



universität  
wien

# MASTER THESIS

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

„Der Ausschluss des Wohnungseigentümers aus  
verfahrensrechtlicher Sicht“

verfasst von / submitted by

Mag. Roja Claudia Fehringer-Missaghi, LL.M., MBA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the  
degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, im Mai 2020 / Vienna in May 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:

ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Markl

|                                                                                   |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Vorwort .....</b>                                                              | <b>4</b>  |
| <b>I. Die historische Entwicklung der Ausschlussklage .....</b>                   | <b>6</b>  |
| 1. WEG 1948 .....                                                                 | 6         |
| 2. WEG 1975 .....                                                                 | 7         |
| 3. WEG 2002 .....                                                                 | 9         |
| 4. Zusammenfassung.....                                                           | 10        |
| <b>II. Gerichtszuständigkeiten .....</b>                                          | <b>11</b> |
| 1. Sachliche Zuständigkeit .....                                                  | 11        |
| 1.1. Wertzuständigkeit.....                                                       | 11        |
| 1.2. Bewertung .....                                                              | 12        |
| 2. Örtliche Zuständigkeit .....                                                   | 14        |
| 2.1. Allgemeiner Gerichtsstand .....                                              | 14        |
| 2.2. Gerichtsstand der gelegenen Sache.....                                       | 14        |
| 3. Inländische Gerichtsbarkeit - internationale Zuständigkeit .....               | 15        |
| 3.1. Allgemeines.....                                                             | 15        |
| 3.2. Ausschließliche Zuständigkeit nach Art 24 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) .....  | 16        |
| 3.3. Besondere Zuständigkeit nach Art 7 EuGVVO 2012.....                          | 19        |
| 4. Gerichtsstandsvereinbarung.....                                                | 20        |
| 5. Zusammenfassung.....                                                           | 21        |
| <b>III. Klagslegitimation .....</b>                                               | <b>22</b> |
| 1. Allgemeines .....                                                              | 22        |
| 1.1. Anwendungsvoraussetzungen.....                                               | 22        |
| 1.2. Tatbestandsvoraussetzungen .....                                             | 23        |
| 2. Aktivlegitimation .....                                                        | 24        |
| 2.1. Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer.....                                 | 24        |
| 2.1.1. Allgemeines.....                                                           | 24        |
| 2.1.2. Klagsbefugnis.....                                                         | 26        |
| 2.1.3. Mehrheitsberechnung .....                                                  | 26        |
| 2.1.4. Kein Stimmrecht bei familiärem oder wirtschaftlichem Naheverhältnis? ..... | 27        |
| 2.2. Eigentümergemeinschaft .....                                                 | 30        |
| 2.3. Einzelner Wohnungseigentümer .....                                           | 32        |
| 2.4. Eigentümerpartnerschaft.....                                                 | 34        |
| 2.4.1. Allgemeines.....                                                           | 34        |
| 2.4.2. Aktive Klagslegitimation .....                                             | 36        |

|                                                                                     |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.4.3. Klagslegitimation gegen den anderen Eigentümerpartner.....                   | 37        |
| 2.5. Schlichte Miteigentümer .....                                                  | 38        |
| 2.5.1. Schlichter Miteigentümer im Mischhaus nach § 22 WEG 1975.....                | 38        |
| 2.5.2. Schlichter Miteigentümer im Mischhaus nach § 36 WEG 2002.....                | 38        |
| 2.5.3. Teilungsklage im Mischhaus.....                                              | 39        |
| 2.5.4. Schlichte Miteigentümergeinschaft - Analogie zu § 36 WEG 2002 .....          | 40        |
| 2.5.5. Schlichte Miteigentümergeinschaft – Analogie zu § 1120 ABGB .....            | 43        |
| <b>3. Passivlegitimation.....</b>                                                   | <b>44</b> |
| 3.1. Allgemeines.....                                                               | 44        |
| 3.2. Eigenes Verhalten des Wohnungseigentümers.....                                 | 44        |
| 3.3. Zurechenbares Verhalten des Wohnungseigentümer .....                           | 45        |
| 3.4. Eigentümerpartnerschaft.....                                                   | 45        |
| 3.5. Mit- und Wohnungseigentumsbewerber / Wohnungseigentums-organisator .....       | 47        |
| <b>IV. Willensbildung.....</b>                                                      | <b>47</b> |
| <b>1. Allgemeines.....</b>                                                          | <b>47</b> |
| <b>2. Verfahrensrechtliche Willensbildung.....</b>                                  | <b>48</b> |
| 2.1. Streitgenossenschaft.....                                                      | 48        |
| 2.1.1. OGH 13.3.1996, 5 Ob 18/96 .....                                              | 48        |
| 2.1.2. OGH 13.7.2000, 5 Ob 165/00a .....                                            | 49        |
| 2.1.3. OGH 13.3.2018, 5 Ob 8/18i .....                                              | 50        |
| 2.2. Veräußerung der Miteigentumsanteile .....                                      | 52        |
| 2.3. Disposition über den Streitgegenstand - Prozessuales Günstigkeitsprinzip ..... | 54        |
| <b>3. Materiell-rechtliche Willensbildung.....</b>                                  | <b>55</b> |
| <b>4. Rechtsstellung des Ausgeschlossenen .....</b>                                 | <b>57</b> |
| <b>V. Erwirkung des Titels .....</b>                                                | <b>58</b> |
| <b>1. Allgemeines.....</b>                                                          | <b>58</b> |
| <b>2. Ultima ratio / Wiederholungsgefahr / endgültige Beseitigung .....</b>         | <b>58</b> |
| <b>3. Erfüllung des Klagsanspruchs.....</b>                                         | <b>60</b> |
| <b>4. Klagsanmerkung .....</b>                                                      | <b>61</b> |
| <b>5. Beweislast .....</b>                                                          | <b>64</b> |
| <b>6. Beschlussfassung nach § 36 Abs 2 WEG 2002.....</b>                            | <b>65</b> |
| <b>7. Bindungswirkung des Urteils.....</b>                                          | <b>66</b> |
| <b>VI. Zwangsvollstreckung .....</b>                                                | <b>67</b> |
| <b>1. Allgemeines.....</b>                                                          | <b>67</b> |

|                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------|----|
| 2. Anmerkung .....                                          | 69 |
| 3. Parteien des Verfahrens .....                            | 70 |
| 4. Bieter und Erwerber .....                                | 71 |
| 5. Oppositionsklage - Einwendungen gegen den Anspruch ..... | 72 |
| 6. Verfahrensbeendigung .....                               | 74 |
| Resumé .....                                                | 75 |
| Abkürzungsverzeichnis .....                                 | 77 |
| Literaturverzeichnis .....                                  | 80 |
| Judikaturverzeichnis .....                                  | 82 |

## Vorwort

Im Bewusstsein, dass jeglicher organisierter Zusammenschluss von natürlichen und juristischen Personen, möge dieser auch vom Wunsch getragen sein, „ewig“ zu bestehen, mit auftauchenden zwischenmenschlichen Konflikten derart belastet sein kann, dass die Gemeinschaft sinnvollerweise nicht mehr aufrechterhalten werden soll, hat der österreichische Gesetzgeber - so wie auch befristete und unbefristete Verträge mittels Kündigung einer Beendigung zugeführt werden können - im Bereich des Familienrechts für die (eingetragene) Partnerschaft und die Ehe, im Gesellschaftsrecht für verschiedene gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungen, aber auch auf dem Gebiet des allgemeinen Zivilrechts für die Miteigentümergeinschaft Regelungen für die Auflösung der Gemeinschaft vorgesehen, die nötigenfalls auch mittels Klage durchgesetzt werden kann.

Im Bereich des Wohnungseigentums hat der Gesetzgeber einen anderen Weg beschritten. Nach § 35 Abs 2 Wohnungseigentumsgesetz 2002 (WEG 2002)<sup>1</sup> kann die Eigentümergeinschaft erst nach Erlöschen des Wohnungseigentums auf der Liegenschaft aufgehoben werden. Eine Teilungsklage, wie es bei der (schlichten) Miteigentümergeinschaft nach § 830 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)<sup>2</sup> möglich ist, schließt das WEG 2002 sohin aus. Als eine Art Äquivalent steht jedoch den übrigen Mit- bzw Wohnungseigentümern die Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 offen, um einen ob seines Verhaltens die Gemeinschaft zu sehr belastenden Teilhaber derselben aus dieser ausschließen zu können.

Gegenständliche Arbeit soll einen Überblick über die zentralen formell-rechtlichen sowie verfahrensrechtlichen Fragen von allfälligen auch vorprozessual zu erfüllenden geschriebenen sowie ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussverfahrens nach § 36 WEG 2002 bis hin zum rechtskräftigen Urteil und dessen exekutive Durchsetzung umfassen. Der Fokus liegt neben der Behandlung der Gerichtszuständigkeiten, der Aktiv- und Passivlegitimation unter Berücksichtigung der Sonderfragen im Zusammenhang mit der Eigentümerpartnerschaft, der Möglichkeiten des einzelnen Mit- bzw Wohnungseigentümers samt einem Exkurs zur Frage der Analogiefähigkeit bei schlichtem Miteigentum, auf der Darstellung der Mehrheitsbildung im Rahmen der

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über das Wohnungseigentum (Wohnungseigentumsgesetz 2002 - WEG 2002) BGBl I 2002/70 idF BGBl I 2018/58; im Folgenden WEG 2002.

<sup>2</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBl I 2020/16; im Folgenden ABGB.

Gemeinschaft, der Auswirkungen allfälliger Änderungen in der Zusammensetzung der Eigentümergemeinschaft im Laufe des Verfahrens auf dasselbe sowie der Minderheitenrechte. Daneben werden noch sonstige weitere verfahrensrechtliche Aspekte, wie die Klagsanmerkung und deren Wirkung, die Beweislast, die Drittwirkungen des Verfahrens ebenso die Bindungswirkungen des Urteils behandelt. Dem vorangestellt ist ein kurzer historischer Abriss der Entwicklung des Wohnungseigentumsgesetzes unter Bezugnahme auf die Ausschlussbestimmung eines Mit- bzw Wohnungseigentümers.

Materiell-rechtliche Fragen so insbesondere eine Darstellung der einzelnen Ausschlussgründe erfolgt allenfalls sofern erforderlich zur näheren Erläuterung von verfahrensrechtlichen Fragen.

# I. Die historische Entwicklung der Ausschlussklage

## 1. WEG 1948

Mit Erlassung des Wohnungseigentumsgesetzes im Jahr 1948 (WEG 1948)<sup>3</sup> wurde das Rechtsinstitut des Wohnungseigentums für das gesamte Staatsgebiet von Österreich in die österreichische Rechtsordnung eingeführt.

Zuvor war in einigen Gebieten Österreichs real geteiltes Eigentum ("materielle Teile eines Gebäudes") bezeichnet als Stockwerkseigentum anzutreffen. Doch bereits mit dem Gesetz vom 30. März 1879 betreffend die Theilung von Gebäuden nach materiellen Antheilen (RGG 1879/50) wurde die Neubegründung untersagt.<sup>4</sup>

Der Gesetzgeber wollte mit dem WEG 1948 einen Anreiz für Privatinvestitionen in den Bau neuer bzw in den Wiederaufbau kriegsbeschädigter oder zerstörter Wohnhäuser schaffen. Zur Erreichung dieses Ziels waren dem historischen Gesetzgeber folgend zwei Anforderungen zu erfüllen, nämlich einerseits die Kapitalsicherung des Geldbeistellers sowie andererseits die alleinige Verfügung desselben über die hiermit erbaute Wohnung zur Sicherung des Wohnungsbedürfnisses. Das Wohnungseigentum wurde und wird als *„die Verbindung des ideellen Miteigentumsrechtes mit dem veräußerlichen und vererblichen ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrecht des Miteigentümers an einer bestimmten Wohnung“* definiert.<sup>5</sup>

Um diese oa Zielsetzung gewährleisten zu können, wurde in § 9 WEG 1948 die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft an die Zustimmung aller Wohnungseigentümer gebunden und damit die Teilungsklage ausgeschlossen. Der jedoch hierfür erforderliche Ausgleich ist in der Ausschlussklage, die in § 10 WEG 1948 geregelt wurde, zu finden. Diese Bestimmung räumt der Mehrheit der übrigen Miteigentümer den mittels Klage geltend zu machenden Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft der Miteigentümer bei Vorliegen eines der (taxativ) detailliert

---

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 8. Juli 1948 betreffend das Eigentum an Wohnungen und Geschäftsräumen (Wohnungseigentumsgesetz - WEG) BGBl 1948/149 idF BGBl 1951/28; im Folgenden WEG 1948.

<sup>4</sup> Call, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts mit einem Exkurs zum zivilen Baurecht, in Festschrift 200 Jahre ABGB, 341.

<sup>5</sup> JAB 676 BlgNR 5. GP 1f.

geregelten Ausschlussgründe ein, wobei selbige dem Mietrecht entnommen wurden, „um wirtschaftlich und gesellschaftlich unerträgliche Verhältnisse zu beheben“.<sup>6</sup>

Über den Ausschluss aus der Gemeinschaft hinaus soll aber für den ausgeschlossenen Wohnungseigentümer keine monetäre Strafsanktion verbunden sein; dieser soll „den vollen Verkehrswert hierfür (Anm.: seinen Miteigentumsanteil samt Wohnungseigentum) und damit das seinerzeit aufgewendete Kapital“ bekommen.<sup>7</sup> In Abs 3 leg cit wurde zu diesem Zwecke eine dreimonatige Wartefrist ab Rechtskraft des Urteils für die Kläger normiert, ab welchem Zeitpunkt selbige den Titel in Exekution ziehen konnten, womit dem Ausgeschlossenen die Möglichkeit eröffnet wurde, seine Anteile gegebenenfalls freihändig zu verkaufen.

## 2. WEG 1975

Mit Inkrafttreten des Wohnungseigentumsgesetzes 1975 (WEG 1975)<sup>8</sup> gemäß § 28 leg cit am 1. September 1975 ist unter Beachtung einer Reihe von Übergangsbestimmungen<sup>9</sup> das WEG 1948 außer Kraft getreten. Ob des Inhaltes und des Umfanges der Änderungen wurde keine Novelle zum WEG 1948, sondern eine Neukodifizierung des Gesetzes erlassen.<sup>10</sup>

Die Ausschlussklage war nunmehr nicht nur gegen den Wohnungseigentümer, sondern auch gegen den schlichten Miteigentümer zulässig, sofern mehrheitlich Wohnungseigentümer auf der Liegenschaft bzw der Einlagezahl gegeben waren, sohin wenn Wohnungseigentum auf mehr als der Hälfte der Miteigentumsanteile einverleibt war. Der bis dahin vertretenen Begründung zur differierenden Ausgestaltung, wonach der schlichte Miteigentümer durch Teilungsklage oder Benützungsregelung ausgeschlossen werden könnte, folgte der Gesetzgeber ua deshalb nicht (mehr), da eine derartige Teilungsklage dennoch ob deren Ausschlusses bei Wohnungseigentum die Aufhebung der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft voraussetzt. Dort wo die Wohnungseigentümer jedoch keine Mehrheit hatten, sah der Gesetzgeber die Gefahr der „einer solchen Gemeinschaftsform widerstrebende Überstimmung der Mehrheit durch die Minderheit“, die bei der schrittweisen Begründung von Wohnungseigentum

---

<sup>6</sup> JAB 676 BlgNR 5. GP 4.

<sup>7</sup> JAB 676 BlgNR 5. GP 4.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 1. Juli 1975 über das Eigentum an Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten (Wohnungseigentumsgesetz 1975 - WEG 1975) BGBl 1975/417 idF BGBl I 2001/98; im Folgenden WEG 1975.

<sup>9</sup> § 29 WEG 1975.

<sup>10</sup> ErläutRV 240 BlgNR 13. GP 11.



an Althäusern zu kaum überbrückbaren Schwierigkeiten führen würde.<sup>11</sup> Weiters wurde die Möglichkeit der Unterlassungsklage und nach erfolgloser Exekution die subsidiäre Ausschlussklage durch den unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer nicht aber dem schlichten Miteigentümer als Minderheitenrecht geschaffen. Diese hat zur Voraussetzung, dass der Wohnungseigentümer nicht die Unterstützung der Mehrheit findet, da in größer strukturierten Wohnhäusern mit mehreren auch baulich getrennten Einheiten mangels Zustimmung oder Untätigkeit der erforderlichen Mehrheit der Einzelne mit seinem Rechtsschutzbedürfnis scheitern kann.<sup>12</sup>

Mit dem gemäß Art III Abschn III hinsichtlich des WEG 1975 am 1. Jänner 1994 in Kraft getretenen 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (3. WÄG)<sup>13</sup>, war für die Ausschlussmöglichkeit des schlichten Miteigentümers nicht mehr das Vorliegen von mehrheitlich Wohnungseigentümern von Nöten, sondern reichte die Einverleibung von Wohnungseigentum an zumindest einem Mindestanteil aus. In der Lehre wurde die bisherige Regelung als Diskriminierung der in der anteilmäßigen Minderheit befindlichen Wohnungseigentümer gegenüber den schlichten Miteigentümern qualifiziert.<sup>14</sup>

Weiters wurde die obligatorische Klagsanmerkung im Grundbuch gemäß § 61 Grundbuchgesetz (GBG)<sup>15</sup> vorgesehen. Die Antragsberechtigung im Exekutionsverfahren stand nicht mehr nur den Klägern des Ausschlussverfahrens offen, sondern konnte nunmehr jeder einzelne Miteigentümer alleine die Zwangsvollstreckung des rechtskräftigen Urteils begehren, auch ohne Verfahrenspartei des Titelfahrens gewesen zu sein. Der Verweis und der Ausschluss der Anwendung des § 184 Abs 1 Z 3 Exekutionsordnung (EO)<sup>16</sup> (Widerspruchsgrund gegen die Zuschlagserteilung) wurde als Redaktionsversehen qualifiziert, zumal

---

<sup>11</sup> ErläutRV 240 BlgNR 13. GP 21f.

<sup>12</sup> JAB 1681 BlgNR 13. GP 3.

<sup>13</sup> Bundesgesetz, mit dem das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, das Mietrechtsgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 1975, das Heizkostenabrechnungsgesetz, das Bundes-Sonderwohnbaugesetz 1982, das Bundes-Sonderwohnbaugesetz 1983, das Wohnbauförderungsgesetz 1968 und das Wohnbauförderungsgesetz 1984 geändert werden und mit dem ein Richtwertgesetz (RichtWG) geschaffen wird (3. Wohnrechtsänderungsgesetz - 3. WÄG) BGBl 1993/800; im Folgenden 3. WÄG.

<sup>14</sup> Tades/Stabentheiner, Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (Teil II) Bemerkungen zu seinen miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teilen, ÖJZ 1994 SNr, 27f unter Verweis auf Würth/Zingher II<sup>19</sup>, § 22 WEG Rz 6.

<sup>15</sup> Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher (Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955 – GBG. 1955) BGBl 1955/39 idF BGBl I 2018/58; im Folgenden GBG.

<sup>16</sup> Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung - EO) RGBI 1896/79 idF BGBl I 2020/16; im Folgenden EO.

richtigerweise auf Z 8 Bezug zu nehmen gewesen wäre, welche Bestimmung jedoch durch die Exekutionsordnungs-Novelle 2000 (EO-Nov 2000)<sup>17</sup> aufgehoben wurde.<sup>18</sup>

Im Zuge des 3. WÄG wurde vor allem in § 13c WEG 1975 die (Wohnungs-) Eigentümergeinschaft bestehend aus allen Mit- und Wohnungseigentümern in Angelegenheiten der Verwaltung mit beschränkter Rechtspersönlichkeit geschaffen. In diesem Bereich kann selbige Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und verfügt über die aktive und passive Klagslegitimation. Für Passivklagen gegen die Eigentümergeinschaft wurde der Gerichtsstand der gelegenen Sache als allgemeiner Gerichtsstand geschaffen, ebenso bei Aktivklagen der Eigentümergeinschaft gegen Miteigentümer.<sup>19</sup>

Mit der Wohnrechtsnovelle 1999 (WRN 1999)<sup>20</sup> wurde § 23 Abs 4 WEG 1975 eingefügt, wonach bereits mit Anmerkung einer Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts im Grundbuch ua auch das Recht auf Ausschluss eines anderen Miteigentümers zur Anwendung gelangt. Mit dieser Klarstellung sollte vor allem der Wohnungseigentumswerber geschützt und seine Rechtsstellung verbessert werden; somit kam dem Wohnungseigentumsbewerber als schlichtem Miteigentümer bereits das Recht auf Ausschluss eines anderen Miteigentümers zu.<sup>21</sup>

Gemäß § 55 WEG 2002 ist mit Ablauf des 30. Juni 2002 das WEG 1975 außer Kraft getreten.

### **3. WEG 2002**

Auch mit dem WEG 2002 hat sich der Gesetzgeber zu einer Neukodifizierung und nicht zu einer Novellierung des WEG 1975 entschlossen, um eine neue Systematik in einer verständlicheren Sprache unter Einbeziehung von inhaltlichen Änderungen wie ua die Wohnungseigentumsbegründung durch eine Eigentümerpartnerschaft sowie die

---

<sup>17</sup> Bundesgesetz, mit dem die Exekutionsordnung geändert wird (Exekutionsordnungs-Novelle 2000 - EO-Nov. 2000) BGBl I 2000/59; im Folgenden EO-Nov 2000.

<sup>18</sup> ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 74 unter Verweis auf *Tades/Stabentheiner*, Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (Teil II) Bemerkungen zu seinen miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teilen, ÖJZ 1994 SNr, 27f (Fn 166).

<sup>19</sup> AB 1268 BlgNR 18. GP 16.

<sup>20</sup> Bundesgesetz, mit dem das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, das Mietrechtsgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 1975, die Exekutionsordnung, das Heizkostenabrechnungsgesetz, das Kleingartengesetz, das Bundessonderwohnbaugesetz 1982 und das Bundessonderwohnbaugesetz 1983 geändert werden (Wohnrechtsnovelle 1999 – WRN 1999) BGBl I 1999/147; im Folgenden WRN 1999.

<sup>21</sup> AB 2056 BlgNR 20. GP 11.

Klarstellung, dass die Eigentümergemeinschaft aus sämtlichen Miteigentümern besteht, zu schaffen.<sup>22</sup>

Das WEG 2002 sah ua nunmehr nach § 3 Abs 2 WEG 2002 die zwingende Neubegründung von Wohnungseigentum an allen - nach der Widmung der Miteigentümer - Wohnungseigentumsobjekten vor. Weiters wurde mit § 13 WEG 2002 die Möglichkeit des Wohnungseigentumserwerbes durch zwei natürliche Personen als Eigentümerpartner über den Kreis der Ehegatten hinaus eröffnet. § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 ermöglicht nunmehr die Wohnungseigentumsbegründung im Teilungsverfahren auch bei alleinigem Begehren des Klägers.

Die Ausschließung des Wohnungseigentümers wurde nunmehr in § 36 WEG 2002 geregelt. Inhaltlich wurde die ihr entsprechende Vorgängerbestimmung des § 22 WEG 1975 im Wesentlichen beibehalten und die Norm im Sinne der Zielsetzung der Neukodifizierung sprachlich und strukturell neugestaltet. Die Rechtsfolge der Klagsanmerkung wurde nunmehr ausdrücklich normiert. Damit Umgehungsversuche umfangreicher hintangehalten werden können, wurde mit Abs 6 leg cit als neue Ausnahmebestimmung der mit dem Wohnungseigentümer in einem familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis Stehende – wie auch der Verpflichtete und sein(e) Vertreter gemäß § 180 EO - im Exekutionsverfahren bei der Versteigerung des Miteigentumsanteiles vom Bieten ausgeschlossen.<sup>23</sup>

#### **4. Zusammenfassung**

Die Regelung über den Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Eigentümergemeinschaft war von Anbeginn Bestandteil des Wohnungseigentumsgesetzes und stellt einen Ausgleich für den Ausschluss der Teilungsklage und damit der Möglichkeit der – nicht einvernehmlichen – Aufhebung der Eigentümergemeinschaft dar, um den dauernden Bestand des Wohnungseigentums zu sichern.<sup>24</sup>

Der Judikatur des OGH folgend, entsprechen die Bestimmung des § 10 WEG 1948, § 22 WEG 1975 und § 36 WEG 2002 in ihrer Grundkonzeption einander<sup>25</sup>, sodass unter Beachtung der nachfolgenden inhaltlichen und sprachlichen Adaptierungen der

---

<sup>22</sup> ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 23,27f.

<sup>23</sup> ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 74f.

<sup>24</sup> OGH 3 Ob 30/86 = MietSlg 38.662 = JBl 1986, 586; JAB 676 BlgNR 5. GP 4.

<sup>25</sup> RS0082929.

Neukodifikationen auch ein Rückgriff auf die zu den Vorgängerbestimmungen erlassene Judikatur und der hierzu erfolgten Literatur zulässig und geboten ist.

## **II. Gerichtszuständigkeiten**

### **1. Sachliche Zuständigkeit**

#### **1.1. Wertzuständigkeit**

Mangels Erfüllung eines Tatbestandes zur Begründung der Eigenzuständigkeit der Bezirksgerichte nach § 49 Abs 2 Jurisdiktionsnorm (JN)<sup>26</sup> oder der Handelsgerichte nach § 50 Abs 2 JN, gelangt für die Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 die allgemeine Wertzuständigkeit für vermögensrechtliche Ansprüche nach § 49 Abs 1 JN bzw § 50 JN zur Anwendung.

Die Beurteilung eines Anspruchs als vermögensrechtlich erfolgt ob seines materiellrechtlichen Inhalts.<sup>27</sup> Ein solcher Anspruch entstammt einer vermögensrechtlichen Beziehung oder richtet sich auf Geld oder Geldeswert, wobei das Rechtsschutzbegehren des Klägers ausschlaggebend ist. Es kann daher auch der Anspruchsgrund auf einem vermögensrechtlichen Verhältnis beruhen, das Klagebegehren selbst jedoch nicht auf Leistung sondern auf Rechtsgestaltung des Vermögensrechts gerichtet sein, wie etwa der Ausschluss eines Gesellschafters.<sup>28</sup> Die Zuständigkeit der Gerichtshöfe erster Instanz nach § 50 JN wäre dann gegeben, wenn keine Vermögensrecht vorliegt und keine Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichtes nach § 49 Abs 2 JN erfüllt ist.<sup>29</sup>

Die sachliche Zuständigkeit für die Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 als Ausfluss eines vermögensrechtlichen Verhältnisses richtet sich sohin nach dem Wert des Streitgegenstandes. Klagen die von der klagenden Partei bis einschließlich € 15.000,00 bewertet werden, sind gemäß § 49 Abs 1 JN beim Bezirksgericht, jene über € 15.000,00 gemäß § 50 JN beim Gerichtshof erster Instanz einzubringen.

---

<sup>26</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN) RGBI 1895/111 idF BGBl I 2019/61; im Folgenden JN.

<sup>27</sup> *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 49 JN Rz 3.

<sup>28</sup> *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 99 JN Rz 14f.

<sup>29</sup> *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 50 JN Rz 3.

Anzumerken ist noch, dass bei unternehmensbezogenen Geschäften entsprechend der allgemeinen Wertgrenze der beklagte eingetragene Unternehmer gemäß § 51 Abs 1 Z 1 JN vor einem selbständigen Handelsgericht bzw nach § 52 Abs 1 JN vor einem Bezirksgerichte für Handelssachen zu klagen ist.

Nach der Judikatur des OGH beruht die Verpflichtung zur Leistung von Wohnbeiträgen für ein Wohnungseigentumsobjekt (Geschäftslokal) nicht unmittelbar auf dem Wohnungseigentumsvertrag, sondern auf § 32 WEG 2002, sodass es an einem ausreichend engen Sachzusammenhang zum unternehmensbezogenen rechtsgeschäftlichen Wohnungseigentumserwerb ermangelt, der die Zuständigkeit der Handelsgerichte begründen könnte.<sup>30</sup>

Da die Ausschlussstatbestände in § 36 Abs 1 Z 1 bis Z 3 WEG 2002 taxativ aufgezählt sind, besteht auch hier die Verpflichtung primär auf Grundlage des Gesetzes, sodass es gleichfalls an einem ausreichend engen Sachzusammenhang zu einem unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft fehlt.

## **1.2. Bewertung**

Der Bestimmung des § 56 Abs 2 JN folgend ist bei der Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002, da diese nicht auf Geld oder einen Geldeswert gerichtet ist, der dieser sohin zu Grunde liegende vermögensrechtliche Streitgegenstand vom Kläger bereits in der Klage zu bewerten. Wenn keine Bewertung erfolgt ist, wird dem Verfahren ein Streitwert von € 5.000,00 zu Grunde gelegt, sofern keine abweichende zwingende Norm zur Bewertung besteht.

Grundsätzlich ist die Bewertung nach § 56 Abs 2 frei. Gemäß der (zwingenden) Bewertungsvorschrift des § 60 Abs 2 JN ist bei einer grundsteuerpflichtigen unbeweglichen Sache der Steuerschätzwert für die Gebührenbemessung als Wert zu Grunde zu legen. Die Bestimmung gelangt dann zur Anwendung, wenn der Wert der Liegenschaft alleine das Streitinteresse bestimmt<sup>31</sup>, sohin die Liegenschaft selbst streitverfangen ist<sup>32</sup>, wobei dies jedoch nicht auf Klagen aus einem dinglichen Recht beschränkt ist<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> OGH 5 Ob 248/11y = Zak 2012,76 = immolex 2012,119 = wobl 2012,199 = Jus-Extra OGH-Z 5158 = MietSlg 64.586.

<sup>31</sup> RS0053191.

<sup>32</sup> RS0046509; Mayr in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 60 JN Rz 2.

<sup>33</sup> RS0042253; Mayr in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 60 JN Rz 2.

Nach herrschender Judikatur ist darin ein Verweis auf § 6 Grunderwerbsteuergesetz 1987 (GrEStG 1987)<sup>34</sup> zu sehen und damit ein entsprechendes Vielfaches des Einheitswerts zu Grunde zu legen, in der Literatur wird dies auch als ein Verweis auf § 15 Gerichtsgebührengesetz (GGG)<sup>35</sup> qualifiziert.<sup>36</sup> Für den Wert einer streitverfangenen Liegenschaft ist sohin der (dreifache) Einheitswert maßgeblich. Dann, wenn nicht ein ideeller sondern ein realer Teil bzw ein einzelnes Grundstück als Teil einer bestimmten wirtschaftlichen Einheit vorliegt, ist in Ermangelung eines Einheitswertes der gemeine Wert gedeckelt mit dem Einheitswert der Gesamtliegenschaft heranzuziehen.<sup>37</sup> Auch bei der Teilungsklage bemisst sich der Streitwert nach dem Einheitswert der Liegenschaft.<sup>38</sup>

Dass die Liegenschaft zwar verfahrensgegenständlich ist, macht sie nicht schon alleine zwingend streitverfangen, sodass die Bewertung nach § 59 JN vorzunehmen ist.<sup>39</sup> Es ist daher von einer freien im Sinne des § 56 Abs 2 JN iVm § 59 JN Bewertung der Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 auszugehen, wie dies auch von der herrschenden Lehre und auch Judikatur vertreten wird.<sup>40</sup>

Es ist fraglich, ob dahingehend argumentiert werden kann, dass Streitgegenstand des Ausschlussverfahrens nach § 36 WEG 2002 nicht nur der Ausschluss des Wohnungseigentümers ob seines inkriminierten Verhaltens ist, sondern auch der Fortbestand des dinglichen Rechtes des auszuschließenden Wohnungseigentümers, sodass die Bewertungsvorschrift des § 60 Abs 2 JN zur Anwendung gelangt.

---

<sup>34</sup> Bundesgesetz vom 2. Juli 1987 betreffend die Erhebung einer Grunderwerbsteuer (Grunderwerbsteuergesetz 1987 - GrEStG 1987) BGBl 1987/309 idF BGBl I 2019/104; im Folgenden GrEStG 1987.

<sup>35</sup> Bundesgesetz vom 27. November 1984 über die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren (Gerichtsgebührengesetz - GGG) BGBl 1984/501 idF BGBl I 2019/81; im Folgenden GGG.

<sup>36</sup> *Gitschthaler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 60 JN Rz 31.

<sup>37</sup> *Gitschthaler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 60 JN Rz 32.

<sup>38</sup> RS0042315; OGH 6 Ob 71/00k = MietSlg 52.782.

<sup>39</sup> *Gitschthaler in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 59 JN Rz 5.

<sup>40</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 16; *Oberhofer in GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 144; *T.Hausmann in Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 24.

## 2. Örtliche Zuständigkeit

### 2.1. Allgemeiner Gerichtsstand

Nach § 65 JN bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit, sofern kein besonderer iSv ausschließlicher Gerichtsstand zur Anwendung gelangt, nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten. Dieser richtet sich gemäß § 66 JN nach dem Wohn-(Sitz) oder dem gewöhnlichen Aufenthalt.

### 2.2. Gerichtsstand der gelegenen Sache

§ 81 JN sieht den Gerichtsstand der gelegenen Sache als einen besonderen iSv ausschließlichen Gerichtsstand bei Streitigkeiten um ein unbewegliches Gut vor. Umfasst sind dabei - hier von Relevanz - Klagen dingliche Rechte betreffend (deren Geltendmachung, deren Aufhebung sowie die Freiheit von denselben), ebenso Teilungsklagen.

Die überwiegende Lehre<sup>41</sup> geht davon aus, dass bei der Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 die Bestimmung des § 81 JN nicht zur Anwendung gelangt und daher beim allgemeinen Gerichtsstand des beklagten Auszuschließenden zu klagen ist. Auch *Faistenberger/Barta/Call*<sup>42</sup> gehen von dieser Zuständigkeit aus, jedoch unter Hinweis darauf, dass eine Zuständigkeitsregelung für den Gerichtsstand der gelegenen Sache vorzuziehen gewesen wäre. *T.Hausmann*<sup>43</sup> vertritt die Ansicht, dies jedoch ohne weitere Begründung, dass „richtigerweise eher § 81 JN zum Tragen kommen sollte“.

Auch die Rechtsprechung geht von der Zuständigkeit des Gerichtes des allgemeinen Gerichtsstandes des beklagten Auszuschließenden aus. Soweit ersichtlich hat sich nur das OLG Wien noch zum WEG 1975 mit der Frage der (örtlichen) Zuständigkeit ausdrücklich auseinandergesetzt. Die Anwendbarkeit des § 81 JN wurde – unter Verweis auf *Faistenberger/Barta/Call* - ausgeschlossen und, da die Bestimmung des § 22 WEG 1975 keine eigene Gerichtszuständigkeiten vorsieht, den allgemeinen örtlichen Gerichtsstand des Beklagten für zuständig qualifiziert.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Mayr in Rechberger, ZPO*<sup>3</sup> § 81 JN Rz 3; *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 81 JN Rz 12; *Oberhofer in GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 144.

<sup>42</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 16.

<sup>43</sup> *T.Hausmann in Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 24.

<sup>44</sup> OLG Wien 14 R 1/81 = MietSlg 33.489.

Im Gegensatz dazu enthält § 18 WEG 2002 eine eigene Zuständigkeitsregel mit dem Gerichtsstand der gelegenen Sache für Klagen in Angelegenheiten die Verwaltung betreffend gegen die Eigentümergeinschaft als allgemeinen Gerichtsstand sowie der Eigentümergeinschaft gegen einzelne Wohnungseigentümer als Wahlgerichtsstand.

Wie auch schon zur sachlichen Zuständigkeit angemerkt, stellt sich auch hier die Frage, ob die örtliche Zuständigkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache mit dem Fortbestand des dinglichen Rechtes des auszuschließenden Wohnungseigentümers als Streitgegenstand des Ausschlussverfahrens nach § 36 WEG 2002 argumentiert werden kann, was jedoch von der herrschenden Judikatur und Literatur nicht gedeckt ist.

### **3. Inländische Gerichtsbarkeit - internationale Zuständigkeit**

#### **3.1. Allgemeines**

Bei Vorliegen eines Sachverhalts mit Auslandsbezug, wobei gegenständlich im Wesentlichen nur ein ausländischer (Wohn-)Sitz des Auszuschließenden von Relevanz ist, muss auch die Frage der inländischen Gerichtsbarkeit iSd internationalen Zuständigkeit geprüft werden. Die Bestimmungen des LGVÜ<sup>45</sup>, des EuGVÜ<sup>46</sup> sowie der EuGVVO (Brüssel-I-VO)<sup>47</sup> bzw der EuGVVO 2012 (Brüssel-IIa-VO)<sup>48</sup> sind zwingend und genießen Vorrang vor den innerstaatlichen Normen, sohin verdrängt bzw ersetzt

---

<sup>45</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen samt Protokollen und Erklärungen sowie Erklärungen der Republik Österreich geschlossen in Lugano am 16. September 1988 BGBl 1996/448 idF BGBl III 2011/32; im Folgenden LGVÜ.

<sup>46</sup> VO (EG) 72/454/EWG Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 1972/299, 32; im Folgenden EuGVÜ.

<sup>47</sup> VO (EG) 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2001/12, 1; im Folgenden EuGVVO (Brüssel-I-VO).

<sup>48</sup> VO (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ABI L 2012/351,1 idF Delegierte VO (EU) 2015/281 der Kommission vom 26. November 2014 zur Ersetzung der Anhänge I und II der VO (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2015/54,1; im Folgenden EuGVVO 2012 (Brüssel-IIa-VO).



die EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) in ihrem Anwendungsbereich die Zuständigkeitsvorschriften der JN zur Gänze.<sup>49</sup>

### **3.2. Ausschließliche Zuständigkeit nach Art 24 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO)**

Art 24 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) normiert ausschließliche der österreichischen Terminologie folgend internationale (Zwangs-)Zuständigkeiten.<sup>50</sup> Eine hiervon abweichende Gerichtsstandsvereinbarung ist nach Art 25 Abs 4 EuGVVO 2012 rechtlich unwirksam. Die Unzuständigkeit kann auch nicht durch rügelose Einlassung des Beklagten geheilt werden, da sich das angerufene Gericht nach Art 27 EuGVVO 2012 bereits von Amts wegen für unzuständig zu erklären hat.

Gemäß Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) sind ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Parteien bei Verfahren, die dingliche Rechte an sowie die Miete oder Pacht von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in welchem die unbewegliche Sache gelegen ist.

Die Bestimmung ist zur Beurteilung der hier relevanten Frage mit der Vorgängerreglung in Art 22 Z 1 EuGVVO (Brüssel-I-VO) und den staatsvertraglichen Regelungen in Art 16 Z 1 lit a EuGVÜ sowie Art 16 Z 1 lit a LGVÜ inhaltsgleich, sodass die hierzu ergangene Judikatur heranziehbar ist.

Nach der Judikatur des OGH und dieser dem EuGH folgend, sind mit dem Tatbestandsmerkmal des dinglichen Rechtes

*"Klagen, die darauf gerichtet sind, Umfang oder Bestand einer unbeweglichen Sache, das Eigentum, den Besitz oder das Bestehen anderer dinglicher Rechte hieran zu bestimmen und den Inhabern dieser Rechte den Schutz der mit ihrer Rechtsstellung verbundenen Vorrechte zu sichern"*<sup>51</sup>

zu verstehen, wobei es nicht ausreichend ist, dass

*„ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache von der Klage berührt wird oder die Klage in einem Zusammenhang mit einer unbeweglichen Sache steht.*

---

<sup>49</sup> RS0106679 (T6); OGH 10 Ob 74/16d = Zak 2017,59 = ecolex 2017,218 = JBI 2017,466 = SZ 2016/140; Simotta in Fasching/Konecny<sup>2</sup>, Art 3 EuGVVO Rz 4.

<sup>50</sup> Simotta in Fasching/Konecny<sup>3</sup> I, § 81 JN Rz 26.

<sup>51</sup> EuGH 10.1.1990, C-115/88, Reichert u. Kockler/Dresdner Bank Rz 11.

*Die Klage muss auf ein dingliches Recht und [...] nicht auf ein persönliches Recht gestützt sein.*<sup>52</sup>

Der Unterschied zwischen dinglichem Recht und persönlichem Anspruch ist darin zu finden,

*„dass das dingliche Recht an einer Sache gegenüber jedermann wirkt, während der persönliche Anspruch nur gegen den Schuldner geltend gemacht werden kann.“*<sup>53</sup>

Die Klage muss in Ausübung des dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache erfolgen, sodass das dingliche Recht selbst Streitgegenstand des Verfahrens ist.<sup>54</sup>

Auf Grund dieser sehr engen Auslegung des dinglichen Rechtes und damit der Begründung des ausschließlichen Gerichtsstandes ist anhand des konkreten Streitgegenstandes zu prüfen, ob der Sachverhalt unter diese Zuständigkeitsvorschrift subsumiert werden kann oder nicht.

Nach der Judikatur des EuGH sind (vorbeugende) Unterlassungsklagen des Eigentümers einer Liegenschaft und damit dinglichen Berechtigten einer unbeweglichen Sache gegen einen schädigenden Dritten nicht unter diesen Zuständigkeitstatbestand zu subsumieren.<sup>55</sup> In weiterer Konsequenz geht der OGH davon aus, dass dies daher jedenfalls auch für eine publizianische Unterlassungsklage gemäß § 372 ABGB zu gelten hat.<sup>56</sup>

Unstrittig ist, dass Teilungsklagen in den Anwendungsbereich des Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) fallen.<sup>57</sup> Ebenso sind Klagen aus dem Wohnungseigentum von Art 22 Nr 1 EuGVVO erfasst, sofern es sich nicht um die Geltendmachung von schuldrechtlichen Ansprüchen handelt.<sup>58</sup>

Soweit überblickbar liegen keine Entscheidungen des OGH oder des EuGH zur Frage der Anwendbarkeit des Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) oder der Vorgängerregelung in Art 22 Z 1 EuGVVO (Brüssel-I-VO) bzw den staatsvertraglichen

---

<sup>52</sup> EuGH 17.5.1994, C-294/92, Webb/Webb Rz 14.

<sup>53</sup> EuGH 16.11.2016, C-417/15, Schmidt Rz 31.

<sup>54</sup> RS0112834.

<sup>55</sup> EuGH 18.5.2006, C-343/04, Land Oberösterreich/ČEZ as Rz 34.

<sup>56</sup> OGH 10 Ob 74/16d = Zak 2017,59 = ecolex 2017,218 = JBI 2017,466 = SZ 2016/140.

<sup>57</sup> OGH 7 Ob 286/99f = RdW 2000,284.

<sup>58</sup> OGH 5 Ob 267/07m = Zak 2008,115 = ZfRV-LS 2008,77(*Pröbsting*) = wobl 2008,138 (*Oberhammer/Domej*) = JBI 2008,392 = Jus-Extra OGH-Z 4491 = ecolex 2008,428 = MietSlg 59.439 = MietSlg 59.693 = HS 38.424 = HS 38.425 = HS 38.504 = SZ 2007/196; ecolex 2009, 1010 (*L.Fuchs*).

Regelungen in Art 16 Z 1 lit a EuGVÜ sowie Art 16 Z 1 lit a LGVÜ bei Ausschlussklagen nach § 36 WEG 2002 vor.

Eine Leistungsklage der Eigentümergemeinschaft gegen den nichtzahlenden Wohnungseigentümer auf Zahlung der rückständigen Bewirtschaftungskosten, sofern diese mit einer Klagsanmerkung nach § 27 Abs 2 WEG 2002 verbunden wird, fällt in den Anwendungsbereich des Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO). Begründet wird dies damit, dass durch die Klagsanmerkung im Grundbuch das bereits gesetzlich bestehende Vorzugspfandrecht für Forderungen der Eigentümergemeinschaft gegen den Eigentümer des Anteils nur mehr effektuiert wird, die Eintragung im Grundbuch daher nicht konstitutiv ist. Sofern nur eine Leistungsklage eingebracht wird und erst in der Folge die Klagsanmerkung begehrt wird, führt dies zu einem gespaltenen Gerichtsstand – die Forderung gegen den beklagten Wohnungseigentümer ist beim Gericht des Wohnsitzes des Beklagten einzubringen, die grundbücherliche Klagsanmerkung ist aufgrund deren dinglichen Charakters beim Gericht des Belegenheitsstaates zu beantragen.<sup>59</sup>

Nach § 36 Abs 4 WEG 2002 ist die Ausschlussklage im Grundbuch anzumerken. Für den Antrag auf Anmerkung der Klage ist das Gericht des Belegenheitsstaates zuständig. Die Streitanmerkung nach § 36 Abs 4 WEG 2002 (unter Verweis auf § 61 Abs 2 GBG) hat jedoch eine andere Wirkung, nämlich die Bindung Dritter an das rechtskräftige Ausschlussurteil, als jene der Klagsanmerkung nach § 27 Abs 2 WEG 2002, die ein Pfandrecht der Eigentümergemeinschaft gegenüber dem säumigen Wohnungseigentümer darstellt. Im Hinblick auf die enge vertragsautonome Auslegung des Begriffes der Ausübung eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache - obzwar die Streitanmerkung gegenüber jedermann wirkt - führt dies wohl stets zu einem gespaltenen Gerichtsstand bei Wohnungseigentümern mit ausländischem (Wohn-)Sitz.

Nach Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) ist das Gericht des Belegenheitsstaates für Verfahren über Bestandsrechte (Miete oder Pacht) an unbeweglichen Sachen zuständig. Da die Ausschlussgründe des § 36 Abs 1 Z 1 bis Z 3 WEG 2002 im Wesentlichen den mietrechtlichen Kündigungsgründen des § 30

---

<sup>59</sup> OGH 5 Ob 267/07m = Zak 2008,115 = ZfRV-LS 2008,77(*Pröbsting*) = wobl 2008,138 (*Oberhammer/Domej*) = JBI 2008,392 = Jus-Extra OGH-Z 4491 = ecolex 2008,428 = MietSlg 59.439 = MietSlg 59.693 = HS 38.424 = HS 38.425 = HS 38.504 = SZ 2007/196; ecolex 2009, 1010 (*L.Fuchs*).

Abs 2 Z 1 und Z 3 Mietrechtsgesetz (MRG)<sup>60</sup> nachgebildet sind<sup>61</sup>, erscheint diese differierende Beurteilung der internationalen Zuständigkeit sachlich nicht gerechtfertigt. Kündigungsverfahren gegen den Bestandnehmer müssen stets auf den Gerichtsstand des Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) gestützt werden, Verfahren denen derselbe Tatsachensachverhalt zu Grunde liegt, aber gegen einen Wohnungseigentümer in einem Verfahren auf Ausschluss nach § 36 WEG 2002 geltend gemacht werden, jedoch nicht.

Wie schon zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit ausgeführt, wäre zu überlegen, ob auf Grund der mit der Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 verbundenen Klagsanmerkung und der mit der exekutiven Durchsetzung des Urteiles bezweckten Übertragung der Anteile des Ausgeschlossenen argumentiert werden kann, dass Streitgegenstand des Ausschlussverfahren nicht nur das gesetzeswidrige bzw. vertragswidrige Verhalten des Auszuschließenden ist, sondern auch der Fortbestand des dinglichen Rechtes desselben.

### **3.3. Besondere Zuständigkeit nach Art 7 EuGVVO 2012**

Eine weitere Argumentationslinie scheint auch aus dem Vorlageantrag des OGH an den EuGH heranziehbar zu sein zur Frage, ob Unterlassungsklagen zwischen Wohnungseigentümern – hier bezüglich Widmungsänderungen - als die Geltendmachung eines dinglichen Rechtes, nämlich ein bestimmtes Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen, das vor Eingriffen Dritter, aber auch der anderen Wohnungseigentümer geschützt ist, im Sinne des Art 24 Nr 1 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) zu qualifizieren ist, widrigenfalls als vertraglicher Anspruch beurteilt werden kann, der am Ort der gelegenen Sache zu erfüllen ist, und damit auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art 7 Nr 1 lit a EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) gestützt werden kann.<sup>62</sup> Das Verfahren ist zu C-433/19 vor dem EuGH anhängig.

Nach Art 7 Nr 1 lit a EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) kann der mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats Beklagte, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag Verfahrensgegenstand sind, vor dem Gericht des Erfüllungsortes geklagt werden.

---

<sup>60</sup> Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG) BGBl 1981/520 idF BGBl 2018/58; im Folgenden MRG.

<sup>61</sup> Würth in *Rummel*<sup>2</sup>, § 36 WEG Rz 5ff.

<sup>62</sup> OGH 5 Ob 52/19m = Zak 2019,237.

Die Argumentation des OGH im Rahmen des Vorlageantrages in Bezug auf die Widmungsänderung ist durchaus auf die Ausschlussklage übertragbar. Der OGH verweist dabei auf die Wohnungseigentumsbegründung, die nach § 3 Abs 1 Z 1 WEG 2002 ua auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer und damit auf einer vertraglichen Beziehung, dem Wohnungseigentumsvertrag, beruht.<sup>63</sup> Die Erfüllung der Ausschlusstatbestände des § 36 Abs 1 WEG 2002 stellt in diesem Sinne eine Verletzung der vertraglichen Vereinbarung sohin des Wohnungseigentumsvertrages dar.

#### **4. Gerichtsstandsvereinbarung**

Um das Ausschlussverfahren nach § 36 WEG 2002 am Gerichtsstand der gelegenen Sache führen zu können, wäre sinnvollerweise eine Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen der Begründung von Wohnungseigentum im Wohnungseigentumsvertrag vorzusehen. Bei bereits bestehenden Eigentümergemeinschaften wird dies ob der erforderlichen Einstimmigkeit nur schwer zu realisieren sein.

Nach § 104 Abs 1 JN können sich die (Vertrags-) bzw (Verfahrens-)Parteien sowohl der inländischen Gerichtsbarkeit als auch der sachlichen bzw örtlichen Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte erster Instanz namentlich angeführter Orte mittels ausdrücklicher Vereinbarung, die urkundlich nachgewiesen werden muss, unterwerfen. Nach Abs 2 leg cit muss sich die Vereinbarung auf einen bestimmten Rechtsstreit oder Rechtsstreitigkeiten, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entspringen, beziehen.

Die Gerichtsstandsvereinbarung sollte die sachliche Zuständigkeit, jedenfalls aber die örtliche sowie die internationale Zuständigkeit als ausschließliche Zuständigkeiten umfassen.

Der herrschenden Lehre und Judikatur folgend, muss aus Gründen der Rechtssicherheit diese Ausschließlichkeit für sachliche und örtliche Zuständigkeit ausdrücklich vereinbart werden, zumal die Ermächtigung zur Gerichtsstandsvereinbarung eine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung darstellt, die letzterer hinzutritt und diese sohin nicht einschränkt bzw beseitigt. Was die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit betrifft ist hingegen ein Gleichlauf mit

---

<sup>63</sup> OGH 5 Ob 52/19m = Zak 2019,237.

dem Verständnis des Art 25 Abs 1 Satz 2 EuGVVO 2012 (Brüssel-Ia-VO) gegeben, wonach im Zweifel die Vereinbarung als ausschließliche Zuständigkeit zu verstehen ist.<sup>64</sup>

Die Regelung würde dahingehend lauten, dass für alle Streitigkeiten aus dem Wohnungseigentumsvertrag, dem Wohnungseigentum ob einer bestimmten Einlagezahl sowie zwischen den Wohnungseigentümern dieser Einlagezahl, das für die Lage des Wohnungseigentumsobjekt je nach Streitwert sachlich zuständige Gericht als örtlicher und internationaler ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart wird.

## 5. Zusammenfassung

Der herrschenden Lehre und Judikatur folgend ist die Klage auf Ausschließung eines Wohnungseigentümers nach § 36 WEG 2002 beim allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten einzubringen.

Die im Vorlageantrag des OGH an den EuGH im Verfahren 5 Ob 52/19m vertretene Argumentation zur Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache ist auf die innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften übertragbar und damit eine Begründung für den Gerichtsstand der gelegenen Sache.

Dies erscheint auch im Rahmen einer vergleichweisen Betrachtung mit Bestandstreitigkeiten sinnvoll. Nach § 49 Abs 2 Z 5 JN fallen ua sämtliche Streitigkeiten aus Bestandverträgen über die in § 560 Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>65</sup> bezeichneten Sachen (sohin ua Bestandverträge über Grundstücke, Gebäude und andere unbewegliche oder gesetzlich für unbeweglich erklärte Sachen) samt mit diesen in Bestand genommene bewegliche Sachen, einschließlich ua der Streitigkeiten über die Eingehung, das Bestehen, die Auflösung sowie die Nachwirkungen solcher Verträge in die Eigenzuständigkeit der Bezirksgerichte. § 83 Abs 1 JN sieht für diese Streitigkeiten das Gericht der gelegenen Sache als ausschließlichen örtlichen Gerichtsstand vor. Des Weiteren besteht, wenn der Bestandvertrag über unbewegliche Sachen auf Seiten des beklagten Bestandnehmers ein unternehmensbezogenes Geschäft ist, keine Zuständigkeit des Handelsgerichtes nach § 50 f JN, sondern greift

---

<sup>64</sup> *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 104 JN Rz 92,96f.

<sup>65</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO) RGBI 1895/113 idF BGBl I 109/2018; im Folgenden ZPO.

die Eigenzuständigkeit des allgemeinen Bezirksgerichtes nach § 49 Abs 2 Z 5 JN.<sup>66</sup> Da die Ausschlussgründe des § 36 Abs 1 Z 1 bis Z 3 WEG 2002 im Wesentlichen den mietrechtlichen Kündigungsgründen des § 30 Abs 2 Z 1 und Z 3 MRG nachgebildet sind, wäre eine gleichläufige Zuständigkeit (analog) zweckmäßig.

Zusammenfassend wäre meiner Ansicht nach aus materiell-rechtlichen und verfahrensökonomischen Gründen eine Konzentration der Verfahren die Wohnungseigentumsobjekte im weitesten Sinne einer Einlagezahl betreffend am Gerichtsstand der gelegenen Sache zu begrüßen.

### **III. Klagslegitimation**

#### **1. Allgemeines**

##### **1.1. Anwendungsvoraussetzungen**

Die Bestimmung des § 36 WEG 2002 ist jedenfalls dann anzuwenden, wenn auf der Liegenschaft Wohnungseigentum bereits besteht<sup>67</sup> sohin begründet wurde, was ua nach § 3 Abs 1 Z 1 WEG 2002 auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer sohin dem Wohnungseigentumsvertrag als Titel und nach § 5 Abs 3 WEG 2002 der Einverleibung im Grundbuch als Modus erfolgen kann.

Die zwingenden Regelungen zum Schutz des Wohnungseigentumswerbers sind in § 37 WEG 2002 enthalten. Danach gelangen für die Rechte der Miteigentümer gemäß § 37 Abs 5 Satz 1 WEG 2002 ua die Bestimmung des § 36 WEG 2002 dann zur Anwendung, sobald die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch zugunsten eines Wohnungseigentumsbewerbers gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkt ist und ein Wohnungseigentumsbewerber Miteigentum erworben hat. Ein Wohnungseigentumsbewerber, zu dessen Gunsten die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 angemerkt ist und dem das Objekt übergeben wurde, hat, sofern zumindest ein (weiterer) Wohnungseigentumsbewerber (schlichtes) Miteigentum erworben hat, wobei sein späterer Miteigentumsanteil (etwa durch ein Nutzwertgutachten) zumindest vorläufig

---

<sup>66</sup> *Simotta in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I, § 49 JN Rz 102.

<sup>67</sup> RS0083038.

bekannt sein muss, ebenfalls die Rechte nach § 36 WEG 2002.<sup>68</sup> Der Wohnungseigentumsbewerber kann sohin bereits vor der Begründung von Wohnungseigentum ausgeschlossen werden.<sup>69</sup>

Nach einem anderen Teil der Lehre kommt einem Wohnungseigentumsbewerber, der noch nicht Miteigentümer der Liegenschaft ist, weder die aktive noch die passive Klagslegitimation zu<sup>70</sup> bzw jedenfalls keine passive Klagslegitimation.<sup>71</sup>

Unstrittig scheint, dass eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 36 WEG 2002 zugunsten des Wohnungseigentumsorganisators zum Ausschluss eines Wohnungseigentumsbewerbers nicht gegeben ist.<sup>72</sup>

Bei Vorliegen eines sogenannten Mischhauses, sohin bei dem im Zeitpunkt des Inkrafttretens des WEG 2002 die Eigentümergemeinschaft aus Wohnungseigentümern und schlichten Miteigentümern bereits begründet war, gilt die Bestimmung des § 36 WEG 2002 ob der Übergangsregelung des § 56 Abs 12 WEG 2002 auch für schlichte Miteigentümer, da die Rechtseinräumung bereits auf Grundlage des WEG 1975 bestanden hat.

## 1.2. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 36 Abs 1 WEG 2002 ist ein Wohnungseigentümer bzw nach § 56 Abs 12 WEG 2002 auch ein schlichter Miteigentümer auf Klage der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft auszuschließen, wenn einer der in Abs 1 Z 1 bis Z 3 leg cit taxativ angeführten Ausschlussgründe erfüllt ist. Zu prüfen sind sowohl die aktive als auch die passive Klagslegitimation, sohin wer wen zu klagen hat.

---

<sup>68</sup> Gartner in *Illedits/Reich-Rohrwig*<sup>3</sup>, § 37 WEG Rz 27ff; Oberhofer in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 92; T.Hausmann in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 17.

<sup>69</sup> Sammer in *Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017*, 603, 607.

<sup>70</sup> Palten, *Wohnungseigentumsrecht*<sup>3</sup> Rz 320.

<sup>71</sup> A.Illedits in *Illedits/Reich-Rohrwig*<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 1.

<sup>72</sup> Oberhofer in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 98.



## 2. Aktivlegitimation

### 2.1. Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer

#### 2.1.1. Allgemeines

Das WEG 2002 - wie auch schon das WEG 1948 und das WEG 1975 - räumt die Klagsbefugnis der Mehrheit der übrigen Mit- bzw Wohnungseigentümer ein. Unstrittig ist, dass diese Mehrheit keine eigene und auch keine eingeschränkte Rechtspersönlichkeit besitzt wie die Eigentümergemeinschaft und sohin auch kein parteifähiges Gebilde ist.

Nach § 11 Z 1 ZPO können außer in den von anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fällen, mehrere Personen ua dann gemeinschaftlich klagen, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in einer Rechtsgemeinschaft stehen (materielle Streitgenossen), die auch echte oder eigentliche Streitgenossenschaft genannt wird; diese stellt eine einfache Streitgenossenschaft dar.<sup>73</sup>

Davon zu unterscheiden ist eine einheitliche Streitpartei nach § 14 ZPO die dann vorliegt, wenn sich entweder auf Grund der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses sohin anspruchsgebunden oder kraft gesetzlicher Vorschrift sohin wirkungsgebunden die Urteilswirkungen auf sämtliche Streitgenossen als Einzelpersonen erstrecken.<sup>74</sup>

Bei einer notwendigen Streitgenossenschaft ist eine gemeinsame Klage für oder gegen alle Voraussetzung, anderenfalls diese mangels Sachlegitimation abzuweisen ist. Wann eine solche Streitgenossenschaft vorliegt, regelt das materielle Recht.<sup>75</sup>

Der Bestimmung des § 830 ABGB folgend sind bei einer Teilungsklage sämtliche Miteigentümer als Kläger oder Beklagter – selbst bei einer bereits erfolgten außergerichtlichen Zustimmung - am Verfahren beteiligt.<sup>76</sup> Nach ständiger Judikatur des OGH ist eine Teilungsklage gegen sämtliche Miteigentümer zu richten, wobei diese eine einheitliche Streitgenossenschaft bilden, womit alle Miteigentümer am

---

<sup>73</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 11 ZPO Rz 6f.

<sup>74</sup> Fucik in Rechberger<sup>3</sup>, § 14 ZPO Rz 1.

<sup>75</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 2.

<sup>76</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 24.

Teilungsverfahren beteiligt sein müssen.<sup>77</sup> Dabei wird weder in der Judikatur noch in der Lehre eine obligatorische Vorabanhörung des Teilungsgegners vertreten.<sup>78</sup>

Bei gemischten Objekten (schlichtes Mit- und Wohnungseigentum) liegt ebenso eine notwendige Streitgenossenschaft vor.<sup>79</sup>

Der Gesetzgeber hat für das Ausschlussverfahren die Mehrheit der übrigen Mit- bzw. Wohnungseigentümer für die einleitenden verfahrensrechtlichen Schritte sohin für die Einbringung der Ausschlussklage als ausreichend erachtet. Bei größeren Objekten besteht die Schwierigkeit, dass sich nicht alle Miteigentümer hieran beteiligen oder aber die Zustimmung versagen. Die Norm ermöglicht eine raschere Verfahrenseinleitung, ohne dass die übrigen Miteigentümer auf Zustimmung zur Klagsführung mittels Klage in die Pflicht genommen werden müssen.<sup>80</sup>

Nach einem Teil der Lehre ist im Gegensatz zur Teilungsklage die klagende Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer eine einfache materielle Streitgenossenschaft nach § 11 Z 1 ZPO, nicht aber eine notwendige Streitgenossenschaft. Die Konsequenz hieraus ist, dass sich die Kläger im Verlauf des Verfahrens ändern können (hinzutreten oder wegfallen), wobei für das Vorliegen der Mehrheit als relevanter Zeitpunkt sowohl die Klagseinbringung als auch der Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ist.<sup>81</sup>

Der OGH sieht das Vorliegen einer qualifizierten Mehrheit bei Schluss mündlicher Verhandlung erster Instanz als qualifiziertes Erfordernis und lehnt dieses unter Verweis auf den Wortlaut der Bestimmung, der nur von der Klage der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer spricht, ab. Die herrschende Judikatur sieht daher sachlich eine Gleichläufigkeit mit der Teilungsklage – bei dieser besteht unstrittig eine anspruchsgesundene einheitliche Streitpartei im Sinne des § 14 ZPO<sup>82</sup> – sodass die klagende Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer als einheitliche Streitpartei gemäß § 14 ZPO zu qualifizieren ist, da abweichende Entscheidungen einzelne Kläger

---

<sup>77</sup> RS0013245.

<sup>78</sup> OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018,349 = Zak 2019,18 = immo aktuell 2019,45 (Höllwerth) = EvBl 2019,421 = NZ 2019,136 = wobl 2019,398.

<sup>79</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 24.

<sup>80</sup> OGH 5 Ob 165/00a = JBl 2001, 115 = wobl 2001,20 (Oberhofer) = ÖJZ 2001,62 = immolex 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252.

<sup>81</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 6; Würth in Rummel<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 2; Palten, Wohnungseigentumsrecht<sup>3</sup> Rz 316; Oberhofer, Klagslegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft im Ausschließungsverfahren nach § 22 WEG, immolex 1998, 187ff; A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2.

<sup>82</sup> Fucik in Rechberger<sup>3</sup>, § 14 ZPO Rz 2.

betreffend nicht möglich sind, der Klage daher nur zur Gänze Folge gegeben werden kann oder diese zur Gänze abzuweisen ist.<sup>83</sup>

### 2.1.2. Klagsbefugnis

Aktiv klagslegitimiert ist sohin die Mehrheit der übrigen, sowohl nach § 36 Abs 1 WEG 2002 der Wohnungseigentümer, als auch nach der Übergangsbestimmung des § 56 Abs 12 WEG 2002 der schlichten Miteigentümer. Nach § 37 Abs 5 Satz 1 WEG 2002 ist der Miteigentümer einer (noch) schlichten Miteigentumsgemeinschaft, sobald eine Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums nach § 40 Abs 2 WEG 2002 im Grundbuch angemerkt ist und zumindest ein Wohnungseigentumsbewerber Miteigentum erworben hat, aktiv klagslegitimiert. Letztlich ist nach § 37 Abs 5 Satz 3 WEG 2002 ein Wohnungseigentumsbewerber, der noch nicht Miteigentümer ist, zu dessen Gunsten nach § 40 Abs 2 WEG 2002 die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist, ab Bezug des wohnungseigentumstauglichen Objekts sowie ab Kenntnis des späteren Miteigentumsanteil, sofern zumindest ein anderer Wohnungseigentumsbewerber bereits Miteigentum erworben hat, aktiv klagslegitimiert.

### 2.1.3. Mehrheitsberechnung

Die gesetzliche Bestimmung des § 36 Abs 1 WEG 2002 spricht von der „*Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer*“, ohne diese näher zu konkretisieren. Regelungen zur Bestimmung der Mehrheit finden sich im Gesetz an mehreren Stellen.

Die Vertretung der Eigentümergemeinschaft erfolgt nach § 18 WEG 2002 durch die „*nach Miteigentumsanteilen zu berechnende Mehrheit der Wohnungseigentümer*“. Die Weisungsbefugnis gegenüber dem Verwalter gemäß § 20 WEG 2002 sowie dem Eigentümerversorger gemäß § 22 WEG 2002 steht weniger konkretisiert der „*Mehrheit der Wohnungseigentümer*“ zu. Bei Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft nach § 24 WEG 2002 wird die „*Mehrheit der Stimmen der Wohnungseigentümer nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile*“ berechnet. Die Minderheitsrechte nach § 30 Abs 2

---

<sup>83</sup> OGH 5 Ob 165/00a = JBI 2001, 115 = wobl 2001,20 (Oberhofer) = ÖJZ 2001,62 = immolex 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252; RS 0113758; A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 106; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 25; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2; Palten, Wohnungseigentumsrecht<sup>3</sup> Rz 316.

WEG 2002 stehen dem einen Wohnungseigentümer gegenüber jenem anderen Wohnungseigentümer zu, der die „*Mehrheit der Miteigentumsanteile*“ hat.

Bei den Regelungen zum Schutz der Wohnungseigentumsbewerber ist die Mehrheitsfindung im Insolvenzfall zur Frage der Nachfinanzierung sowie der Fortsetzung der Bauführung gemäß § 41 Abs 2 WEG 2002 von der „*nach Köpfen berechnete Mehrheit der Wohnungseigentumsbewerber*“ vorgesehen.

Welser<sup>84</sup> hat unter Verweis darauf, dass anderenfalls bei bloßem Vorliegen zweier Wohnungseigentümer der Minderheitseigentümer den Mehrheitseigentümer ausschließen könnte, eine auf Grundlage des Gesetzestextes zumindest nicht ausgeschlossene Zählung nach Köpfen angedacht.

Nach herrschender Judikatur<sup>85</sup> und Lehre<sup>86</sup> wird die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer und schlichten Miteigentümer nach Anteilen ermittelt bzw berechnet, dies unter Verweis auf die Mehrheitsfindung bei Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft nach § 24 Abs 4 WEG 2002, wobei jene des auszuschließenden Wohnungseigentümers dabei nicht mitzurechnen sind („*Mehrheit der übrigen Miteigentümer*“).<sup>87</sup>

Auch nach jenem Teil der Lehre, der einen Teilausschluss für zulässig erachtet, sind im Rahmen der Abstimmung sämtliche Anteile des Auszuschließenden nicht mitzurechnen, anderenfalls es dem auszuschließenden Mehrheitseigentümer uU möglich wäre, seinen eigenen Ausschluss zu verhindern.<sup>88</sup>

#### **2.1.4. Kein Stimmrecht bei familiärem oder wirtschaftlichem Naheverhältnis?**

Die Bestimmung des § 36 WEG 2002 selbst enthält keine Regelung über die Berechnung der Mehrheit der Wohnungseigentümer, sodass wie ausgeführt nach

---

<sup>84</sup> Welser, Das Wohnungseigentumsgesetz 1975, NZ 1975,161.

<sup>85</sup> RS0113758.

<sup>86</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 20; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 103; A. Illredits in Illredits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2.

<sup>87</sup> OGH 5 Ob 165/00a = JBI 2001, 115 = wobl 2001,20 (Oberhofer) = ÖJZ 2001,62 = immolex 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252 unter Verweis auf Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 3; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 3; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 19; Markl, WEG 2002 § 36 Anm.

<sup>88</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 17; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 104; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 21.

herrschender Lehre und Judikatur die Regelungen des § 24 Abs 4 WEG 2002 über die Mehrheitsfindung bei Beschlüssen der Eigentümergeinschaft herangezogen werden. Ebenfalls dieser herrschenden Ansicht folgend sind die Anteile des auszuschließenden Wohnungseigentümers nicht miteinzurechnen.

Nach § 24 Abs 3 WEG 2002 steht einem Wohnungseigentümer bei Beschlüssen der Eigentümergeinschaft, die ein Rechtsgeschäft, ein Rechtsverhältnis oder einen Rechtsstreit mit diesem selbst oder mit einem Dritten zum Inhalt haben, mit dem dieser durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden ist, kein Stimmrecht zu.

Die nicht einzuberechnenden Anteile des auszuschließenden Wohnungseigentümers nach § 36 Abs 1 WEG 2002 sind daher wertungsgemäß dem mangelnden Stimmrecht in § 24 Abs 3 WEG 2002 gleichzusetzen.

Damit stellt sich aber die Frage, ob die Anteile jener, die mit dem auszuschließenden Wohnungseigentümer durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbundenen sind, ebenfalls nicht miteinzurechnen sind.

Das Gesetz selbst enthält keine Definition, was unter einem familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zu verstehen ist.

*„Der Begriff des familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses wurde bewusst aus § 6 Abs 4 MaklerG<sup>89</sup> entnommen (vgl den AB zur WRN 1999, 2056 BlgNR 20. GP zu Art III Z 2 lit a), sodass auf das dort entwickelte Gesetzesverständnis zurückgegriffen werden kann.“<sup>90</sup>*

Der OGH hat sich in der Entscheidung 5 Ob 246/03t erstmalig und ausführlich mit dem Regelungszweck sowie den im Rahmen eines beweglichen Systems anzulegenden Kriterien auseinandergesetzt, die jeweils im Einzelfall zur entsprechenden Beurteilung heranzuziehen sind. Gesetzeszweck ist die Hintanhaltung von Interessenskollisionen, die von der Intensität der Beziehung zwischen den fraglichen Personen und dem Gegenstand der Beschlussfassung abhängen.<sup>91</sup> Ein wirtschaftliches Naheverhältnis

---

<sup>89</sup> Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler (Maklergesetz – MaklerG) BGBl 1996/262 idF BGBl I 2018/112; im Folgenden MaklerG.

<sup>90</sup> OGH 5 Ob 246/03t = wobl 2004,307(Call) = MietSlg 55.487 (32) = immolex 2005,54 (Vonkilch); A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 24 WEG Rz 8.

<sup>91</sup> RS0118452.

trifft nicht nur auf einen Gesellschafter oder Geschäftsführer zu, sondern kann auch bei konzernmäßigen Verflechtungen oder wirtschaftlichen Beteiligungen ebenso bei Abhängigkeiten durch ein Dienst-, Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis bei einer ständigen Zusammenarbeit gegeben sein.<sup>92</sup>

Der Wertungsmaßstab ist abhängig von der Wahrscheinlichkeit und dem Gewicht der Nachteile und dem damit zu erwartenden Gefahrenpotential für die Eigentümergemeinschaft auf Grund des Naheverhältnisses, das in der Folge den Stimmrechtsausschluss begründet.<sup>93</sup>

Die Beurteilung erfolgt sohin in zwei Stufen, primär die Prüfung der wirtschaftlichen Verbindung aus formaler Sicht und sekundär jene des Gefahrenpotentials für die Eigentümergemeinschaft. Ob letzteres erst das wirtschaftliche Naheverhältnis ausmacht oder diesem in einer „erweiterten Gesetzesauslegung“ hinzutritt, ist für das Ergebnis ohne Relevanz.<sup>94</sup>

Nach *Löcker*<sup>95</sup> sollten diese Kriterien nicht nur beim wirtschaftlichen, sondern auch beim familiären Naheverhältnis Anwendung finden. Neben dem Verwandtschaftsverhältnis unter Anwendung des § 14 Abs 3 MRG (Ehegatten, Lebensgefährten, Verwandte in gerader Linie, Wahlkinder, Geschwister) – unter Verweis auf *Würth*, der eine analoge Anwendung befürwortet – muss ein Gefahrenpotential für die Eigentümergemeinschaft hinzutreten, dass dieser abhängig an die Nähe der familiären Beziehung knüpft (umso näher verwandt umso größer das Gefahrenpotential).

Anhaltspunkte für den Ausschluss des Stimmrechtes bei der Ausschlussklage bei Vorliegen eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses finden sich einerseits in der Regelung des § 30 Abs 2 WEG 2002 (Minderheitenrechte gegen einen Dominator), wonach der Mehrheit der Miteigentumsanteile eines einzelnen Wohnungseigentümers jene mehrerer Personen, die durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden sind, gleichzusetzen sind. Andererseits schließt die Regelung des § 36 Abs 6 WEG 2002 diese Personen vom Bieten bei der Versteigerung des Miteigentums aus, ebenso wohl auch bei der freiwilligen Übertragung durch den Ausgeschlossenen.

---

<sup>92</sup> RS0118453.

<sup>93</sup> RS0118454.

<sup>94</sup> *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 24 Rz 37b.

<sup>95</sup> *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 24 Rz 37c.

Das Argument, wonach damit entgegen dem Tatbestandsmerkmal der Mehrheit der Wohnungseigentümer eine Minderheit einen anderen Wohnungseigentümer ausschließen kann, ist insofern nicht überzeugend, als dasselbe Ergebnis bei Ausschluss des Mehrheitseigentümers erzielt wird. Es wäre daher unbillig, in diesem Fall die sonst vom Stimmrecht und vom Bieten Ausgeschlossenen in einem familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis Stehenden mitstimmen zu lassen.

Es erscheint daher durchaus vertretbar, die sogenannte familia suspecta vom Stimmrecht und damit von der Berechnung der Mehrheit der Anteile der Wohnungseigentümer auszuschließen.

## **2.2. Eigentümergeinschaft**

Mit der Bestimmung des § 13c WEG 1975 durch das 3. WÄG wurde die Wohnungseigentümergeinschaft (nach § 18 WEG 2002 nunmehr Eigentümergeinschaft) mit beschränkter Rechtspersönlichkeit geschaffen, diese bestehend aus allen Wohnungs- und Miteigentümern der Liegenschaft zum Zwecke deren Verwaltung.

Die Eigentümergeinschaft ist die Verwaltung der Liegenschaft betreffend sowohl aktiv als auch passiv klagslegitimiert.

Der OGH hat als Verwaltungsrechte an der Liegenschaft jene gemäß §§ 13 bis 22 WEG 1975, sohin auch die Ausschlussklage, qualifiziert, dies im Zusammenhang mit der Nichtanwendung auf bloße Wohnungseigentumsbewerber, denen nur die Rechte nach §§ 23 bis 25 WEG 1975 offen stehen, solange nicht zumindest teilweise Wohnungseigentum begründet wurde.<sup>96</sup>

Die Frage, wer zur Erhebung der Ausschlussklage berechtigt ist, wurde mit der vorzunehmenden Unterscheidung von Angelegenheiten der Verwaltung und jenen der Verfügung gelöst.

Als Verwaltungshandlungen bezeichnet man jene, die ein gemeinschaftliches Vorgehen der Wohnungseigentümer verlangen, weil die Interessen aller betroffen sind, wobei Geschäfte der Gemeinschaft besorgt werden, bei denen sohin gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes

---

<sup>96</sup> OGH 7 Ob 797/79 = MietSlg 32.500; OGH 5 Ob 22/88 = MietSlg 40.670.

berührt werden. Verfügungen dagegen greifen in die Substanz der Gemeinschafts- oder Anteilsrechte ein.<sup>97</sup>

Zwar stehen die Ausschlusstatbestände selbst in einem engen Zusammenhang mit der Liegenschaftsverwaltung, wie auch die Zahlungsrückstände der Bewirtschaftungskosten eines Wohnungseigentümers vom Verwalter namens der Eigentümergemeinschaft geltend zu machen sind, doch stellt der mit der Ausschlussklage angestrebte Eigentümerwechsel eine Verfügung über einen Miteigentumsanteil bzw einem mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteil dar. Das Ausschlussverfahren kann als Verwaltungsangelegenheit und die Vollstreckung des Titels als Verfügung betrachtet werden.<sup>98</sup>

Das Recht auf Ausschluss eines Mit- bzw Wohnungseigentümers stellt ein mit dem Mit- bzw Wohnungseigentum akzessorisch verbundenes Individualrecht dar, das nicht selbständig übertragen oder abgetreten werden kann.<sup>99</sup>

*„Gestaltungsrechte können idR nur zusammen mit dem Hauptrecht, dessen Ausübung sie dienen, oder mit dem Schuldverhältnis, aus dem sie entspringen, abgetreten werden, ebenso unselbständige Hilfsrechte, die dem Schutz des Trägers des Hauptrechtes dienen und daher lediglich diesem gewährt sind, nur zusammen mit dem Recht, dessen Durchsetzung sie dienen. Daher kann ebensowenig [...] das Recht des Wohnungseigentümers (bzw der Mehrheit der Wohnungseigentümer), gem § 22 WEG (1975) auf Ausschließung eines Teilhabers zu klagen, selbständig übertragen werden, auch nicht das Recht der Mehrheit treuhändig auf einen einzelnen Wohnungseigentümer.“<sup>100</sup>*

Trotz Schaffung der Eigentümergemeinschaft wurde die Bestimmung des § 22 WEG 1975 bzw § 36 WEG 2002 durch den Gesetzgeber keiner Änderung zugeführt. Der OGH vertritt daher in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass weiterhin die Mehrheit der Wohnungs- bzw Miteigentümer und nicht die (Wohnungs-) Eigentümergemeinschaft klagslegitimiert ist.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> RS0109188.

<sup>98</sup> *Oberhofer*, Klagslegitimation der Wohnungseigentümergemeinschaft im Ausschließungsverfahren nach § 22 WEG?, *immolex* 1998, 187ff.

<sup>99</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 112.

<sup>100</sup> OGH 1 Ob 722/80 = *MietSlg* 32.508.

<sup>101</sup> RS0113761; OGH 5 Ob 165/00a = JBl 2001, 115 = wobl 2001,20 (*Oberhofer*) = ÖJZ 2001,62 = *immolex* 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252; OGH 5 Ob 8/18i = Zak 2018,156 = *Jus-Extra* OGH-Z 6397 = EvBl 2018,921 (*Schneider*) = wobl 2019,68 = *immolex* 2019,169 (*Hauswurz*); A.



Mit dem 3. WÄG wurde die Rücklage nicht mehr als gebundenes Sondervermögen aller Mit- und Wohnungseigentümer, sondern der Eigentümergemeinschaft ausgestaltet dies für jegliche Liegenschaftsaufwendungen und auch zur Zwischenfinanzierung von Bewirtschaftungskosten.<sup>102</sup>

Zu beachten ist daher, dass die Rücklage zur Finanzierung des Ausschlussverfahrens nicht herangezogen werden kann, zumal diese ein Sondervermögen der Eigentümergemeinschaft darstellt, die aber nicht Verfahrenspartei ist. Ein diesbezüglicher Beschluss wäre als rechtsunwirksam aufzuheben.<sup>103</sup>

Der vereinzelt in der Lehre<sup>104</sup> angedachten Übertragung der Klagsbefugnis an die (Wohnungs-)Eigentümergemeinschaft ist der OGH<sup>105</sup> nicht gefolgt.

### 2.3. Einzelner Wohnungseigentümer

§ 36 Abs 5 WEG 2002 sieht für den - unmittelbar beeinträchtigten - Wohnungseigentümer eine subsidiäre Klagsbefugnis zum Ausschluss eines anderen Wohnungseigentümers vor. Voraussetzung hierfür ist, dass der Einzelne zuvor scheitert, eine Mehrheit der Wohnungseigentümer zur Klagsführung zu vereinen und trotz rechtskräftigem Unterlassungs- oder Leistungstitel - dies dann, wenn das störende Verhalten in einem Unterlassen liegt oder von einem zurechenbaren Dritten gesetzt wird - und Exekutionsführung, der Auszuschließende sein Verhalten beharrlich fortsetzt.<sup>106</sup>

Die subsidiäre Klagsbefugnis steht dem einzelnen jedoch nur bei den Ausschlussgründen des § 36 Abs 1 Z 2 und Z 3 WEG 2002 offen, sohin bei einem empfindlich schädigenden Gebrauch, sowie einem grob ungehörigen bzw. strafbaren Verhalten, nicht jedoch bei Pflichtverletzungen aus dem Wohnungseigentumsvertrag.

---

*Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2; *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 114; *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 41.

<sup>102</sup> OGH 5 Ob 308/01g; *Sammer* in *Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017*, 605.

<sup>103</sup> LG Innsbruck 2 R 164/13a; *Kothbauer*, Kein Anhörungsrecht der Minderheit (inklusive des beklagten Wohnungseigentümers) vor Einbringung einer Ausschlussklage, *onlinehausverwaltung*, 2018/51, 3.

<sup>104</sup> *Löcker*, Die Wohnungseigentümergemeinschaft: eine Untersuchung auf der Grundlage des WEG 1975, 89 (Fn 105).

<sup>105</sup> OGH 5 Ob 165/00a = JBI 2001, 115 = wobl 2001,20 (*Oberhofer*) = ÖJZ 2001,62 = immolex 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252.

<sup>106</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 125.

In der Lehre uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob die aktive Klagslegitimation nur dem Wohnungseigentümer oder auch dem schlichten Miteigentümer zustehen soll.

Oberhofer<sup>107</sup> bejaht die Anwendung, da kein Grund für eine sachliche Differenzierung besteht, obwohl die Übergangsregelung des § 56 Abs 12 WEG 2002 nicht zwingend greifen kann, da das WEG 1975 sprachlich differenzierte zwischen der Aktivlegitimation der Mehrheit der Miteigentümer für die Ausschlussklage nach § 22 Abs 1 WEG 1975 sowie dem Wohnungseigentümer für die Individualklage nach § 22 Abs 4 WEG 1975. So auch *Hausmann*<sup>108</sup>, der in § 36 Abs 5 WEG 2002 eine Ausdehnung der Klagsbefugnis auf den schlichten Miteigentümer im Vergleich zu § 22 Abs 4 WEG 1975 sieht. *Würth*<sup>109</sup> scheint die aktive Klagslegitimation nur dem Wohnungseigentümer einzuräumen, zumal die Regelung in § 22 WEG 1975 nur diesen umfasst hatte und die Übergangsregelung in § 56 Abs 12 WEG 2002 nur auf die dem schlichten Miteigentümer nach dem WEG 1975 eingeräumten Rechte abstellt.

Eigentümerpartner sind nur gemeinsam aktiv klagslegitimiert. Die unmittelbare Beeinträchtigung muss aber nur einen treffen.<sup>110</sup> Doch sind auch Beeinträchtigungen gegen Familienmitglieder des Wohnungseigentümers als zur Klagsführung ausreichend zu qualifizieren, auch wenn diese mittelbaren Beeinträchtigungen bei strenger Wortinterpretation nicht subsumierbar erscheinen.<sup>111</sup> Nach einem Teil der Lehre kann daher das Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“ überhaupt ersatzlos gestrichen werden.<sup>112</sup>

Vergleichbar einem Minderheitenrecht können auch mehrere Individualkläger auftreten, die sodann eine einheitliche Streitpartei bilden;<sup>113</sup> wie auch die Eigentümerpartner.<sup>114</sup>

Der Versuch der Mehrheitsfindung durch den Einzelnen, als auch deren Scheitern, ist formlos. Alle übrigen Wohnungseigentümer sind um Zustimmung zu ersuchen, dies unter ausreichender Darlegung des zur Beurteilung erforderlichen Sachverhalts. Die Mehrheitsbildung scheitert einerseits, wenn innerhalb der faktisch zu gewährenden

---

<sup>107</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 120.

<sup>108</sup> *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 66.

<sup>109</sup> *Würth* in *Rummel*<sup>3</sup> § 36 WEG Rz 2; ebenso *Würth/Zingher/Kovany II*<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 10.

<sup>110</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 121, 124.

<sup>111</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 124.

<sup>112</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 64 diesen folgend *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 124.

<sup>113</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 121.

<sup>114</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 110.

Frist die Eigentümergeinschaft schlicht untätig bleibt, wobei eine ausdrückliche Ablehnung nicht erforderlich ist, oder sich dagegen ausspricht.<sup>115</sup>

Der historische Gesetzgeber war mit den strengen Anforderungen an die subsidiäre Individualklage bestrebt, „eine leichtfertige oder gar schikanöse Ausschließungsklage zu unterbinden“<sup>116</sup>.

Nach Würth<sup>117</sup> ist das Tatbestandsmerkmal, dass der klagende Wohnungseigentümer für das Verhalten des Auszuschließenden keinen Anlass gegeben hat, im Sinne von laufenden Streitigkeiten zwischen zwei Wohnungseigentümern zu verstehen, sodass diesfalls die Klagsführung ausgeschlossen ist und nur der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer ein Ausschlussanspruch zusteht.

Oberhofer<sup>118</sup> sieht dies differenzierter, um der Klage einen größeren Anwendungsbereich zu eröffnen. Bei Zulässigkeit von Klage und Widerklage und damit dem Entfall der Tatbestandsvoraussetzung „für dieses Verhalten keinen Anlass“ gegeben zu haben, könnten auch diese Streitigkeiten maßvoll gelöst werden.

Zur subsidiären Ausschlussklage des Einzelnen besteht bis dato keine höchstgerichtliche Judikatur.

## **2.4. Eigentümerpartnerschaft**

### **2.4.1. Allgemeines**

Nach § 13 Abs 1 WEG 2002 gelten für die Eigentümerpartnerschaft unter Beachtung des WEG 2002 als lex specialis die Bestimmungen des 16. Hauptstückes des ABGB sohin §§ 825 ff ABGB (Gemeinschaft des Eigentums).

Die Regelungen der Eigentümerpartnerschaft stellen unter Beibehaltung der wesentlichen Grundsätze zum vormaligen gemeinsamen Wohnungseigentum von Ehegatten (§ 9 WEG 1975) eine personelle Erweiterung der Berechtigten über die Ehegatten hinaus dar.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Würth/Zingher/Kovany II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 10.

<sup>116</sup> JAB 1681 BlgNR 13. GP 3.

<sup>117</sup> Würth/Zingher/Kovany II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 10.

<sup>118</sup> Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 132,135.

<sup>119</sup> ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 45.

Die Eigentümerpartnerschaft stellt eine besondere Gemeinschaft innerhalb der Eigentümergemeinschaft dar.<sup>120</sup> Sie verfügt aber über keine eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>121</sup>

Die Eigentümerpartner bilden nach außen sohin Dritten gegenüber eine Einheit.<sup>122</sup> Ob des gemeinsamen Wohnungseigentums der Eigentümerpartner sind nach § 13 Abs 3 WEG 2002 auf Dauer der Eigentümerpartnerschaft deren Anteile am Mindestanteil so verbunden, dass sie nicht getrennt werden dürfen und nur gemeinsam beschränkt, belastet oder in Exekution gezogen werden dürfen; die beiden Hälften am Mindestanteil haben ein gemeinsames rechtliches Schicksal.<sup>123</sup>

Die Eigentümerpartner können gemäß § 13 Abs 5 WEG 2002 ihre Rechte wie Äußerungs-, Stimm- sowie Minderheitsrechte - sohin die Individualrechte bei der Willensbildung - im Rahmen der Eigentümergemeinschaft nur gemeinsam ausüben. Das WEG 2002 geht vom Objektprinzip, dies im Gegensatz zum Kopfprinzip aus, sodass pro Mindestanteil nur eine Stimme besteht und die Eigentümerpartner diese gemeinsam ausüben müssen.<sup>124</sup>

Zwar steht für den Ausschluss eines Wohnungseigentümers das Klagerecht nicht der Eigentümergemeinschaft, sondern der Mehrheit der Wohnungseigentümer zu. Dennoch erfolgt diese Berechnung auf Grundlage und unter Beachtung der Mehrheitsfindung bei Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft nach § 24 Abs 4 WEG 2002.

Unstrittig ist jedoch nach herrschender Judikatur, dass ob der besonderen Ausformung des gemeinsamen Wohnungseigentums der Eigentümerpartner selbige bei Geltendmachung ihrer Ansprüche und Rechte gemeinsam vorgehen müssen und nur – sozusagen mit einer Stimme – die Rechtsstellung eines Wohnungseigentümers für sich in Anspruch nehmen können.<sup>125</sup>

Der herrschenden Judikatur folgend können ob der untrennbaren Verbindung der ideellen Miteigentumsanteile der Eigentümerpartner mit dem Wohnungseigentum,

---

<sup>120</sup> S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 3 unter Verweis auf *Faistenberger/Barta/Call*, § 9 Rz 2.

<sup>121</sup> S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 5.

<sup>122</sup> S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 22.

<sup>123</sup> S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 25.

<sup>124</sup> S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 29.

<sup>125</sup> RS0035415.

Verfügungen über das Wohnungseigentum, Individualrechte des WEG und auch Verfahrensrechte nur gemeinsam ausgeübt werden.<sup>126</sup> Verfügungen werden zu den Prozesshandlungen gezählt und können sohin nur gemeinsam ausgeübt werden.<sup>127</sup>

Da den Eigentümerpartnern die Individualrechte nur gemeinsam zustehen, haben diese einvernehmlich gleichartige Erklärungen abzugeben. Einander widersprechende Erklärungen der Partner entfalten keine rechtliche Wirkung und sind daher unbeachtlich.<sup>128</sup>

Wenn für eine Fragestellung keine Reglementierung im WEG 2002 erfolgt ist oder im Einzelfall kein gemeinschaftliches Vorgehen der Eigentümerpartner vorgesehen ist, gelangen ob der Verweisungsregelung in § 13 Abs 1 WEG 2002 die Bestimmungen der §§ 825 ff ABGB zur Anwendung, sodass ua zur Abwehr rechtswidriger Eingriffe Dritter in das Wohnungseigentumsrecht jeder Eigentümerpartner ohne Mitwirkung des anderen Partners alleine befugt.<sup>129</sup>

Fraglich ist aber, ob die von nur einem Eigentümerpartner erhobene Unterlassungsklage mit nachfolgender Exekutionsführung ausreichend ist, die Voraussetzungen für eine subsidiäre Klagebefugnis nach § 36 Abs 5 WEG 2002 zu erfüllen.

#### **2.4.2. Aktive Klagslegitimation**

Den Regelungen des gemeinsamen Wohnungseigentums der Eigentümerpartner nach § 13 WEG 2002 folgend können ob der untrennbaren Verbindung der Hälteanteile der Eigentümerpartner am Mindestanteil diese auf Dauer der Eigentümerpartnerschaft die mit ihrem gemeinsamen Wohnungseigentum verbundenen Befugnisse der Mitwirkung an Entscheidungsfindungen nur gemeinsam ausüben. Die Eigentümerpartner sind daher auf Grund der Untrennbarkeit ihrer Anteile am Mindestanteil als notwendige Streitgenossen und einheitliche Streitpartei zu qualifizieren.<sup>130</sup>

Sie haben nach außen hin nur gemeinsam die Rechtsstellung eines einzigen Wohnungseigentümers und können in einem Verfahren nur einvernehmlich

---

<sup>126</sup> MietSlg 35.602/16.

<sup>127</sup> Weixelbraun-Mohr/Schneider, Aktivlegitimation für eine Ausschlussklage, EvBl 2018, 923.

<sup>128</sup> S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 Rz 22 unter Verweis auf Faistenberger/Barta/Call, § 9 Rz 72; 5 Ob 34/81 = MietSlg 34.529.

<sup>129</sup> S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 Rz 23; MietSlg 35.602/16.

<sup>130</sup> RS0035415; Hauswurz, Legitimation zur Ausschließungsklage, immolex 2019, 169.

vorgehen.<sup>131</sup> Die fehlende Beteiligung eines der Eigentümerpartner ist in einem wie dem hier streitigen Ausschlussverfahren nicht sanierbar<sup>132</sup> und führt zur Klagsabweisung dies mangels Vorliegen der persönlichen Prozessvoraussetzungen dieses einzeln auftretenden Eigentümerpartners.<sup>133</sup>

In der Lehre wird daher von einer gesamthänderischen Verknüpfung des Ehegattenwohnungseigentums bzw der Eigentümerpartnerschaft gesprochen.<sup>134</sup>

Die Eigentümerpartner sind zusammenfassend nicht nur eine aktive und passive notwendige Streitgenossenschaft, sie bilden auch eine einheitliche Streitpartei nach § 14 ZPO. Ein Urteil wirkt daher zwingend für oder gegen beide Eigentümerpartner.<sup>135</sup>

Sollte sich daher einer der Eigentümerpartner nicht als Kläger aktiv am Verfahren beteiligen, führt dies zur mangelnden Sachlegitimation des allein handelnden anderen. Auf Grund des Fehlens einer personenbezogenen Prozessvoraussetzung hat dies die Klagszurückweisung bzw Klagsabweisung jedoch nur hinsichtlich dieses Eigentümerpartners nicht jedoch hinsichtlich der dennoch die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer repräsentierenden Kläger zur Folge.<sup>136</sup>

Nach einer älteren Entscheidung des OGH ist der alleinig auftretende Eigentümerpartner, sofern der andere außergerichtlich der Klage zugestimmt hat, materiell-rechtlich legitimiert.<sup>137</sup>

### **2.4.3. Klagslegitimation gegen den anderen Eigentümerpartner**

Nach herrschender Lehre und Judikatur steht den Eigentümerpartnern gegeneinander die Ausschlussklage nicht zu.

Die Auflösung der Eigentümerpartnerschaft erfolgt ob des Verweises von § 13 WEG 2002 auf die Bestimmungen des 16. Hauptstückes des ABGB nach den Regeln des

---

<sup>131</sup> Markl in Schwimann<sup>2</sup>, § 9 WEG Rz 22; S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 Rz 32.

<sup>132</sup> OGH 5 Ob 303/03z = immolex 2004, 249 = MietSlg 56.545 = MietSlg 56.559 = MietSlg 56.567.

<sup>133</sup> OGH 5 Ob 8/18i = Zak 2018,156 = Jus-Extra OGH-Z 6397 = EvBl 2018,921 (Schneider) = wobl 2019,68 = immolex 2019,169 (Hauswurz).

<sup>134</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 9 Rz 72; S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 Rz 4.

<sup>135</sup> S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 Rz 36.

<sup>136</sup> OGH 5 Ob 8/18i = Zak 2018,156 = Jus-Extra OGH-Z 6397 = EvBl 2018,921 (Schneider) = wobl 2019,68/23 = immolex 2019,169 (Hauswurz).

<sup>137</sup> OGH 5 Ob 18/96; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 109.

§ 830 ABGB. Die Eigentümerpartner können schriftlich einen Teilungsverzicht nach § 831 ABGB vereinbaren. Dieser ist jedoch durch die Bestimmung des § 13 Abs 6 WEG 2002 auf die Dauer von drei Jahren beschränkt, kann jedoch unbegrenzt - jeweils auf dieselbe Höchstfrist – erneut abgeschlossen werden. Ausnahmen bestehen bei triftigen Gründen die eine dreijährige Frist als unzumutbar erscheinen lassen, sodass für eine längere Zeit oder unbefristet die Aufhebung ausgeschlossen werden kann.

Neben dem Teilungshindernis des § 830 ABGB, wonach die Teilungsklage nicht zur Unzeit und nicht zum Nachtheile der Übrigen erhoben werden kann, enthält § 13 Abs 6 WEG 2002 noch dann einen Ausschluss der Teilungsklage, wenn das Wohnungseigentumsobjekt der Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses einem der Ehegatten-Eigentümerpartner dient, dies auf Dauer der Ehe, sowie einem minderjährigen Eigentümerpartner auf Dauer dessen Minderjährigkeit.

## **2.5. Schlichte Miteigentümer**

### **2.5.1. Schlichter Miteigentümer im Mischhaus nach § 22 WEG 1975**

Gemäß § 22 WEG 1975 konnte sowohl ein Wohnungseigentümer als auch ein schlichter Miteigentümer, sofern ursprünglich Wohnungseigentum auf mehr als der Hälfte der Miteigentumsanteile einverleibt war und in der Folge nach dem 3. WÄG zumindest an einem Mindestanteil Wohnungseigentum einverleibt war, ausgeschlossen werden. Die Berechtigung hierzu kam der Mehrheit der übrigen Miteigentümer sohin sowohl den Wohnungseigentümern als auch den schlichten Miteigentümern zu.

Die Bestimmung und damit das Recht der Miteigentümer auf Ausschluss eines anderen Miteigentümers gelangte nach § 23 Abs 4 WEG 1975 bereits mit Anmerkung einer Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts im Grundbuch zur Anwendung.

### **2.5.2. Schlichter Miteigentümer im Mischhaus nach § 36 WEG 2002**

Seit Inkrafttreten des WEG 2002 können Mischhäuser nicht mehr neu begründet werden, da sich nach § 2 Abs 3 WEG 2002 die Wohnungseigentumsbegründung der Widmung der Miteigentümer als Wohnungseigentumsobjekte folgend auf alle wohnungseigentumstauglichen Objekte beziehen muss. Alte Mischhäuser können -

sofern keine weitere Begründung von Wohnungseigentum erfolgt, die nach § 56 Abs 4 WEG 2002 dann alle Wohnungseigentumsobjekte umfassen muss - weiterhin bestehen bleiben.

§ 56 Abs 12 WEG 2002 enthält daher für diese Mischhäuser eine Übergangsregelung, derzufolge die auf Wohnungseigentümer beziehenden Regelungen des WEG 2002 sinngemäß auch für schlichte Miteigentümer zur Anwendung gelangen, soweit für selbige bereits die gleichlautende Bestimmung des WEG 1975 zur Anwendung gelangt ist, was mit der Norm des § 22 WEG 1975 gegeben ist.

§ 36 WEG 2002 findet daher ob der Übergangsregelung des § 56 Abs 12 WEG 2002 auch auf schlichte Miteigentümer eines Mischhauses Anwendung.

Der schlichte Miteigentümer im Mischhaus ist daher sowohl aktiv als auch passiv klagslegitimiert.<sup>138</sup>

### **2.5.3. Teilungsklage im Mischhaus**

Eine Teilungsklage im Mischhaus ist zulässig, eine gänzliche Aufhebung aber ausgeschlossen.<sup>139</sup>

Die Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 beseitigt die Gemeinschaft des Eigentums an der Liegenschaft nicht, sondern befestigt sie in anderer Form.<sup>140</sup>

Bei Mischhäusern muss bei einer weiteren Begründung von Wohnungseigentum entsprechend der Übergangbestimmung des § 56 Abs 4 WEG 2002 der Widmung der Wohnungseigentümer folgend selbige sodann alle Wohnungseigentumsobjekte umfassen.

Daher ist nach der Judikatur des OGH das Verbot der Teilungsklage in § 35 Abs 2 WEG 2002 teleologisch zu reduzieren, zumal die Realteilung in einem Mischhaus

---

<sup>138</sup> *Oberhofer* in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 90.

<sup>139</sup> *Oberhofer* in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 1.

<sup>140</sup> RS0121971.



durch Wohnungseigentumsbegründung nach § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 an den schlichten Miteigentumsanteilen zulässig ist.<sup>141</sup>

Um jedoch obiger Übergangsregelung entsprechen zu können, ist daher die Begründung von Wohnungseigentum im Mischhaus als Form der Realteilung zulässig, da die Gemeinschaft wie auch bei der Ausschlussklage eben anders fortgesetzt wird. § 35 Abs 2 WEG steht der Teilung durch Begründung weiteren Wohnungseigentums bei einem „Mischhaus“ nicht entgegen. Das bestehende Wohnungseigentum wird nicht tangiert, kommt es auf dem Weg der „unechten“ Teilungsklage doch nur zur Wohnungseigentumsbegründung am noch bestehenden schlichten Miteigentum.<sup>142</sup>

#### **2.5.4. Schlichte Miteigentümergeinschaft - Analogie zu § 36 WEG 2002**

Nach § 830 ABGB kann jeder Miteigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft begehren. Eine Ausschlussklage ist im ABGB Gegensatz zum WEG, welches dafür keine Aufhebungsmöglichkeit des einzelnen vorsieht, nicht geregelt.

In der Lehre wurde die analoge Anwendung des § 22 WEG 1975 bzw des § 36 WEG 2002 zum Ausschluss eines Miteigentümers bei schlichtem Miteigentum teilweise bejaht. Begründet wurde dies mit deren Regelung in anderen Rechtsgemeinschaften so auch dem Wohnungseigentum, sodass in Fällen der anderenfalls erforderlichen Zivilteilung verbunden mit dem Risiko eines Eigentumsverlusts eine „*sinnvolle Wert- und Interessenabwägung*“ und damit eine Ausschlussklage zulässig sein muss.<sup>143</sup>

Voraussetzung für eine analoge Anwendung einer Bestimmung ist das Vorliegen einer planwidrigen gesetzlichen Lücke, sohin eine planwidrige Unvollständigkeit. Der OGH verneint diese mit einem Umkehrschluss, wonach gerade für den Ausschluss eines Aufhebungsanspruchs der Eigentümergeinschaft auf Dauer des Bestands von Wohnungseigentum gemäß § 35 Abs 2 WEG 2002 die Ausschlussklage als Ausgleich dienen soll, sowie nach § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 für die Fälle der Zivilteilung nunmehr

---

<sup>141</sup> OGH 5 Ob 100/16s = Zak 2016,315 = immolex 2016,322 (Hagen) = Jus-Extra OGH-Z 6090 = bbl 2016,250 = RZ 2016,282 = JBI 2017,31 = NZ 2017,51.

<sup>142</sup> RS0121971; OGH 5 Ob 12/09i = wobl 2009,280 (Hausmann) = Zak 2009,333 = EvBl 2010,83 = JBI 2010,117 = Jus-Extra OGH-Z 4734 = wobl 2010,92 (Pfiel) = MietSlg 61.090 = SZ 2009/89.

<sup>143</sup> H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON <sup>1.01</sup>, § 830 Rz 25 unter Berufung auf Fasching, Urteilsmäßige Rechtsgestaltung im Zivilprozeß – Über die Zulässigkeit und Abgrenzung von Rechtsgestaltungsklagen und über die Urteilswirkungen der Rechtsgestaltungsurteile, JBI 1975, 506ff; Oberhofer, Die Aufhebung von Miteigentumsgemeinschaften an bebauten Grundstücken, WoBl 1994, 58.

die Möglichkeit der Begründung von Wohnungseigentum im Rahmen des Teilungsverfahrens geschaffen wurde.<sup>144</sup> Der OGH begründet sohin das Fehlen einer planwidrigen Gesetzeslücke mit der besonderen Teleologie der Bestimmung, die als Ausgleich eines Rechtsschutzdefizites dient, das auf Grund des Ausschlusses der Teilungsklage bei Wohnungseigentum nach § 35 Abs 2 WEG 2002 besteht, was beim schlichten Miteigentum ob der Möglichkeit der Ausschlussklage nach § 830 ABGB nicht vorliegt.<sup>145</sup>

Es besteht kein Ausschlussanspruch eines Miteigentümers bei einer schlichten Miteigentümergemeinschaft, sondern nur ein Teilungsanspruch der Gemeinschaft, auch durch Wohnungseigentumsbegründung. Mangels planwidriger Unvollständigkeit des Fehlens einer Ausschlussklage bei schlichter Miteigentümergemeinschaft muss diese nicht durch eine Analogie zu § 36 WEG 2002 geschlossen werden.<sup>146</sup>

Auch *Würth*<sup>147</sup> folgt dieser Ansicht, dass mangels einer Gesetzeslücke nach § 7 ABGB für eine Analogie kein Raum bleibt, ebenso *Gruber*<sup>148</sup> unter Verweis auf die spezifischen Wertungen des Wohnungseigentumsrechts und dem dortigen Ausschluss der Teilungsklage.

Da als Art der Naturalteilung jedem Miteigentümer seinem Anteil entsprechend Wohnungseigentum zu verschaffen ist, setzt dies einerseits voraus, dass ausreichend wohnungseigentumsfähige Objekte bestehen bzw ohne unverhältnismäßigen Aufwand geschaffen werden können, sowie andererseits, dass die Miteigentümer über ausreichende Mindestanteile verfügen.<sup>149</sup>

Die Entscheidung des OGH wurde daher insofern kritisiert, als nicht alle Teilungskonstellationen durch Wohnungseigentumsbegründung gelöst werden können, so etwa wenn die Anzahl der Wohnungseigentumsobjekte geringer als jene der

---

<sup>144</sup> OGH 5 Ob 63/10s = Zak 2010,353 = JBl 2010,789 = Jus-Extra OGH-Z 4896 = ecolex 2010,1140 = wobl 2011,82 = bbl 2011,39 = *Gruber*, NZ 2011,139 = NZ 2011,142 = immolex 2011,278 (*Klein*) = *Pittl*, wobl 2012,1 = MietSlg 62.066 = MietSlg 62.084 = MietSlg 62.474 = SZ 2010/104.

<sup>145</sup> *Gruber*, Ausschlussklage bei (schlichter) Miteigentümergemeinschaft? Überlegungen zu OGH 5 Ob 63/10s, NZ 2011, 139.

<sup>146</sup> RS0126184.

<sup>147</sup> *Würth/Zingher/Kovany II*<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 2.

<sup>148</sup> *Gruber*, Ausschlussklage bei (schlichter) Miteigentümergemeinschaft? Überlegungen zu OGH 5 Ob 63/10s, NZ 2011, 140.

<sup>149</sup> RS0101771.

Miteigentümer ist wie bei Ferienwohnungen, sodass diesfalls sehr wohl eine planwidrige Unvollständigkeit besteht, die mittels Analogie schließbar wäre.<sup>150</sup>

Bei der Miteigentümergeinschaft besteht nur ein Anspruch auf Aufhebung derselben durch Teilung, dies auch in Form der Realteilung durch (zusätzliche) Begründung von Wohnungseigentum.<sup>151</sup>

Die Bestimmung des § 2 Abs 2 WEG 1975, wonach durch gerichtliche Entscheidung in einem Teilungsverfahren Wohnungseigentum begründet werden kann, sofern dies vom Beklagten begehrt wird, hat mit dem 3. WÄG Eingang in das WEG 1975 gefunden und damit die Sonderform der Realteilung durch Wohnungseigentumsbegründung als dritte Form der Teilung neben der Zivilteilung sowie Realteilung.<sup>152</sup> Die Nachfolgebestimmung des § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 verlangt kein entsprechendes Begehren des Beklagten mehr.

Diese Wohnungseigentumsbegründung kann auch in Form einer Eigentümerpartnerschaft nach § 13 WEG 2002 erfolgen, wobei die Zustimmung der zukünftigen Eigentümerpartner erforderlich ist, die ohne weitere Begründung abgelehnt werden kann. Die Eigentümerpartnerschaft läuft ob der größeren Bindungswirkung dem Teilungszweck im Grunde zuwider, sodass die Angabe von Gründen für die Ablehnung deren Begründung der Unabdingbarkeit des Teilungsanspruchs widerstreben würde.<sup>153</sup>

Die Möglichkeit des Ausschlusses eines Mit- bzw Wohnungseigentümers nach dem WEG stellt den qualitativen Ausgleich für den Ausschluss des Teilungsanspruches einer Eigentümergeinschaft auf Dauer deren Bestandes dar<sup>154</sup>, sodass ob der Möglichkeit einer Teilungsklage beim schlichten Miteigentum diese Begründung für eine analoge Anwendung ausscheidet.

---

<sup>150</sup> Klein, Zur Zulässigkeit der Ausschlussklage analog § 36 WEG bei schlichtem Miteigentum, immolex 2011, 280.

<sup>151</sup> Weixelbraun-Mohr, EvBl 2019, 421; immolex-LS 2018, 349.

<sup>152</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 3 WEG Rz 17,22; Gruber, Ausschlussklage bei (schlichter) Miteigentumsgemeinschaft? Überlegungen zu OGH 5 Ob 63/10s, NZ 2011, 140.

<sup>153</sup> S.Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 WEG Rz 16a.

<sup>154</sup> RS0082929 (T1); OGH 5 Ob 63/10s = Zak 2010,353 = JBI 2010,789 = Jus-Extra OGH-Z 4896 = ecolex 2010,1140 = wobl 2011,82 = bbl 2011,39 = Gruber, NZ 2011,139 = NZ 2011,142 = immolex 2011,278 (Klein) = Pittl, wobl 2012,1 = MietSlg 62.066 = MietSlg 62.084 = MietSlg 62.474 = SZ 2010/104.

### 2.5.5. Schlichte Miteigentümergeinschaft – Analogie zu § 1120 ABGB

In der Lehre wurde im Hinblick auf die Entscheidung des OGH und dessen Ablehnung einer Analogie zu § 36 WEG 2002 versucht, eine Lösung für jene Fälle zu finden, bei denen einerseits eine Teilung durch Wohnungseigentumsbegründung mangels Vorliegen der Voraussetzungen nicht möglich ist, sowie andererseits praktisch die Teilung durch Wohnungseigentumsbegründung nur der „Umweg“ zur Ausschlussklage darstellt. Die von *Gruber* damit begründete planwidrige Lücke wird zwar der Judikatur des OGH folgend nicht durch eine Analogie nach § 36 WEG 2002 geschlossen, aber mit einer nach § 1210 ABGB. Diese Bestimmung eröffnet die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Begründet wurde dies ua damit, dass sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihrer Auflösung in eine Miteigentumsgemeinschaft verwandelt und die Teilung unter Verweis auf die Regelung des Miteigentums vorzunehmen ist, wobei als zusätzliche Einschränkungen eine Teilungsklage und nicht lediglich ein Beschluss der Gesellschafter vorzusehen ist sowie weiters das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu fordern ist.<sup>155</sup>

Dem wurde von *Pittl* insofern entgegengetreten, als der Gesetzgeber keinen Verweis bei der Regelung des (damaligen) § 1210 ABGB auf die Miteigentümergeinschaft vorgenommen hat und daher bewusst zwischen Gemeinschaft und Gesellschaft bei Ausschluss ihrer Mitglieder unterschieden hat. Um unbefriedigende oder unzumutbare Lösungen im Rahmen der Zivilteilung hintanzuhalten wäre eine gesetzliche Regelung durch Verweis auf eine sinngemäße Anwendung des § 1210 ABGB in § 830 ABGB vorzusehen.<sup>156</sup>

Hierzu ist insofern zu ergänzen, als die Bestimmungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Folge mit dem GesbR-Reformgesetz (GesbR-RG)<sup>157</sup> grundlegend geändert wurden. Zwar sieht das Gesetz nunmehr ausdrücklich eine Klage zur Auflösung der Gesellschaft vor, doch kann das Gericht bei einer Klage aller übrigen Gesellschafter auf Ausschluss des Gesellschafters aus der Gesellschaft entscheiden.

---

<sup>155</sup> *Gruber*, Ausschlussklage bei (schlichter) Miteigentumsgemeinschaft? Überlegungen zu OGH 5 Ob 63/10s, NZ 2011, 141.

<sup>156</sup> *Pittl*, Klage auf Ausschließung eines „schlichten“ Miteigentümers, wobl 2011, 3f.

<sup>157</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG) BGBl I 2014/83; im Folgenden GesbR-RG.

§ 826 ABGB wurde ebenfalls novelliert und lässt die Anwendung der Bestimmungen über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei schlichten Miteigentümergeinschaften nur dann zu, wenn dem eine ausdrückliche Regelung zur Anwendung selbiger zu Grunde liegt. Ein Verweis auf die Bestimmung des § 1213 ABGB ist in diesem Zuge nicht erfolgt. Eine analoge Anwendung erscheint ob der ausdrücklichen Regelung des Gesetzgebers keinesfalls mehr offen zu stehen.

### **3. Passivlegitimation**

#### **3.1. Allgemeines**

Wenn der Ausgeschlossene über mehrere Wohnungseigentumsobjekte und auch schlichte Miteigentumsanteile verfügt, wurde die Frage geprüft, ob dieser mit sämtlichen Anteilen oder nur hinsichtlich des Mindestanteils eines bzw des strittigen Objektes auszuschließen ist.

Nach überwiegender Lehre ist der Mit- bzw Wohnungseigentümer mit seinen sämtlichen Anteilen unter Einschluss des Zubehörs auszuschließen.<sup>158</sup> Ein anderer Teil der Lehre hält einen Teilausschluss dann für möglich, wenn sich der verwirklichte Ausschlussgrund nur auf eines von mehreren Objekten bezieht; dies kann denkmöglich nur die Ausschlussgründe des § 30 Abs 1 Z 1 und Z 2 WEG 2002 betreffen. Ebenso sollen die Kläger selbst im Einzelfall über den Umfang des Klagsanspruchs entscheiden können. Begründet wird diese flexible einzelfallbezogene Lösung mit der Zielrichtung des Abstellens von Missständen.<sup>159</sup>

Grundsätzlich erscheint diese Ansicht des Teilausschlusses nicht vom Wortlaut des Gesetzestextes gedeckt zu sein, zumal dieser ohne weitere Differenzierungen vom Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft spricht.

#### **3.2. Eigenes Verhalten des Wohnungseigentümers**

Nach § 36 Abs 1 WEG 2002 kann ein Wohnungseigentümer oder nach § 56 Abs 12 WEG 2002 der schlichte Miteigentümer bei Vorliegen einer der in § 36 Abs 1 Z 1 bis

---

<sup>158</sup> Würth/Zingher/Kovany II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 1; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 12.

<sup>159</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 18; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 83f.

Z 3 WEG 2002 von ihm gesetzten (taxativen) Ausschlussgründen ob einer hierauf gründenden Klage aus der Eigentümergeinschaft ausgeschlossen werden.

Lediglich im Falle des Z 1 leg cit kann der beklagte Wohnungseigentümer bei Leistung der von ihm geschuldeten Zahlungen bis zum Schluss der dem erstinstanzlichen Urteil vorangehenden Verhandlung die Klage nach § 36 Abs 2 WEG 2002 abwenden, bei Kostenersatzpflicht sofern die Klage (hypothetisch) berechtigt war.

### **3.3. Zurechenbares Verhalten des Wohnungseigentümer**

Nach § 36 Abs 3 WEG 2002 hat sich der auszuschließende Wohnungseigentümer nicht nur sein eigenes Verhalten, sondern auch jenes der mit ihm zusammenwohnenden Familienangehörigen sowie (sonstiger) Dritter, die selbiges mit seiner Zustimmung oder Duldung benützen, zuzurechnen, dies bei den Ausschlussgründen des § 36 Abs 1 Z 2 und Z 3 WEG 2002, sohin bei einem empfindlich schädigenden Gebrauch sowie einem grob ungehörigen bzw. strafbaren Verhalten, sofern ihm der Vorwurf der unterlassenen ihm möglichen Abhilfe zu machen ist.

Die Beweislast jegliche faktische und rechtliche Möglichkeit des Abstellens des inkriminierten Verhaltens ergriffen zu haben, liegt beim beklagten Auszuschließenden.<sup>160</sup>

Hierunter nicht zu subsumieren ist das – wechselseitig – zuzurechnende Verhalten der Eigentümerpartner.

### **3.4. Eigentümerpartnerschaft**

Ein Eigentümerpartner hat sich das Verhalten des anderen zuzurechnen, da die Anteile nicht teilbar sind. Argumentativ kann dies auch auf die Wertung des § 36 Abs 3 WEG 2002 gestützt werden, da auch hier dem anderen Eigentümerpartner der Vorwurf zu machen ist, es unterlassen zu haben, die nötige Abhilfe zu schaffen, dies bei den Ausschlussgründen des § 36 Abs 1 Z 2 und Z 3 WEG 2002. Beim Ausschlussgrund des § 36 Abs 1 Z 1 WEG 2002 (Nichterfüllung der Pflichten aus der

---

<sup>160</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 52 unter Verweis auf Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 44.

Eigentümergeinschaft, Verletzung der Zahlungsverpflichtungen) wird aber dem anderen Eigentümerpartner ob der Solidarverpflichtung stets sein eigenes Verhalten vorzuwerfen sein.

Der von einem Eigentümerpartner verwirklichte Ausschlussgrund erfasst ob der Verbindung der Mindestanteile beider Partner auch den anderen.<sup>161</sup>

Nach einem Teil der Lehre scheint die Klage bei den Ausschlussgründen des § 36 Abs 1 Z 2 und Z 3 WEG 2002 nur gegen den Auszuschließenden einzubringen sein, da dies den anderen Eigentümerpartner insofern betrifft, als die exekutive Geltendmachung des Titels zur Aufhebung des gemeinsamen Wohnungseigentums führt und so vorzugehen ist, als der Titel auch gegen den anderen Eigentümerpartner bestünde.<sup>162</sup>

Da die Eigentümerpartner nach § 13 Abs 4 WEG 2002 für sämtliche Verbindlichkeiten aus ihrem gemeinsamen Wohnungseigentum zur ungeteilten Hand haften, ist bei Verwirklichung des Ausschlussgrundes des § 36 Abs 1 Z 1 WEG 2002 die Klage jedenfalls gegen beide Eigentümerpartner zu richten.

Nach herrschender Lehre ist schon die Klage stets gegen beide Eigentümerpartner zu richten<sup>163</sup>, irrelevant ob einer oder beide den Ausschlussgrund gesetzt haben.<sup>164</sup> Diese führt zum Ausschluss beider, wobei dem nicht schuldigen Eigentümerpartner auch nicht das Widerspruchsrecht nach § 35 EO iSd § 13 Abs 3 WEG 2002 offen steht.<sup>165</sup>

Zur Aufhebung einer Eigentümerpartnerschaft selbst steht das Rechtsinstitut der Ausschlussklage nicht zur Verfügung.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 48; Würth/Zingher/Kovany II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 2.

<sup>162</sup> S. Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 13 WEG Rz 33.

<sup>163</sup> Sammer in Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017, 608.

<sup>164</sup> A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 3; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 138; OGH 5 Ob 1011/93.

<sup>165</sup> Würth/Zingher/Kovany II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 2.

<sup>166</sup> A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 3; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 111.

### **3.5. Mit- und Wohnungseigentumsbewerber / Wohnungseigentumsorganisator**

Nach § 37 Abs 5 Satz 3 WEG 2002 ist ein Wohnungseigentumsbewerber, der zwar noch nicht Miteigentümer ist, zu dessen Gunsten aber nach § 40 Abs 2 WEG 2002 die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist, ab Bezug des wohnungseigentumstauglichen Objekts sowie ab Kenntnis des späteren Miteigentumsanteil sofern zumindest ein anderer Wohnungseigentumsbewerber bereits Miteigentum erworben hat, passiv klagslegitimiert.

Solange der auszuschließende nicht Miteigentümer ist, hat das Klagebegehren auf Auflösung des Anwartschaftsvertrages zu lauten.<sup>167</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Streitigkeiten zwischen Miteigentümern einer Naturalteilung durch Wohnungseigentumsbegründung nicht entgegenstehen.<sup>168</sup>

Eine Ausschlussklage des in dieser Funktion agierenden Wohnungseigentumsorganisations gegen einen Wohnungseigentumsbewerber ist jedoch mangels Anführung in § 36 WEG 2002 sowie ob des Fehlens einer Gesetzeslücke auch in Analogie ausgeschlossen.<sup>169</sup> Der OGH hat dies bereits zu einem in Zahlungsverzug geratenen Wohnungseigentumsbewerber unter Hinweis auf die Schutzbestimmungen des § 23 WEG 1975 nunmehr § 37 Abs 2 WEG 2002 ausgeschlossen.<sup>170</sup> Dem Wohnungseigentumsorganisator steht hier der Rücktritt vom Vertrag nach § 39 WEG 2002 zur Verfügung.

## **IV. Willensbildung**

### **1. Allgemeines**

Da der einem Verfahren mit Einbringung einer Klage zu Grunde liegende Sachverhalt nicht statisch verbleibt, sondern sich derselbe (weiter-)entwickeln kann, ist zu prüfen, ob und wie diese Änderungen einerseits im Verfahren selbst auf dessen Fortführung und Entscheidung Einfluss haben, andererseits im Verhältnis der Miteigentümer zueinander Auswirkungen haben, sowie ob hier Wechselwirkungen bestehen oder zu

---

<sup>167</sup> *Oberhofer* in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 94; *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 17.

<sup>168</sup> RS0106351.

<sup>169</sup> *Oberhofer* in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 98.

<sup>170</sup> OGH 1 Ob 755/77 = MietSlg 30.577.



anderen Ergebnissen führen können. Da die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, ist auch zu prüfen, zu welchen Rechtsfolgen der Wegfall oder das Hinzutreten einzelner Wohnungseigentümer führt. Ebenso ist Augenmerk darauf zu richten, welche Folgen der Verkauf der Miteigentumsanteile samt Wohnungseigentum sowohl auf Klags- als auch Beklagten Seite mit sich bringt.

## **2. Verfahrensrechtliche Willensbildung**

### **2.1. Streitgenossenschaft**

In einigen wenigen Entscheidungen hat sich der OGH ausführlich mit der Frage der Streitgenossenschaft der Eigentümergemeinschaft auseinandergesetzt.

#### **2.1.1. OGH 13.3.1996, 5 Ob 18/96**

Im Verfahren 5 Ob 18/96 war zu prüfen, welche Auswirkung das alleinige Auftreten eines Ehegatten beim damals noch bestehenden Ehegattenwohnungseigentum auf das Ausschlussverfahren hat, respektive ob die Klage auf Grund des lediglich allein Handelnden bei Untätigkeit des anderen zurückzuweisen ist, sohin ob sich die mangelnde Sachlegitimation eines alleine handelnden Eigentümerpartners auf die aktive Klagslegitimation der trotz allem die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer repräsentierenden Kläger auswirkt.

Das Berufungsgericht qualifizierte die Ausschlussklage nicht als Verfügung im Sinne des § 9 Abs 3 WEG 1975, wonach die Ehegatten über das gemeinsame Wohnungseigentum sowie die Nutzung der im gemeinsamen Wohnungseigentum stehenden Wohnung nur gemeinsam verfügen dürfen. Aus diesem Grund sah unter Verweis auf den Wortlaut der Bestimmung des § 22 Abs 1 WEG 1975 („*Mehrheit der übrigen Miteigentümer*“) das Berufungsgericht keinen Grund zur Klagszurückweisung des alleine handelnden Ehegatten und ließ mangels höchstgerichtlicher Judikatur zur aktiven Klagslegitimation nur eines Ehegatten bei Ehegattenwohnungseigentum die ordentliche Revision zu.

Der OGH hat mangels Vorliegen der Voraussetzungen die Revision für nicht zulässig qualifiziert. Da die restlichen Kläger noch immer eine ausreichende Mehrheit der übrigen Miteigentümer darstellten, hat sich der OGH nicht weiter inhaltlich mit dieser

Fragestellung auseinandergesetzt, damit aber jedenfalls eine Klagsabweisung gegen alle aus diesem Grund ausgeschlossen. Ob der außergerichtlichen Zustimmung des verfahrensrechtlich untätigen Ehegatten zur Klagsführung sah der OGH den allein handelnden Ehegatten als materiell-rechtlich legitimiert. Ob eine materielle Streitgenossenschaft oder eine einheitliche Streitpartei der Wohnungseigentümer bei einer Ausschließungsklage nach § 36 WEG 2002 gegeben ist, wurde in dieser Entscheidung vom OGH *expressis verbis* nicht behandelt.

### **2.1.2. OGH 13.7.2000, 5 Ob 165/00a**

Im Verfahren 5 Ob 165/00a wurde die Berufung nur von einem Teil der ursprünglichen Kläger erhoben, die nicht mehr die Mehrheit der übrigen Miteigentümer darstellte. Bis dahin wurde in der Lehre die Ansicht vertreten, dass die klagende Mehrheit der Mit- bzw Wohnungseigentümer lediglich als eine einfache materielle Streitgenossenschaft, nicht aber als eine notwendige Streitgenossenschaft zu qualifizieren ist. Dies hat zur Folge, dass die Mehrheit sowohl im Zeitpunkt der Klagseinbringung als auch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung bestehen muss. Ob der Möglichkeit der Einigung einzelner Mit- bzw Wohnungseigentümer mit dem Auszuschließenden wurde das Vorliegen einer einheitlichen Streitgenossenschaft verneint.<sup>171</sup>

Dieser Lehre folgend vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, dass eine materielle Voraussetzung für ein klagsstattgebendes Urteil nicht gegeben ist, dies mangels Vorliegen der Mehrheit der übrigen Miteigentümer sowohl bei Schluss der Verhandlung erster Instanz als auch im Berufungsverfahren. Dies sei deswegen nötig, zumal die Kläger noch in diesem Verfahrensabschnitt über die Klage gemäß § 483 Abs 3 ZPO (Ruhensvereinbarung wie auch mit einem der Kläger erfolgt, Klagsrücknahme unter Zustimmung des Beklagten oder unter Anspruchsverzicht) verfügen können.

Der OGH trat dem insofern entgegen, als eine derartige Einigung zwischen einzelnen Wohnungseigentümern zwar den materiellen Ausschlussgrund beseitigen kann, doch dies zu keiner anderen prozessualen Betrachtung führt.

---

<sup>171</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 5f; *Würth in Rummel*<sup>2</sup> § 22 WEG Rz 2; *Palten*, Wohnungseigentumsrecht<sup>2</sup> Rz 229.

Der OGH vertrat in dieser Entscheidung die Ansicht, dass eine derartige Einschränkung bzw dieses qualifizierte Erfordernis dem Gesetzestext nicht entnommen werden kann und hat einen Vergleich mit der Teilungsklage nach § 830 ABGB, bei der die Mehrheit der Wohnungseigentümer als eine einheitliche Streitpartei nach § 14 ZPO zu qualifizieren ist, angestellt.<sup>172</sup> Die klagenden Miteigentümer bei der Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 wurden sohin als eine einheitliche Streitpartei iSd § 14 ZPO qualifiziert, zumal der Klage entweder nur zur Gänze stattzugeben oder diese zur Gänze abzuweisen ist; ein abweichendes Ergebnis betreffend einzelner Kläger – außer dem Fehlen persönlicher Prozessvoraussetzungen - ist nicht möglich. Die Urteilstwirkungen der Ausschlussklage erstrecken sich kraft gesetzlicher Vorschrift sohin wirkungsgebunden auf alle Einzelpersonen folglich auf die mit Mehrheit ausgestatteten Miteigentümer, die die Klage eingebracht haben.

Ein Teil der Lehre geht unter Verweis auf diese Entscheidung von einer notwendigen Streitgenossenschaft aus.<sup>173</sup>

Wenn ursprünglich die Mehrheit der Miteigentümer bildenden Kläger im Verfahrensverlauf säumig sind, ist dies unschädlich, da die Minderheit auch für die anderen Kläger wirksam Prozesshandlungen setzen kann, die sich gemäß § 14 Satz 2 ZPO auf die säumigen Streitgenossen einer einheitlichen Streitpartei erstrecken, wie die Ergreifung eines Rechtsmittels.<sup>174</sup>

### **2.1.3. OGH 13.3.2018, 5 Ob 8/18i**

Im Verfahren 5 Ob 8/18i ist ein Eigentümerpartner alleine als klagender Miteigentümer aufgetreten. Das Berufungsgericht hat die Klage gegen diesen, da die Eigentümerpartner im Hinblick auf ihr Wohnungseigentumsobjekt nur gemeinsam handeln können und daher als notwendige Streitgenossen iSd § 14 ZPO zu qualifizieren sind, ob der fehlenden Sachlegitimation abgewiesen. Gleichzeitig wurde jedoch ein Einfluss auf die noch immer vorliegende Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer verneint, da es ausschließlich an einer personenbezogenen Prozessvoraussetzungen des allein handelnden Eigentümerpartners ermangelt, obzwar die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer eine einheitliche Streitpartei bildet.

---

<sup>172</sup> *Fucik* in *Rechberger*<sup>3</sup>, § 14 ZPO Rz 2.

<sup>173</sup> *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 34.

<sup>174</sup> RS0113760.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zur Frage der mangelnden Aktivlegitimation des einzelnen klagenden Eigentümerpartners und deren Auswirkung auf die dennoch die Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer bildenden verbleibenden Kläger zu.

Auch hier wurde vom OGH die Revision als nicht zulässig beurteilt, zumal bereits die Entscheidung des Berufungsgerichtes der herrschenden Rechtslage entspricht.

Grundsätzlich ist – außer wenn die einheitliche Streitpartei kraft Gesetz besteht – auf Grund prozessrechtlicher Normen kein Zwang zur Verfahrensbeteiligung gegeben, sodass Beurteilungsgrundlage der materiell-rechtliche Streitgegenstands ist.<sup>175</sup> Im Zweifel besteht daher eine notwendige Streitgenossenschaft mit der Konsequenz einer Klagsabweisung nur dann, wenn bei einer Nichterfassung aller Teilhaber unlösbare Ergebnisse durch unterschiedliche Entscheidungen entstehen.<sup>176</sup>

In der Entscheidung 5 Ob 8/18i hat der OGH unter Verweis auf die aufrechtzuerhaltenden Grundsätze der bereits erfolgten Entscheidungen 5 Ob 18/96 und 5 Ob 165/00a abermals festgehalten, dass die einzelnen klagenden Wohnungseigentümer auf Grundlage der in Summe errechneten Anteilsmehrheit aktivlegitimiert sind. Die klagende Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer ist eine einheitliche Streitpartei iSd § 14 ZPO, bei der sich die Urteilswirkungen auf sämtliche Streitgenossen erstrecken, da abweichende Entscheidungen einzelner Kläger gegenüber nicht möglich sind.<sup>177</sup>

Die Sachlegitimation ist nicht im formellen, sondern im materiellen Recht geregelt.<sup>178</sup> Eine notwendige Streitgenossenschaft als zwingende Beteiligung aller übrigen für die Bildung der Mehrheit nicht erforderlichen Wohnungseigentümer, bei der die Klage von oder gegen alle Rechtsgenossen gemeinsam angebracht werden muss, ist daher ob der im materiellen Recht geregelten Sachlegitimation bereits der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer nicht gegeben und findet materiell-rechtlich keine Grundlage.

---

<sup>175</sup> *Schneider in Fasching/Konecny II/1*<sup>3</sup>, § 14 ZPO Rz 2; OGH 9 Ob 33/08f = SpuRt 2009,245 = *Perner*, Zak 2010,27 = Zak 2010,39.

<sup>176</sup> RS0035479.

<sup>177</sup> RS0113758.

<sup>178</sup> RS0107961.

Ein Teil der Lehre geht gestützt auf diese Entscheidung von einer notwendigen Streitgenossenschaft der klagenden Wohnungseigentümer ob der Anknüpfung an die Sachlegitimation aus, obzwar mit der Besonderheit, als nicht sämtliche Wohnungseigentümer klagen müssen.<sup>179</sup>

Der OGH kam abschließend zum Ergebnis, dass wenn es daher bei einem der Wohnungseigentümer an der nur ihn persönlich treffenden Klagsberechtigung ermangelt (Eigentümerpartner klagt alleine), dies keine Auswirkung auf die ohne ihn bei Streitanhängigkeit bereits legitimierte Mehrheit der übrigen hat.<sup>180</sup>

## 2.2. Veräußerung der Miteigentumsanteile

Zu prüfen ist ebenso - dies sowohl auf Aktivseite als auch auf Passivseite – ob und welche Rechtsfolge mit einer Veräußerung der Miteigentumsanteile während des Verfahrens verbunden ist.

Die für die richterliche (Sach-)Entscheidung relevante Sach- und Rechtslage ist § 406 ZPO folgend jene zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz, sohin auch die Frage der aktiven und passiven Sachlegitimation.<sup>181</sup>

Nach § 234 ZPO hat die Veräußerung einer streitverfangenen Sache jedoch auf das Verfahren keinen Einfluss, wobei der Erwerber nur mit Zustimmung des Prozessgegners in das Verfahren eintreten kann.

Der herrschenden Irrelevanztheorie folgend ist § 234 ZPO eine Ausnahmeregelung gegenüber § 406 ZPO, als für die Aktiv- und Passivklagslegitimation (ausschließlich) der Zeitpunkt der Streitanhängigkeit relevant ist; die übrigen Entscheidungsgrundlagen sind nach dem Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz als Tatsacheninstanz maßgeblich.<sup>182</sup>

Ratio der Vorschrift ist die Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutz, dies auch durch Aufrechterhaltung des bis dahin erfolgten Verfahrensaufwandes sowie das Hintanhalten von Mehrfachprozessen. Die gleichzeitig materiell-rechtliche Zulässigkeit

---

<sup>179</sup> Weixelbraun-Mohr/Schneider, Aktivlegitimation für eine Ausschlussklage, EvBl 2018, 923 unter Verweis auf Schneider in Fasching/Konecny II/1<sup>3</sup>, § 14 ZPO Rz 2.

<sup>180</sup> RS0113758 [T2].

<sup>181</sup> Klicka in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1, § 234 ZPO Rz 1.

<sup>182</sup> RS0109183.

und Wirksamkeit der Veräußerung der streitverfangenen Sache wird durch deren prozessuale Irrelevanz und Unwirksamkeit letztlich abgesichert.<sup>183</sup>

Ein Teil der Lehre<sup>184</sup> verneint die Anwendbarkeit des § 234 ZPO auf das Ausschlussverfahren mit der Begründung, dass nicht das Wohnungseigentumsobjekt streitgegenständlich ist sondern der Anspruch der einzelnen Wohnungseigentümer auf Ausschluss eines anderen aus der Gemeinschaft. Der wohl herrschende Teil der Lehre geht aber von der Anwendung des § 234 ZPO aus.<sup>185</sup>

Der Judikatur und herrschenden Lehre folgend wird die Streitverfangenheit einer Sache danach beurteilt, ob die Sachlegitimation sohin die materielle Sachbefugnis der Verfahrensparteien auf den Rechtsbeziehungen zu dieser Sache beruht, irrelevant ob das Urteilsbegehren ausdrücklich seinem Wortlaut nach hierauf Bezug nimmt; entscheidend ist vielmehr die tatbestandsmäßige zwingende Verfügungsgewalt hierüber.<sup>186</sup>

Als Streitgegenstand des Ausschlussverfahrens nach § 36 WEG 2002 wurde dem OGH folgend primär der Ausschluss des Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft jedoch daraus folgend auch der Eigentumsverlust qualifiziert.<sup>187</sup>

Nach ständiger Judikatur des OGH ist die Bestimmung des § 234 ZPO im Ausschlussprozess nach § 36 WEG 2002 – auch ob eines Vergleiches mit der Teilungsklage - anzuwenden, sodass die Veräußerung von Miteigentumsanteilen während des Verfahrens aus verfahrensrechtlicher Sicht unbeachtlich ist.<sup>188</sup> Auch nach der Lehre gelangt die Bestimmung - da im streitigen Verfahren und unabhängig von der Art des Klagebegehrens einschlägig - auch im Ausschlussverfahren nach § 36 WEG 2002 zur Anwendung.<sup>189</sup>

Verfahrensrechtlich hat dies zur Folge, dass trotz Veräußerung der Miteigentumsanteile während des Verfahrens auf der Klagsaktivseite weiterhin die

---

<sup>183</sup> Klicka in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1, § 234 ZPO Rz 3.

<sup>184</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 15.

<sup>185</sup> A. *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 2; T. *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 36 Rz 25; *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 106.

<sup>186</sup> RS0039303; Klicka in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1, § 234 ZPO Rz 11.

<sup>187</sup> OGH 5Ob165/00a.

<sup>188</sup> RS0113759.

<sup>189</sup> Klicka in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1, § 234 ZPO Rz 7.

ursprünglichen Wohnungseigentümer Verfahrenspartei bleiben, ebenso auf der Klagspassivseite der Auszuschließende.

Der Eintritt des Erwerbers als Einzelrechtsnachfolger bedarf der Zustimmung des Verfahrensgegners. Dies gilt selbstverständlich nicht für Gesamtrechtsnachfolger – hier erfolgt eine Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 ZPO.

Hieraus ergibt sich daher auch, dass die erforderliche Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer lediglich im Zeitpunkt der Streitanhängigkeit, nicht jedoch auch zum Schluss des Verfahrens erster Instanz vorliegen muss.<sup>190</sup>

### **2.3. Disposition über den Streitgegenstand - Prozessuales Günstigkeitsprinzip**

Ob der Prozessführung durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer als Streitgenossenschaft und als einheitliche Streitpartei, ist diese daher folglich als einheitliches Parteisubjekt zu qualifizieren – eine „*Verschmelzung zu einem einheitlichen Prozesssubjekt*“ – und stellt sich das Verfahren als einziger einheitlicher Prozess dar.<sup>191</sup>

Jegliche Disposition über den Streitgegenstand bzw die Verfügung über den Anspruch bedarf, um uneingeschränkte Wirksamkeit entfalten zu können, der Einstimmigkeit aller Mitglieder der Mehrheit der Wohnungseigentümer. Bei einander widersprechenden Erklärungen oder fehlender Disposition sämtlicher Wohnungseigentümer sohin bei Säumigkeit einzelner Streitgenossen, greift nach herrschender Lehre und ständiger Judikatur das prozessuale Günstigkeitsprinzip. Dabei gilt die dem Prozessstandpunkt der einheitlichen Streitpartei günstigste Erklärung. Es ist eine abstrakte objektive Beurteilung der Verfahrenshandlung vorzunehmen, der ein klagsstattgebendes Urteil als Maßstab für die hier klagende Mehrheit der Wohnungseigentümer zu Grunde zu legen ist.<sup>192</sup>

Nach § 14 Satz 2 ZPO erstreckt sich als Ausfluss des prozessualen Günstigkeitsprinzips die Wirkung der Prozesshandlung tätiger Streitgenossen einer einheitlichen Streitpartei auch auf die einzelnen säumigen Streitgenossen. Das der

---

<sup>190</sup> Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 106.

<sup>191</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 103.

<sup>192</sup> Schneider in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 103f.

einheitlichen Streitpartei zu Gute kommende prozessuale Günstigkeitsprinzip hat sohin zur Folge, dass die Säumigkeit einzelner Wohnungseigentümer als Verfahrenspartei sowohl für das Verfahren selbst als auch für ihre eigene Rechtsposition unschädlich ist. Wenn Teile der bei Verfahrenseinleitung aktiven und daher bei der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer mitzuzählenden Miteigentümer in der Folge jedoch untätig bleiben und die Erhebung von Rechtsmitteln nur von einer Minderheit der übrigen Wohnungseigentümer als eines Teils der bei Streitanhängigkeit tätigen Mehrheit der Wohnungseigentümer erfolgt, erstrecken sich diese prozessuale Handlungen auch auf die anderen untätigen Wohnungseigentümer.<sup>193</sup>

Allfällige zwischen einzelnen klagenden Wohnungseigentümern und dem Ausgeschlossenen auf der einen Seite erfolgende Vereinbarungen wie Ruhen des Verfahrens oder eine Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht sowie auch auf der anderen Seite die Säumigkeit einzelner haben verfahrensrechtlich da dem allgemeinen prozessualen Günstigkeitsprinzip widerstreitend keine Auswirkung auf das Ausschlussverfahren, solange zumindest einer handelt. Ungeachtet dessen kann diesen Erklärungen bzw Vereinbarungen jedoch lediglich inter partes eine gewisse materiell-rechtliche Wirkung nicht abgesprochen werden, mag diese auch für den Verfahrensausgang – nämlich Ausschluss aus der Eigentümergemeinschaft – ohne Bedeutung sein, da der Einzelne materiell-rechtlich zu einer derartigen Disposition über den Verfahrensgegenstand alleine nicht befugt ist.

Auch ein Vergleich erfordert grundsätzlich die Einstimmigkeit und die Tätigkeit aller Streitgenossen, zumal sich dies auf Grundlage des prozessualen Günstigkeitsprinzips gegenüber der Klagsstattgebung als eine Verschlechterung des Prozesstandpunktes darstellt. Ein nur von einigen Streitgenossen abgeschlossener Vergleich ist ohne Wirkung und beendet den Rechtsstreit auch für diese nicht.<sup>194</sup>

### **3. Materiell-rechtliche Willensbildung**

Die gesetzliche Bestimmung des § 36 WEG 2002 enthält keine Regelung über die Einhaltung von Formvorschriften bei der Mehrheitsfindung.

---

<sup>193</sup> *Oberhofer* in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 106; *Fucik* in *Rechberger*<sup>3</sup>, § 14 Rz 6; OGH 5 Ob 165/00a = JBl 2001, 115 = wobl 2001,20 (*Oberhofer*) = ÖJZ 2001,62 = immolex 2001,116 = RZ-EÜ 2000,252.

<sup>194</sup> *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1, § 14 ZPO Rz 116.



Die überwiegende Lehre<sup>195</sup> unter Verweis auf eine fehlende Normierung in § 22 WEG 1975 bzw § 36 WEG 2002 und wohl auch die Judikatur<sup>196</sup> gehen von einer formfreien Willensbildung der Mehrheit der Miteigentümer, der auch kein Beschluss vorangehen muss, aus, ohne Einräumung eines Art Minderheitenrechts an überstimmte oder nicht einbezogene Miteigentümer.

Nach *T. Hausmann*<sup>197</sup> entsteht durch die Nichteinbeziehung aller Wohnungseigentümer im Ausschließungsverfahren ein Wertungswiderspruch zur Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft. Nach § 24 Abs 1 Satz 2 WEG 2002 setzt die Wirksamkeit eines Beschlusses der Eigentümergemeinschaft voraus, dass sämtlichen Wohnungseigentümern ein Anhörungs- bzw Äußerungsrechte eingeräumt wurde. Da Gegenstand der Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft Angelegenheiten der Verwaltung darstellen, muss dies ob eines Größenschlusses umso mehr für Verfügungen der Mehrheit der Wohnungseigentümer gelten.

Im Vergleich dazu sieht § 24 Abs 3 WEG 2002 nur den Ausschluss des Stimmrechtes von der Beschlussfassung vor, nicht jedoch von der Teilnahme an der Eigentümerversammlung zu deren Beschlussfassung.<sup>198</sup> Es wird daher die Verständigung und unter Verweis auf § 24 Abs 1 2 Satz WEG 2002, wonach allen Wohnungseigentümern Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, die Anhörung des betroffenen Miteigentümers vertreten.<sup>199</sup>

In einer jüngeren Entscheidung des OGH<sup>200</sup> hat sich dieser mit der Frage auseinandergesetzt, ob der nicht stimmberechtigte Auszuschließende im Vorfeld über die Ausschließungsgründe sowie über den Umstand der erfolgten Mehrheitsfindung für eine Ausschlussklage zu informieren ist bzw ob diesem oder der Minderheit ein Anhörungsrecht einzuräumen ist. Der historische Gesetzgeber hat der Judikatur folgend bewusst eine Differenzierung in der Klagsbefugnis von der nur für Angelegenheiten der Verwaltung zuständigen Eigentümergemeinschaft einerseits und der Mehrheit der Wohnungseigentümer andererseits vorgenommen. Es sind sohin

---

<sup>195</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 1, 9; Oberhofer, Klagslegitimation der Wohnungseigentümergemeinschaft im Ausschließungsverfahren nach § 22 WEG, immolex 1998, 187ff.

<sup>196</sup> OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018,349 = Zak 2019,18 = immo aktuell 2019,45 (Höllwerth) = EvBl 2019,421 = NZ 2019,136 = wobl 2019,398.

<sup>197</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 23.

<sup>198</sup> BA 2056 BlgNR 20. GP 8.

<sup>199</sup> Löcker in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 24 Rz 38.

<sup>200</sup> OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018,349 = Zak 2019,18 = immo aktuell 2019,45 (Höllwerth) = EvBl 2019,421 = NZ 2019,136 = wobl 2019,398.

Maßnahmen der Verwaltung und jene der Verfügung zu unterscheiden. Dabei stellt die klagsweise Geltendmachung der Ausschlussgründe im Rahmen der Rechtsgestaltungsklage keine Maßnahme der Verwaltung, sondern eine der Verfügung dar.

Da Mehrheitsbeschlüsse der Eigentümergemeinschaft nur Maßnahmen der Verwaltung zum Gegenstand haben können, sind darüberhinausgehende Beschlussfassungen auf Grund der Überschreitung deren Kompetenz anfechtbar.<sup>201</sup>

Auch bei der Teilungsklage nach § 830 ABGB wird weder in der Judikatur noch in der Lehre eine zwingende vorangehende Anhörung der Teilungsgegner gefordert. Eine fehlende Gelegenheit zur Stellungnahme vor Klageeinbringung kann allenfalls Kostenfolgen gemäß § 45 ZPO nach sich ziehen, beseitigt aber nicht das Klagerecht. Für eine analoge Anwendung des § 24 Abs 1 Satz 2 WEG 2002 für ein Anhörungsrecht des Auszuschließenden über die Beschlussfassung wäre eine planwidrige Lücke von Nöten, die jedoch seitens des OGH verneint wird.<sup>202</sup>

#### **4. Rechtsstellung des Ausgeschlossenen**

Der Ausgeschlossene bleibt trotz anhängigem Ausschlussverfahren sowie trotz rechtskräftigem und vollstreckbarem Urteil weiterhin und dies bis zu einer freiwilligen Übereignung seiner Miteigentumsanteile oder dem Zuschlag in einem Zwangsversteigerungsverfahren vollberechtigter Mit- bzw Wohnungseigentümer.<sup>203</sup>

Der Ausgeschlossene kann sohin noch während des Titel- als auch des Exekutionsverfahrens rechtswirksam seine Anteile samt Wohnungseigentum übertragen und dem Erwerber Eigentum verschaffen.<sup>204</sup> Es kommt sohin „zu keinem, einer Herrenlosigkeit auch nur ähnlichen Stadium.“<sup>205</sup>

Dass der Ausgeschlossene bei der Beschlussfassung nach herrschender Ansicht weder eine Mitwirkungsbefugnis noch ein Anhörungsrecht hat, was ua auch aus dem

---

<sup>201</sup> RS0130070 (T1) .

<sup>202</sup> OGH 5 Ob 193/18w = immolex-LS 2018,349 = Zak 2019,18 = immo aktuell 2019,45 (Höllwerth) = EvBl 2019,421 = NZ 2019,136 = wobl 2019,398.

<sup>203</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 WEG Rz 1 unter Verweis auf RS0114376.

<sup>204</sup> OGH 3 Ob 26/00w.

<sup>205</sup> OGH 5 Ob 197/02k.

Wortlaut des § 36 Abs 1 WEG 2002 („*übrigen Wohnungseigentümer*“) geschlossen wird, wurde bereits ausgeführt.

Als Folge der Übertragung der Anteile samt Räumung des Objektes durch den ausgeschlossenen Wohnungseigentümer ist der Anspruch der klagenden Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer gegenüber dem beklagten Ausgeschlossenen ob deren Erfüllung erloschen. Im Falle eines anhängigen Exekutionsverfahrens wäre dieses – bis zur Klärung der Klaglosstellung - mit dem Erwerber fortzuführen, widrigenfalls der ausgeschlossene Verpflichtete das Erlöschen des Anspruches ihm gegenüber jedenfalls mittels Oppositionsklage geltend machen kann.<sup>206</sup>

## **V. Erwirkung des Titels**

### **1. Allgemeines**

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die gesetzliche Regelung „*mehr als unglücklich ist*“, zumal nur die Ausschlussklage selbst geregelt ist, jedoch keine weiterreichenden Rechtsfolgen vorgesehen sind als die Möglichkeit, den Miteigentumsanteil samt Wohnungseigentum nach Ablauf einer gesetzlichen Frist im Exekutionswege versteigern zu lassen.<sup>207</sup>

Es werden in der Folge einige weitere verfahrensrechtliche Aspekte erörtert, die teilweise ungeschriebene Tatbestandsmerkmale umfassen, die sich in der Judikatur weiterentwickelt haben, aber auch andere die im Zuge der Novellierungen des WEG einer Änderung bzw Fortentwicklung unterworfen wurden.

### **2. Ultima ratio / Wiederholungsgefahr / endgültige Beseitigung**

Im Hinblick auf den Umstand, dass die Ausschließung eines Mit- bzw Wohnungseigentümers trotz finanzieller Abgeltung der Anteile ein Rechtsverlust für denselben darstellt und daher zur Voraussetzung hat, dass die Aufrechterhaltung den anderen Wohnungseigentümern nicht mehr zumutbar ist, wurde von der Rechtsprechung und auch einem Teil der Lehre vertreten, dass – als ungeschriebenes

---

<sup>206</sup> OGH 3 Ob 26/00w.

<sup>207</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 1.

Tatbestandsmerkmal - die Ausschlussklage nur der letzte Ausweg sein darf.<sup>208</sup> Es ist daher im Vorfeld – außer wenn die Unzumutbarkeit selbstredend gegeben ist - zu versuchen, anderweitig Abhilfe zu schaffen – wie etwa durch eine begründete letztmalige Einmahnung. Eine Unterlassungsklage – wie bei der subsidiären Klagsbefugnis des einzelnen Wohnungseigentümers – ist aber auch mangels gesetzlicher Grundlage nicht erforderlich.<sup>209</sup> Eine beharrliche Fortsetzung des unleidlichen Verhaltens trotz Abmahnung erfüllt die Anforderungen.<sup>210</sup>

Es ist fraglich inwieweit diese Judikatur ob des Umstandes, dass dem Ausgeschlossenen nach nunmehr herrschender Rechtsprechung des OGH kein Anhörungsrecht eingeräumt wird, noch aufrechtzuerhalten ist bzw materiell-rechtlich durch Verneinung des Vorliegens eines ausreichend gravierenden tatbestandsmäßigen Verhaltens gelöst wird.

In der Lehre<sup>211</sup> unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob und wann der den Ausschließungsgrund beseitigende Wegfall der Wiederholungsgefahr von Relevanz ist.

Nach Würth<sup>212</sup> ist das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nicht Voraussetzung, kann aber im Einzelfall von Bedeutung sein, wobei jedoch für die Abweisung der Ausschließungsklage das endgültige Abstellen im Sinne einer Behebung der Schadensquelle bzw Entfernung des Störers erforderlich ist, und ist sohin nicht gerechtfertigt, wenn der als ursprünglich untragbare Zustand endgültig beseitigt wurde.<sup>213</sup>

Nach der Judikatur ist die Wiederholungsgefahr grundsätzlich Tatbestandsvoraussetzung. Diese ist davon abhängig, inwieweit die Eigentümergeinschaft gelitten hat und wiederhergestellt bzw fortgesetzt werden kann, sodass eine differenzierende Beurteilung nach Art und Gewicht vorzunehmen ist.<sup>214</sup>

---

<sup>208</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 6 (dies jedoch insofern unklar, als zu Rz 3 die Erforderlichkeit einer Abmahnung und der Wiederholungsgefahr verneint wird); Sammer in Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017, 606; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 8,13.

<sup>209</sup> OGH 1 Ob 772/78 = EvBl 1979, 437.

<sup>210</sup> OGH 5 Ob 1011/93.

<sup>211</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 30; Würth/Zingher II<sup>19</sup>, § 22 WEG Rz 5.

<sup>212</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 3.

<sup>213</sup> RS0083071.

<sup>214</sup> OGH 5 Ob 272/04t; Sammer in Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017, 606.

### 3. Erfüllung des Klagsanspruchs

Der rechtskräftige Anspruch auf Ausschluss aus der Wohnungseigentümergeinschaft erlischt erst mit der endgültigen Beseitigung des den Ausschluss rechtfertigenden störenden Verhaltens. Dies erfordert sowohl die Einstellung des Störungsverhaltens als auch den Ausschluss der Wiederholungsgefahr.<sup>215</sup>

In der Lehre wurde die Frage unterschiedlich behandelt, insbesondere was zu geschehen hat, wenn die Schadens- bzw Störquelle endgültig abgestellt bzw entfernt wurde. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die Klage auf Kosten einzuschränken ist, anderenfalls selbige abzuweisen wäre<sup>216</sup>, zumal die Ausschlussklage nicht Straf- sondern Vorbeugungscharakter hat.<sup>217</sup> Eine Differenzierung ist insofern vorzunehmen, als die endgültige Beseitigung nicht nur die Einstellung des störenden Verhaltens erfordert, sondern auch die Wiederholungsgefahr auszuschließen ist, was schon bei der Möglichkeit eines neuerlichen Fehlverhaltens nicht ausgeschlossen werden kann und zur Klagsstattgebung führt.<sup>218</sup>

Berger hat darauf hingewiesen, dass keine Rechtsgrundlage besteht, nach der das Verhalten des Ausgeschlossenen auch dem Erwerber anzurechnen sei. Eine Anspruchserfüllung erfordert daher neben der Veräußerung auch ein Zutrittsverbot bzw eine Entfernung des Ausgeschlossenen aus der Wohnung.<sup>219</sup>

In diesem Zusammenhang ist daher auch die Frage zu prüfen, wann der Anspruch der Eigentümergeinschaft auf Ausschluss des einzelnen Mit- bzw Wohnungseigentümers tatsächlich erfüllt ist. In Abkehr zur früheren Judikatur ist dies nicht schon mit einer Übertragung des Mit- bzw Wohnungseigentums sondern erst mit dem tatsächlichen Entfernen des Ausgeschlossenen gegeben.<sup>220</sup> Anderenfalls der Titel auch gegen den neuen Erwerber in Exekution gezogen werden kann.

Die von einem Teil der Lehre vertretene Ansicht, wonach mit Abschluss des verbücherungsfähigen Kaufvertrages der Titel erlischt und die Exekution gegen den

---

<sup>215</sup> OGH 3 Ob 160/09i.

<sup>216</sup> Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 39; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 7.

<sup>217</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 3.

<sup>218</sup> Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 39.

<sup>219</sup> Berger, Der Rechtsschutz des Wohnungseigentümers nach § 22 Abs 4 WEG 1975, ÖJZ 1977, 175.

<sup>220</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 1; OGH 5 Ob 2431/96b = MietSlg 49.536.

Käufer nicht fortgesetzt werden kann und gegen diese mittels Oppositionsgesuch bzw -klage vorgegangen werden kann, wird von der Judikatur nicht geteilt.<sup>221</sup>

In einem den OGH unter verschiedenen Aspekten mehrmals beschäftigten Sachverhalt wurde das Objekt dem Alleingesellschafter und Geschäftsführer der ausgeschlossenen GmbH verkauft. Das Exekutionsverfahren wurde jedoch weiterhin gegen den Ausgeschlossen geführt, der ab Einverleibung bzw Rechtfertigung der Vormerkung des Erwerbers jedoch nicht mehr Verpflichteter des Verfahrens war. Als nunmehriger Oppositionskläger hat die ausgeschlossene GmbH ihre Titelschuld erfüllt und ist ihr gegenüber erloschen, mag auch ein Scheingeschäft vorgelegen haben.<sup>222</sup>

Mit der Ausschlussklage soll die (dauernde) Entfernung des Ausgeschlossenen aus dem von ihm benützten Wohnungseigentumsobjekt sichergestellt werden.<sup>223</sup> Das Ziel der Ausschlussklage ist sohin einen neuen Wohnungseigentümer in die Eigentümergeinschaft aufzunehmen, der in keinem Naheverhältnis zum Ausgeschlossen steht, was im Falle einer gemäß § 36 Abs 6 WEG 2002 vom Bieten bei der Versteigerung ausgeschlossenen Person nicht gegeben ist.<sup>224</sup>

#### 4. Klagsanmerkung

Nach § 36 Abs 4 WEG 2002 (wie schon nach § 22 Abs 3 WEG 1975 idF 3. WÄG) ist die Ausschlussklage im Grundbuch anzumerken, wobei hinsichtlich der Rechtsfolge der Anmerkung explizit auf § 61 Abs 2 GBG verwiesen wird.

Vor dem 3. WÄG wurde die Streitanmerkung abgelehnt, da mit der Ausschlussklage ein obligatorisches Gestaltungsrecht geltend gemacht wird, dem es an der Dinglichkeit ermangelt<sup>225</sup> bzw es dem Beklagten den vom Gesetzeszweck auch erwünschten freiwilligen Verkauf binnen der „Schonfrist“ von 3 Monaten erschwert.<sup>226</sup> Sollten daher während des Verfahrens die Anteile vom Beklagten veräußert oder anderweitige übertragen werden, wäre das Verfahren auf Kosten einzuschränken bzw das Exekutionsverfahren einzustellen.<sup>227</sup>

---

<sup>221</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 51,59; OGH 3 Ob 31/03k.

<sup>222</sup> OGH 3 Ob 26/00w.

<sup>223</sup> OGH 5 Ob 2431/96b.

<sup>224</sup> 3 Ob 160/09i; RS0107207 (T4, T5).

<sup>225</sup> *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 142.

<sup>226</sup> *MietSlg* 20.633/70.

<sup>227</sup> *RPfISlgG* 1180; *Würth/Zingher II*<sup>19</sup>, § 22 WEG Rz 2; *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 15.

In der Lehre wurde auch darauf hingewiesen, dass Streitgegenstand im Ausschlussverfahren nicht die Miteigentumsanteile samt Wohnungseigentum sind, sondern der Ausschluss des Wohnungseigentümers aus der Eigentümergemeinschaft zwecks Austausch des Miteigentümers durch einen Dritten.<sup>228</sup>

In einer vom OGH bestätigten Entscheidung des LG Salzburg<sup>229</sup> haben sich sowohl 2. als auch 3. Instanz ausführlich mit dem Gesetzeszweck der Streitanmerkung auseinandergesetzt, zumal den Materialien diesbezüglich nichts zu entnehmen ist; die Anmerkung war im Initiativantrag des 3. WÄG nicht vorgesehen, weitergehende Erläuterungen im Bericht des Bautenausschusses sind nicht enthalten. Das Rekursgericht sowie der OGH sahen unter Verweis auf die hierzu ergangene Literatur<sup>230</sup>, den Zweck der Bestimmung in der Hintanhaltung von Umgehungsgeschäften des auszuschließenden Beklagten und somit in der Drittwirkung auch gegenüber dem Erwerber.

Der Gesetzgeber wollte damit die exekutive Durchsetzung des rechtskräftigen Urteils auch gegenüber dem (Einzel-) Rechtsnachfolger des Ausgeschlossenen im Mit- bzw Wohnungseigentum im Falle einer freiwilligen Übertragung durch diesen eröffnen, nämlich dann, wenn der Erwerber bzw Übernehmer den Ausgeschlossenen weiterhin im Objekt verweilen lässt.<sup>231</sup>

Der Gesetzeszweck der Klagsanmerkung der Ausschlussklage ist im Versuch der Einschränkung der Vereitelungsmöglichkeiten des Ausschlussanspruches durch Verkauf der Anteile als Umgehungverkäufe an nahe Angehörige oder Strohmänner (während des Verfahrens) auf die sich die Urteilswirkungen als Erwerber strecken, die den Ausgeschlossenen den weiter Verbleib im Wohnungseigentumsobjekt gewähren, zu finden.<sup>232</sup>

Ein Teil der Lehre<sup>233</sup> vertritt daher die Ansicht einer teleologisch erforderlichen Reduktion der Drittwirkung des Ausschlussurteils ob der Klagsanmerkung auf jenen Erwerber, bei dem die Gefahr der Zweckvereitelung des Ausschlusstitels besteht.

---

<sup>228</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 15.

<sup>229</sup> OGH 5 Ob 2431/96b, LG Salzburg 22 R 380/96b.

<sup>230</sup> Kletecka, Die Novellierung des WEG durch das 3. WÄG, WoBl 1993, 223.

<sup>231</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 1,9.

<sup>232</sup> RS0107207; Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 76.

<sup>233</sup> Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 76; Bachner, Zur Durchsetzung der Ausschließung eines Wohnungseigentümers in wobl 2001, 307.

Mit dem Verweis in § 36 Abs 4 WEG 2002 (so schon § 22 Abs 3 WEG 1975) auf § 61 GBG 1955 soll der grundbücherliche Gutgläubensschutz beseitigt werden und die Zwangsvollstreckung des Ausschlusstitels auch gegen den Rechtsnachfolger des Ausgeschlossenen möglich sein.<sup>234</sup>

Hiernach erstrecken sich die Urteilswirkungen auch auf Dritte, die nachrangig, sohin im Rang nach Einlangen des Gesuchs um Streitanmerkung beim Grundbuchsgericht bürgerliche Rechte erworben haben.<sup>235</sup>

Ziel des Ausschlussverfahrens ist der Austausch des ausgeschlossenen Wohnungseigentümers, dies im Hinblick auf die eingeräumte dreimonatige Frist vornehmlich durch vom Ausgeschlossenen vorzunehmenden Verkauf.<sup>236</sup>

Ob der Klagsanmerkung wirkt das rechtskräftige Urteil auch gegen den späteren bürgerlichen Erwerber der gegebenenfalls einen Oppositionsgrund für sich in Anspruch nehmen kann. Gleichzeitig wird in der Anmerkung ein Argument der Erfüllung des Klagsanspruchs erst mit Räumung des Wohnungseigentumsobjektes durch den Ausgeschlossenen gesehen.<sup>237</sup>

Nach § 61 Abs 1 GBG kann die Streitanmerkung gemeinsam mit der Klage oder eigens später in einem eigenen Antrag begehrt werden, dies alternativ beim Prozessgericht oder beim Grundbuchsgericht.

Der Antrag auf Streitanmerkung der Ausschlussklage ist von einer Überweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht nach § 261 Abs 6 ZPO umfasst.<sup>238</sup>

Nach der Judikatur des OGH hat die Anmerkung bei Fehlen eines entsprechenden Antrages von Amts wegen zu erfolgen.<sup>239</sup>

---

<sup>234</sup> RS0107208.

<sup>235</sup> OGH 5 Ob 2431/96b = SZ 70/4 = EvBl 1997/130 = NZ 1997, 403 = MietSlg 49/5 = Wobl 1997, 242 (Oberhofer); Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 76.

<sup>236</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 51; Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 76; Bachner, Zur Durchsetzung der Ausschließung eines Wohnungseigentümers in wobl 2001, 307.

<sup>237</sup> Sammer in Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017, 608 unter Verweis auf OGH 5 Ob 2431/96b.

<sup>238</sup> OGH 5 Ob 225/00z.

<sup>239</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup> § 36 Rz 1,9, Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 142, OGH 5 Ob 225/00z = MietSlg 52.597.



Letztlich ist zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Klagsanmerkung wieder einer Löschung im Grundbuch zugeführt werden kann.

Im Fall einer Eigentumseinverleibung im Rang der Anmerkung für eine beabsichtigte Veräußerung kann der Erwerber gemäß § 57 GBG die Löschung der Zwischeneintragungen begehren. Nach ständiger Judikatur des OGH stellen Streitanmerkungen keine hierunter zu subsumierende isoliert löschbaren Grundbucheintragungen dar.<sup>240</sup>

Dabei handelt es sich allgemein um Zwischeneintragungen, die der Durchsetzung eines schon vor der Anmerkung begründeten bürgerlichen Rechts dienen, die der neue Eigentümer auch im Falle einer bereits ursprünglich direkt im Rang der Anmerkung erfolgten Eigentumseinverleibung übernehmen hätte müssen, so wie namentlich Streitanmerkungen zu einem bürgerlich eingetragenen Recht und auch Teilungsklagen.<sup>241</sup>

Nach § 65 Abs 1 GBG kann im Falle der rechtskräftigen Klagsabweisung oder des „Abstehens“ des Klägers von der Klage wie Klagsrückziehung oder „ewiges Ruhen“ des Verfahrens der Verfahrensgegner die Löschung der Streitanmerkung beantragen.

Der Judikatur des OGH folgend ist die Löschung der Streitanmerkung in Analogie zu § 65 Abs 1 GBG vorzunehmen, wobei das Begehren mit entsprechenden Urkunden dem Grundbuchsgericht nachzuweisen ist, wie Klagsrückziehung, Klageseinschränkung auf Kosten, oder Verkauf des Wohnungseigentumsobjektes samt Räumung durch den Ausgeschlossenen. Der Antragsteller hat sohin nachzuweisen, dass der *„Zweck der Streitanmerkung in einer jeden Zweifel ausschaltenden Weise bereits erfüllt, die Anmerkung nach dem derzeitigen Grundbuchsstand also sinnlos geworden ist“*.<sup>242</sup>

## 5. Beweislast

Grundsätzlich trifft jene Partei die Behauptungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, die Voraussetzung für die sie begünstigende Rechtsnorm ist. Der einen Anspruch behauptet, hat alle anspruchsbegründenden (rechtserzeugenden) Tatsachen zu behaupten und zu beweisen. Derjenige der einen Anspruch bestreitet, trägt die

---

<sup>240</sup> OGH 5 Ob 2431/96b.

<sup>241</sup> RS0112058.

<sup>242</sup> OGH 5 Ob 2431/96b.

Behauptungs- und Beweislast für alle anspruchshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatsachen.<sup>243</sup>

Die Behauptungs- und Entlastungsbeweislast, alle rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten ausgeschöpft zu haben, die Missstände abzustellen, trifft den beklagten Auszuschließenden<sup>244</sup>, ebenso hinsichtlich des Wegfalls der Wiederholungsgefahr<sup>245</sup>. Diese trifft auch den Kläger im Oppositionsverfahren als Wohnungseigentümer und sohin Verpflichteten im Zwangsversteigerungsverfahren, gegen den der Ausschlussgrund exekutiv durchgesetzt werden soll, der sohin nach § 35 EO jene Umstände nachzuweisen hat, aus denen sich das Erlöschen des Anspruches ergibt, so auch hinsichtlich des praktischen Ausschlusses der bloßen Möglichkeit der Fortsetzung der Störungen.<sup>246</sup>

## **6. Beschlussfassung nach § 36 Abs 2 WEG 2002**

Nach § 36 Abs 2 WEG 2002 ist abgesondert zu verhandeln und mit Beschluss zu entscheiden, sofern die Frage, welche Zahlungen der Auszuschließende zu leisten hat, strittig ist.

Sowohl ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl als auch ein rechtskräftiges (Teil-)Urteil sind Entscheidungen über den Zahlungsrückstand sohin über die dem Auszuschließenden obliegenden Zahlungen, die eine eigene Beschlussfassung im Ausschlussverfahren nicht weiter erforderlich machen.<sup>247</sup>

Die Unterlassung einer abgesonderten Beschlussfassung stellt nach der Judikatur unter Verweis auf die vergleichbare Bestimmung des § 24 Abs 4 Satz 1 WEG 1975 nunmehr § 39 WEG 2002, wonach eine abgesonderte Beschlussfassung bei Strittigkeit der vom Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer noch geschuldeten Zahlungen im Falle einer gerichtlichen Geltendmachung des Rücktritts durch den Wohnungseigentumsorganisator erforderlich ist, lediglich einen Verfahrensmangel dar.<sup>248</sup>

---

<sup>243</sup> RS0106638.

<sup>244</sup> RS0082940.

<sup>245</sup> OGH 5 Ob 139/94.

<sup>246</sup> OGH 3 Ob 31/03k.

<sup>247</sup> RS0116608; OGH 5 Ob 174/08m = ZIK 2009,35 = immolex 2009,89 = MietSlg 60.740 = MietSlg 60.788.

<sup>248</sup> OGH 5 Ob 174/08m unter Verweis auf RS0042358.

Die Verletzung sohin deren Nichtbeachtung ist daher als Verfahrensmangel zu rügen, stellt nicht den Berufungs- bzw Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung dar und kann nicht von Amts wegen aufgegriffen werden.<sup>249</sup>

In diese Zusammenhang sei noch angemerkt, dass ob der mit § 22 Abs 1 Z 1 WEG 1975 (nunmehr § 36 Abs 1 Z 1 WEG 2002) erfolgten Nachbildung der Bestimmung des § 33 Abs 2 MRG die hierzu ergangene Judikatur zum "geschuldeten Betrag" beachtet werden kann.<sup>250</sup>

## 7. Bindungswirkung des Urteils

So ist auch die Frage, ob die Ausschlussklage als Rechtsgestaltungsklage oder als Leistungsklage zu qualifizieren ist, strittig.<sup>251</sup> Nach überwiegender Ansicht wird die Klage als unvollkommene Rechtsgestaltungsklage<sup>252</sup> qualifiziert; nach anderer Auffassung wird sie als „verkappte“ Leistungsklage<sup>253</sup> bezeichnet.

Das auf Grund einer unvollkommenen Rechtsgestaltungsklage erlassene stattgebende Urteil ist noch im Wege der Exekution zu vollziehen zwecks vollständiger Umsetzung der Rechtsänderung. Dies ist sowohl bei der Ausschlussklage als auch bei der Teilungsklage nach § 830 ABGB von Nöten.<sup>254</sup>

Das Urteil gewährt den übrigen Mit- bzw Wohnungseigentümern ein Gestaltungsrecht zur Durchsetzung des Ausscheidens aus der Eigentümergemeinschaft – dies nach Ablauf von drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils - und stellt den Titel für die exekutive Vollstreckung des Urteils im Wege der Zwangsversteigerung nach §§ 133 ff EO dar.<sup>255</sup>

Die materielle Rechtskraft des Urteils und die Rechtsgestaltungswirkung erfassen neben den Verfahrensparteien sämtliche Wohnungseigentümer. Die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand sohin die Rechtszuständigkeit für die Ausübung der Klagebefugnis obliegt der klagenden Mehrheit der übrigen

---

<sup>249</sup> OGH 5 Ob 36/81; OGH 5 Ob 53/81; OGH 6 Ob 2301/96t, 5 Ob 174/08m.

<sup>250</sup> OGH 5 Ob 308/01g; *Sammer* in *Dirnbacher Praxiskommentar WEG* 2017, 605.

<sup>251</sup> *Würth/Zingher/Kovanyi II*<sup>22</sup>, § 36 Rz 1

<sup>252</sup> *T.Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 36 Rz 6; *Oberhofer* in *GeKo Wohnrecht II*, § 36 WEG Rz 141.

<sup>253</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 10.

<sup>254</sup> *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 § 226 ZPO Rz 51.

<sup>255</sup> *Oberhofer*, Klagslegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft im Ausschließungsverfahren nach § 22 WEG?, *immolex* 1998, 187.

Wohnungseigentümer mit Wirkung für die übrigen nichtklagenden Wohnungseigentümer, auf die sich die Rechtskraft erstreckt.<sup>256</sup>

Das Ausschluss- wie auch das Teilungsverfahren sind dreistufig, und gliedern sich in die Geltendmachung des Ausschluss- bzw Aufhebungsanspruchs durch Ausschluss- bzw Teilungsklage, die urteilsmäßige richterliche Rechtsgestaltung zur Beendigung der Rechtsbeziehung der Teilhaber sowie den Vollzug des Ausschlusses bzw der Teilung zwecks endgültigem Erlöschen des Schuldverhältnisses.<sup>257</sup>

Nach Würth<sup>258</sup> ist die „Ausschließung“ nicht gleich einem Ausscheiden aus der Eigentümergeinschaft; diese ist ein der klagenden Mehrheit offenstehendes Gestaltungsrecht zur exekutiven Durchsetzung des Ausscheidens nach Ablauf der Schonfrist.

Das Urteilsbegehren sowie der Urteilsspruch haben nur den Ausschluss des beklagten Wohnungseigentümers hinsichtlich seiner Anteile aus der Eigentümergeinschaft zum Inhalt<sup>259</sup>, was bereits zu § 22 WEG 1975 judiziert wurde, nicht aber die Verpflichtung zur Veräußerung der Anteile samt Wohnungseigentum binnen dreier Monate.<sup>260</sup>

Eine rechtlich präziserer Urteilsspruch - vom Gesetzestext nicht geforderter und ohne andere Rechtsfolge - wäre, dass die Miteigentumsgemeinschaft (nicht vor Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils) auf zulässigen Antrag des Klägers (nunmehr eines Miteigentümers) durch Zwangsversteigerung des Anteils des Beklagten aufgehoben werde.<sup>261</sup>

## VI. Zwangsvollstreckung

### 1. Allgemeines

§ 36 Abs 4 WEG 2002 sieht eine Wartefrist von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils vor, bis der Titel mittels Exekutionsantrag von (irgend-)einem

---

<sup>256</sup> Weixelbraun-Mohr/Schneider, Aktivlegitimation für eine Ausschlussklage, EvBl 2018, 923.

<sup>257</sup> RS0113831.

<sup>258</sup> Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 3

<sup>259</sup> A. Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 5; OGH 1 Ob 772/78 = EvBl 1979, 437; OGH 1 Ob 772/80.

<sup>260</sup> RS0082938; aA Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 10.

<sup>261</sup> OGH 1 Ob 772/78 = EvBl 1979, 437.

Wohnungseigentümer oder, sofern die Voraussetzungen des § 37 Abs 5 WEG 2002 erfüllt sind, auch von einem Wohnungseigentumsverwerber exekutiv durchgesetzt werden kann.<sup>262</sup>

Die dem Ausgeschlossenen eingeräumte Schonfrist von 3 Monaten, um die Anteile freiwillig zu veräußern sowie das Wohnungseigentumsobjekt zu räumen, ist als facultas alternativa zur Zwangsversteigerung zu qualifizieren.<sup>263</sup>

Die Zwangsvollstreckung des Titels hat durch Zwangsversteigerung des Miteigentumsanteils samt Wohnungseigentums nach den Bestimmungen der EO (§§ 133 ff EO) zu erfolgen. Die gesetzliche Bestimmung wurde in der Lehre als unglücklich kommentiert, zumal die exekutive Durchsetzung des Urteils auf Ausschluss eines Wohnungseigentümers nicht mit der Hereinbringung von Geldforderungen verglichen werden kann.<sup>264</sup>

Der OGH hat die damit verbundenen Probleme in der Vollstreckung des Urteils im Anwendungsbereich des WEG 1975 dahingehend gelöst, dass die Regelungen des AußStrG 1854 zur „freiwilligen Feilbietung“ zur Anwendung gebracht wurden und jene der EO nur mehr zur Lückenschließung.<sup>265</sup>

So wurde der rechtskräftige Ausschließungsanspruch ob seiner Funktion mit dem rechtskräftigen Teilungsanspruch auf Aufhebung des gemeinsamen Liegenschaftseigentums verglichen bzw gleichgestellt, sodass als geeignete Versteigerungsform die in § 352 EO vorgesehene freiwillige Feilbietung nach §§ 272 ff AußStrG anzuwenden ist. Die in der Lehre<sup>266</sup> vertretene Ansicht, wonach die exekutive Durchsetzung des Ausschließungsurteils der Zustimmung des vorrangig grundbücherlich sichergestellten Verbotsberechtigten eines Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364c ABGB zur Versteigerung bedarf, wurde vom OGH daher unter Verweis auf die exekutive Durchsetzung eines Teilungsanspruch (§ 352 EO) abgelehnt.<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 9.

<sup>263</sup> Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 4.

<sup>264</sup> Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 149 unter Verweis auf T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 63; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 36 Rz 4; Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 57; Oberhofer in Schwimann<sup>2</sup>, § 22 WEG Rz 70.

<sup>265</sup> Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 150f.

<sup>266</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 52.

<sup>267</sup> OGH 3 Ob 30/86 = SZ 59/102 = JBl 1986,586 = ImmZ 1986,434 = RZ 1986, 248 = GesRZ 1986,154.

Die ältere Rechtsprechung - im Gegensatz zur herrschenden Lehre<sup>268</sup> - scheint davon ausgegangen zu sein, dass die Klage nur gegen einen der (Ehegatten-) Eigentümerpartner zu richten ist, da die exekutive Durchsetzung auf Grund eines gegen einen Ehegatten laufenden Exekutionstitels durch Pfändung des Anspruchs auf Aufhebung des gemeinsamen Wohnungseigentums samt Antrag auf Zwangsversteigerung des gesamten Mindestanteils und des damit verbundenen gemeinsamen Wohnungseigentums erfolgt.<sup>269</sup>

Ebenso wurde dem vom Exekutionstitel nicht erfassten Ehegatten ein Widerspruch gegen die Exekution ob eines dringenden Wohnbedürfnisses verwehrt.<sup>270</sup>

Um die Umsetzung der dauernden Entfernung des Ausgeschlossenen aus dem von ihm benutzten Wohnungseigentumsobjekt im Zwangsversteigerungsverfahren zu erzielen, ist dies in den Versteigerungsbedingungen vorzusehen. Ebenso können die Regelungen der §§ 133 ff EO zur Lückenschließung herangezogen werden. Hiernach ist die vom Ersther nach Erfüllung der Versteigerungsbedingungen zu betreibende Räumung des Wohnungseigentumsobjekts durch den Verpflichteten Teil des Zwangsversteigerungsverfahrens (§ 156 Abs 2 EO).<sup>271</sup>

## 2. Anmerkung

Nach § 137 Abs 1 EO ist die Einleitung des Versteigerungsverfahrens grundbücherlich anzumerken, dies mit der Rechtsfolge gemäß § 138 Abs 1 EO, dass die bewilligte Versteigerung gegen jeden späteren Erwerber der Liegenschaft durchgeführt werden kann.

Dies gilt auch für jenen Erwerber, dessen Veräußerungsgeschäft zwar vor der Anmerkung abgeschlossen wurde, jedoch die bücherliche Eigentumseinverleibung rangnachfolgend erfolgt ist.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Sammer in Dirnbacher Praxiskommentar WEG 2017, 608; A. Illedits in *Illedits/Reich-Rohrwig*<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 3; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 138.

<sup>269</sup> MietSlg 44.613/21; S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 33.

<sup>270</sup> OGH 5 Ob 1011/93; S.Gantner-Doshi in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, § 13 Rz 33.

<sup>271</sup> OGH 5 Ob 2431/96b.

<sup>272</sup> Angst in *Angst*<sup>2</sup>, § 138 EO Rz 1.

Gemäß § 138 Abs 2 EO sind danach nicht zur ordentlichen Verwaltung gehörende Rechtshandlungen des Verpflichteten die Anteile samt Zubehör betreffend den Gläubigern und dem Ersteher gegenüber unwirksam.

Zwar gehört der Verkauf der Anteile im Sinne der Rechtsprechung nach § 833 ABGB nicht zu jenen Rechtshandlungen, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als notwendig oder zweckmäßig zu qualifizieren sind, doch liegt darin keine Entwertung des Exekutionsobjektes und kann das Verfahren gegen den Erwerber, der in selbiges eintritt, fortgesetzt werden.<sup>273</sup>

### 3. Parteien des Verfahrens

Als Betreibender kann § 36 Abs 4 WEG 2002 folgend der Exekutionsantrag von jedem Wohnungseigentümer („auf Antrag eines Wohnungseigentümers“) eingebracht werden, der sohin nicht zwingend Partei des Titelverfahrens – mangels Differenzierung gilt dies sowohl für die Klage der Mehrheit der Wohnungseigentümer als auch die Individualklage<sup>274</sup> - gewesen sein muss, zumal sich die Urteilswirkungen auch auf selbigen erstrecken.

Im Gegensatz dazu war nach § 10 Abs 3 WEG 1948 sowie bis zum 3. WÄG auch in § 22 Abs 3 WEG 1975 für die Einbringung des Exekutionsantrages die Mehrheit der Wohnungseigentümer („auf Antrag der Kläger“) erforderlich.

Als Verpflichteter ist grundsätzlich der ausgeschlossene Wohnungseigentümer Partei des Exekutionsverfahrens, dies bis zur Einverleibung bzw Rechtfertigung des Eigentumsrechts des neuen Erwerbers.

Zwar hat die Veräußerung einer streitverfangenen Sache nach § 234 ZPO auf das Verfahren keinen Einfluss und kann der Erwerber nur mit Zustimmung des Verfahrensgegners als (Haupt-)Partei eintreten. Doch ist diese Bestimmung im Exekutionsverfahren nicht anzuwenden, zumal selbige nicht zu den in § 78 EO, wonach - sofern keine abweichende Regelung besteht - die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Parteien, das Verfahren und die mündliche Verhandlung, über den Beweis, die Beweisaufnahme und über die

---

<sup>273</sup> Angst in Angst<sup>2</sup>, § 138 EO Rz 8.

<sup>274</sup> Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 153.

einzelnen Beweismittel, über richterliche Beschlüsse und über das Rechtsmittel des Rekurses zur Anwendung zu gelangen haben, angeführten Bestimmungen zählt.<sup>275</sup>

Das Exekutionsverfahren kann daher nicht gegen den Ausgeschlossenen als Verpflichteten und vormaligen grundbücherlichen Eigentümer weiter fortgeführt werden.

Auf Grund der Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens im Grundbuch kann bzw ist dieses gegen den späteren Liegenschaftserwerber durch- bzw fortzuführen, dies ab der bürgerlichen Einverleibung bzw Rechtfertigung der Vormerkung des Eigentumsrechts des Erwerbers.<sup>276</sup>

#### **4. Bieter und Erwerber**

Nach § 180 Abs 1 EO ist der Auszuschließende als Verpflichteter sowohl im eigenen als auch im fremden Namen vom Bieten ausgeschlossen<sup>277</sup>; seine Vertreter – egal ob gesetzlich oder rechtsgeschäftlich - dürfen nach Abs 3 leg cit hierzu nicht zugelassen werden.

§ 36 Abs 6 WEG 2002 erweitert den vom Bieten ausgeschlossenen Personenkreis auf jene, die mit dem Verpflichteten auf Grund eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses verbunden sind, sofern die Ausschlussklage auf einen Ausschlussgrund nach § 36 Abs 1 Z 2 oder Z 2 WEG 2002 erfolgreich gestützt wurde.

Die Bestimmung des Abs 6 hat keine Vorgängerregelung im WEG 1948 oder WEG 1975 und wurde erstmals im WEG 2002 aufgenommen. Die Regelungen über die Anmerkung der Klage sowie die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens konnten einen Verkauf an einen Strohmann nicht hintanhalten.<sup>278</sup>

Schon zum WEG 1948 wurde von der Lehre<sup>279</sup> kritisch darauf hingewiesen, dass die Regelungen den Auszuschließenden bzw. Ausgeschlossenen nicht verbieten, das

---

<sup>275</sup> RS0001882.

<sup>276</sup> OGH 3 Ob 26/00w.

<sup>277</sup> OGH 5 Ob 225/00z.

<sup>278</sup> ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 74f.

<sup>279</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 73 unter Verweis auf *Jensik*, Miteigentum, Wohnungseigentum : eine kurzgefasste systematische Darstellung unter besonderer



Objekt an einen Familienangehörigen oder Dritten zu veräußern und in der Folge auf Grund eines familienrechtlichen oder vertraglichen Anspruches weiterhin zu Wohnzwecken zu nutzen.

Auch zum WEG 1975 wurde von der Lehre<sup>280</sup> auf die Umgehungsmöglichkeit durch eine freiwillige Veräußerung an nahe Angehörige bei aufrechter Nutzung durch den Auszuschließenden bzw. Ausgeschlossenen hingewiesen.

Die Effizienz der Regelung im Versuch zur Hintanhaltung der Umgehung zeigt sich anhand von zwei Entscheidung des OGH vor und nach Erlassung des § 36 Abs 6 WEG 2002.

Die rechtskräftig ausgeschlossene GmbH hat innerhalb der ihr offenstehenden Dreimonatsfrist das Objekt an ihren Geschäftsführer veräußert und ist mit ihrer Oppositionsklage ob der Erlöschung des Ausschlussanspruches durchgedrungen. Das Erstgericht hat auf die - rechtlich jedoch nicht relevante Offenkundigkeit der Strohmannfunktion des Geschäftsführers hingewiesen, die jedoch weder auf rechtsgeschäftlicher Grundlage noch im Zwangsversteigerungsverfahren hintangehalten werden kann.<sup>281</sup>

Während des Exekutionsverfahrens schenkte die Ausgeschlossene - samt Überbindung der Verpflichtungen aus dem rechtskräftigen Titel - die Anteile samt Wohnungseigentum an ihre Schwiegertochter, die weiterhin mit ihrem Mann und Sohn der Ausgeschlossenen, der Grund für die Ausschlussklage war, im Objekt verblieb. Dass das Rechtsschutzziel verfehlt wurde, nämlich Aufnahme eines ohne familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis neuen Wohnungseigentümers in die Eigentümergemeinschaft, wurde die Oppositionsklage verworfen.<sup>282</sup>

## **5. Oppositionsklage - Einwendungen gegen den Anspruch**

Im Exekutionsverfahren besteht noch die Möglichkeit, Einwendungen, die auf den Anspruch aufhebenden oder hemmenden (neuen) Tatsachen beruhen, im Rahmen

---

Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung und Literatur mit dem Wortlaut der einschlägigen Gesetzestexte, 76.

<sup>280</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 WEG Rz 73 unter Verweis auf Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 53; Berger, Der Rechtsschutz des Wohnungseigentümers nach § 22 Abs 4 WEG 1975, ÖJZ 1977, 175.

<sup>281</sup> OGH 3 Ob 26/00w (BG Döbling 6 C 224/99a).

<sup>282</sup> OGH 3 Ob 160/09i = Zak 2009,397 = MietSlg 61.758.

einer Oppositionsklage nach § 35 EO zu erheben, die im Falle des Erfolges zur Einstellung des Verfahrens führt. Im Oppositionsverfahren herrscht Eventualmaxime.

Oppositionsgründe sind solche, die den titulierten Anspruch erfüllen, wie die Auflösung des Bestandsverhältnisses mit dem Störer oder ein mit der Ausschlussklage bezweckter Eigentümerwechsel.<sup>283</sup>

Den Oppositionsgrund kann der neue Wohnungseigentümer nicht automatisch mit dieser Stellung geltend machen, da die Verpflichtung aus dem Titel aufrecht bleibt und auf ihn übergegangen ist. Ein Oppositionsgrund liegt nur dann vor, wenn durch den Eigentümerwechsel die Störung abschließend abgestellt bzw beseitigt wurde, sohin wenn sowohl das zur Klage geführte störende Verhalten beendet wurde und auch keine Wiederholungsgefahr besteht, folglich muss die bloße Möglichkeit der Fortsetzung der Störungen praktisch ausgeschlossen sein.<sup>284</sup>

Fallbeispiele bei denen dies von der Judikatur verneint wurde, war der Verkauf der Wohnung von der ausgeschlossenen Mutter an die Schwiegertochter ob des unleidlichen Verhaltens des Sohnes, der weiterhin in der Wohnung verblieb<sup>285</sup> oder die Übertragung der Miteigentumsanteile an den Alleingesellschafter und Geschäftsführer, der die Wohnung zwar an einen anderen Bestandnehmer vermietete, jedoch der diese zu denselben Zwecken (Prostitution), die zum Ausschluss führten, nutzte.<sup>286</sup>

Der Ausgeschlossene als vormaliger Verpflichteter kann den Schuldnerwechsel sohin den Abschluss eines Kaufvertrages als Oppositionsgrund geltend machen.<sup>287</sup>

Bei unterlassenem Parteiwechsel auf Verpflichtetenseite nach bürgerlichem Eigentümerwechsel und darauf fußender erfolgreicher Oppositionsklage, hat das rechtskräftige Urteil nicht die Einstellung des Exekutionsverfahrens zur Folge, sondern ist selbiges gegen den Erwerber fortzuführen.<sup>288</sup>

---

<sup>283</sup> OGH 3 Ob 31/03k.

<sup>284</sup> OGH 3 Ob 31/03k, OGH 3 Ob 160/09i.

<sup>285</sup> OGH 3 Ob 160/09i.

<sup>286</sup> OGH 3 Ob 31/03k.

<sup>287</sup> OGH 3 Ob 26/00w = EvBl 2001/53 = immolex 2001, 141 (Kovanyi) = NZ 2002, 113 = wobl 2001, 331.

<sup>288</sup> OGH 3 Ob 26/00w.

## 6. Verfahrensbeendigung

Die Erfüllung des Klagsanspruchs erfolgt – wie bereits ausgeführt – mit der (endgültigen) Räumung durch den Ausgeschlossenen und Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht an den Ersterer oder Übergabe an den Käufer bei freiwilligem Verkauf.<sup>289</sup>

Die Bestimmung des § 36 WEG 2002 enthält keine Höchstfrist, bis wann der rechtskräftige Titel in Exekution zu ziehen ist. Ein Teil der Lehre verweist auf den Einwand eines konkludenten Verzichts auf die Vollstreckung bei längerem Zuwarten, der mittels Oppositionsklage geltend gemacht werden kann.<sup>290</sup>

Die Judikatur zum stillschweigenden Verzicht ist seit jeher jedoch sehr restriktiv. So hat auch der OGH im Zusammenhang mit einem Teilungsanspruch ausgesprochen, dass alleine der Umstand von einem Titel mehrere Jahre keinen Gebrauch gemacht zu haben, weder ein Anspruchs- noch ein Exekutionsverzicht darstellt.<sup>291</sup>

In der Literatur wurde die Frage behandelt, welche Auswirkung das Unterbleiben der Einleitung eines Exekutionsverfahrens auf die Rechtswirkungen des Titels hat. Ein Teil der Lehre geht von einem Außerkrafttreten des Titels (nach etwa einem Jahr) aus.<sup>292</sup> Nach einem anderen Teil der Lehre wird das Urteil gegenstandslos, wobei es formell nicht außer Kraft tritt.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> OGH 5 Ob 2431/96b.

<sup>290</sup> T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup>, § 36 Rz 60; Oberhofer in GeKo Wohnrecht II, § 36 WEG Rz 156.

<sup>291</sup> RS0014420 (T20).

<sup>292</sup> Faistenberger/Barta/Call, § 22 Rz 58.

<sup>293</sup> Würth/Zingher/Kovanyi II<sup>22</sup>, § 36 Rz 1 unter Verweis auf Berger, Der Rechtsschutz des Wohnungseigentümers nach § 22 Abs 4 WEG 1975, ÖJZ 1977, 174.

## Resumé

Die Aufgabe des Verfahrensrechtes ist nicht Selbstzweck, sondern besteht in einer „dienenden“ Funktion, bestmöglich Rechte und Ansprüche des materiellen Rechtes durchzusetzen zu können.

Der Fokus sollte vor allem darauf gerichtet sein, demjenigen der seine berechtigten Ansprüche gerichtlich geltend machen möchte, einerseits ein gangbares Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, andererseits sollte das Verfahrensergebnis auch dem dann noch bestehenden Parteiwillen – sohin jenem der Mehrheit der Wohnungseigentümer - entsprechen.

Dass die Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 nach zumindest derzeit überwiegender Lehre und herrschender Judikatur nicht unter den Gerichtsstand der gelegenen Sache zu subsumieren ist, erschwert die Rechtsdurchsetzung insbesondere bei internationalen Sachverhalten. Rechtsstreitigkeiten die im weitesten Sinne im Wohnungseigentumsverband ihren Ursprung haben, sollten, mag auch nicht stets ein dingliches Recht vordergründig streitgegenständlich sein, möglichst konzentriert am Gerichtsstand der gelegenen Sache geführt werden. Die Argumentation, dass Streitgegenstand des Ausschlussverfahrens nach § 36 WEG 2002 nicht nur der Ausschluss des Wohnungseigentümers ob seines inkriminierten Verhaltens ist, sondern auch der Fortbestand des dinglichen Rechtes des auszuschließenden Wohnungseigentümers, könnte eine Subsumtion erleichtern. Sowohl nach dem innerstaatlichen Verständnis des § 81 JN als auch der Bestimmung des Art 24 EuGVVO (Brüssel-Ia-VO) scheint dies nicht ausgeschlossen zu sein.

Im Hinblick auf den Vorlageantrag des OGH zu 5 Ob 52/19m, der argumentativ auch für das Ausschlussverfahren nach § 36 WEG 2002 heranziehbar ist, kann dies durchaus zu einer Änderung der Qualifizierung bei internationalen Sachverhalten führen.

Nach einer neueren Entscheidung ist bei Unterlassungsklagen der Gerichtsstand der gelegenen Sache unabhängig davon erfüllt, ob das dingliche Recht Klagegegenstand oder Klagegrund ist. In der Begründung führt das OGH aus, dass der Zweck des Gerichtsstandes der gelegenen Sache darin gelegen ist, *„Rechtsstreitigkeiten wegen der mit der örtlichen Nähe verbundenen erleichterten Einsichtsmöglichkeit beim der*

*Liegenschaft nächstgelegenen Gericht zu konzentrieren“.*<sup>294</sup> Nichts anderes kann im Grund auch für die Ausschlussklage nach § 36 WEG 2002 gelten.

Auf der anderen Seite mag die Qualifikation als einheitliche Streitpartei samt damit einhergehendem prozessualem Günstigkeitsprinzip nach § 14 ZPO bei Säumigkeit eines oder mehrerer Streitgenossen im Sinne der Sicherstellung einer Verfahrensfortführung aus prozessrechtlicher Sicht für (einzelne) klagende Wohnungseigentümer wünschenswert sein. Nicht auszuschließen ist, dass der nach Klagseinbringung alleine als handelnder das Verfahren fortsetzende Wohnungseigentümer dies trotz des widerstreitenden Willens der übrigen Wohnungseigentümer vornimmt, wozu selbiger aber verfahrensrechtlich berechtigt ist. Schon *Faistenberger/Barta/Call*<sup>295</sup> haben darauf hingewiesen, dass ein Verlust der Mehrheit der Wohnungseigentümer nach Gerichtsanhängigkeit (in der Ausschlussbestimmung) nicht geregelt ist. Diese sahen die Mehrheit der Wohnungseigentümer als materielle Voraussetzung. Die oben dargestellte herrschende verfahrensrechtliche Ansicht hindert eine anzustrebende materiell-rechtliche Einigung zwischen den den inkriminierten Sachverhalt uU direkt betreffenden Wohnungseigentümer im Sinne eines weiteren gedeihlichen Zusammenlebens.

---

<sup>294</sup> OGH 8 Ob 10/18f = Zak 2018,194 = EvBl 2018,973 (*Jenny*) = JBl 2018,795

<sup>295</sup> *Faistenberger/Barta/Call*, § 22 Rz 5f.

## Abkürzungsverzeichnis

|          |                                                                                                                                     |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| aA       | andere Ansicht                                                                                                                      |
| AB       | Ausschussbericht                                                                                                                    |
| ABGB     | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch                                                                                                 |
| ABl      | Amtsblatt der europäischen Union                                                                                                    |
| Abs      | Absatz                                                                                                                              |
| Abschn   | Abschnitt                                                                                                                           |
| Anm      | Anmerkung                                                                                                                           |
| Art      | Artikel                                                                                                                             |
| bbl      | Baurechtliche Blätter                                                                                                               |
| BGBI     | Bundesgesetzblatt                                                                                                                   |
| BlgNR    | Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates                                                                      |
| bzw      | beziehungsweise                                                                                                                     |
| ecolex   | ecolex - Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht                                                                                       |
| EG       | Europäische Gemeinschaft                                                                                                            |
| EO       | Exekutionsordnung                                                                                                                   |
| EO-Nov   | Exekutionsordnungs-Novelle                                                                                                          |
| ErläutRV | Erläuterungen zur Regierungsvorlage                                                                                                 |
| EU       | Europäische Union                                                                                                                   |
| EuGH     | Europäischer Gerichtshof                                                                                                            |
| EuGVÜ    | Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen    |
| EuGVVO   | Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| EvBl     | Evidenzblatt                                                                                                                        |
| EWG      | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft                                                                                                 |
| ff       | fortfolgende                                                                                                                        |
| Fn       | Fußnote                                                                                                                             |
| GesRZ    | Der Gesellschafter                                                                                                                  |
| GBG      | Grundbuchgesetz                                                                                                                     |
| GP       | Gesetzgebungsperiode                                                                                                                |
| hA       | herrschende Ansicht                                                                                                                 |
| hL       | herrschende Lehre                                                                                                                   |
| idF      | in der Fassung                                                                                                                      |
| immolex  | immolex - Neues Miet- und Wohnrecht                                                                                                 |
| ImmZ     | Österreichische Immobilien-Zeitung                                                                                                  |
| iSd      | im Sinne des                                                                                                                        |

|         |                                                                                                                                                        |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| iSv     | im Sinne von                                                                                                                                           |
| iVm     | in Verbindung mit                                                                                                                                      |
| JAB     | Bericht des Justizausschusses                                                                                                                          |
| JBf     | Juristische Blätter                                                                                                                                    |
| JGS     | Justizgesetzsammlung                                                                                                                                   |
| JN      | Jurisdiktionsnorm                                                                                                                                      |
| leg cit | legis citate                                                                                                                                           |
| LGVÜ    | Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano |
| lit     | litera                                                                                                                                                 |
| LS      | Leitsatz                                                                                                                                               |
| MaklerG | Maklergesetz                                                                                                                                           |
| MietSlg | Mietrechtliche Entscheidungen                                                                                                                          |
| MRG     | Mietrechtsgesetz                                                                                                                                       |
| mwN     | mit weiteren Nachweisen                                                                                                                                |
| nF      | neue Fassung                                                                                                                                           |
| NZ      | Notariatszeitung                                                                                                                                       |
| oa      | oben angeführte                                                                                                                                        |
| OGH     | Oberster Gerichtshof                                                                                                                                   |
| OLG     | Oberlandesgericht                                                                                                                                      |
| ÖJZ     | Österreichische Juristenzeitung                                                                                                                        |
| RDB/rdb | Rechtsdatenbank                                                                                                                                        |
| RdW     | Recht der Wirtschaft                                                                                                                                   |
| RGBI    | Reichsgesetzblatt                                                                                                                                      |
| RIS     | Rechtsinformationssystem des Bundes                                                                                                                    |
| RL      | Richtlinie                                                                                                                                             |
| Rn      | Randnummer                                                                                                                                             |
| RS      | Rechtssatz                                                                                                                                             |
| Rz      | Randzahl                                                                                                                                               |
| Slg     | Sammlung                                                                                                                                               |
| SNr     | Sondernummer                                                                                                                                           |
| SZ      | Sammlung Zivilsachen                                                                                                                                   |
| ua      | unter anderem                                                                                                                                          |
| uU      | unter Umständen                                                                                                                                        |
| VO      | Verordnung                                                                                                                                             |
| WÄG     | Wohnrechtsänderungsgesetz                                                                                                                              |

|      |                         |
|------|-------------------------|
| wbl  | Wirtschaftliche Blätter |
| WEG  | Wohnungseigentumsgesetz |
| WRN  | Wohnrechtsnovelle       |
| wobl | Wohnrechtliche Blätter  |
| Z    | Ziffer                  |
| Zak  | Zivilrecht aktuell      |
| zB   | zum Beispiel            |
| ZPO  | Zivilprozessordnung     |



## Literaturverzeichnis

- Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, Gesamtkommentar (GeKo) Wohnrecht II (2018)
- Faistenberger/Barta/Call*, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz 1975 (1976)
- Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> I (2013)
- Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> II/1 (2015)
- Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> III/1 (2017)
- Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> V/1 (2008)
- Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG<sup>3</sup> (2013)
- Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Taschenkommentar<sup>3</sup> (2018)
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (2013)
- Kothbauer/Sammer/Berger/Holzapfel*, Dirnbacher Praxiskommentar WEG<sup>8</sup> (2017)
- Löcker*, Die Wohnungseigentümergeinschaft: eine Untersuchung auf der Grundlage des WEG 1975
- Markl*, WEG Wohnungseigentumsrecht 2002 (2002)
- Palten*, Wohnungseigentumsrecht<sup>3</sup> (2003)
- Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>3</sup> (2006)
- Rummel/Lukas*, ABGB<sup>3</sup> (2003)
- Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen Band IV Wohnrecht<sup>2</sup> (2001)
- Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II<sup>22</sup> (2011)
- Bachner*, Zur Durchsetzung der Ausschließung eines Wohnungseigentümers in wobl 2001, 305ff
- Berger*, Der Rechtsschutz des Wohnungseigentümers nach § 22 Abs 4 WEG 1975, ÖJZ 1977, 172ff
- Call*, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts mit einem Exkurs zum zivilen Baurecht, in Festschrift 200 Jahre ABGB, 341ff
- Fasching*, Urteilsmäßige Rechtsgestaltung im Zivilprozeß – Über die Zulässigkeit und Abgrenzung von Rechtsgestaltungsklagen und über die Urteilswirkungen der Rechtsgestaltungsurteile, JBI 1975, 506ff
- Gruber*, Ausschlussklage bei (schlichter) Miteigentumsgemeinschaft? Überlegungen zu OGH 5 Ob 63/10s, NZ 2011, 139ff
- Hauswurz*, Legitimation zur Ausschließungsklage, immolex 2019, 169ff
- Klein*, Zur Zulässigkeit der Ausschlussklage analog § 36 WEG bei schlichtem Miteigentum, immolex 2011, 280ff
- Kletecka*, Die Novellierung des WEG durch das 3. WÄG, WoBI 1993, 223

*Kothbauer*, Kein Anhörungsrecht der Minderheit (inklusive des beklagten Wohnungseigentümers) vor Einbringung einer Ausschlussklage, onlinehausverwaltung, 2018/51, 1ff

*Oberhofer*, Die Aufhebung von Miteigentumsgemeinschaften an bebauten Grundstücken, WoBl 1994, 58ff

*Oberhofer*, Klagslegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft im Ausschließungsverfahren nach § 22 WEG, immolex 1998, 187ff

*Pittl*, Klage auf Ausschließung eines „schlichten“ Miteigentümers, wobl 2011, 3ff

*Tades/Stabentheiner*, Das 3. Wohnrechtsänderungsgesetz (Teil II) Bemerkungen zu seinen miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teilen, ÖJZ 1994 SNr, 27ff

*Weixelbraun-Mohr/Schneider*, Aktivlegitimation für eine Ausschlussklage, EvBl 2018, 923ff

*Welser*, Das Wohnungseigentumsgesetz 1975, NZ 1975,161ff

# Judikaturverzeichnis

LG Salzburg 22 R 380/96b  
LG Innsbruck 2 R 164/13a

OLG Wien14 R 1/81

OGH 1 Ob 755/77  
OGH 1 Ob 772/78  
OGH 7 Ob 797/79  
OGH 1 Ob 722/80  
OGH 5 Ob 34/81  
OGH 5 Ob 36/81  
OGH 5 Ob 53/81  
OGH 3 Ob 30/86  
OGH 5 Ob 22/88  
OGH 5 Ob 1011/93  
OGH 5 Ob 139/94  
OGH 5 Ob 18/96  
OGH 6 Ob 2301/96t  
OGH 5 Ob 2431/96b  
OGH 7 Ob 286/99f  
OGH 3 Ob 26/00w  
OGH 6 Ob 71/00k  
OGH 5 Ob 165/00a  
OGH 5 Ob 225/00z.  
OGH 5 Ob 308/01g  
OGH 5 Ob 197/02k  
OGH 3 Ob 31/03k  
OGH 5 Ob 246/03t  
OGH 5 Ob 303/03z  
OGH 5 Ob 272/04t  
OGH 5 Ob 267/07m  
OGH 9 Ob 33/08f  
OGH 5 Ob 174/08m  
OGH 5 Ob 12/09i  
OGH 3 Ob 160/09i  
OGH 5 Ob 63/10s  
OGH 5 Ob 248/11y  
OGH 10 Ob 74/16d  
OGH 5 Ob 100/16s  
OGH 5 Ob 8/18i  
OGH 8 Ob 10/18f  
OGH 5 Ob 193/18w

RS0001882.  
RS0013245  
RS0014420 (T20).  
RS0035415  
RS0035479  
RS0039303  
RS0042253  
RS0042315  
RS0042358  
RS0046509  
RS0053191  
RS0082929 (T1)  
RS0082938  
RS0082940  
RS0083038

RS0083071  
RS0101771  
RS0106351  
RS0106638.  
RS0106679 (T6)  
RS0107207 (T4, T5)  
RS0107208  
RS0107961  
RS0109183  
RS0109188  
RS0112058.  
RS0112834  
RS0113758  
RS0113759  
RS0113760  
RS0113761  
RS0113831  
RS0114376  
RS0116608  
RS0118452  
RS0118453  
RS0118454  
RS0121971  
RS0126184  
RS0130070 (T1)

EuGH 10.1.1990, C-115/88, Reichert u. Kockler/Dresdner Bank  
EuGH 17.5.1994, C-294/92, Webb/Webb Rz 14  
EuGH 16.11.2016, C-417/15, Schmidt Rz 31  
EuGH 18.5.2006, C-343/04, Land Oberösterreich/ČEZ as Rz 34