6 Abs 1 Z 3 WEG.

³⁸⁶ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 499.

³⁸⁷ *Würth in Rummel*, § 9 WEG 2002 Rz 4 (Stand 01.01.2003, rdb.at).

³⁸⁸ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 502.

³⁸⁹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 566.

³⁹⁰ *Dirnbacher*, WEG idR WRN 2009 (2010) 164.

eigentümer statt, zumal der neu festgesetzte Anteil erst im Grundbuch einverleibt werden und der Grundbuchsbeschluss in Rechtskraft erwachsen muss.³⁹¹ Es besteht ebenfalls die Möglichkeit, Nutzwerte ohne gerichtliche Entscheidung neu festzusetzen. Zu diesem Zweck muss gemäß § 9 Abs 6 WEG ein neues Nutzwertgutachten eingeholt werden, wobei zu dessen Ergebnissen alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung in grundbuchsfähiger Form erteilen müssen. Die Zustimmung ist öffentlich beglaubigt und in schriftlicher Form abzugeben, um grundbuchsfähig zu werden.

Gesetzeswille hinter dieser Möglichkeit ist, dass es den Wohnungseigentümern ermöglicht werden soll, eine Nutzwertneufestsetzung auch ohne obligatorische Zuhilfenahme des Gerichts erreichen zu können, solange sich alle Wohnungseigentümer über die Änderung der Nutzwerte einig sind. Dem Wortlaut des § 9 Abs 6 WEG folgend, dass sämtliche Wohnungseigentümer den „Ergebnissen dieses Gutachtens“ in bestimmter Form zustimmen müssen, ist davon auszugehen, dass eine vor Abschluss des Gutachtens erteilte Vorabzustimmung zu jeglichen Ergebnissen von allfälligen Nutzwertneufestsetzungen keine zulässige Zustimmung im Sinne des § 9 Abs 6 WEG darstellt.³⁹² Zweck des § 9 Abs 6 WEG stellt jedenfalls die Förderung der vereinfachten Verbücherung dar.³⁹³

Eine Änderung der im Nutzwertgutachten bestehenden Nutzwerte durch Nutzwertneufestsetzung kann somit sowohl auf gerichtlichem Wege im Sinne des § 9 Abs 2, 3 WEG, als auch im einvernehmlichen Wege im Sinne des § 9 Abs 6 WEG erfolgen.³⁹⁴ Besonders Bedacht zu nehmen ist sohin auf die nach § 10 Abs 3 WEG bestehende Übertragungspflicht der Miteigentumsanteile.³⁹⁵

Führt die Änderung der Nutzwerte nämlich zu einer Änderung der Miteigentumsanteile, so ist eine Eintragung im Grundbuch zur Berichtigung der Anteile gemäß § 136 Abs 1 GBG zu veranlassen.³⁹⁶ Führt die Berichtigung in Bezug auf den jeweiligen einzelnen Miteigentumsanteil eines Wohnungseigentümers zu einer Änderung von weniger als zehn Prozent, so ist diese bereits auf Antrag eines einzigen von der Änderung betroffenen Wohnungseigentümers vorzunehmen. Erfolgt allerdings eine Änderung bei einem Miteigentumsanteil von über zehn Prozent, ist die „Zustimmung aller Miteigentümer und derjenigen Buchberechtigten, die

³⁹¹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 569.

³⁹² Siehe vgl *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁶ Rz 846.

³⁹³ OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

³⁹⁴ Siehe vgl *Feil/Friedl* in *Feil/Friedl/Bayer*, WEG § 9 Rz 16.

³⁹⁵ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer* in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 10 WEG Rz 7 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

³⁹⁶ § 136 Abs 1 GBG.

Rechte an dem Miteigentumsanteil haben, der durch die Berichtigung kleiner wird“, einzuholen.³⁹⁷

2.9.3.2. Diskussion anhand einer OGH-Entscheidung

Unlängst stellte der OGH in seine Entscheidung 8 Ob 46/16x³⁹⁸ klar, dass eine im Wohnungseigentumsvertrag integrierte Vertragsklausel wirksam ist und sohin weder gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG, noch § 879 Abs 3 ABGB verstößt. In dieser Vertragsklausel verpflichteten sich sämtliche Wohnungseigentumsbewerber ihre Zustimmung zu einem neuen, durch eine Änderung der Nutzwerte zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich gewordenem Nutzwertgutachten abzugeben.³⁹⁹

Im gegenständlichen Fall war Anlass für die Änderung der Nutzwerte die Durchführung baulicher Änderungen. Laut OGH ändere die Durchführung baulicher Änderungen nichts an der Zulässigkeit der vorab zu dem neuen Nutzwertgutachten abgegebenen Zustimmung, auch wenn im Zuge der Durchführung Allgemeinflächen in das Wohnungseigentumsobjekt eines Wohnungseigentümers miteinbezogen wurden. Kernfrage des Verfahrens bestand darin, ob von einer vertraglichen Vorabzustimmung zu einem neuen Nutzwertgutachten ebenfalls Widmungsänderungen, die in das Wohnungseigentum des die Zustimmung erteilenden Wohnungseigentümers eingreifen, erfasst sein können.

- „Die Vertragsteile stimmen jedoch zum Zwecke der Begründung von WE der unentgeltlichen Berichtigung ihrer Miteigentumsanteile zu, wenn nach Vorliegen des Nutzwertfestsetzungsgutachtens eine Neufestsetzung der Nutzwerte notwendig sein sollte; die in diesem Zusammenhang für die Berichtigung der Nutzwerte erforderlichen Abtretungen von Miteigentumsanteilen erfolgen für diesen Fall ausdrücklich unentgeltlich, soweit sich dabei am Ausmaß der kaufgegenständlichen Einheiten für die Vertragsteile nichts ändert.“ -

Nach Ansicht des OGH handelt es sich bei der, im gegenständlichen Wohnungseigentumsvertrag enthaltenen Bestimmung, nicht um eine vorab erteilte Blankozustimmung zu einer einvernehmlichen Nutzwertneufestsetzung, sondern um eine schuldrechtliche Verpflichtung,

³⁹⁷ § 10 Abs 3 WEG.

³⁹⁸ OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

³⁹⁹ OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

zukünftig die Zustimmung zu erteilen, falls dies erforderlich werden würde. Nach den Auslegungsregeln des §§ 914, 915 ABGB könne man vernünftigen Vertragsparteien nicht unterstellen, bei Vertragsabschluss die Absicht verfolgt zu haben, sich selbst vorweg die Möglichkeit zu nehmen, Einwände gegen eine Nutzwertneufestsetzung zu erheben, die den zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder der Widmung widerspricht. Den Parteien könne sohin nur beigegeben werden, durch die besagte Klausel dann eine Zustimmung der Wohnungseigentümer vertraglich vereinbart zu haben, wenn nach Erstellung eines neuen Nutzwertgutachtens eine Nutzwertneufestsetzung in einem geringfügigen Maß notwendig werden würde. Der OGH beurteilte die Klausel weder als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, noch erblickte er einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da die Neufestsetzung der Nutzwerte nicht in Folge einer einseitigen Änderung des Bauträgers erfolgte, sondern im Einvernehmen mit den Wohnungseigentümern durchgeführt wurde. Eine Änderung nach § 16 Abs 2 WEG läge sohin nicht vor.⁴⁰⁰

Bereits in der Entscheidung 5 Ob 228/13k⁴⁰¹ vertrat der OGH die Auffassung, dass aus der vertraglichen Vereinbarung, einer Änderung der Nutzwerte im Falle des Erforderlichwerdens „ohne Einrede“ einzuwilligen, kein umfassender Verzicht auf Einreden zu erblicken sei. Eine derartige Zustimmung zu einem, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vorliegenden Nutzwertgutachten würde dem vom Gesetzgeber gewollten Schutz der Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger zuwiderlaufen.⁴⁰²

*Böhm*⁴⁰³ kritisiert die vorangegangene Entscheidung und ist der Ansicht, dass so genannte „Persilscheine“, die Blankozustimmungen für Nutzwertneufestsetzungen und Widmungsänderungen enthalten, generell als unzulässig zu beurteilen sind. Die Vertragsklausel erfülle nicht die inhaltlichen Voraussetzungen des § 9 Abs 6 WEG, zumal es sich um eine vorab erteilte Blankozustimmung und nicht allein um eine Verpflichtung zur Erteilung einer zukünftigen Zustimmung handle. Bereits aus diesem Grund sei laut *Böhm* die Klage des Bauträgers auf Unterfertigung des Abänderungsvertrages abzuweisen gewesen. Entgegen der Meinung des OGH handle es nicht um eine einvernehmliche, sondern um eine einseitige Änderung, die zudem nicht als geringfügig zu qualifizieren sei. Als geringfügige Änderungen von Nutzwerten seien jedenfalls solche Änderungen anzusehen, durch die sich der Nutzwert eines Wohnungseigentumsobjekts im Sinne des § 9 Abs 2 Z 3 WEG um maximal 3 % verändert. Laut

⁴⁰⁰ OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

⁴⁰¹ OGH 21.02.2014, 5 Ob 228/13k.

⁴⁰² OGH 5 Ob 228/13k immolex 2014/39 (krit. *Prader*).

⁴⁰³ OGH 5 Ob 228/13k immolex 2014/39 (krit. *Prader*).

Böhm könne zudem noch die Geringfügigkeitsgrenze des § 10 Abs 3 WEG in Höhe von 10 % angenommen werden, wobei dieser die Geringfügigkeitsgrenze als zu hoch einstuft. Abhängig von weiteren Begebenheiten präferiere *Böhm* einen Schnitt von 6,5 % als Richtwert.⁴⁰⁴

In der gegenständlichen Klausel wird allerdings allgemein auf „für die Berichtigung der Nutzwerte erforderlichen Abtretungen von Miteigentumsanteilen“ Bezug genommen, sodass nach dem Wortlaut die Vorabzustimmung somit auch Nutzwertänderungen von über 10 % im Sinne des § 10 Abs 3 WEG betreffen. Aus diesem Grund sei laut *Böhm* die Änderung nicht mehr als geringfügig anzusehen. Diese verstoße nach Ansicht *Böhms* sohin gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, gegen das Transparenzgebot iSd § 6 Abs 3 KSchG als auch aufgrund gröblicher Benachteiligung gegen § 879 Abs 3 ABGB. Allerdings habe der Käufer bereits vorab seine Zustimmung zu der Änderung erteilt, sodass der OGH aus diesem Grund keinen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG erblickte, zumal es sich nach Ansicht des OGH um keine einseitige Änderung handelte, sondern um eine einvernehmliche.⁴⁰⁵

*Rainer*⁴⁰⁶ vertritt die Ansicht, dass es sich bei der gegenständlichen Klausel um die Verpflichtung handelt, eine zukünftige Zustimmung zu erteilen. Zukünftige Umwidmungen könnten auf diese Art vorgenommen werden, da der einzig relevante Punkt das Ausmaß der Änderung darstelle. Auch allgemeine Teile könnten so in ein WE-Objekt einbezogen werden.⁴⁰⁷

Meines Erachtens ist der Rechtsauffassung des OGH zu folgen. Bei der gegenständlichen Vertragsbestimmung handelt es sich um eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Erteilung einer zukünftigen Zustimmung. Meines Erachtens ist die Klausel nicht als Blankozustimmung zu qualifizieren. Die Vertragsbestimmung erfüllt den inhaltlichen Voraussetzungen des § 9 Abs 6 WEG. Wird die Zustimmung, wie vertraglich vereinbart, erteilt, betrifft diese die Ergebnisse des neuen Nutzwertgutachtens.

Betreffend § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ist allerdings der Ansicht *Böhms* zu folgen. Es handelt sich eindeutig um einen Fall des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, zumal es gerade um das dem Unternehmer vertraglich zugesicherte Recht geht, einseitige Änderungen vorzunehmen. Der Umstand, dass der damalige Wohnungseigentumsbewerber vertraglich seine Zustimmung zu einer solchen

⁴⁰⁴ *Böhm*, „Persilscheine“ für Neuparifizierungen und Widmungsänderungen im Wohnungseigentum zulässig, immolex 2016, 310 (311).

⁴⁰⁵ *Böhm*, „Persilscheine“ für Neuparifizierungen und Widmungsänderungen im Wohnungseigentum zulässig, immolex 2016, 310 (311).

⁴⁰⁶ *Rainer*, Plädoyer für eine einfache Neuparifizierung und Widmungsänderung im Wohnungseigentum, immolex 2016, 305 (305).

⁴⁰⁷ *Rainer*, Plädoyer für eine einfache Neuparifizierung und Widmungsänderung im Wohnungseigentum, immolex 2016, 305 (305).

zukünftigen Änderung erteilt hat, ändert nichts daran, dass das Recht auf Änderung einseitig dem Bauträger zusteht. Die Formulierung „... Vertragsbestimmungen, nach denen der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann...“⁴⁰⁸ unterstreicht diese Rechtsmeinung dem Wortlaut nach. Zwar wurde das Änderungsrecht nicht einseitig festgesetzt, zumal die Wohnungseigentumsbewerber im einvernehmlichen Wege ihre Zustimmung dazu erteilt haben. Allerdings ist von dem Bestehen eines einseitigen, dem Bauträger zustehenden, Änderungsrechts jedenfalls auszugehen, sodass der Anwendungsbereich des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zu bejahen ist.

Meines Erachtens verstößt die gegenständliche Klausel, in der Annahme, dass sich aus dem vertraglichen Formulierungsumfeld keine einschränkende Interpretation ergibt, gegen die Schutznorm des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Der Wohnungseigentümer hat sich nämlich bereits vorab zu „für die Berichtigung der Nutzwerte erforderlichen Abtretungen von Miteigentumsanteilen“⁴⁰⁹ in Folge einer Nutzwertänderung bereit erklärt. Durch diese derart allgemein gehaltene Formulierung gilt die künftige Zustimmung des nunmehrigen Wohnungseigentümers nicht nur für geringfügige Änderungen, sondern ebenfalls für Änderungen im Sinne des § 10 Abs 3 3. Satz WEG von mehr als 10 % als vereinbart. Das vertraglich vereinbarte Ausmaß der Änderung, übersteigt somit jedenfalls die Geringfügigkeitsgrenze nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG bzw den von *Böhm* angenommenen 6,5 %. Prinzipiell sind Verpflichtungen zur späteren Erteilung einer Zustimmung zu, allein vom Bauträger einseitig vorzunehmenden Änderungen, sowohl nach § 879 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG, als auch nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zulässig. Die Vertragsbestimmung muss allerdings präzise formuliert sein, um nicht derart ausgelegt zu werden, dass diese gegen die Geringfügigkeitsgrenze von *Böhm* in Höhe von 6,5 % verstößt.

2.9.3.3. Conclusio:

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Vorabzustimmung im Einzelfall im Bereich des WEG zulässig erscheint, ist darauf abzustellen, inwieweit diese gegen den Willen der Miteigentümer im Sinne des § 52 Abs 1 Z 2 iVm § 16 Abs 2 WEG erzwingbar ist. Hiervon ist jedenfalls auszugehen, wenn die Widmungsänderung weder eine Schädigung des Hauses, eine

⁴⁰⁸ § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

⁴⁰⁹ OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, noch eine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, oder eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses bzw von anderen Sachen nach sich zieht⁴¹⁰. Der Zweck der Vorabzustimmung ist es, das Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG zu ersetzen. Die Vorabzustimmung muss detailliert genug sein, um zu einem späteren Zeitpunkt - falls erforderlich - gerichtlich durchsetzbar zu sein.

Bei der Beurteilung, ob eine vertragliche Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen gegen § 38 WEG verstößt, muss unterschieden werden, aus welchem Grund der damalige Wohnungseigentumsbewerber vertraglich vorab seine Zustimmung abgegeben hat. Erhalten die anderen Wohnungseigentümer die Vorabzustimmung, künftig Widmungsänderungen an ihren eigenen Wohnungseigentumsobjekten vorzunehmen, ist die Vertragsbestimmung nicht geeignet, die Nutzungs- oder Verfügungsrechte des Betroffenen aufzuheben oder unbillig zu beschränken.⁴¹¹

Erhält allerdings der Wohnungseigentumsorganisator das Recht, spätere Widmungsänderungen an den Objekten der Wohnungseigentümer vorzunehmen, ist eine solche Vertragsbestimmung meist als unwirksam nach § 38 WEG anzusehen. Werden die Nutzungs- oder Verfügungsrechte des Wohnungseigentümers zwar beschränkt, dies allerdings nicht in unbilliger Weise, so ist kein Verstoß gegen § 38 WEG zu erblicken. Ein solcher Fall wäre gegeben, wenn der damalige Wohnungseigentumsbewerber der Vereinbarung auch bei einer Gleichstellung beider Parteien zugestimmt hätte.⁴¹²

Nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ist die Vorabzustimmung zu einseitigen Änderungen - deren Vornahme dem Bauträger zukommt - nicht von vornherein als unzulässig anzusehen. Gelingt dem Bauträger der Beweis, dass die gegenständliche Vertragsbestimmung im Einzelnen mit dem damaligen Wohnungseigentumsbewerber ausverhandelt wurde, ist die Vereinbarung als wirksam zu qualifizieren. Das Aushandeln der einzelnen Vertragsbestimmungen des Kauf- und Bauträgervertrages mit jedem einzelnen Wohnungseigentumsbewerber ist in der Praxis allerdings kaum durchführbar. Aufgrund dessen darf sich das dem Unternehmer vertraglich eingeräumte einseitige Änderungsrecht lediglich auf jene Änderungen beziehen, die geringfügig und sachlich gerechtfertigt sind. Derartige Änderungen sind dem Verbraucher iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zumutbar.

⁴¹⁰ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

⁴¹¹ Prader/Malaun, immolex 2008, 329.

⁴¹² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 8.

Eine vertragliche Vorabzustimmung zu Widmungsänderungen ist als gröblich benachteiligend und somit nichtig iSd § 879 Abs 3 ABGB einzustufen, wenn diese weder geringfügig noch sachlich gerechtfertigt erscheint. Treffen den Wohnungseigentümer in Folge der Änderung höhere Erhaltungskosten, ist diese bereits dann als sachlich ungerechtfertigt zu qualifizieren.⁴¹³ Des Weiteren sind die vertraglichen Nebenvereinbarungen in ihrer Gesamtheit auf deren Ausgewogenheit zu überprüfen, zumal eine Gefährdung der Privatautonomie des sich in der schwächeren Position befindlichen Wohnungseigentumsbewerbers verhindert werden soll.⁴¹⁴

Bei groben Widmungsänderungen, die Auswirkungen auf die Größe eines Wohnungseigentumsobjektes entfalten, können Neuparifizierungen erforderlich werden. Voraussetzung für eine einvernehmliche Nutzwertneufestsetzung im Sinne des § 9 Abs 6 WEG wäre die öffentliche schriftlich beglaubigte Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu dem neuen Nutzwertgutachten. Um eine solche nachträgliche Zustimmung vermeiden zu können, wird deshalb bereits im Bauträgervertrag eine Klausel vereinbart, in dieser sich sämtliche Wohnungseigentumsbewerber verpflichten, einer künftigen Nutzwertneufestsetzung zuzustimmen. Aufgrund dessen kann ein Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 9 Abs 6 WEG unterbleiben. Eine vertragliche Vorabzustimmung zu einer späteren Nutzwertneufeststellung wäre allerdings gemäß § 9 Abs 6 WEG unzulässig, zumal der Gesetzestext ausdrücklich von einer Zustimmung zu den Ergebnissen des neuen Nutzwertgutachtens spricht.

Eine vertraglich vereinbarte Verpflichtung zu einer späteren Zustimmung hat allerdings sehr klar definiert zu sein, um nicht Gefahr zu laufen, gegen die Geringfügigkeitsgrenze des § 6 Abs 2 Z 3 WEG zu verstoßen. Die Zustimmung darf sich nur auf eine, sich aus der Neuparifizierung resultierenden Änderung der Miteigentumsanteile im Sinne des § 10 Abs 3 WEG beziehen und einen Wert von etwa 6,5 % nicht überschreiten. Eine vertragliche Verpflichtung der Zustimmung zu späteren Nutzwertneufeststellungen und Änderungen der Miteigentumsanteile wäre sohin in dem Maß zulässig, wenn die Geringfügigkeitsgrenze im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG iVm § 10 Abs 3 WEG nicht überschritten wird.

Hinsichtlich der Thematik der „eigenmächtigen Vornahme von Änderungen am WE-Objekt“ sind darüber hinaus die Themenbereiche Benützungsregelung, behördliche Bewilligung sowie die Erhaltungs- und Duldungspflichten eines WE-Eigentümers näher zu betrachten. Im 4. Teil (Punkte 2.10 – 2.13.) dieser Masterthesis wird auf den § 17 WEG (Benutzungsregele-

⁴¹³ Prader, BTVG^{3.6} § 4 Rz 2

⁴¹⁴ Kothbauer, immolex 2011, 160.

gung) eingegangen und erfolgt eine Gegenüberstellung der Erhaltungspflichten sowie Duldungspflichten des Wohnungseigentümers für „sein“ WE-Objekt.

2.10. Benützungsregelung

Nach allgemeinen Grundsätzen iSd §§ 825 ff ABGB steht der Gebrauch einer im Miteigentum stehenden Sache jedem Teilhaber grundsätzlich insoweit zu, als dadurch der konkrete Gebrauch der anderen nicht gestört wird. Durch eine spezielle Regelung ist es allerdings möglich die gemeinschaftliche Sache oder abgrenzbare Teile davon ausschließlichen oder gemeinsamen zu benutzen. Die Regelung kann auf Dauer oder mindestens auf längere Zeit an die Teilhaber zugewiesen und dafür unter Umständen für eine den Anteil übersteigende Benützung eine Entgeltsleistung festgesetzt werden.⁴¹⁵

Sämtliche WE-Eigentümer können schriftlich eine Benützungsvereinbarung über die verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft treffen. Aus wichtigen Gründen kann gemäß § 17 Abs 2 WEG jeder Wohnungseigentümer eine gerichtliche Regelung über die Benützung der verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft oder die gerichtliche Abänderung einer bestehenden Regelung beantragen.⁴¹⁶ Als Beispiele für eine derartige Benützungsregelung iSd § 17 WEG sind etwa die Regelung der Nutzung des gemeinsamen Vorgartens oder Schwimmbades in der Wohnungseigentumsanlage zu nennen.⁴¹⁷

Aufgrund der gesetzlichen Textierung sind nur verfügbare Teile der Liegenschaft in diese Benützungsregelung einzubeziehen. Bestehen an allgemeinen Teilen der Liegenschaft Rechte - beispielsweise Mietrechte - die nicht im Wege eines Antrages auf Benützungsregelung vom Außerstreitrichter beseitigt werden können, so ist der betroffene Teil der Liegenschaft nicht verfügbar und kann hierüber keine Benützungsregelung getroffen werden.⁴¹⁸

Wurden vom seinerzeitigen Wohnungseigentumsorganisator nur für einzelne und nicht für alle nunmehrige Mit- und Wohnungseigentümer Bestandrechte eingeräumt, sind diese aufgrund festzustellender Bevorzugung einzelner Wohnungseigentumsbewerber gemäß § 38 Abs 1 Z 1 WEG rechtsunwirksam. Dies wäre etwa der Fall, wenn lediglich 10 Parkplätze bei einer

⁴¹⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 17 WEG Rz 1.

⁴¹⁶ Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum kompakt⁶ (2017) Rz 313.

⁴¹⁷ Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 314.

⁴¹⁸ Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 315.

Gesamtanzahl von 25 Wohnungseigentümern vorhanden sind, sodass eine gerichtliche Benützungsregelung über die Abstellplätze möglich ist.⁴¹⁹ Bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über einen solchen Antrag auf gerichtliche Regelung über die Benützung der verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft kann eine Mehrheit von 2/3 der Anteile auch während des Verfahrens eine vorläufige Benützungsregelung beschließen.⁴²⁰

Gemäß § 17 Abs 3 WEG werden Benützungsregelungen durch den Wechsel eines Wohnungseigentümers nicht berührt. Eine Benützungsregelung muss bei Festsetzung durch das Gericht von Amts wegen, ansonsten, sofern die Unterschrift auch nur eines Wohnungseigentümers öffentlich beglaubigt ist, auf Antrag dieses oder eines anderen Wohnungseigentümers im Grundbuch ersichtlich gemacht werden.⁴²¹

Im Fall einer gerichtlichen Benützungsregelung handelt es sich im Wesentlichen um eine von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung. Grundsätzlich hat jeder Miteigentümer einen Anspruch auf eine annähernd seinem Miteigentumsanteil entsprechende Nutzung der gemeinsamen Sache, sodass jedes Abweichen von einer den Anteilen entsprechenden Sachnutzung eine Interessensabwägung voraussetzt. Grundsätzlich hat der dadurch Bevorzugte diesen Vorteil durch ein Benützungsentgelt auszugleichen.⁴²²

Grundsätzlich sind alle - auch verbücherte - Benützungsregelungen aus wichtigem Grund auflösbar, zumal ansonsten mit einer verbücherten Benützungsregelung ein eigentumsähnliches Recht geschaffen würde, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist.⁴²³

Soweit nicht in die Rechtssphäre der übrigen Teilhaber eingegriffen wird oder deren wichtige Interessen beeinträchtigt werden, ist mit einer Zuweisung des alleinigen Nutzungs- und Verfügungsrechts iSd § 17 WEG grundsätzlich auch das eo ipso bestehende Recht zur physischen Veränderung des zugewiesenen Teils verbunden. Hinsichtlich Veränderungen der zugewiesenen allgemeinen Teile, die – insbesondere aufgrund ihrer Gravität – von diesem eo ipso bestehenden Recht nicht mehr umfasst sind, wird § 16 WEG analog angewendet.⁴²⁴

⁴¹⁹ *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 316.

⁴²⁰ *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 317.

⁴²¹ *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 318.

⁴²² *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 319.

⁴²³ *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ Rz 321.

⁴²⁴ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 17 WEG Rz 1.

2.11. Behördliche Bewilligung der Änderung

§ 16 Abs 2 Z 4 WEG sieht vor, dass bei Änderungen, die die anderen Wohnungseigentümer nach den Regelungen der Z 1 – 3 zu dulden haben, eine etwaig erforderliche Zustimmung zur Erlangung einer behördlichen Bewilligung nicht verweigern dürfen. Eine allfällige Weigerung kann durch einen Beschluss nach §§ 16 Abs 2 Z 4 iVm § 52 Abs 1 Z 2 iVm 367 Abs 1 EO im AußStrVerf ersetzt werden^{425 426}.

Durch die Regelung der Z 4 sollte darüber hinaus ursprünglich ebenfalls klargestellt werden, dass das Änderungsrecht des Wohnungseigentümers nicht schon deshalb ausgeschlossen wird, da die beabsichtigte Änderung einer behördlichen Bewilligung benötigt.⁴²⁷

Umgekehrt kann freilich die Bewilligungsfähigkeit einer Maßnahme nicht die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 16 Abs 2 Z 1 – 3 WEG ersetzen, sondern ist diese Frage einer eigenständigen Beurteilung zu unterziehen. Die Genehmigungsfähigkeit einer Änderung nach den Vorschriften der BauO führt dabei nicht automatisch zum Nichtvorliegen einer Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungszustandes⁴²⁸. Des Weiteren kann die Gefährdung der Sicherheit von Personen jenseits des Bagatellbereiches auch durch Genehmigungsfähigkeit nach der BauO nicht entkräftet werden⁴²⁹. Die baubehördliche Genehmigungsfähigkeit sagt zudem nichts über Verkehrsüblichkeit der Maßnahme aus,⁴³⁰ zumal Zielsetzungen von BauO und GewO nicht mit jenen des WEG identisch sind^{431 432}.

2.12. Erhaltungspflichten des Wohnungseigentümers

Als „Gegenstück“ seines ausschließlichen Verfügungs- und Nutzungsrechts am WE-Objekt verpflichtet § 16 Abs 3 S 1 WEG den Wohnungseigentümer die Wartung und Instandhaltung seines Objektes und der dafür bestimmten Einrichtungen in einem bestimmten Umfang zu

⁴²⁵ OGH 5 Ob 47/81 MietSlg 33.511/29; VwGH 1.7.1982, 81/06/0190 MietSlg 34.533/4.

⁴²⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 54.

⁴²⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 55.

⁴²⁸ Siehe vgl OGH 1 Ob 594/88 MietSlg 40.461.

⁴²⁹ OGH 5 Ob 82/95 = wobl 1996, 76/23 (Markl) = MietSlg 47.510.

⁴³⁰ OGH 5 Ob 248/00g MietSlg 52.544.

⁴³¹ OGH 5 Ob 84/04w immolex 2004, 342/172.

⁴³² Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 56.

übernehmen. Von der Rspr wird diese individuelle Erhaltungspflicht des Wohnungseigentümers per analogiam auch auf Zubehör-WE erstreckt⁴³³. Sohin wäre die Erhaltung der Terrasse freilich aufgrund der neuen Definition von WE-Zubehör gemäß § 2 Abs 3 WEG nach der vom WEG 2002 geschaffenen Rechtslage ohnedies als Erhaltung unmittelbar des WE-Objekts zu behandeln^{434 435}.

Diese Verpflichtung ist - ähnlich der nunmehrigen Regelung des § 8 Abs 1 MRG - in zweifacher Hinsicht begrenzt. Zum einen tritt sie hinter Erhaltungspflichten der Eigentümergemeinschaft iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG zurück. In einem solchen Umfang obliegt dem Wohnungseigentümer lediglich die Anzeigepflicht gemäß § 30 Abs 3 WEG. Zum anderen erfährt sie inhaltlich eine derartige Begrenzung, dass der Wohnungseigentümer nur zur Setzung solcher Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet ist, deren Unterlassung einen Nachteil für die übrigen Wohnungseigentümer mit sich bringen könnte. Dies etwa wegen Beeinträchtigung ihrer WE-Objekte oder des Entstehens von Schäden an gemeinsamen Teilen der Liegenschaft. Darunter fällt etwa die Verpflichtung zur Abdichtung eines undichten Schwimmbeckens in einem WE-Objekt, sodass es zu keiner Durchfeuchtung der darunter liegenden Decke als allgemeinem Teil des Hauses kommt⁴³⁶. Keine Pflicht zur Reparatur von Parkwippen auf Stellplätzen im Zubehör-WE besteht allerdings, solange nicht andernfalls drohende Nachteile für die übrigen Wohnungseigentümer festgestellt werden⁴³⁷. Zweifelhaft in diesem Zusammenhang ist allerdings, ob eine Pflicht zur Erhaltung einer Terrassenpergola besteht, obwohl keine drohenden Nachteile der übrigen Wohnungseigentümer ersichtlich sind^{438 439}. Betreffend die Abgrenzung der Erhaltungspflichten der einzelnen Wohnungseigentümer und der Eigentümergemeinschaft bei Kfz-Stapelabstellplätzen kann auf die Entscheidung 5 Ob 272/09z⁴⁴⁰ verwiesen werden. Als Sanktion für die Verletzung der, den Wohnungseigentümer obliegenden Instandhaltungspflicht kommt neben dem Entstehen von Schadenersatzansprüchen bei qualifizierter Pflichtverletzung ebenfalls ein Ausschluss gemäß § 36 Abs 1 Z 2 WEG in Frage. Die Durchsetzung

⁴³³ OGH 5 Ob 249/99z = MietSlg 51.550 = immolex 2000, 175/ 104.

⁴³⁴ OGH 5 Ob 173/01d wobl 2002, 89/29 (krit *Call*).

⁴³⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 60.

⁴³⁶ OGH 5 Ob 102/94 MietSlg 46.523.

⁴³⁷ OGH 5 Ob 173/01d wobl 2002, 89/29 (krit *Call*).

⁴³⁸ OGH 5 Ob 249/99z = MietSlg 51.550 = immolex 2000, 175/104.

⁴³⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 61.

⁴⁴⁰ OGH 5 Ob 272/09z = wobl 2009, 282/104 (Vonkilch) = MietSlg 60.494/23 = immolex 2009, 178/71 (*Pra-*
der); 5 Ob 109/10f = wobl 2011, 137/65 = MietSlg 62.469 = immolex 2011, 249/82 (*Fuchs*).

der den Wohnungseigentümer obliegenden Instandhaltungspflicht ist dabei im streitigen Verfahren zu erzwingen.⁴⁴¹

2.13. Duldungspflichten des Wohnungseigentümers

§ 16 Abs 3 S 2 WEG erlegt dem Wohnungseigentümer eine gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG im AußStrVerf durchzusetzende⁴⁴² und (ausschließlich) von der Eigentümergemeinschaft geltend zu machende⁴⁴³ Pflicht zur Duldung des Betretens und der Benutzung des im WE stehenden Objektes auf. Allerdings müssen diese Eingriffe insoweit zur Erfüllung der, die Eigentümergemeinschaft gemäß § 28 Abs 1 Z 1 WEG treffenden Erhaltungspflicht erforderlich sein. Konkret bedeutet das, dass diese Eingriffe im Interesse der Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft sowie im Interesse der Behebung ernster Schäden des Hauses notwendig sein müssen.

Diese Erforderlichkeit ist streng zu prüfen⁴⁴⁴, wobei unter Umständen auf teurere Varianten zurückgegriffen werden muss, wenn diese nur zu geringeren Eingriffen in das Nutzungsrecht des Wohnungseigentümers führen⁴⁴⁵. Ausnahmsweise anderes wird jedoch dann gelten, wenn sich die Mehrkosten im Vergleich zur geringeren Beeinträchtigung des Wohnungseigentümers völlig unverhältnismäßig darstellen. Obwohl von § 16 Abs 3 S 2 WEG nicht umfasst, ist wohl unzweifelhaft, dass ein Wohnungseigentümer die dort genannten Eingriffe auch dann dulden muss, wenn diese zur Durchführung einer gemäß § 29 WEG beschlossenen Verbesserungsmaßnahme erforderlich sind. Ihre Durchsetzung wird allerdings, - im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen - im streitigen Verfahren zu erfolgen haben. Zur Abgrenzung gegenüber anderen Maßnahmen, bei denen keine Duldungspflicht besteht darf auf die Entscheidung 5 Ob 16/12g⁴⁴⁶ verwiesen werden.⁴⁴⁷ Obwohl das Gesetz nur das Betreten bzw Benutzen des WE-Objektes aufzählt, wird man *argumento a maiori ad minus* davon ausgehen können, dass im geschilderten Umfang ebenfalls eine Pflicht zur Duldung von sonstigen Beeinträchtigun-

⁴⁴¹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 62.

⁴⁴² EB zu RV 989 BlgNR XXI. GP 82.

⁴⁴³ OGH 5 Ob 272/09z = wobl 2011, 108/53 = MietSlg 62.811; 5 Ob 16/12g = MietSlg 63.453; 5 Ob 16/12g = immoLEX 2012, 212/69 (Cerha).

⁴⁴⁴ LGZ Wien 7.11.2000, 41 R 380/00m MietSlg 52.546.

⁴⁴⁵ Siehe vgl Vonkilch, Anm zu wobl 2006, 212/93.

⁴⁴⁶ OGH 5 Ob 16/12g = MietSlg 63.453.

⁴⁴⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 63.

gen des ausschließlichen Nutzungsrechts besteht⁴⁴⁸. Zum verwandten Problem kann auf die Rspr des § 8 MRG verwiesen werden.⁴⁴⁹

Für Schäden, die aus Eingriffen resultieren, die der Wohnungseigentümer nach § 16 Abs 3 S 2 WEG zu dulden hat, besteht ein Anspruch auf angemessene Entschädigung durch die Gemeinschaft. Dieser Eingriff ist als Fall einer Eingriffshaftung zu qualifizieren und ist gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG im AußStrVerf geltend zu machen. Dieser Anspruch ist eine Folge der dem Wohnungseigentümer vom Gesetz auferlegten Duldungspflichten und nicht etwa dessen Erfüllung eine Voraussetzung für deren Bestehen⁴⁵⁰. Nach dem klaren Wortlaut ist – im Gegensatz zu § 8 Abs 3 MRG – ausschließlich den Ersatz von Vermögensschäden⁴⁵¹ erfasst. Analog zur ausdrücklichen Regelung für den Anspruch nach § 8 Abs 3 MRG und der dazu ergangenen Rspr kann auch im Zusammenhang mit § 16 Abs 3 S 2 WEG davon ausgegangen werden, dass Ersatz nur für Beeinträchtigungen gebührt, die eine gewisse Wesentlichkeitsschwelle überschreiten⁴⁵². Des Weiteren ist die „Angemessenheit“ der Entschädigung dahingehend zu konkretisieren, dass durch die Entschädigung die Durchführung der Erhaltungsmaßnahme nicht ungebührlich erschwert werden soll.⁴⁵³ Weder § 16 Abs 2 Z 3 WEG, noch § 16 Abs 3 WEG sehen indes eine ausdrücklich geregelte Pflicht des Wohnungseigentümers zur Duldung von Eingriffen in sein Nutzungsrecht vor, wenn diese Eingriffe weder, aus dem Änderungsrecht eines anderen Wohnungseigentümers, noch aus der Erfüllung von Erhaltungspflichten der Eigentümergemeinschaft resultieren, sondern aus der Vornahme von Erhaltungsarbeiten an einzelnen WE-Objekten.

Für einen solchen Fall ist von einer planwidrigen Unvollständigkeit auszugehen, die durch Analogie zu schließen ist. Im Hinblick auf die Füllung dieser Gesetzeslücke ist allerdings zu unterscheiden: Kommt der Wohnungseigentümer mit der Erhaltungsmaßnahme lediglich der, ihm iSd § 16 Abs 3 S 1 WEG obliegenden Erhaltungspflicht nach, so ist angesichts der Gemeinschaftsorientiertheit dieser Pflicht (Vermeidung von Nachteilen der übrigen Wohnungseigentümer) einzig § 16 Abs 3 S 2 WEG als taugliche Analogiebasis heranzuziehen. Sohin hat der Wohnungseigentümer die Vornahme der Maßnahme jedenfalls zu dulden, wobei dieser allerdings von der Eigentümergemeinschaft angemessen zu entschädigen ist. Stellt allerdings die in Frage stehende Erhaltungsmaßnahme eine „freiwillige“ des Wohnungseigentümers dar,

⁴⁴⁸ Siehe idS implizit LGZ Wien 7.11.2000, 41 R 380/00m MietSlg 52.546.

⁴⁴⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 64.

⁴⁵⁰ Siehe OGH 5 Ob 272/09z = wobl 2011, 108/53 = MietSlg 62.811.

⁴⁵¹ Prader/Malaun, immolex 2009, 332.

⁴⁵² Prader/Malaun, immolex 2009, 332-

⁴⁵³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 65.

kommt zur Beurteilung der Duldungspflicht anderer davon betroffener Wohnungseigentümer eine analoge Anwendung von § 16 Abs 2 Z 3 WEG in Frage, sodass diese Pflicht nur nach Maßgabe einer Interessenabwägung besteht und eine angemessene Entschädigung allein von dem die Erhaltungsmaßnahme durchführenden Wohnungseigentümer zu leisten ist.⁴⁵⁴

2.14. Rechtsdurchsetzung

Ist durch eine beabsichtigte Änderung eines Wohnungseigentümers eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der übrigen Wohnungseigentümer nicht völlig ausgeschlossen ist, darf diese Änderung nach hA nur bei Zustimmung aller Wohnungseigentümer oder nach Ersetzung ihrer Zustimmung gemäß § 16 Abs 2 WEG im AußStrVerf vorgenommen werden^{455 456}.

Betreffend die konkludente Erteilung der Zustimmung durch einzelne Wohnungseigentümer im Rahmen eines – hierfür an sich nicht geeigneten Beschlussfassungsverfahrens⁴⁵⁷; sowie zur Frage der Bindung von Einzelrechtsnachfolgern an bereits erteilte Zustimmungen⁴⁵⁸ darf auf die entsprechenden Entscheidungen verwiesen werden.⁴⁵⁹ Hinsichtlich des Sonderfalles der Veräußerung des Miteigentumsanteils durch den Wohnungseigentümer während eines anhängigen Verfahrens gemäß § 52 Abs 1 Z 2 WEG iVm § 16 Abs 2 WEG bei Ausscheiden des früheren Eigentümers aus dem Verfahren und Eintritt des Erwerbers⁴⁶⁰.

Dem Nichtvorliegen einer derartigen Zustimmung aller Wohnungseigentümer ist es gleichzuhalten, sollte die Änderungsmaßnahme vom Wohnungseigentümer gravierend anders ausgeführt worden sein, als diese zuvor von den Wohnungseigentümern genehmigt wurde.⁴⁶¹ Eine Zustimmung für geringfügige Abänderungen des zunächst genehmigten Planes der Änderung kann allerdings unter Umständen als erteilt angesehen werden.⁴⁶² Keinesfalls ausreichend ist die Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer oder des Verwalters, zumal keine

⁴⁵⁴ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 66.

⁴⁵⁵ OGH 5 Ob 95/93 = wobl 1991, 64/53 (Call) = MietSlg 42.434; 5 Ob 95/93 MietSlg 45.542.

⁴⁵⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 58.

⁴⁵⁷ Siehe vgl OGH 3 Ob 151/11v = MietSlg 63.074.

⁴⁵⁸ Siehe näher Prader/Malaun, immolex 2008, 134.

⁴⁵⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 58.

⁴⁶⁰ Siehe vgl OGH 5 Ob 59/11d = wobl 2012, 156/58 = MietSlg 63.515 = immolex 2011, 342/111 (Hagen).

⁴⁶¹ OGH 5 Ob 143/11g = MietSlg 63.460 = immolex 2012, 181/58 (Maier-Hülle).

⁴⁶² OGH 4 Ob 109/11z = MietSlg 63.068 = immolex 2012, 85/27 (Cerha).

Verwaltungs-, sondern eine Verfügungsmaßnahme vorliegt.⁴⁶³ Allerdings besteht die Möglichkeit zu einem derartigen Beschluss eine konkludente Zustimmung des positiv votierenden Wohnungseigentümers zur in Frage stehenden Verfügungsmaßnahme zu erblicken^{464 465}.

Liegen bei einer genehmigungspflichtigen Änderung des WE-Objektes weder eine Zustimmung der anderen WE-Eigentümer, noch eine gerichtliche Ersetzung des Beschlusses durch einen Außerstreitrichter vor, dann handelt der Änderer gesetzwidrig. Der, die Änderung vornehmende Wohnungseigentümer kann nach hA von jedem einzelnen Wohnungseigentümer wegen Eingriffs in dessen Anteilsrecht – ausschließlich im streitigen Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen petitorisch auf Beseitigung der Änderung und Wiederherstellung des früheren Zustandes sowie – gegebenenfalls – auf Unterlassung künftiger Änderungen geklagt werden.⁴⁶⁶ Als ultima ratio ist der renitente WE-Eigentümer gemäß § 36 WEG aus der Wohnungseigentümergeinschaft auszuschließen.

Nachfolgend sollen die einzelnen Ansprüche der WE-Eigentümer gegen einen Änderer in Grundzügen analysiert werden.

2.14.1. Unterlassungsanspruch

Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn, die von diesem Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Gase, Rauch, Wärme, Geruch, Erschütterung, Geräusch und ähnliches insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benützung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.⁴⁶⁷

Die Abwehr unzulässiger Immissionen nach Abs 2 ist ein modifizierter Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) und berechtigt ua den Eigentümer, den Miteigentü-

⁴⁶³ LGZ Wien 24.6.1980, 45 R 411/80 MietSlg 32.484; LGZ Wien 39 R 18/14g = MietSlg 66.486.

⁴⁶⁴ OGH 3 Ob 151/11v = MietSlg 63.074.

⁴⁶⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 58.

⁴⁶⁶ Siehe etwa OGH 5 Ob 86/03p = MietSlg 55.520 = immolex 2003, 295/167; 5 Ob 229/09a = MietSlg 62.424 = immolex 2010, 347/131 (Prader); 4 Ob 109/11z = MietSlg 63.068 = immolex 2012, 85/27 (Cerha) und insbesondere 5 Ob 38/15x = wobl 2017, 187/60 (Vonkilch) = MietSlg 67.438 = immolex 2015, 315/95 (Räth).

⁴⁶⁷ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

mer⁴⁶⁸ den Wohnungseigentumsbewerber⁴⁶⁹ sowie den Wohnungseigentümer⁴⁷⁰ im streitigen Verfahren die Unterlassung dieser Emissionen zu begehren, insoweit deren Rechte berührt sind.⁴⁷¹ Dieser Anspruch kann auch untereinander erhoben werden.⁴⁷² Wohnungseigentümer untereinander sind als Nachbarn im Sinne dieser Bestimmung anzusehen und können sohin einander auf Unterlassung von Immissionen klagen. Mieter können entweder direkt gegen den störenden Mieter vorgehen und Unterlassung gemäß § 364 Abs 2 ABGB begehren oder den Vermieter auf Vertragszuhaltung klagen. Bloße Mitbewohner, Ehepartner oder Lebensgefährten ohne grundbücherlich einverleibtes Wohnrecht verfügen allerdings über keinen Unterlassungsanspruch.

Der einzelne Wohnungseigentümer kann gemäß § 18 Abs 2 WEG den Anspruch auch der Gemeinschaft zur Geltendmachung im eigenen Namen abtreten. Unterlassen nach Abs 2 muss nicht nur der Nachbar, sondern grundsätzlich jeder Störer. Die Rspr verlangt allerdings auch beim unmittelbaren Störer meist formelhaft dass er die Liegenschaft für eigene Zwecke benutzt.⁴⁷³ Hinsichtlich der Anwendungsfälle darf insbesondere auf die, in dieser Masterthesis besprochenen Judikate verwiesen werden.

Der Kläger ist sowohl für sein Eigentumsrecht, als auch für die behauptete Immission beweispflichtig. Dem Beklagten obliegt der Beweis der Zulässigkeit der Immission. Wie bei jedem Unterlassungsbegehren muss eine Wiederholungsgefahr gegeben sein, wobei diese bereits dann vorliegt, wenn ein Zustand fortbesteht, der keine Sicherheit vor weiteren Eingriffen bietet. Ein solcher Fall wäre etwa wenn der störende Nachbar das Unrecht nicht einsieht.

Nur jene Immissionen, die das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benützung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen sind zu unterlassen und können vom gestörten Nachbarn mit Unterlassungsklage bekämpft werden. Das bedeutet, dass die Immission das Maß der Ortsüblichkeit überschreiten sowie die Benützung der betroffenen Nachbarliegenschaft einschränken muss. Eine nicht ortsübliche Immission kann sohin nicht untersagt werden, wenn diese nicht in beachtlicher Weise die ortsübliche

⁴⁶⁸ OGH 1 Ob 2/75 = SZ 48/4.

⁴⁶⁹ OGH 5 Ob 444/97y = RdU 1998/121 (*Kerschner*).

⁴⁷⁰ OGH 3 Ob 502/81 = SZ 54/55; 8 Ob 59/15 g = Zak 2016/355 = wobl 2017/7.

⁴⁷¹ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁴⁷² OGH 5 Ob 180/98a = SZ 71/147; 1 Ob 201/00s = wobl 2001/85; 5 Ob 140/04 f = wobl 2005/84 (*Call*); 5 Ob 218/07 f = immolex 2008/22 (*Prader*); 9 Ob 69/10 b = JBl 2011, 246; 5 Ob 173/15 z = immolex 2016/3 (*Räth*).

⁴⁷³ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.04 § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

Nutzung der Nachbarliegenschaft hindert. Umgekehrt kann eine wesentliche Beeinträchtigung der Nutzung nicht verhindert werden, wenn die dafür ursächliche Immission ortsüblich ist.

Unter den örtlichen Verhältnissen sind dabei laut ständiger Rechtsprechung die unmittelbar Umgebung gelegenen Liegenschaften zu verstehen und nicht etwa die ganze politische Gemeinde. Entscheidend sind sowohl die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu jenem, von dem die Belästigung ausgeht, als auch die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften.⁴⁷⁴

Maßgeblich für die ortsübliche Benützung sind dabei die Natur und die tatsächliche Zweckbestimmung des Grundstücks. Die in Flächenwidmungsplänen angeführte Widmung und die damit erlaubte Benützung einer Liegenschaft entfalten lediglich Indizwirkung. Baurechtliche Normen geben ebenfalls nur Anhaltspunkte, was unter Ortsüblichkeit zu verstehen ist. Betreffend Lärmimmissionen kommt es nicht bloß auf die Lautstärke an, sondern auch wie häufig und lang andauernd die Beeinträchtigung erfolgt und zu welcher Tageszeit. Maßgebend ist dabei nicht nur die objektiv messbare Lautstärke, sondern auch die Lästigkeit, die sich vor allem nach Dauer, Tonhöhe, und Eigenart des Geräusches bestimmt. Während der Nachtruhezeit zwischen 22:00 Uhr und 6:00 Uhr sind allerdings sonst übliche Geräusche ebenfalls zu unterlassen.

Die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung ist nicht nach den konkreten subjektiven Empfindungen des vielleicht besonders sensiblen Nachbarn zu beurteilen, sondern am Maßstab eines Durchschnittsmenschen. Eine Immission ist dann ungebührlich sowie störend und zu untersagen, wenn diese nach ihrer Art und Intensität geeignet ist, das Wohlbefinden normal empfindender Menschen zu beeinträchtigen. Immissionen, die schon vorhanden sind, können grundsätzlich nicht mehr bekämpft werden. Neu hinzukommende Nachbarn müssen sich mit der bereits vorherrschenden Immission abfinden.⁴⁷⁵ Auch eine objektiv voraussehbare Zunahme

⁴⁷⁴ Siehe ua OGH 7 Ob 71/14p = wobl 2014,283/108 - wobl 2014/108 = bbl 2014,221/192 - bbl 2014/192 = ecolex 2015/65 S 192 - ecolex 2015,192 = immolex 2016/16 S 55 - immolex 2016,55 = MietSlg 66.015: Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁴⁷⁴ OGH 1 Ob 2/75 = SZ 48/4.

⁴⁷⁴ OGH 5 Ob 444/97y = RdU 1998/121 (*Kerschner*).

⁴⁷⁴ OGH 3 Ob 502/81 = SZ 54/55; 8 Ob 59/15 g = Zak 2016/355 = wobl 2017/7.

⁴⁷⁴ Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁴⁷⁴ OGH 5 Ob 180/98a = SZ 71/147; 1 Ob 201/00s = wobl 2001/85; 5 Ob 140/04 f = wobl 2005/84 (*Call*); 5 Ob 218/07 f = immolex 2008/22 (*Prader*); 9 Ob 69/10 b = JBl 2011, 246; 5 Ob 173/15 z = immolex 2016/3 (*Räth*).

⁴⁷⁴ Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.04 § 364 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁴⁷⁴ Siehe ua OGH 7 Ob 71/14p = wobl 2014,283/108 - wobl 2014/108 = bbl 2014,221/192 - bbl 2014/192 = ecolex 2015

⁴⁷⁵ Siehe betreffend Lärm: OGH 2 Ob 236/99s = RdU 2000,31 (*Kerschner*) = Jus-Extra OGH-Z 6038.

der Immission durch eine vorhersehbare Entwicklung der Grundstücksnutzung ist hinzunehmen.⁴⁷⁶

Ist der Eigentümer jenes Grundstückes, von dem die Lärmbelastung ausgeht, nicht zugleich Störer, kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn dieser berechtigt und faktisch dazu in der Lage ist, die Störung zu unterbinden. Es muss sohin ein Zusammenhang zwischen Sachherrschaft und störende Immission bestehen. Das mehrjährige Hinnehmen einer Immissionsbeeinträchtigung durch den betroffenen Nachbarn, ohne eine Unterlassung zu begehren, macht nach jüngerer Judikatur⁴⁷⁷ diese nicht ortsüblich.

Nach älterer Judikatur⁴⁷⁸ wurde durch das Dulden einer Lärmbelästigung über mehr als 3 Jahre lang, dieser Lärm allerdings zum Bestandteil des Ortsüblichen gezählt. Eine Unterlassungsklage konnte nach 3 Jahren sohin nicht mehr erfolgreich eingebracht werden. Jedenfalls sind Einwirkungen, die schon länger als die allgemeine Ersitzungs- und Verjährungszeit bestehen, als ortsüblich anzusehen⁴⁷⁹.

Laut ständiger Rechtsprechung⁴⁸⁰ kann die Unterlassungsklage vorbeugend eingebracht werden, wenn eine konkrete Besorgnis einer drohenden Rechtsverletzung vorliegt. Diese ist dann gerechtfertigt, wenn das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorsteht, sohin Erstbegehungsfahr besteht sowie das Abwarten einer Rechtsverletzung zu einer nicht wiedergutmachenden Schädigung führen würde. Der Kläger hat die tatsächlichen Umstände, die eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr erstmaliger Begehung begründen, im Einzelnen darzulegen sowie im Bestreitungsfall zu beweisen. Die bloße theoretische Möglichkeit der Begehung genügt laut ständiger Rechtsprechung nicht.⁴⁸¹

Mit der Unterlassungsklage lassen sich keine absoluten Verbote begehren, da die Wahl der Mittel zur Immissionsvermeidung beim Störer liegt. Der (unterlegene) Beklagte hat dafür zu sorgen, dass sein Nachbar nicht durch bestimmte Immissionen beeinträchtigt wird. Die Art, wie dies zu geschehen hat, bleibt dem Beklagten überlassen.⁴⁸² Sohin kann etwa die Lärmer-

⁴⁷⁶ Siehe betreffend Lärm: OGH 26.11.1997, 7 Ob 361/97g.

⁴⁷⁷ Siehe betreffend Lärm ua OGH 5 Ob 65/03z = immolex 2003,308 = RdU-LSK 2003/61 = MietSlg 55.029 = MietSlg 55.077 = SZ 2003/36.

⁴⁷⁸ Siehe betreffend Lärm ua OGH 3 Ob 201/99a = immolex 2001,12 = RdU 2001,31 (Kerschner) = MietSlg 52.022 = MietSlg 52.050 = MietSlg 52.748 (16) = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht).

⁴⁷⁹ OGH 2 Ob 94/00p = immolex 2001,209 = ecolex 2001,601 (Thaler) = RdU 2001,112 (Kerschner) = MietSlg 52.028.

⁴⁸⁰ Siehe ua OGH 9 Ob 54/08v = Jus-Extra OGH-Z 4678 = RdW 2009/662 S 644 - RdW 2009,644.

⁴⁸¹ Siehe ua OGH 6 Ob 146/12g = bbl 2013,78/67 - bbl 2013/67.

⁴⁸² Siehe vgl OGH 09.10.2007, 10 Ob 60/06f.

zeugung generell nicht untersagt werden, sondern bloß das Eindringen von bestimmtem Lärm - eventuell zu bestimmten Uhrzeiten - auf das Nachbargrundstück. Es handelt sich sohin um kein Handlungs-, sondern um ein Erfolgsverbot. Bei Zuwiderhandeln wird nach § 355 EO vollstreckt und gegen den verpflichteten Beklagten Geldstrafen verhängt, bis dieser die Unterlassung einhält bzw. umsetzt.

2.14.2. Eigentumsfreiheitsklage

Jeder Wohnungseigentümer, der eigenmächtig, sohin ohne vorherige Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer, Änderungen vornimmt, kann nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung von jedem einzelnen Wohnungseigentümer im streitigen Rechtsweg geklagt werden. Die Eigentumsfreiheitsklage iSd § 523 ABGB ist auf Beseitigung der Änderung und Wiederherstellung des früheren Zustands - sowie gegebenenfalls auf Unterlassung künftiger Änderungen – zu richten.⁴⁸³

Hinsichtlich des Unterlassungs- und Wiederherstellungsbegehrens, hat der Streitrichter im Verfahren iSd § 523 ABGB lediglich zu beurteilen, ob die vorgenommene Änderung genehmigungspflichtig war. Des Weiteren hat er zu prüfen, ob die Zustimmung der Wohnungseigentümer zur vorgenommenen Änderung eingeholt oder die Zustimmung durch den Außerstreitrichter ersetzt wurde. Die Genehmigungsfähigkeit einer Änderung im Sinne des § 16 Abs. 2 WEG ist nicht zu beurteilen, zumal die die Genehmigungsfähigkeit einer Änderung nur vom Außerstreitrichter in einem eigenen Verfahren zu prüfen ist. Ergibt die Prüfung des Streitrichters, dass die Änderung genehmigungspflichtig war, die Zustimmung zur Änderung jedoch nicht vorliegt, so ist dem Wohnungseigentümer, der die Änderung eigenmächtig vorgenommen hat, mit Urteil die Beseitigung der Änderung sowie die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf seine Kosten aufzutragen. Ergänzend zu den Rückbaukosten sowie den Kosten seiner Rechtsvertretung hat der änderungswillige Wohnungseigentümer ebenfalls die Kosten des Gegners für dessen Rechtsvertretung zu ersetzen. Daraus resultiert eine erhebliche Kostenbelastung des änderungswilligen Wohnungseigentümers.

Auch im Fall von genehmigungsfähigen Änderungen ist derart zu entscheiden, insoweit dem Streitrichter nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung über die Eigentumsfreiheits-

⁴⁸³ RIS-Justiz RS0083156.

klage eine rechtskräftige Entscheidung des Außerstreitrichters, die die Zustimmung der Wohnungseigentümer ersetzt, vorliegt. Selbst wenn die Änderung vom Außerstreitrichter als genehmigungsfähig eingestuft wird und somit die Zustimmung der Wohnungseigentümer durch Entscheidung des Außerstreitrichters ersetzt wird, wird eine solche Entscheidung in den meisten Fällen allerdings zu spät kommen, wenn der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung durch den Außerstreitrichter erst nach Einbringung der Eigentumsfreiheitsklage beantragt wird. Im schlimmsten Fall wird der Wohnungseigentümer sohin im Verfahren über die Eigentumsfreiheitsklage rechtskräftig zur Beseitigung der Änderung und Wiederherstellung des früheren Zustands verurteilt. Erst Monate später erhält er die Entscheidung des Außerstreitrichters, dass die Zustimmung der Wohnungseigentümer zur Änderung ersetzt wird. In einem Fall hat der änderungswillige Wohnungseigentümer ebenfalls sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Eigentumsfreiheitsklage zu tragen.

Sofern sich ein änderungswilliger Wohnungseigentümer in der Situation befindet, dass das Verfahren über die Eigentumsfreiheitsklage und das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung der Wohnungseigentümer parallel verhandelt werden, bleibt ihm lediglich die Möglichkeit, im Verfahren über die Eigentumsfreiheitsklage einen Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 190 ZPO bis zur Entscheidung im Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung der Wohnungseigentümer zu stellen. Sofern diesem Antrag stattgegeben und das Verfahren über die Eigentumsfreiheitsklage unterbrochen wird, ist sichergestellt, dass vor Entscheidung über die Eigentumsfreiheitsklage, die Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung der Wohnungseigentümer abgewartet wird. Ersetzt der Außerstreitrichter die Zustimmung der Wohnungseigentümer zur Änderung, so ebenfalls die Eigentumsfreiheitsklage gegen den änderungswilligen Wohnungseigentümer abzuweisen. Allerdings besteht für den änderungswilligen Wohnungseigentümer kein Anspruch auf Unterbrechung des Verfahrens über die Eigentumsfreiheitsklage. § 190 ZPO kommt mangels Präjudizialität in diesem Fall nicht zur Anwendung.

2.14.3. Klage auf Ausschluss des Wohnungseigentümers

Gemäß § 36 Abs 1 WEG ist ein Wohnungseigentümer auf Klage der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft auszuschließen, wenn er

1. seinen Pflichten aus der Gemeinschaft nicht nachkommt, insbesondere die ihm obliegenden Zahlungen auch nicht bis zum Schluss der dem erstinstanzlichen Urteil vorangehenden Verhandlung leistet,
2. von seinem Wohnungseigentumsobjekt oder den allgemeinen Teilen der Liegenschaft einen die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer empfindlich schädigenden Gebrauch macht oder
3. durch sein rücksichtsloses, anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet oder sich gegenüber einem Wohnungseigentümer oder einer im Haus wohnenden Person einer strafbaren Handlung gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit schuldig macht, sofern es sich nicht um den Umständen nach geringfügige Fälle handelt.

Auf Klage der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer ist ein Wohnungseigentümer gemäß § 36 Abs 1 WEG aus der Gemeinschaft auszuschließen, wenn einer, der in Z 1 bis 3 dieser Bestimmung aufgezählten Ausschlussgründe vorliegt. Die Ausschlussgründe erscheinen in § 36 Abs 1 WEG taxativ aufgezählt, allerdings stellt die Z 1 in Wahrheit eine Art Generalklausel dar. Eine Erweiterung durch vertragliche Vereinbarung wie etwa ein Verstoß gegen die Hausordnung ist grundsätzlich unzulässig.⁴⁸⁴

Der 1.Hauptsatz der Z 1 erfasst in Form einer Generalklausel allgemeine Verletzungen der Pflichten gegenüber der Eigentümergemeinschaft sowie ebenfalls gegenüber einzelnen Miteigentümern, soweit sie nicht unter die übrigen Ausschlussgründe zu subsumieren sind. Sie können insbesondere in der Verletzung von Anzeigepflichten oder ebenfalls in Unterlassungen von Handlungen (Verpflichtungen) bestehen, wobei hier jedoch eine gewisse Schwere der Pflichtverletzung verlangt wird, die insbesondere in der beharrlichen Fortsetzung des Verhaltens bzw der Häufigkeit der Verletzungen bestehen kann.⁴⁸⁵

§ 36 Abs 1 Z 2 WEG entspricht insoweit der Bestimmung des § 1118, 1.Fall ABGB bzw § 30 Abs 2 Z 3, 1. Fall MRG mit der Besonderheit, dass aufgrund des dinglichen Nutzungsrechts sowie der beschränkten Erhaltungspflicht des Wohnungseigentümers an seinem WE-Objekt nach § 16 WEG eine Verletzung der Interessen der übrigen Miteigentümer - auch nur eines - eintreten muss. Im Übrigen sind allerdings die dort entwickelten Grundsätze anzuwenden. Die

⁴⁸⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG Rz 3 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

⁴⁸⁵ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG Rz 4 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

Ausschließung stellt der letzte Ausweg dar, sodass im Regelfall eine beharrliche Fortsetzung des unzumutbaren Verhaltens als Voraussetzung gegeben sein muss. Bei der Prüfung von Ausschließungsgründen ist zu beachten, ob eine Wiederholung des beanstandeten Verhaltens droht. Ebenfalls wird es darauf ankommen, wie glaubhaft der Wille zur Besserung zu beurteilen ist.⁴⁸⁶

Nach Lehre und Rechtsprechung ist nicht die Eigentümergemeinschaft, sondern die – nach Anteilen zu berechnende – Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer zur Einbringung der Ausschlussklage aktivlegitimiert, wobei der gesamte Anteil des Beklagten nicht zu berücksichtigen ist.⁴⁸⁷

Der beklagte Wohnungseigentümer wird als Wohnungs- bzw Miteigentümer aus der Eigentümergemeinschaft mit sämtlichen Anteilen ausgeschlossen; der Ausschluss umfasst sohin ebenfalls das Zubehör. Da Eigentümerpartner als Einheit zu sehen sind, führt der von einem verwirklichte Ausschlussgrund zum Ausschluss beider und somit zur Exekution auf den ganzen Mindestanteil, ohne dass dem Schuldlosen ein Widerspruchsrecht zugestanden wird. Eine Ausschlussklage gegen einen schlichten Miteigentümer in analoger Anwendung des § 36 WEG ist mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke iSd § 7 ABGB nicht zulässig.⁴⁸⁸

Sowohl Teilungsklage als auch Ausschlussklage sind auf eine Rechtsgestaltung gerichtet. Die Gemeinschaft wird aufgehoben oder durch das Ausscheiden eines WE-Eigentümers bzw im Fall der Realteilung durch zusätzliche Begründung von Wohnungseigentum geändert. Die Ausübung des Gestaltungsrechts durch den oder die - bei der Ausschlussklage mehrheitlich - klagenden Teilhaber stellt keine Verwaltungsmaßnahme dar. Ein Anhörungsrecht des (künftig) beklagten Teilhabers analog § 24 Abs 1 Satz 2 WEG über die Beschlussfassung durch die Eigentümergemeinschaft, deren Gegenstand ausschließlich Maßnahmen der Verwaltung sein dürfen, besteht nicht.

Bei einem stattgegebenen Ausschluss aus der Wohnungseigentümergemeinschaft ist der Anteil des ausgeschlossenen Wohnungseigentümers nach 3 Monaten ab Rechtskraft des Urteils zu versteigern und erhält dieser den daraus resultierenden Erlös. Die Kosten, die mit einer Ausschlussklage einhergehen, können nicht aus der Rücklage getragen werden. Die Rücklage darf als Vermögen der Eigentümergemeinschaft lediglich für deren Aufwendungen Verwendung finden. Hierbei handelt es sich ausschließlich um Aufwendungen im Rahmen der Lie-

⁴⁸⁶ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG Rz 6 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

⁴⁸⁷ RIS-Justiz RS0113758.

⁴⁸⁸ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG Rz 2 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

genschaftsverwaltung sowie Kosten der Prozessführung betreffend allfälliger nach § 18 Abs 2 WEG an die Eigentümergemeinschaft abgetretener Ansprüche.

In seiner Entscheidung 5 Ob 193/18w⁴⁸⁹ hat der OGH in Erinnerung gerufen, dass eine auf den Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Eigentümergemeinschaft gerichtete Klage (Ausschlussklage) nicht von der Eigentümergemeinschaft, sondern von der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer einzubringen ist. Die Einbringung einer Ausschlussklage ist nicht als Verwaltungsmaßnahme anzusehen. Ein Anhörungsrecht der Minderheit inklusive des beklagten Wohnungseigentümers analog der für die Willensbildung der Eigentümergemeinschaft in Verwaltungsangelegenheiten geltenden Vorschrift des § 24 Abs 1 Satz 2 WEG besteht nicht.

Bei Untätigkeit der Mehrheit kann ein einzelner beeinträchtigter Wohnungseigentümer im Falle des Vorliegens der Ausschließungstatbestände nach § 36 Abs 1 Z 2 und 3 WEG zunächst nur das schwächere Rechtsmittel der Unterlassungsklage erheben. Wenn allerdings ein stattgebendes Urteil sowie die darauf gegründete Exekution erfolglos bleibt, steht auch dem beeinträchtigten Wohnungseigentümer die Aktivlegitimation zur Ausschlussklage des renitenten Wohnungseigentümers zu. Voraussetzung hierfür stellt die beharrliche Fortsetzung des störenden Verhaltens trotz stattgebenden Urteils sowie die darauf geführte Exekution dar. Jene Voraussetzung, dass der Kläger selbst keinen Anlass gegeben haben darf, ist auf laufende Streitigkeiten zwischen zwei Wohnungseigentümern abgestellt. Es kann zwar die Mehrheit einen oder beide auf Ausschließung klagen, allerdings nicht einer der beiden vice versa.⁴⁹⁰

2.14.4. Exekutive Rechtsdurchsetzung

*Markl/Endres*⁴⁹¹ befassten sich mit der exekutiven Durchsetzung des entsprechenden Anspruchs und äußerten Kritik an einer zu weitgehenden Zubilligung von Widerspruchsrechten iSd § 37 EO an andere Wohnungseigentümer. Nach Ansicht *Vonkilchs*⁴⁹² trifft der Hinweis zu, dass die bloße Wiederherstellung des früheren Zustandes von den übrigen Wohnungsei-

⁴⁸⁹ OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018/78 = Zak 2019/24 S 18 - Zak 2019,18 = immo aktuell 2019/13 S 45 (*Höllwerth*) - immo aktuell 2019,45 (*Höllwerth*) = EvBl 2019/62 S 421 - EvBl 2019,421 = NZ 2019/46 S 136 - NZ 2019,136 = wobl 2019,398/94 - wobl 2019/94.

⁴⁹⁰ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG Rz 10 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

⁴⁹¹ *Markl/Endres*, wobl 2005, 368.

⁴⁹² *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 59.

gentümern nicht gemäß § 37 EO bekämpft werden kann und dieser ebenfalls keine Änderung iSv § 16 Abs 2 WEG darstellt. Allerdings sieht dies der OGH nunmehr in der Entscheidung OGH 3 Ob 148/10a⁴⁹³ differenzierter. Nach hA, entfaltet der, die Zustimmung ersetzende Beschluss nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG rechtsgestaltenden Charakter auch dann, wenn die Änderung im Lichte des § 16 Abs 2 WEG geduldet werden müsste⁴⁹⁴. Wie bereits ausgeführt, wäre erst mit Rechtskraft des, die Zustimmung ersetzenden Beschlusses einem derartigen Klagebegehren der Boden entzogen. Sohin kann nach hA auch nach Vornahme der Änderung das Klagebegehren erhoben werden, solange die Rechtskraft des die Zustimmung ersetzenden Beschlusses noch nicht eingetreten ist⁴⁹⁵. Bis zu dessen Ergehen kann das Verfahren über den Beseitigungs- bzw Wiederherstellungsanspruch nach hA auch nicht etwa nach § 190 ZPO nF unterbrochen werden, zumal diesbezüglich keine Präjudizialität des entsprechenden Auß-StrVerf besteht^{496 497}.

2.15. Zusammenfassung

Das Änderungsrecht nach § 16 Abs 2 WEG stellt ein Individual- und Verfügungsrecht dar.⁴⁹⁸ Es berechtigt Wohnungseigentümer zu Änderungen an ihren Wohnungseigentumsobjekten auf eigene Kosten⁴⁹⁹. Das in § 16 Abs 2 WEG geregelte Recht zur Vornahme von Änderungen am WE-Objekt auf seine Kosten stellt ein vertraglich nicht abdingbares Recht dar.⁵⁰⁰ Die Kostentragungspflicht⁵⁰¹ ist dabei umfassend zu verstehen ist und umfasst gegebenenfalls auch sämtliche Kosten der begehrten Veränderung allgemeiner Teile der Liegenschaft.⁵⁰² Wohnungseigentumsbewerbern, die das Wohnungseigentumsobjekt bereits bezogen haben und deren Zusage auf Einräumung von Wohnungseigentum bereits im Grundbuch angemerkt

⁴⁹³ OGH 3 Ob 148/10a = wobl 2011, 170/80 (zust *Markl*) = MietSlg 63.824.

⁴⁹⁴ Siehe etwa OGH 5 Ob 86/03p = MietSlg 55.520 = immolex 2003, 295/167 sowie immolex 2005, 216/82 (*Weixelbraun*) = ecolex 2005, 609/269 (*Friedl*) mwN.

⁴⁹⁵ OGH 5 Ob 15/78 MietSlg 30.561/28; 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26; MietSlg 52.545 = immolex 2001, 204/11.

⁴⁹⁶ Siehe vgl etwa OGH 5 Ob 122/05k immolex 2005, 308/ 127.

⁴⁹⁷ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 59.

⁴⁹⁸ *Feil/Friedl* in *Feil/Friedl/Bayer*, WEG § 16 Rz 2.

⁴⁹⁹ § 16 Abs 2 WEG.

⁵⁰⁰ OGH 5 Ob 22/99t = MietSlg 51.519 = immolex 1999, 170/112; 5 Ob 58/99m MietSlg 51.521; 5 Ob 84/04w immolex 2004, 342/172.

⁵⁰¹ OGH 5 Ob 93/06x = MietSlg 58.414/16.

⁵⁰² *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 11.

ist, kommt ebenfalls das Änderungsrecht zu.⁵⁰³ Alle Änderungen iSd § 16 Abs 2 WEG sind grundsätzlich genehmigungspflichtig.⁵⁰⁴ Vor Durchführung dieser Änderungen muss der die Änderung anstrebende Wohnungseigentümer sodann die Zustimmung aller anderen Wohnungseigentümer einholen.⁵⁰⁵

Genehmigungsfähigkeit besitzt die Änderung dann, insofern die Voraussetzungen der Ziffern 1, 2 und 3 des § 16 Abs 2 WEG vorliegen.⁵⁰⁶ Müssen für die Durchführung der beabsichtigten Änderung Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte anderer Wohnungseigentümer in Anspruch genommen werden, so darf diese keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Wohnungseigentums nach sich ziehen und muss diese Änderung für den betroffenen Wohnungseigentümer ebenfalls zumutbar sein.⁵⁰⁷ Werden für die Durchführung der Änderung allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen, muss die Änderung darüber hinaus verkehrsüblich sein oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers dienen.⁵⁰⁸ Ist die Änderung genehmigungsfähig, sind die übrigen Wohnungseigentümer nicht dazu berechtigt, ihre Zustimmung zu verwehren.

Im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung kann die verwehrte Zustimmung durch eine Genehmigung des Außerstreitrichters in einem Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden.⁵⁰⁹ Allerdings darf eine beabsichtigte Änderung niemals eine Schädigung des Gebäudes oder eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Miteigentümer mit sich bringen.⁵¹⁰

Nimmt ein Wohnungseigentümer eine Änderung nach § 16 Abs 2 WEG ohne die Zustimmungserteilung aller anderen Wohnungseigentümer vor, so handelt dieser unerlaubt eigenmächtig.⁵¹¹ Wurde die Zustimmung ungerechtfertigt verweigert, so kann diese durch den Außerstreitrichter in einem Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG ersetzt werden.

Erfolgt die Nutzung eines Wohnungseigentumsobjekts auf andere Art und Weise als bisher, so stellt sich die Frage, ob eine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung vorliegt. Für die

⁵⁰³ Markl in GeKo Wohnrecht II § 16 WEG 2002 Rz 8 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁵⁰⁴ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 13.

⁵⁰⁵ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 2.

⁵⁰⁶ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 13.

⁵⁰⁷ § 16 Abs 2 Z 3 WEG.

⁵⁰⁸ § 16 Abs 2 Z 2 WEG.

⁵⁰⁹ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 10.

⁵¹⁰ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

⁵¹¹ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 6.

Beurteilung, ob eine Widmungsänderung vorliegt, muss grundsätzlich der Wohnungseigentumsvertrag herangezogen werden.⁵¹² Die vertragliche Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts im Wohnungseigentumsvertrag ist mit der derzeitigen tatsächlichen Nutzung zu vergleichen.

Es kann zwischen verschiedenen Arten von Widmungsänderungen unterschieden werden. Jedenfalls als genehmigungspflichtige Widmungsänderung zu qualifizieren, ist die Benützung eines zu Wohnzwecken gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts zur Ausübung von Geschäftstätigkeiten und umgekehrt.⁵¹³ Eine Änderung des Unternehmensgegenstandes oder der Betriebsform eines spezifisch als Geschäftslokal gewidmeten Wohnungseigentumsobjekts stellt jedenfalls eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung dar. Wurde die Geschäftsraumwidmung hingegen nicht näher spezifiziert, so ist davon auszugehen, dass sich die übrigen Wohnungseigentümer bereits im Wohnungseigentumsvertrag mit sämtlichen verschiedenen Möglichkeiten der Nutzung innerhalb der Geschäftsraumwidmung einverstanden erklärt haben.⁵¹⁴

Solange das Wohnungseigentumsobjekt im Rahmen der Nutzungsmöglichkeiten der unspezifizierten Geschäftsraumwidmung benützt wird, ist keine Widmungsänderung nach § 16 Abs 2 WEG zu erblicken. Ein Vorher-Nachher-Vergleich hat gemäß jüngster OGH Rechtsprechung zu unterbleiben.⁵¹⁵ Solange die Nutzung innerhalb der unspezifischen Geschäftsraumwidmung erfolgt, ist es irrelevant, ob die bisherige Nutzung für die restlichen Wohnungseigentümer günstiger war. Die Tatsache, ob die neue Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts innerhalb der Grenzen des Verkehrsüblichen liegt, ist laut OGH ebenfalls nur noch von untergeordneter Bedeutung.⁵¹⁶ Der OGH passte sich in seiner neueren Rechtsprechung den veränderten Lebensumständen betreffend zunehmende Vermischung von Arbeits- und Wohnort, an. Die Ausübung der Tätigkeit als Tagesmutter in der eigenen Wohnung⁵¹⁷ ist etwa nicht als genehmigungspflichtige Widmungsänderung einzustufen. Der Begriff des Wohnens bedeute, dass jemand sein Zuhause an diesem Ort hat. Solange der Wohnzweck des Wohnungseigen-

⁵¹² Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

⁵¹³ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

⁵¹⁴ Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 16 Rz 21.

⁵¹⁵ Kothbauer, immolex 2017, 32.

⁵¹⁶ OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (Pfiel).

⁵¹⁷ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

tumsobjekts gewahrt bleibt, liegt laut OGH keine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung vor.⁵¹⁸

Zu einer anderen Auffassung gelangte der OGH im Fall des Betriebes einer Heilmassagepraxis⁵¹⁹. Meines Erachtens bestand der Hauptzweck, die die Wohnung für den Heilmasseur erfüllte, in jenem des Wohnens und nicht in jenem der Berufsausübung. Aufgrund dessen bewegte sich die Nutzung des Wohnungseigentumsobjekts im Rahmen der Widmung „Wohnung“ und ist mit der vorangegangenen Entscheidung⁵²⁰ vergleichbar.

Von einem Hauptzweck des Wohnens kann beim Betrieb von Arztpraxen⁵²¹ nicht gesprochen werden. Bei derartigen Tätigkeiten überwiegt eindeutig der Zweck der unternehmerischen Tätigkeit, sodass die Verwendung des Wohnungseigentumsobjekts nicht innerhalb der Widmung zu reinen Wohnzwecken zu sehen ist. Soin handelt sich bei dem Betrieb einer Arztpraxis in einem als „Wohnung“ gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt, um eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung.

Vom Hauptzweck des Wohnens kann bei einer kurzzeitigen touristischen Vermietung⁵²² weder von Seiten der Vermieter, noch von Seiten der Touristen ausgegangen werden. Die Vermieter wohnten nicht in den Wohnungseigentumsobjekten, sondern nutzten diese ausschließlich zur wiederholten kurzzeitigen Vermietung an Feriengäste. Aufgrund dessen die Urlauber ihren Lebensmittelpunkt, ihr Zuhause, nicht in den temporär gemieteten Wohnungen hatten, ist der Hauptzweck des Wohnens auch hier nicht erfüllt. Meines Erachtens ist den rechtlichen Beurteilungen des OGH, es handle sich bei einer Kurzzeitvermietung einer Wohnung zu touristischen Zwecken um eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung, gänzlich zuzustimmen. Grundsätzlich sei laut OGH bei Vorliegen der Widmung „Wohnung“ jede geschäftliche Tätigkeit ausgeschlossen.⁵²³ Allerdings entfalten der Betrieb einer Arztpraxis sowie die kurzzeitige touristische Vermietung unternehmerische Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden. Laut OGH stellt der Betrieb von Arztpraxen nur dann keine genehmigungsbedürftige Widmungsänderung dar, wenn vertraglich vorab eine Vereinbarung getroffen wurde, welche die Ausübung der Tätigkeit gestattet.⁵²⁴

⁵¹⁸ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

⁵¹⁹ OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b.

⁵²⁰ OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

⁵²¹ OGH 21.02.1995, 5 Ob 38/94; 23.04.2014, 5 Ob 100/14p; 22.03.1981, 5 Ob 103/90; OGH 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

⁵²² OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y; 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

⁵²³ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

⁵²⁴ OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

Für die Gewährleistung einer bestmöglichen Rechtssicherheit, sollte sohin vertraglich vereinbart werden, dass das Wohnungseigentumsobjekt nicht nur zu reinen Wohnzwecken, sondern im Wohnungseigentumsobjekt die „Ausübung unternehmerischer Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden“, ebenfalls gestattet ist. Bürotätigkeiten, wie etwa der Betrieb von Arztpraxen, sowie die Vermietung zur temporären Nutzung wären sohin von der vertraglichen Widmung umfasst. Ratsam wäre es jedoch, die einzelnen Tätigkeiten explizit aufzuzählen. Einem Wohnungseigentümer, der eine Widmungsänderung anstrebt, ist anzuraten, vor Durchführung der Änderung jedenfalls zu prüfen, ob die Möglichkeit besteht, dass schutzwürdige Interessen der übrigen Wohnungseigentümer beeinträchtigt werden. Eine solche Prüfung ist sowohl bei Umwidmungen von „Wohnung“ auf „sonstige selbstständige Räumlichkeit“, als auch bei Nutzungsänderungen einer spezifisch als Geschäftslokal gewidmeten Räumlichkeit zu empfehlen. Idealerweise wäre es, bereits im Wohnungseigentumsvertrag eine wechselseitige Erteilung einer Vorabzustimmung zu künftigen Widmungsänderungen zu vereinbaren. Aufgrund einer solchen Vorabzustimmung kann das Verfahren des § 16 Abs 2 WEG vermieden werden, zumal im Zeitpunkt der Durchführung der Änderung die Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer nicht mehr einzuholen ist. Eine Genehmigungspflichtigkeit der Widmungsänderung entfällt somit.⁵²⁵

Die Problematik inwieweit man sich die Regelung von späteren Widmungsänderungen im Wohnungseigentumsvertrag vorbehalten kann, unterliegt im Wesentlichen zwei Schranken. Die erste Schranke ist jene, die sich aus der Anwendbarkeit des WEG ergibt. Zunächst muss geklärt werden, inwieweit eine vertragliche Vorabzustimmung zu Widmungsänderungen im Sinne des WEG zulässig erscheint. Anschließend ist zu klären, inwieweit die sich aus der Zulässigkeit im Sinne des WEG ergebenden Möglichkeiten durch die Anwendbarkeit des BTVG eingeschränkt sind. Dahingehend unterschieden wird, wer durch die Einräumung eines vertraglichen Änderungsrechts begünstigt wird. Erteilen sich die Wohnungseigentumsbewerber im Wohnungseigentumsvertrag wechselseitig das Recht zu späteren Änderungen, unterliegt diese Vorabzustimmung nur der ersten Schranke. Diese besteht aus den Schutznormen des § 16 WEG sowie des § 879 Abs 1 ABGB.

Soll allerdings dem Wohnungseigentumsorganisator vertraglich ein Änderungsrecht eingeräumt werden, so kommt darüber hinaus die zweite Schranke hinzu. Die Schutznormen des § 38 WEG, § 4 Abs 1 BTVG, §§ 6 Abs 2 Z 3, 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sind

⁵²⁵ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG Rz 14.

einem solchen Fall zusätzlich zu jenen der ersten Schranke zu berücksichtigen. Wird gegen keine dieser Schutznormen verstoßen, so ist die Vereinbarung über die Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen rechtmäßig. Die Widmung ist sohin zukünftig auch gegen den Willen der Wohnungseigentümer abänderbar. Allerdings darf die angestrebte Änderung weder eine „Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, besonders auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen“⁵²⁶ nach sich ziehen.

Kein Verstoß des § 38 WEG ist es, wenn sich die Wohnungseigentumsbewerber durch die gegenseitige Erteilung einer Vorabzustimmung im Wohnungseigentumsvertrag wechselseitig Änderungsrechte einräumen. Gesetzeszweck des § 38 WEG stellt ausschließlich die Begrenzung der Übermacht des Wohnungseigentumsorganisators dar. Die Nutzungs- und Verfügungsrechte der Wohnungseigentümer sind durch die gegenseitige Erteilung einer Vorabzustimmung nicht beeinträchtigt. Es widerspräche dem Grundsatz der Privatautonomie, wenn eine vertragliche Vereinbarung der Erweiterung des Änderungsrechts der Wohnungseigentümer untereinander als unzulässig einzustufen sei. Um allerdings nicht Gefahr zu laufen, gegen § 879 Abs 1 ABGB zu verstoßen, ist bei einer solchen vertraglichen Vereinbarung zu beachten, dass das Änderungsrecht allen Wohnungseigentumsbewerbern im gleichen Maße zuerkannt wird muss. Des Weiteren darf die Änderung für keinen der Wohnungseigentümer unbillige Nachteile, wie etwa eine Erhöhung der Erhaltungskosten, nach sich ziehen.⁵²⁷ Zudem dürfen die Interessen der späteren Wohnungseigentümer nicht gröblich verletzt werden.⁵²⁸

Sollten allerdings dem Wohnungseigentumsorganisator vertraglich Änderungsrechte eingeräumt werden, liegt ein Verstoß gegen § 38 WEG vor, wenn die Nutzungs- und Verfügungsrechte des Wohnungseigentümers unbillig eingeschränkt werden könnten. Allerdings ist hiervon nicht auszugehen, wenn der Vertragsabschluss in dieser Form ebenfalls bei einem gleichwertigen Machtverhältnis der vertragsschließenden Parteien stattgefunden hätte.⁵²⁹

Die Änderung zu der die Wohnungseigentümer vorab ihre Zustimmung erteilt haben, muss zudem sachlich gerechtfertigt und geringfügig sein, ansonsten ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB vorliegt. Ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB ist eben-

⁵²⁶ § 16 Abs 2 Z 1 WEG.

⁵²⁷ Prader/Malaun, immolex 2008, 329.

⁵²⁸ Prader, WEG 2002⁴ § 38 E 7.

⁵²⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 8.

falls anzunehmen, wenn eine Vertragspartei durch die vertragliche Vereinbarung gröblich benachteiligt wird. Die Privatautonomie des Wohnungseigentumsbewerbers soll bei Vertragsabschluss aufgrund seiner Unterlegenheit gegenüber Wohnungseigentumsorganisator nicht gefährdet werden.⁵³⁰ Wohnungseigentumsbewerber sollen des Weiteren durch die Bestimmung des § 4 Abs 1 Z 1 BTVG, sowie durch § 6 Abs 3 KSchG geschützt werden. Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BTVG obliegt es dem Bauträger, sowohl die bestehende Widmung des gegenständlichen Wohnungseigentumsobjekts, als auch die Widmung der gesamten Anlage im Bauträgervertrag anzuführen.⁵³¹ Der Kunde soll sich darüber im Klaren sein, über welche Widmung die einzelnen Objekte der späteren Wohnungseigentümer verfügen⁵³² Der Bauträger ist zudem gemäß § 6 Abs 3 KSchG zur klaren und verständlichen Abfassung des Bauträgervertrages verpflichtet.⁵³³ Durchsetzbar wird die vertraglich vereinbarte Änderung gegen den Willen der Wohnungseigentümer jedenfalls, wenn die Wohnungseigentümer auch in einem Verfahren nach § 16 Abs 2 iVm § 52 Abs 1 Z 2 WEG zu ihrer Duldung verpflichtet werden könnten. Sinn hinter der Vorabzustimmung ist es, das Zustimmungsverfahren nach § 16 Abs 2 WEG zu einem späteren Zeitpunkt zu vermeiden.

Spätere Widmungsänderungen können die Größe eines Wohnungseigentumsobjekts verändern, sodass in weiterer Folge eine Neuparifizierung notwendig ist. Eine vertragliche Erteilung einer Vorabzustimmung ist in Bezug auf eine Nutzwertneufestsetzung allerdings generell unzulässig. Voraussetzung für eine einvernehmliche Nutzwertneufestsetzung nach § 9 Abs 6 WEG ist es, dass den Ergebnissen des neuen Gutachtens zugestimmt wird.⁵³⁴ Grundsätzlich ist es vertraglich möglich eine Verpflichtung der Wohnungseigentümer zu einer künftigen Zustimmung zu vereinbaren. Allerdings muss besonderes Augenmerk darauf gelegt werden, dass die konkrete Klausel sich nur auf eine allfällige Änderung der Miteigentumsanteile nach § 10 Abs 3 WEG bezieht, die die Geringfügigkeitsgrenze nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG iVm § 10 Abs 3 WEG nicht überschreitet. Andererseits würde ein Verstoß iSd § 6 Abs 2 Z 2 KSchG vorliegen.

Vertraglich ist es möglich eine Verpflichtung zur künftigen Zustimmung zu den Ergebnissen eines neuen Nutzwertgutachtens nach § 9 Abs 6 WEG zu vereinbaren. Zudem kann für den Fall, dass durch das neue Nutzwertgutachten eine Neufestsetzung der Nutzwerte erforderlich

⁵³⁰ Kothbauer, immolex 2011, 160.

⁵³¹ § 4 Abs 1 Z 1 BTVG.

⁵³² Prader/Markl, immolex 2011, 104.

⁵³³ § 6 Abs 3 KSchG.

⁵³⁴ § 9 Abs 6 WEG.

ist, eine Berichtigung der Miteigentumsanteile der Wohnungseigentümer vereinbart werden. Für die Berichtigung der Miteigentumsanteile erforderliche Abtretungen von Miteigentumsanteilen dürfen allerdings nur in einem solchen Ausmaß vereinbart werden, dass nicht gegen die Geringfügigkeitsgrenze iSd § 6 Abs 2 Z 2 WEG iVm § 10 Abs 3 WEG verstoßen wird.

Sollte es sohin zu einer Änderung des WE-Objektes gekommen sein ohne, dass vorab die übrigen WE-Eigentümer einer solchen Änderung zugestimmt haben, so ist von einer eigenmächtigen Vornahme auszugehen, die mit entsprechenden Konsequenzen behaftet ist. Dem Nichtvorliegen einer derartigen Zustimmung aller Wohnungseigentümer ist zum gleichzuhalten, sollte die Änderungsmaßnahme vom Wohnungseigentümer gravierend anders ausgeführt worden sein, als diese zuvor von den Wohnungseigentümern genehmigt wurde⁵³⁵. Eine Zustimmung für geringfügige Abänderungen des zunächst genehmigten Planes der Änderung kann allerdings unter Umständen als erteilt angesehen werden.⁵³⁶ Keinesfalls ausreichend ist die Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer oder des Verwalters, zumal keine Verwaltungs-, sondern eine Verfügungsmaßnahme vorliegt.⁵³⁷ Allerdings besteht die Möglichkeit zu einem derartigen Beschluss eine konkludente Zustimmung des positiv votierenden Wohnungseigentümers zur in Frage stehenden Verfügungsmaßnahme zu erblicken^{538 539}.

Der die Änderung vornehmende Wohnungseigentümer kann nach hA von jedem einzelnen Wohnungseigentümer wegen Eingriffs in dessen Anteilsrecht – ausschließlich im streitigen Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen petitorisch auf Beseitigung der Änderung und Wiederherstellung des früheren Zustandes sowie – gegebenenfalls – auf Unterlassung künftiger Änderungen geklagt werden⁵⁴⁰. Als ultima ratio kann der Änderer iSd § 36 WEG aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschlossen werden.

⁵³⁵ OGH 5 Ob 143/11g = MietSlg 63.460 = immolex 2012, 181/58 (*Maier-Hülle*).

⁵³⁶ OGH 4 Ob 109/11z = MietSlg 63.068 = immolex 2012, 85/27 (*Cerha*).

⁵³⁷ LGZ Wien 24.6.1980, 45 R 411/80 MietSlg 32.484; LGZ Wien 39 R 18/14g = MietSlg 66.486.

⁵³⁸ OGH 3 Ob 151/11v = MietSlg 63.074.

⁵³⁹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG Rz 58.

⁵⁴⁰ Siehe etwa OGH 5 Ob 86/03p = MietSlg 55.520 = immolex 2003, 295/167; 5 Ob 229/09a = MietSlg 62.424 = immolex 2010, 347/131 (*Prader*); 4 Ob 109/11z = MietSlg 63.068 = immolex 2012, 85/27 (*Cerha*) und insbesondere 5 Ob 38/15x = wobl 2017, 187/60 (*Vonkilch*) = MietSlg 67.438 = immolex 2015, 315/95 (*Räth*).

Literatur- und Judikaturverzeichnis

Böhm, „Persilscheine“ für Neuparifizierungen und Widmungsänderungen im Wohnungseigentum zulässig, *immolex* 2016.

Dirnbacher, WEG idR WRN 2009 (2010).

Feil/Friedl in *Feil/Friedl/Bayer*, Wohnungseigentumsgesetz (2014).

Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴ (2017).

Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 364 (Stand 1.4.2018, *rdb.at*).

Illedits/Illedits-Lohr in *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum kompakt⁶ (2017).

Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁶ (2018).

Kothbauer, Zu den Änderungsrechten der Wohnungseigentümer, *immolex* 2015.

Kothbauer, Zu Nutzungsänderungen bei unspezifischer Widmung im Wohnungseigentum, *immolex* 2017.

Kothbauer, Zur Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB, *immolex* 2011.

Markl in *GeKo Wohnrecht II* § 16 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, *rdb.at*).

Markl/Endres, *wobl* 2005, 368.

Prader, BTVG^{3.6} § 4 (Stand 1.10.2017, *Manz Wohnrecht in rdb.at*).

Prader, WEG 2002⁴ § 38 E 6.

Prader/Malaun, *immolex* 2008, 134.

Prader/Malaun, *immolex* 2008, 328.

Prader/Malaun, *immolex* 2009, 332.

Prader/Malaun, Zur Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung des Änderungsrechts des Wohnungseigentümers gem § 16 WEG im Kaufvertrag, *immolex* 2008.

Prader/Markl, Zu Vorbehalten und Vorgaben in Wohnungseigentumsverträgen von Bauträgern, *immolex* 2011.

Rainer, Plädoyer für eine einfache Neuparifizierung und Widmungsänderung im Wohnungseigentum, *immolex* 2016.

Reichholf/Rosifka, Gesetzswidrige Vertragsbestimmungen in Bauträgerverträgen im Speziellen in Kaufverträgen über Neubau-Eigentumswohnungen⁶, 2007.

Rosifka, Rechte und Pflichten als Wohnungseigentümer² (2009).

T. Hausmann, *ecolex* 1995, 323.

Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴, § 16 WEG (2017).

Vonkilch, Anm zu wobl 2006, 212/93.

Vonkilch, Konsequenzen der eigenmächtigen Vornahme von Änderungen am WE-Objekt, in FS Würth (2014).

Würth in *Rummel* ABGB³ § 16 WEG 2002 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Würth in *Rummel*, § 38 WEG 2002 (Stand 01.01.2003, rdb.at).

Würth in *Rummel*, § 9 WEG 2002 (Stand 01.01.2003, rdb.at).

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 36 WEG (Stand: 1.6.2015, rdb.at)

Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 16 WEG (Stand 01.06.2015, rdb.at).

EB der RV zum WEG 1975 240 BlgNR XIII. GP zu § 12.

EB zu RV 989 BlgNR XXI. GP 82.

LGZ Graz 14.7.1995, 3 R 65/95 MietSlg 47.511.

LGZ Graz 18.7.1986, 3 R 173/86 MietSlg 38.628.

LGZ Graz 21.9.2000, 3 R 181/00k MietSlg 52.529.

LGZ Wien 19.4.1994, 41 R 57/94 MietSlg 46.524.

LGZ Wien 22.3.1988, 41 R 506/87 MietSlg 40.642.

LGZ Wien 22.9.1981, 41 R 449/81 MietSlg 33.468.

LGZ Wien 24.5.2005, 41 R 134/04s MietSlg 57.465.

LGZ Wien 24.6.1980, 45 R 411/80 MietSlg 32.484.

LGZ Wien 25.9.2003, 38 R 119/03m MietSlg 55.466.

LGZ Wien 28.6.1994, 41 R 130/94 MietSlg 46.525.

LGZ Wien 28.7.1988, 48 R 319/88 MietSlg 40.641.

LGZ Wien 31.3.1981, 41 R 95/81 MietSlg 33.469.

LGZ Wien 39 R 18/14g = MietSlg 66.486.

LGZ Wien 39 R 378/08i = MietSlg 61.464.

LGZ Wien 40 R 304/07p = MietSlg 60.434.

LGZ Wien 41 R 276/99p = MietSlg 51.526.

LGZ Wien 5.11.1981, 41 R 594/81

LGZ Wien 7.11.2000, 41 R 380/00m MietSlg 52.546.

OGH 09.10.2007, 10 Ob 60/06f.

OGH 09.11.2011, 3 Ob 158/11y.

OGH 1 Ob 2/75 = SZ 48/4.

OGH 1 Ob 201/00s = wobl 2001/85; 5 Ob 140/04 f = wobl 2005/84 (*Call*).

OGH 1 Ob 594/88 MietSlg 40.461.

OGH 10.09.1985, 5 Ob 68/85.

OGH 11.07.2016 5 Ob 117/16s.

OGH 11.11.1997, 5 Ob 380/97m.

OGH 16.02.2011, 7 Ob 3/11h.

OGH 16.05.2006, 5 Ob 106/06h.

OGH 19.05.2015, 5 Ob 53/15b.

OGH 2 Ob 236/99s = RdU 2000,31 (*Kerschner*) = Jus-Extra OGH-Z 6038.

OGH 2 Ob 94/00p = immolex 2001,209 = ecolex 2001,601 (*Thaler*) = RdU 2001,112 (*Kerschner*) = MietSlg 52.028.

OGH 21.02.1995, 5 Ob 38/94.

OGH 21.02.2014, 5 Ob 228/13k.

OGH 21.12.2004, 5 Ob 277/04b.

OGH 22.03.1981, 5 Ob 103/90.

OGH 23.04.2014, 5 Ob 100/14p.

OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

OGH 24.04.2001, 1 Ob 177/00m.

OGH 25.08.2016, 5 Ob 105/16a

OGH 26.11.1997, 7 Ob 361/97g.

OGH 27.11.1984 5 Ob 20/84.

OGH 3 Ob 148/10a = wobl 2011, 170/80 (*Markl*) = MietSlg 63.824.

OGH 3 Ob 151/11v = MietSlg 63.074.

OGH 3 Ob 158/11y = wobl 2012, 153/57 = MietSlg 63.462 = immolex 2012, 115/37 (*Neugebauer- Herl*).

OGH 3 Ob 201/99a = immolex 2001,12 = RdU 2001,31 (*Kerschner*) = MietSlg 52.022 = MietSlg 52.050 = MietSlg 52.748 (16) = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht).

OGH 31.05.1994, 5 Ob 35/94.

OGH 4 Ob 109/11z = MietSlg 63.068 = immolex 2012, 85/27 (*Cerha*).

OGH 4 Ob 552/90 = wobl 1991, 175/108 (*Call, Würth*) = MietSlg 42.455/37.

OGH 5 Ob 102/94 MietSlg 46.523.

OGH 5 Ob 1028/92 wobl 1993/49, 61.

OGH 5 Ob 1029/91 = wobl 1991, 212/130 (*Call*) = MietSlg 43.386.

OGH 5 Ob 103/90 = wobl 1991, 142/90 = MietSlg 43.385.

OGH 5 Ob 105/16a EvBl 2017/38 (*Brenn/Pesek*).

OGH 5 Ob 105/16a immolex 2016/108 (*Pfiel*).

OGH 5 Ob 105/16a MANZ Wohnrecht-E 2016/40/03.

OGH 5 Ob 106/88 = wobl 1997, 234/93 (*Call*) = MietSlg 49.496 = immolex 1997, 248/139.

OGH 5 Ob 1082/92 MietSlg 44.624.

OGH 5 Ob 109/10f = wobl 2011, 137/65 = MietSlg 62.469 = immolex 2011, 249/82 (*Fuchs*).

OGH 5 Ob 11/07i = wobl 2007, 251/99 (*Call*) = MietSlg 59.396.

OGH 5 Ob 113/15a wobl 2016, 57/17.

OGH 5 Ob 114/85 MietSlg 38.626.

OGH 5 Ob 116/92 MietSlg 45.538.

OGH 5 Ob 117/16s immolex 2016/96 (*Räth*).

OGH 5 Ob 118/15m = wobl 2016, 325/95 = MietSlg 67.446.

OGH 5 Ob 120/89 MietSlg 41.461.

OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.619.

OGH 5 Ob 120/91 = wobl 1992, 191/126 (*Call*) = MietSlg 44.655.

OGH 5 Ob 122/05k immolex 2005 308/127 (*Prader*).

OGH 5 Ob 122/05k immolex 2005, 308/ 127.

OGH 5 Ob 125/92 MietSlg 44.625.

OGH 5 Ob 128/02p MietSlg 54.455.

OGH 5 Ob 13/14v = MietSlg 66.479.

OGH 5 Ob 130/08s = MietSlg 60.432 = immolex 2009, 117/45 (*Prader*).

OGH 5 Ob 136/86 MietSlg 38.627.

OGH 5 Ob 137/12a wobl 2012, 383/122.

OGH 5 Ob 14/83 MietSlg 35.606

OGH 5 Ob 140/04f = MietSlg 57.456 = immolex 2005, 184/70.

OGH 5 Ob 140/04f wobl 2005, 241/84 (*Call*).

OGH 5 Ob 143/11g = MietSlg 63.460 = immolex 2012, 181/58 (*Maier-Hülle*).

OGH 5 Ob 149/14v ecolex 2015/179 (*Wilhelm, Ertl, Schoditsch, Benes, Fritzer, Buchleitner, Mrvosevic*).

OGH 5 Ob 15/78 MietSlg 30.561/28.

OGH 5 Ob 150/14s = wobl 2015, 21/8 = MietSlg 66.484.

OGH 5 Ob 150/92 = wobl 1993, 231/137 (*Call*) = MietSlg 45.539.

OGH 5 Ob 153/15h = MietSlg 67.440 = immolex 2015, 342/105 (*Cerha*)).

OGH 5 Ob 154/13b = wobl 2013, 325/126 = MietSlg 65.466.

OGH 5 Ob 157/15x = wobl 2016, 106/32 = MietSlg 67.442 = immolex 2016, 54/15 (*Räth*).

OGH 5 Ob 16/12g = immolex 2012, 212/69 (*Cerha*).

OGH 5 Ob 16/12g MietSlg 63.453.

OGH 5 Ob 160/14m = MietSlg 67.435 = wobl 2015, 309/125 = immolex 2015, 180/50 (*Prader*).

OGH 5 Ob 162/10z = wobl 2011, 135/64 (*T. Hausmann*) = MietSlg 63.452 = immolex 2011, 211/ 65 (*Luegmair*).

OGH 5 Ob 162/99f = wobl 1999, 317/149 (*Call*) = MietSlg 51.523.

OGH 5 Ob 172/10w = wobl 2012, 150/55 = MietSlg 63.454.

OGH 5 Ob 173/01d wobl 2002, 89/29 (*Call*).

OGH 5 Ob 173/09i = wobl 2009, 159/55 = MietSlg 60.053.

OGH 5 Ob 173/15 z immolex 2016/3 (*Räth*).

OGH 5 Ob 176/01w = MietSlg 53.622 = NZ 2002, 314/541 (*Hoyer*).

OGH 5 Ob 180/08v MietSlg 60.433.

OGH 5 Ob 180/98a SZ 71/147.

OGH 5 Ob 183/12s = MietSlg 64.451 = immolex 2013, 150/46 (*Scheer*).

OGH 5 Ob 185/09f = wobl 2010, 43/17 (*T. Hausmann*) =MietSlg 61.462 = immolex 2010, 289/106 (*Limberg*).

OGH 5 Ob 188/15f = wobl 2016, 55/16 = MietSlg 67.443 = immolex 2016, 21/2 (*Prader*).

OGH 5 Ob 19/09v = MietSlg 61.458 = immolex 2009, 344/126 (*Cerha*).

OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018/78 = Zak 2019/24 S 18 - Zak 2019,18 = immo aktuell 2019/13 S 45 (*Höllwerth*) - immo aktuell 2019,45 (*Höllwerth*) = EvBl 2019/62 S 421 - EvBl 2019,421 = NZ 2019/46 S 136 - NZ 2019,136 = wobl 2019,398/94 - wobl 2019/94.

OGH 5 Ob 20/01d = wobl 2002, 186/45 (*Call*) = immolex 2002, 192/22.

OGH 5 Ob 20/84 MietSlg 36.614.

OGH 5 Ob 204/13f = wobl 2014, 163/60 = MietSlg 65.468 = immolex 2014, 158/40 (*Hagen*).

OGH 5 Ob 207/01d MietSlg 53.509.

OGH 5 Ob 2075/96z = wobl 1998, 26/13 (*Markl*) = MietSlg 48.477/22.

OGH 5 Ob 21/12t = wobl 2013, 88/30 = immolex 2012, 344/107 (*Hagen*).

OGH 5 Ob 210/13p = wobl 2014, 277/103 = MietSlg 66.481.

OGH 5 Ob 212/15k = wobl 2016, 232/82 (*Etzersdorfer*) = MietSlg 67.445.

OGH 5 Ob 213/04s immolex 2005/57.

OGH 5 Ob 2134/96a = wobl 1998, 53/31 (*Markl*) = MietSlg 48.478.

OGH 5 Ob 2178/96x = wobl 1998, 115/70 (*Markl*) = MietSlg 48.681.

OGH 5 Ob 218/07 f immolex 2008/22 (*Prader*).

OGH 5 Ob 22/00x MietSlg 51.527/36.

OGH 5 Ob 22/99t MietSlg 51.519 = immolex 1999, 170/112.

OGH 5 Ob 220/14k MietSlg 66.485.

OGH 5 Ob 226/98s MietSlg 50.578.

OGH 5 Ob 227/04z = MietSlg 56.482 = immolex 2005, 149/56.

OGH 5 Ob 227/04z immolex 2005/56 = RdW 2005, 156.

OGH 5 Ob 228/03w = wobl 2004, 101/24 (*Call*) = MietSlg 55.465.

OGH 5 Ob 228/13k immolex 2014/39 (*Prader*).

OGH 5 Ob 229/09a = MietSlg 62.424 = immolex 2010, 347/131 (*Prader*).

OGH 5 Ob 236/11h immolex 2012, 251/80 (*Neugebauer-Herl*).

OGH 5 Ob 24/07a MietSlg 59.397.

OGH 5 Ob 24/08b = wobl 2008, 273/94 (*Call*) = MietSlg 60.427 = immolex 2008, 244/104 (*Edelhauser*).

OGH 5 Ob 24/87 = MietSlg 39.615 = ImmZ 1987, 313 (*Meinhart*).

OGH 5 Ob 24/93 = wobl 1993, 173/120 = MietSlg 45.540/8.

OGH 5 Ob 241/97w = MietSlg 50.574 = immolex 1998, 179/ 109.

OGH 5 Ob 241/98x = MietSlg 50.673 = immolex 1999, 89/64 = NZ 1999/441 (*Hoyer*).

OGH 5 Ob 248/00g MietSlg 52.544.

OGH 5 Ob 249/99z = MietSlg 51.550 = immolex 2000, 175/ 104.

OGH 5 Ob 25/08z = wobl 2009, 157/54 (*Vonkilch*) = MietSlg 60.429 = immolex 2008, 344/151 (*Edelhauser*) = ecolex 2008/366 (*Friedl*).

OGH 5 Ob 256/09x = wobl 2010, 169/78 = MietSlg 62.422.

OGH 5 Ob 257/11x = wobl 2012, 356/ 108 = immolex 2012. 116/38 (*Prader*).

OGH 5 Ob 258/06m = wobl 2007, 108/41 (*Call*) = MietSlg 58.418.

OGH 5 Ob 261/99i MietSlg 52.540.

OGH 5 Ob 262/05y immolex 2006/100.

OGH 5 Ob 264/07w = wobl 2008, 227/73 (*Call*) = MietSlg 59.445 = immolex 2008, 116/52 (*Prader*).

OGH 5 Ob 269/98i = wobl 2000, 87/39 (*T. Hausmann*) = MietSlg 50.576 = immolex 1999, 145/100.

OGH 5 Ob 272/09z = wobl 2009, 282/104 (*Vonkilch*) = MietSlg 60.494/23 = immolex 2009, 178/71 (*Prader*).

OGH 5 Ob 272/09z = wobl 2011, 108/53 = MietSlg 62.811.

OGH 5 Ob 275/05k immolex 2006, 220/101.

OGH 5 Ob 277/04b = MietSlg 56.483 = immolex 2005, 216/82 (*Weixelbraun*) = ecolex 2005, 609/269 (*Friedl*).

OGH 5 Ob 279/08b = wobl 2009, 246/86 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.457 = immolex 2009, 284/104 (*Maier-Hülle*).

OGH 5 Ob 28/05m = MietSlg 57.458 = immolex 2005, 247/96.

OGH 5 Ob 287/98m MietSlg 50.577.

OGH 5 Ob 29/89 = wobl 1990, 47/28 = MietSlg 41.460/26.

OGH 5 Ob 297/98g MietSlg 51.520.

OGH 5 Ob 299/99b = MietSlg 51.525 = immolex 2000, 175/105.

OGH 5 Ob 3 /94 MietSlg 46.519.

OGH 5 Ob 30/94 MietSlg 46.517.

OGH 5 Ob 34/10a = wobl 2010, 338/154 = MietSlg 62.426.

OGH 5 Ob 35/90 = wobl 1991, 125/78 (*Würth*) = MietSlg 42.436.

OGH 5 Ob 36/90 = wobl 1991, 41/36 = MietSlg 42.435.

OGH 5 Ob 38/15x = wobl 2017, 187/60 (*Vonkilch*) = MietSlg 67.438 = immolex 2015, 315/95 (*Räth*).

OGH 5 Ob 39/15v = wobl 2015, 309/124 = MietSlg 67.437.

OGH 5 Ob 40/12m = immolex-LS 2012/87.

OGH 5 Ob 43/11a MietSlg 63.456.

OGH 5 Ob 444/97y RdU 1998/121 (*Kerschner*).

OGH 5 Ob 45/10v immolex 2010/133 (*Neugebauer-Herl*).

OGH 5 Ob 47/06g wobl 2006, 221/96 (*Call*).

OGH 5 Ob 47/81 MietSlg 33.466/29.

OGH 5 Ob 47/81 MietSlg 33.511/29.

OGH 5 Ob 48/14s = wobl 2015, 365/157 = MietSlg 66.593.

OGH 5 Ob 48/89 = wobl 1991, 63/52 = MietSlg 41.462/39.

OGH 5 Ob 52/83 MietSlg 36.615.

OGH 5 Ob 53/15b = MietSlg 67.439/6 = immolex 2015, 343/106 (*Räth*) = EvBl 2015/149 (*Brenn*).

OGH 5 Ob 53/88 = wobl 1990, 47/27 = MietSlg 41.458/22.

OGH 5 Ob 55/87 = wobl 1988, 69/42 = MietSlg 40.639.

OGH 5 Ob 57/93 MietSlg 45.541/21.

OGH 5 Ob 58/99m MietSlg 51.521.

OGH 5 Ob 59/05w = MietSlg 57.459 = immolex 2005, 279/112 (*Prader*).

OGH 5 Ob 59/11d = wobl 2012, 156/58 = MietSlg 63.515 = immolex 2011, 342/111 (*Hagen*).

OGH 5 Ob 59/14h = wobl 2014, 209/78 (*Etzersdorfer*) = MietSlg 66.480.

OGH 5 Ob 59/83 MietSlg 36.612.

OGH 5 Ob 60/09y MietSlg 61.460.

OGH 5 Ob 60/85 MietSlg 38.624/9

OGH 5 Ob 63/08p = wobl 2008, 272/93 = MietSlg 60.426.

OGH 5 Ob 63/09i = wobl 2011, 209/91 = MietSlg 61.492 = immolex 2010, 211/27 (*Prader*).

OGH 5 Ob 63/82 = MietSlg 35.610.

OGH 5 Ob 65/03z= immolex 2003,308 = RdU-LSK 2003/61 = MietSlg 55.029 = MietSlg 55.077 = SZ 2003/36.

OGH 5 Ob 66/87 MietSlg 39.616.

OGH 5 Ob 68/85 MietSlg 37.616.

OGH 5 Ob 69/06t = wobl 2007, 51/16 (*Call*) = MietSlg 58.413 = immolex 2006, 317/127.

OGH 5 Ob 69/92 MietSlg 44.623.

OGH 5 Ob 70/11x MietSlg 63.455.

OGH 5 Ob 71/09s = wobl 2010, 213/97 = MietSlg 61.446 = immolex 2010, 18/5.

OGH 5 Ob 73/10m MietSlg 62.425.

OGH 5 Ob 73/14t = wobl 2014, 312/122 = MietSlg 66.482 = immolex 2015, 57/16 (*Klein*).

OGH 5 Ob 73/87 MietSlg 40.638/16.

OGH 5 Ob 77/06v wobl 2006, 270/114 (*Call*).

OGH 5 Ob 78/10x = wobl 2011, 169/79 (*Vonkilch*) = MietSlg 62.427 = immolex 2011, 19/6 (*Klein*).

OGH 5 Ob 82/95 = wobl 1996, 76/23 (*Markl*) = MietSlg 47.510.

OGH 5 Ob 83/11h = wobl 2012, 151/56 = MietSlg 63.458 = immolex 2011, 248/81 (*Prader*).

OGH 5 Ob 84/04w = immolex 2004,342 = MietSlg 56.480.

OGH 5 Ob 84/14k = wobl 2014, 311/120 = MietSlg 66.084.

OGH 5 Ob 86/03p = MietSlg 55.520 = immolex 2003, 295/167.

OGH 5 Ob 86/14d = wobl 2015, 20/7 = MietSlg 66.483.

OGH 5 Ob 86/94 = wobl 1994, 191/46 (*Markl*) = MietSlg 46.520/17.

OGH 5 Ob 88/94 = wobl 1995, 141/62 (*Markl*) = MietSlg 46.521.

OGH 5 Ob 9/16h wobl 2017, 15/4.

OGH 5 Ob 9/91 = wobl 1992, 87/68 (*Call*) = MietSlg 43.387.

OGH 5 Ob 90/98s = wobl 1999, 62/37 (*Call*) = MietSlg 50.575 = immolex 1998, 305/190.

OGH 5 Ob 92/94 wobl 1995, 143/63 (*Markl*) = MietSlg 46.522/29.

OGH 5 Ob 93/06x MietSlg 58.414/16.

OGH 5 Ob 93/92 MietSlg 44.626.

OGH 5 Ob 95/90 = 5 Ob 1029/91 = wobl 1991, 196/119 (*Call*) = MietSlg 43.411.

OGH 5 Ob 95/90 = wobl 1991, 196/119 (*Call*) = MietSlg 43.384.

OGH 5 Ob 95/93 = wobl 1991, 64/53 (*Call*) = MietSlg 42.434/31.

OGH 5 Ob 95/93 MietSlg 45.542.

OGH 5 Ob 97/09i = wobl 2010, 42/16 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.461 = immolex 2010, 91/28 (*Cerha*).

OGH 5 Ob 97/12v = wobl 2013, 55/17 = MietSlg 64.448.

OGH 5 Ob 98/11i = wobl 2012, 22/8 = MietSlg 63.459.

OGH 5 Ob 99/99s MietSlg 51.522.

OGH 5 Ob 213/04s = wobl 2005, 243/85 (*Call*) = MietSlg 57.457 = immolex 2005, 150/57 (*Vonkilch*).

OGH 6 Ob 146/12g = bbl 2013,78/67- bbl 2013/67.

OGH 7 Ob 71/14p = wobl 2014,283/108 - wobl 2014/108 = bbl 2014,221/192 - bbl 2014/192 = ecolex 2015/65 S 192 - ecolex 2015,192 = immolex 2016/16 S 55 - immolex 2016,55 = MietSlg 66.015.

OGH 8 Ob 46/16x immolex 2016/95.

OGH 8 Ob 59/15 g = Zak 2016/355 = wobl 2017/7.

OGH 9 Ob 54/08v = Jus-Extra OGH-Z 4678 = RdW 2009/662 S 644 - RdW 2009,644.

OGH 9 Ob 69/10 b = JBl 2011, 246.

RIS-Justiz RS0020600.

RIS-Justiz RS0083156.

RIS-Justiz RS0113758.

VwGH 1.7.1982, 81/06/0190 MietSlg 34.533/4.

Abstract

Die Masterthesis erörtert die Konsequenzen eigenmächtiger Vornahmen von Änderungen des WE-Eigentümers an seinem WE-Objekt. Kernbestimmung dieser Masterthesis stellt dabei § 16 WEG 2002 dar, die die Nutzung und Änderung eines WEG-Objektes zum Inhalt hat.

Die gegenständliche Masterarbeit gliedert sich in mehrere Teilbereiche. Im 1. Teil (Punkte 2.2. – 2.3.) soll dem Leser neben der Erörterung der Forschungsfragen zunächst ein genereller Überblick über den Forschungsstand verschafft werden. Im 2. Teil (Punkte 2.4. – 2.6.) der Masterthesis erfolgt eine tiefergehende Darstellung der einschlägigen Bestimmungen betreffend Änderungen am WE-Objekt. Anhand von Beispielen aus der Judikatur werden die Änderungen iSd § 16 WEG 2002 sowie deren Rechtsfolgen näher erläutert.

Im 3. Teil der Masterthesis (Punkte 2.7. - 2.8.) soll besonderes Augenmerk auf die „neuere“ Thematik betreffend Widmungsänderung eines WE-Objektes geworfen werden. Die Problematik betreffend Widmungsänderungen soll anhand konkreter Beispiele aus der Judikatur näher analysiert. In der Praxis ist nicht immer klar, bei Vorliegen welcher Umstände eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorliegt, sodass vorab die Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer für die Durchführung einer solchen Änderung eingeholt werden muss. Anhand von Praxisbeispielen soll die Thematik von Widmungsänderungen schwerpunktmäßig analysiert und aufgezeigt werden, wann es sich um eine (un)zulässige Widmungsänderung iSd § 16 WEG 2002 handelt. Des Weiteren erfolgt im 3. Teil unter Punkt 2.9. eine Analyse, inwiefern eine Vorabzustimmung zu späteren Widmungsänderungen und daraus resultieren Nutzwertneufestsetzungen im Wohnungseigentumsvertrag möglich ist. Zudem erfolgt eine Analyse inwieweit eine solche Vorabzustimmung bestimmten Einschränkungen und Schutznormen unterworfen ist.

Im 4. Teil (Punkte 2.10 – 2.13.) der Masterthesis wird schematisch auf den § 17 WEG 2002 (Benutzungsregelung) eingegangen und erfolgt eine Gegenüberstellung der Erhaltungspflichten sowie Duldungspflichten des WE-Eigentümers für sein WE-Objekt.

Im 5. Teil (Punkt 2.14.) der Masterthesis erhält der Leser einen Überblick über die Rechtsdurchsetzung der übrigen WE-Eigentümer, wenn ein Änderer eigenmächtig Änderungen am WE-Objekt durchführt bzw bereits durchgeführt hat.

Folgende Forschungsfragen sollen im Rahmen dieser Masterthesis beantwortet werden:

1. Auf wen findet das Änderungsrecht des § 16 Abs 2 WEG Anwendung?
2. Welche Änderungen sind vom Änderungsrecht iSd § 16 Abs 2 WEG erfasst?
3. Unter welchen Voraussetzungen sind Vorabzustimmungen zu späteren Widmungsänderungen zulässig?
4. Welche Kriterien müssen erfüllt sein, dass in einem WE-Objekt unternehmerische Tätigkeiten zulässig sind?
5. Welche Mittel zur Rechtsdurchsetzung stehen den übrigen Wohnungseigentümern gegen einen Wohnungseigentümer zu, der eigenmächtig Änderungen am WE-Objekt durchführt bzw bereits durchgeführt hat?

Bei der Beantwortung der Forschungsfragen des rechtsdogmatischen Teils werden die klassischen Interpretationsmethoden der Rechtswissenschaften zum Zwecke der Normenauslegung angewandt. Aufgabenstellung bei der Erstellung der Masterthesis ist es, die gegenständliche Thematik einer systematischen, juristischen Überprüfung zu unterziehen und so dem Leser einen Überblick über die Thematik der eigenmächtigen Änderung am WE und deren Folgen zu verschaffen.

Es wird sowohl auf die einschlägige Literatur als auch auf die herrschende Judikatur mit zahlreichen Urteilen Bezug genommen. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse werden nach den Regeln der herrschenden wissenschaftlichen Praxis ausgewertet und abgefasst. Neben der Beantwortung der oben genannten Forschungsfragen soll die Masterthesis dem interessierten Leser einen umfassenden Überblick über die gegenständliche Thematik verschaffen.