



universität
wien

MASTER THESIS

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

„Die Abtretung iSd § 18 Abs 2 WEG 2002
idF WRN 2006“

verfasst von / submitted by
Mag. Tihomir Zane

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

Wien, 2021 / Vienna 2021

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:

RA Dr. Alexander Illedits

Eingangs möchte ich mich zuallererst bei RA Dr. Alexander Illedits für die Betreuung der gegenständlichen Arbeit bedanken. Vor allem die anregenden Kommentare und die äußerst aufbauenden Worte waren eine große Hilfe.

Außerdem möchte ich mich bei meinem guten Freund Stefan Gritscher für das genaue und kritische Korrekturlesen meiner Arbeit bedanken. Ebenso gilt mein Dank meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, die mir sowohl finanzielle als auch emotionale Unterstützung gegeben haben, wann immer diese notwendig war.

Abschließend bedanke ich mich bei meiner Verlobten Mag. Theresa Hauswurz, insbesondere für ihre verständnisvolle Art und Geduld vor allem während der zahlreichen Wochenenden, an welchen diese Arbeit geschrieben wurde. Als Kennerin und Freundin des Wohnrechts widme ich ihr diese Arbeit in tiefster Verbundenheit.

Tihomir Zane

Wattens, November 2021

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	I
Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	V
I. Einleitung	1
II. Historie	2
A. Das WEG 2002	2
B. Rechtsprechung vor der WRN 2006	3
C. Die Wohnrechtsnovelle 2006	13
III. Die Eigentümergeinschaft	18
A. Entwicklung bis zur heutigen Rechtsfähigkeit	18
B. Umfang der Rechtsfähigkeit	20
1. Angelegenheiten der Verwaltung	20
2. Verwaltungshandlungen der Eigentümergeinschaft	21
3. Abgrenzung zu Verfügungshandlungen	24
4. Erweiterung der Rechtsfähigkeit durch Vereinbarung?	26
C. Organe der Eigentümergeinschaft	26
D. Parteifähigkeit und Sachlegitimation	27
IV. Abtretung als formloser Konsensualvertrag	29
A. Gesetzliche Regelung der Zession nach den §§ 1392 ff ABGB	29
B. Voraussetzungen der Abtretung	30
1. Titelgeschäft der Zession	30
2. Abtretungserklärung des Zedenten	32
3. Annahme der Eigentümergeinschaft als Zessionarin	32
4. Annahmeerklärung als ordentliche/außerordentliche Verwaltung?	33
V. Abtretbare Ansprüche der Wohnungseigentümer	33

A.	Unterlassungsansprüche.....	34
1.	Abtretbare Unterlassungsansprüche im Einzelnen.....	35
2.	Weitere Unterlassungsansprüche?.....	46
B.	Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche	48
1.	Gewährleistungsansprüche.....	48
2.	Schadenersatzansprüche.....	50
3.	Nach § 18 Abs 2 WEG abtretbare Ansprüche.....	54
C.	Analoge Anwendung des § 18 Abs 2 WEG auf andere Ansprüche?.....	56
VI.	Originäre Ansprüche der Eigentümergemeinschaft	57
A.	Bezug zur Liegenschaftsverwaltung	57
B.	Vorzugspfandrecht gemäß § 27 WEG an abgetretenen Ansprüchen?.....	59
VII.	Praxisfragen zum Abtretungsprozedere nach § 18 Abs 2 WEG	59
A.	Abtretungs- bzw. Annahmepflicht und Einholung Mehrheitsbeschluss	59
1.	Abtretungszwang der Wohnungseigentümer wegen Treuepflicht?	59
2.	Die Rolle des Verwalters.....	61
3.	Annahmepflicht der Eigentümergemeinschaft?	62
4.	Pflicht zur Einholung eines Mehrheitsbeschlusses durch den Verwalter?...	64
B.	Notfallslegitimation gem § 18 Abs 2 Satz 2 WEG	66
C.	Besonderheiten bei Gewährleistungsansprüchen.....	67
1.	Abtretung nur durch einen Teil der Wohnungseigentümer?	67
2.	Wahl des Gewährleistungsbehelfs	68
3.	Mehrheitsbeschluss bei Ansprüchen betreffend allgemeine Teile.....	69
4.	Interessenkonflikt des Verwalters als Gewährleistungsschuldner	72
5.	Vergleichsweise Bereinigung eines Gewährleistungsstreits	73
6.	Unterschiedlicher Zeitpunkt der Verjährung.....	73
7.	Vorabregelung im WE-Vertrag	75
D.	Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 ZPO.....	76

VIII. Conclusio	77
Literaturverzeichnis.....	79
Lehrbücher.....	79
Kommentare & Entscheidungssammlungen	79
Handbücher.....	80
Aufsätze/Abhandlungen	80
Rechtsprechungsverzeichnis.....	82
Entscheidungen.....	82
Rechtssätze	85

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	an angeführtem Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AnwBl	Anwaltsblatt
ausf	ausführlich
bbl	Baurechtliche Blätter
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bekl	Beklagte, -r
bspw	beispielsweise
ders	derselbe
dh	das heißt
E	Entscheidung
EFSlg	Familien- und erbrechtliche Entscheidungen
EigG	Eigentümergeinschaft
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWr	Entscheidungen aus dem Wohnrecht (ÖVI)
f	folgende, -r, -s
ff	folgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GebG	Gebührengesetz
GeKo	Gesamtkommentar
gem	gemäß
ggü	gegenüber
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
immolex-LS	immolex-Leitsätze

ImmZ	Immobilienzeitung
insb	insbesondere
iRd	Im Rahmen der/des
iSd	Im Sinne der/des
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
Kap	Kapitel
KRES	Konsumentenrechtliche Entscheidungssammlung des VKI
krit	kritisch
leg cit	legis citatae („des zitierten Gesetzes“)
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
Lit	Literatur
lit	litera
LS	Leitsatz, Leitsätze
LSK	Leitsatzkartei (ÖJZ)
lt	laut
mAn	meiner Ansicht nach
maW	mit anderen Worten
Mat	Materialien
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Sammlung
mMn	meiner Meinung nach
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Notariatszeitung
og	oben genannte, -r, -s
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖIZ	Österreichische Immobilienzeitung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖWR	Österreichisches Wohnrecht (Entscheidungssammlung des ÖVI)
RA	Rechtsanwalt, Rechtsanwältin
RdU	Recht der Umwelt
RdW	Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung

RV	Regierungsvorlage
RZ	Richterzeitung
Rz	Randzahl
s	siehe
SSV-NF	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
TP	Tarifpost
ua	unter anderem
uzw	und zwar
va	vor allem
vgl	vergleiche
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Gesammelte Beschlüsse und Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs
WE	Wohnungseigentum
WEer	Wohnungseigentümer
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
wobl	Wohnrechtliche Blätter
WRN	Wohnrechtsnovelle
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zul	zuletzt
zust	zustimmend
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

I. Einleitung

Mit der Wohnrechtsnovelle 2006¹ wurde ein neuer Abs 2 in den § 18 des Wohnungseigentumsgesetzes 2002² eingefügt. Gemäß Satz 1 des neuen Abs 2 können WEer aus ihrem Miteigentum erfließende Unterlassungsansprüche sowie die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche der Eigentümergeinschaft abtreten, wodurch die Eigentümergeinschaft diese Ansprüche erwirbt und in eigenem Namen geltend machen kann.

Die Implementierung dieses § 18 Abs 2 in das WEG 2002³ brachte aber nicht nur Klarheit, sondern auch Problemstellungen mit sich bzw blieben solche trotz § 18 Abs 2 idF WRN 2006 bestehen:

Zum einen muss – wenn auch der Gesetzeswortlaut des § 18 Abs 2 leg cit einen „Katalog“ enthält – geklärt werden, welche Ansprüche im Detail der neuen Abtretungsmöglichkeit zugänglich sind. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsfähigkeit der Eigentümergeinschaft (EigG) durch die neue Bestimmung erweitert wurde.⁴

Um die vorliegende Arbeit möglichst nah an die praktische Rechtsanwendung heranzuführen, gilt es auch das konkrete Abtretungsprozedere und dessen „Tücken“ zu beleuchten.⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob bzw zu welchem Zeitpunkt sich die zedierenden Miteigentümer auf einen bestimmten Gewährleistungsbehelf einigen müssen – hier bietet ja das allgemeine Gewährleistungsrecht mehrere Auswahlmöglichkeiten.⁶

Da die Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der Zession gem §§ 1392 ff ABGB unterliegt, wird auch zu untersuchen sein, welche Probleme mit der Annahme der Zession nach § 18 Abs 2 WEG durch die EigG auftreten

¹ BGBl I 2006/124.

² BGBl I 2002/70.

³ Im Weiteren ist mit dem WEG das Wohnungseigentumsgesetz 2002 idgF gemeint.

⁴ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 4 (Stand 15.10.2018, rdb.at); ebenso *Terlitza*, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung - eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185 (190 f).

⁵ Vgl dazu Kap VII ab Seite 62.

⁶ Vgl Seite 71.

können und wie eine solche bisher, also vor der Novelle BGBl I 2006/124, von der höchstgerichtlichen Spruchpraxis gelöst wurde.⁷

Nicht vergessen werden darf auf die Bestimmung des § 18 Abs 2 Satz 2 WEG. Demnach kann – für den Fall, dass die EigG die Geltendmachung eines ihr abgetretenen Anspruchs unterlässt und dadurch eine Frist für die Anspruchsverfolgung abzulaufen droht – der einzelne WEer seinen ursprünglich abgetretenen Anspruch für die EigG geltend machen.⁸

II. Historie

A. Das WEG 2002

Der Wohnrechtsnovelle 2006, und damit auch der Entstehung des § 18 Abs 2 WEG, ging das am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Wohnungseigentumsgesetz 2002 voraus.⁹ Dieses folgte dem „sowohl in inhaltlicher als auch in systematischer und sprachlicher Hinsicht reformbedürftigen“¹⁰ WEG 1975¹¹. Wichtige Änderungen im Rahmen des WEG 2002 waren etwa

- die zulässige Schaffung von selbständigem Wohnungseigentum an Kfz-Abstellplätzen (§ 2 Abs 2 WEG 2002);
- die zwingende Einbeziehung aller (von den Miteigentümern vorgesehenen) wohnungseigentumsfähigen Objekte der Liegenschaft in das Wohnungseigentum (§ 3 Abs 2 WEG 2002), bereits bestehende „Mischhäuser“ konnten dagegen weiter bestehen bleiben (§ 56 Abs 12 WEG 2002);
- die Möglichkeit, gemeinsames Wohnungseigentum durch zwei nicht miteinander verheiratete Personen zu erwerben (§§ 13 ff WEG 2002);
- die Neuregelung der Anfechtung von Beschlüssen der EigG (§ 24 Abs 6 WEG 2002).¹²

Die Reaktionen der Rechtspraxis auf diese Neukodifizierung des österreichischen Wohnungseigentumsrechts waren – abseits mancher Kritik am Gesetzwerdungsprozess

⁷ Vgl sogleich Kap II.B auf Seite 6.

⁸ Vgl Seite 67.

⁹ BGBl I 2002/70.

¹⁰ ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 1.

¹¹ BGBl 1975/417.

¹² Ein vollständiger Katalog der Neuerungen findet sich in den ErläutRV 989 BlgNR 21. GP auf den Seiten 23 f.

selbst¹³ – durchwegs positiv.¹⁴ Die Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes wurde im Vergleich zu seinem „Vorgänger“ von 1975 als deutliche Verbesserung wahrgenommen.¹⁵ Trotzdem sah sich der Gesetzgeber nach einer ersten Evaluierungsphase offenbar veranlasst – wohl auch aufgrund von kritischen Stimmen aus der Lit¹⁶ –, „einige Ecken und Kanten dieses Gesetzes abschleifen, unschöne Stellen ausbessern und hilfreiche Accessoires hinzufügen“¹⁷ zu müssen.

In Vorbereitung einer Wohnrechtsnovelle, die noch bestehende Detailprobleme des WEG 2002 lösen sollte, wurden innerhalb der Arbeitsgruppe „Wohnrecht“ des Justizministeriums Stimmen laut, auch die Abgrenzung der Aktivlegitimation der EigG einerseits und der einzelnen WEer andererseits¹⁸ mit ebendieser Novelle zu regeln.¹⁹ Man wollte insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und „zur weiteren Verbesserung des rechtstechnischen Standards des Wohnungseigentumsrechts“²⁰ das „Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Zuordnung von Ansprüchen zu den WEern und deren Ausübung im kollektiven Interesse aller WEer“ lösen.²¹

B. Rechtsprechung vor der WRN 2006

Dieses Spannungsverhältnis war nicht erst seit der Novellierung des WEG im Jahre 2002 gegenwärtig. Vielmehr beschäftigte sich die Rechtspraxis bereits früher mit dem Problem der (Klags-)Legitimation der EigG betreffend Ansprüche der einzelnen WEer.²²

Mit dem 3. WÄG²³ und dem dabei neu geschaffenen § 13c WEG 1975 erlangte die EigG den Status einer „quasijuristischen“²⁴ Person. Demnach konnte sie in Angelegenheiten

¹³ Call, Ungereimtheiten und Versäumtes im Wohnungseigentumsgesetz (WEG) 2002. Eine erste Bilanz nach einem Jahr Geltungskraft, NZ 2003, 225; ähnl *Vonkilch*, Vorläufiges Wohnungseigentum des Alleineigentümers (§§ 45 – 51 WEG 2002), immolex 2002, 182.

¹⁴ H. Böhm, Artikel in den Salzburger Nachrichten vom 15.06.2002, 43; ebenso (naheliegend) *Stabentheiner*, Entstehungsgeschichte und innovatorischer Gehalt des Wohnungseigentumsgesetzes 2002, wobl 2002, 101; *ders*, Das neue Wohnungseigentumsrecht im Überblick, immolex 2002, 163; T. Hausmann in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht – WEG⁴ (2017), Rz 3 zu § 1 WEG; ebenso die Mat zur RV WRN 2006 (ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 4).

¹⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 4.

¹⁶ *Markl*, Die Eigentümerpartnerschaft – §§ 13 bis 15 WEG 2002, wobl 2002, 129; *Vonkilch*, Sanierungsbedarf beim WEG, wobl 2004, 87; *Würth*, Kleine Änderungen – große Wirkungen, wobl 2004, 243.

¹⁷ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 6.

¹⁸ AaO 21.

¹⁹ AaO 4.

²⁰ AaO 8.

²¹ *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Taschenkommentar³ (2018) § 18 WEG Rz 17.

²² Vgl etwa *Loimer*, Die aktive und passive Klagslegitimation der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft im Wandel der Rechtsprechung, immolex 2004, 7.

²³ 3. Wohnrechtsänderungsgesetz BGBl 1993/800.

²⁴ *Loimer*, aaO.

der Verwaltung der Liegenschaft als solche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie klagen und am Ort der gelegenen Sache geklagt werden. Doch bereits von Anbeginn der EigG war die Praxis von Abgrenzungsschwierigkeiten geprägt.²⁵

In diesem Zusammenhang hatte sich die Judikatur bereits lange vor der WRN 2006 in mehreren Entscheidungen mit der Problematik der Abtretung von Miteigentümer-Ansprüchen an die EigG, insbesondere aber mit deren Aktivlegitimation, auseinanderzusetzen. Dabei verfolgte der OGH einen – wie es *Loimer*²⁶ nennt – „Zick-Zack-Kurs“.²⁷

In der E 5 Ob 546/94²⁸ hatte der OGH keine Bedenken, dass Schäden, die sowohl einzelne Objekte von WEern betrafen als auch allgemeine Teile der Liegenschaft, von der EigG als Streitgenossin neben den betroffenen WEern als Kläger geltend gemacht werden können.

Doch bereits in der E vom 28.01.1997 zu 5 Ob 9/95²⁹ konstatierte der OGH, in gewissem Widerspruch zur vorigen E 5 Ob 546/94, dass zur Geltendmachung von Gesamthandforderungen der Liegenschaftseigentümer (iSd § 848 Satz 2 iVm § 890 ABGB), wozu auch Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche betreffend Mängel und Schäden an allgemeinen Teilen der Liegenschaft zu zählen sind, in sinngemäßer Anwendung der §§ 825 ff ABGB ausschließlich die EigG zuständig ist. Der gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche hat aber ein Mehrheitsbeschluss der EigG vorauszugehen, wobei jedem Gemeinschaftsmitglied Gelegenheit zu geben ist, zu den beabsichtigten Maßnahmen Stellung zu nehmen.

Außerdem stellte der erkennende Senat in dieser E klar, dass die Eigenschaft der EigG als quasijuristische Person gemäß § 13c WEG idF des 3. WÄG „kein wirklich neues Recht darstellt, sondern in der Rechtsprechung bereits als ‚organschaftliches Handeln des Verwalters‘ vorgeformt war“.³⁰

²⁵ *Terlitz* in FS Würth (2014), Die Eigentümergeinschaft und die Zession nach § 18 Abs 2 WEG 2002, 221 (222).

²⁶ *Loimer*, aaO.

²⁷ Um diese Arbeit einigermaßen überschaubar zu halten, wird lediglich die höchstgerichtliche Judikatur nach dem 3. WÄG behandelt.

²⁸ OGH 5 Ob 546/94 SZ 68/179 = ÖJZ-LSK 1996/68, 74 = wobl 1996, 217.

²⁹ OGH 5 Ob 9/95 wobl 1997/77 = immolex 1997/93 = ÖJZ 1997/137.

³⁰ Zur in dieser E ebenfalls behandelten Zulässigkeit einer Berichtigung der Parteienbezeichnung iSd § 235 Abs 5 ZPO siehe Kap VII.D auf Seite 77.

Mit der E 5 Ob 147/97x³¹ nahm der OGH Abstand von seiner bisherigen Judikaturlinie³². So ist laut Höchstgericht seither zu differenzieren, auf welcher vertraglichen Grundlage der Gewährleistungsanspruch fußt, also wer Vertragspartner jenes Vertrages ist, in dessen Abwicklung eine Störung eingetreten ist.

Insofern wurde die in der vorerwähnten E 5 Ob 9/95 noch getroffene Aussage, dass zur Geltendmachung von Gesamthandforderungen der Liegenschaftseigentümer nur die EigG im Rahmen der ordentlichen Verwaltung zuständig sei (sowie, dass dieser Anspruchsverfolgung ein Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer vorauszugehen hat) und die einzelnen WEer von der Aktivlegitimation ausgeschlossen seien, wieder eingeschränkt. Es wäre laut OGH nämlich nicht nachvollziehbar, wieso dem Erwerber die Sachlegitimation zur Geltendmachung der Rechte aus seinem individuellen Vertrag mit dem Bauträger abzuerkennen wäre, selbst wenn Mängel nicht sein eigenes Wohnungseigentumsobjekt, sondern allgemeine Teile des Hauses betreffen. Außerdem wurde klargestellt, dass zur Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen betreffend allgemeine Teile durch die EigG zwar nach wie vor ein Mehrheitsbeschluss erforderlich sei, dieser jedoch nicht schon bei Einbringung der Klage durch den einzelnen WEer vorliegen müsse.

Das mE befriedigende³³ Ergebnis dieser E ist sicherlich auch dem zugrundeliegenden Sachverhalt geschuldet: Die von zwei Eigentümerpartnern gemeinsam belangte Bauträgergesellschaft war zugleich Mehrheitseigentümerin, zudem war der Geschäftsführer der BeKl mit einer anderen Firma Hausverwalter der Liegenschaft. Insofern wäre ein Mehrheitsbeschluss gegen die BeKl kaum zustande gekommen. Hätte somit der OGH seine bisherige Judikaturlinie streng weiterverfolgt, hätte dies zu einem mMn völlig unbefriedigenden Resultat geführt.

Dahingehend lautete auch der Tenor der kurz darauf veröffentlichten E OGH 5 Ob 274/97y³⁴: Demnach kann die EigG zwar seit dem 3. WÄG aktivlegitimiert sein, doch ist zur Frage der konkreten Aktivlegitimation – unter Hinweis auf die vorgenannte E 5 Ob

³¹ OGH 5 Ob 147/97x MietSlg 49.511 = immolex 1998/30 = wobl 1998/32 (*Hausmann*) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17.

³² OGH 3 Ob 650/79 MietSlg 32.482 = EvBl 1980/140.

³³ Teils aA: *T. Hausmann*, wobl 1998/32.

³⁴ OGH 5 Ob 274/97y AnwBl 1998/7516 (*Prader*) = MietSlg 49.071, 49.518 (40) = KRES 5/143 = ÖWR 1999 E 12 = EWf II/13c/28.

147/97x – stets auf das dem Anspruch zugrundeliegende Vertragsverhältnis abzustellen. Am Erfordernis eines Mehrheitsbeschlusses ist dennoch festzuhalten, da bei individueller Geltendmachung insbesondere auf die bei der Wahl des jeweiligen Gewährleistungsbehelfes möglicherweise unterschiedlichen Interessen Bedacht zu nehmen ist. Dies wiederholte der OGH auch in späteren Judikaten, so etwa in 5 Ob 294/99t³⁵, 5 Ob 126/00s³⁶, 5 Ob 201/00w³⁷ oder 5 Ob 281/07w³⁸ und entspricht dies ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung.³⁹

Laut *Praders* Anmerkungen⁴⁰ zu 5 Ob 274/97y sei jedoch nicht klar, ob die Verfolgung eines solchen Anspruchs durch die EigG nun der ordentlichen oder der außerordentlichen Verwaltung zuzuordnen sei. Mit Verweis auf MietSlg 30.567⁴¹ sowie auf *T. Hausmann*⁴² plädiert er für die Einordnung als Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung.

In 5 Ob 280/98⁴³ wiederum hatte der OGH keinerlei Bedenken gegen die Aktivlegitimation der EigG hinsichtlich der Geltendmachung von Mängeln an einzelnen Terrassen und Balkonen einer Wohnanlage, auch wenn sich der erkennende Senat inhaltlich eher mit Fragen einer allfälligen Vorteilsausgleichung („neu für alt“), allfälligem Mitverschulden sowie Behandlung von Eventualbegehren zu beschäftigen hatte.⁴⁴

Neben der Frage der Aktivlegitimation der EigG aufgrund vertraglicher Grundlage beschäftigte sich die Judikatur bereits vor dem Inkrafttreten des § 18 Abs 2 WEG idF der WRN 2006 auch mit der Abtretung von Ansprüchen einzelner WEer an die EigG: Richtungsweisend dafür war 5 Ob 181/03h⁴⁵:

Dort machte die EigG Ansprüche gegen den Bauträger geltend, welche zwar aus den einzelnen Kaufverträgen der WEer herrührten, aber von diesen an die EigG abgetreten

³⁵ OGH 5 Ob 294/99t immolex 2000/205 = MietSlg 52.575 = ÖWR 2001, E 16, E 30 = bbl 2000/165.

³⁶ OGH 5 Ob 126/00s immolex 2001/32 = ÖWR 2001, E 10 = MietSlg 52.607 = bbl 2001/48.

³⁷ OGH 5 Ob 201/00w MietSlg 52.549, 52.554 = immolex 2001/55 = ÖWR 2001, E 64.

³⁸ OGH 5 Ob 281/07w wobl 2009/7 = NZ 2008/89 = MietSlg 60.454, 60.490 = immolex 2008/54 (*Prader*) = JusGuide 2008/20/5671.

³⁹ RIS-Justiz RS0108158.

⁴⁰ In AnwBl 1998, 454.

⁴¹ OGH 5 Ob 675/78 MietSlg 30.567; 1 Ob 750/80 MietSlg 33.069.

⁴² In wobl 1998/32.

⁴³ OGH 5 Ob 280/98g bbl 1999/140 = MietSlg 50.206, 50.220, 50.724.

⁴⁴ Vgl RIS-Justiz RS0037585, RS0037667, RS0074353.

⁴⁵ OGH 5 Ob 181/03h RZ 2004, 278 = ecolex 2004, 938 (*Perner*) = immolex 2004/173 (*Vonkilch*) = wobl 2005/6 (*Call*) = RdW 2005, 19 = bbl 2004, 245 = JBl 2005, 47 = SZ 2004/93 = MietSlg 56.490 (18).

wurden. Sowohl Erst- als auch Berufungsgericht sahen diese Abtretung im Lichte der bisherigen Judikatur des OGH als unzulässig an und wiesen die Klage aufgrund mangelnder Sachlegitimation ab. Dagegen wurde Revision erhoben.

In der Folge hatte sich der OGH erstmals mit der Frage der Wirksamkeit einer solchen Abtretung von Gewährleistungsansprüchen auseinanderzusetzen. Dabei führte er aus, dass kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung des § 18 Abs 1 erster Satz WEG 2002 die Rechtsfähigkeit der EigG auf Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft beschränkt ist, weshalb sie außerhalb dieses Geschäftskreises weder Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen kann noch klagen oder geklagt werden kann. Es wäre somit laut dem erkennenden Senat zu klären, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Durchsetzung zu zedierender Ansprüche zur Verwaltung der Liegenschaft gezählt werden kann.

Schlussendlich kam der Senat zum Ergebnis, dass aufgrund der Kongruenz der individuellen Interessen der Miteigentümer mit dem der Verwaltung zuzuordnenden Bereich der ordnungsgemäßen Erhaltung allgemeiner Teile es durchaus sachgerecht ist, neben – wie bereits judiziert – Ansprüchen betreffend Mängel an allgemeinen Teilen des Hauses sowie ernsten Schäden in den einzelnen Wohnungseigentumsobjekten eben auch Ansprüche auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands der gesamten Baulichkeit im Sinne der ordentlichen Verwaltung der EigG durch Abtretung zuzuführen. Daraus ist zu folgern, dass Ansprüche ihren vertraglichen Wurzeln nach zwar den einzelnen WEern zustehen, aber, soweit ihre kollektive Durchsetzung Gemeinschaftsinteressen entspricht, der EigG durch Abtretung zugewiesen werden können.⁴⁶

Die Kommentare aus der Lit zur E waren durchaus kritisch: So sieht etwa *Call*⁴⁷ das Festhalten an der Differenzierung nach dem Vertragspartner des Bauträgers bzw WE-Organisators als problematisch an. Es sei auch noch immer nicht geklärt, ob die Zession zustande kommt, wenn nicht sämtliche WEer, sondern nur einige den Anspruch an die EigG abtreten. Er spricht sich dafür aus, dass ein Mehrheitsbeschluss (Stichwort: erstmalige Herstellung als ordentliche Verwaltung) für die Zession ausreiche. *Vonkilch*⁴⁸

⁴⁶ RIS-Justiz RS0119208.

⁴⁷ In wobl 2005/6.

⁴⁸ In immolex 2004/173.

spricht sich überhaupt für einen ex-lege-Forderungserwerb durch die EigG nach § 18 Abs 1 WEG aus, was *Perner*⁴⁹ wiederum strikt ablehnt: Ihm zufolge sei ein solcher Eingriff in die Eigentümerrechte rechtlich nicht argumentierbar, dieser wäre seines Erachtens gar rechtswidrig, da es sich bei der Wahl des sekundären Gewährleistungsbehelfes um eine Verfügungshandlung über den eigenen Miteigentumsanteil und somit nicht (ausschließlich) um Angelegenheiten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums handle. Daher könne ein Forderungserwerb der (die allgemeinen Teile der Liegenschaft betreffenden) Gewährleistungsrechte nicht ex lege angenommen werden.

In der kurz darauffolgenden E 5 Ob 148/04g⁵⁰ bestätigte der OGH die in 5 Ob 181/03h⁵¹ geäußerte Rechtsansicht, insbesondere die Zedierbarkeit von Individualansprüchen einzelner Mit- und WEer auf erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands der Baulichkeit an die EigG, soweit diese Ansprüche nicht bereits verfristet sind. Damit die EigG als Klägerin einschreiten kann, ist die Abtretung laut Senat sogar erforderlich.

In einer weiteren beachtenswerten E zur Frage der Teilrechtsfähigkeit bzw der damit zusammenhängenden Klagslegitimation der EigG hatte sich der 5. Senat in 5 Ob 304/04y⁵² mit einem eine EigG klagenden Rechtsanwalt auseinanderzusetzen. Die bekl EigG hatte über ihren Hausverwalter den Kläger konsultiert, um Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger geltend zu machen. Im Hinblick auf die bisherige Judikatur zur je nach Vertragsgrundlage der Ansprüche differenzierenden Aktivlegitimation (vgl oben etwa OGH 5 Ob 147/97x⁵³) brachte der nunmehrige Honorarkläger im Namen zweier Ehegatten-WEer die Gewährleistungs- und Schadenersatzklage ein. Nachdem dem nun klagenden Anwalt von der Hausverwaltung die Vollmacht gekündigt worden war, machte er seinen Honoraranspruch ggü der EigG geltend. Diese stellte sich im anschließenden Verfahren auf den Standpunkt, dass Mängel

⁴⁹ In *ecolex* 2004, 938.

⁵⁰ OGH 5 Ob 148/04g wobl 2005/6 (*Call*) = *immolex* 2005/71 = EWär W/18/21 = *MietSlg* 56.491 = *bbl* 2005/19.

⁵¹ OGH 5 Ob 181/03h RZ 2004, 278 = *ecolex* 2004, 938 (*Perner*) = *immolex* 2004/173 (*Vonkilch*) = wobl 2005/6 (*Call*) = RdW 2005, 19 = *bbl* 2004, 245 = JBl 2005, 47 = SZ 2004/93 = *MietSlg* 56.490 (18).

⁵² OGH 5 Ob 304/04y wobl 2005/49 (*Call*) = *ecolex* 2005/314 = NZ 2005/71 = *immolex* 2005/83 = *immolex*-LS 2005/26 = *Jus-Extra* OGH-Z 3916 = RdW 2005, 422.

⁵³ OGH 5 Ob 147/97x *MietSlg* 49.511 = *immolex* 1998/30 = wobl 1998/32 (*Hausmann*) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17.

am Allgemeingut der Wohnungseigentumsanlage von den einzelnen WEern geltend zu machen seien und sie selbst daher gar nicht passivlegitimiert sei.

Dabei wiederholte der OGH seine zuvor in 5 Ob 181/03h⁵⁴ und 5 Ob 148/04g⁵⁵ geäußerte Ansicht zur grundsätzlichen Abtretbarkeit von Forderungen an die EigG und erklärte gar, dass es keinen Unterschied macht, „ob der Anspruch an die Gemeinschaft abgetreten und sodann von dieser - mit Hilfe eines von ihr beauftragten Rechtsanwaltes und auf ihr Kostenrisiko verfolgt wird“, oder „ob die Rechtszuständigkeit beim einzelnen Wohnungseigentümer belassen und die Klage von diesem eingebracht wird, die Gemeinschaft aber den Rechtsanwalt mit der Klagsführung beauftragt und das Kostenrisiko übernimmt“.⁵⁶

Auch die bloße Übernahme des Prozesskostenrisikos für einzelne WEer ist somit von den Verwaltungssachen der EigG umfasst. Die Parteifähigkeit der EigG ist selbst dann gegeben, wenn sich der geltend gemachte Rechtsschutzanspruch abstrakt mit den Verwaltungssachen einer EigG in Verbindung bringen lässt.⁵⁷

Laut *Call*⁵⁸ sei der E vollumfänglich zuzustimmen. Ihm zufolge sei die Linie der Judikatur zur Ableitung der Klagebefugnis aus dem jeweils zugrundeliegenden Vertrag mittlerweile derart verfestigt, dass man bald von ständiger Rsp sprechen könne. Dennoch plädiert er für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber und verweist auf seinen eigenen Vorschlag einer gesetzlichen Regelung.⁵⁹

In der E 5 Ob 18/06t⁶⁰ klagte eine EigG einen Mieter des Hauses auf Herausgabe sämtlicher Schlüssel zu einem Heizraum, welcher einen notwendigerweise (= zwingend) allgemeinen Teil der Liegenschaft darstellte, sowie auf Unterlassung und Räumung. Das Klagebegehren wurde dabei – neben dem Titel des Eigentums und der

⁵⁴ OGH 5 Ob 181/03h RZ 2004, 278 = ecolex 2004, 938 (*Perner*) = immolex 2004/173 (*Vonkilch*) = wobl 2005/6 (*Call*) = RdW 2005, 19 = bbl 2004, 245 = JBl 2005, 47 = SZ 2004/93 = MietSlg 56.490 (18).

⁵⁵ OGH 5 Ob 148/04g wobl 2005/6 (*Call*) = immolex 2005/71 = EWär W/18/21 = MietSlg 56.491 = bbl 2005/19.

⁵⁶ OGH 5 Ob 304/04y wobl 2005/49 (*Call*) = ecolex 2005/314 = NZ 2005/71 = immolex 2005/83 = immolex-LS 2005/26 = Jus-Extra OGH-Z 3916 = RdW 2005, 422.

⁵⁷ RIS-Justiz RS0108020 (T15).

⁵⁸ In wobl 2005/49.

⁵⁹ Einige Vorschläge für Änderungen des WEG 2002 im Rahmen einer Wohnrechtsnovelle (WRN) 2005, wobl 2005, 69 (74 ff).

⁶⁰ OGH 5 Ob 18/06t wobl 2006/97 (*Call*) = MietSlg 58.423 = Zak 2006/406 = EWär W/18/37 = RZ-EÜ 2006/391.

Verfügungsberechtigung über den Heizraum – darauf gestützt, dass der Heizraum als allgemeiner Teil der Verwaltung der EigG obliege.

Beide Vorinstanzen hatten die Klage zur Gänze abgewiesen, dies mit der Begründung, dass der EigG nur Verwaltungsrechte zustünden, aber keine Eigentümerrechte wie etwa die Durchsetzung von petitorischen Rechtsschutzansprüchen. Letzteres sei den einzelnen WEern vorbehalten.

Der OGH stellte daraufhin in seiner Revisionsentscheidung klar, dass die Ansprüche der klagenden Partei, auch jener auf Räumung, sehr wohl berechtigt sind, da diese auch von der EigG iRd ordentlichen Verwaltung durchgesetzt werden können.

Entgegen den E 5 Ob 88/04h⁶¹ und 5 Ob 268/02a⁶² – in denen noch Ansprüche von EigG, die sich auf das Eigentumsrecht ihrer einzelnen Mitglieder berufen hatten, nicht als Verwaltungsagenden iSd § 18 WEG angesehen und daher den EigG die Sachlegitimation für eine Negatorienklage abgesprochen wurde – berief sich der OGH⁶³ nun auf die Judikaturlinie, wonach alles zur Verwaltung gehöre, „was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsguts beeinträchtigen könnte.“⁶⁴ Der Rechtsschutzanspruch muss sich wenigstens abstrakt mit den Verwaltungsangelegenheiten der EigG in Einklang bringen lassen.

Ähnlich wurde bereits in OGH 5 Ob 159/01w⁶⁵ entschieden: dort wurde eine negative Feststellungsklage bejaht, die darauf gerichtet war, einem Dritten Mietrechte an einem im Allgemeineigentum stehenden Abstellplatz abzusprechen. Doch das damalige Räumungsbegehren wurde abgelehnt; dies mit dem Hinweis, dass die klagende EigG ihr Räumungsbegehren auf den Titel des Eigentums gestützt hatte und einer EigG keine Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Liegenschaft zukommen.

Zu 5 Ob 18/06t führte der 5. Senat weiter aus, dass die EigG als „Verwaltungsgemeinschaft“ jedenfalls hinsichtlich notwendig allgemeiner Teile der Liegenschaft Besitzmittlerin – also diejenige, die die Sache unmittelbar innehat und die

⁶¹ OGH 5 Ob 88/04h wobl 2005/26 (*Call*) = MietSlg 56.492 = EWri W/18/25.

⁶² OGH 5 Ob 268/02a immolex 2003/77 = MietSlg 54.434 = NZ 2004/23 = EWri II/13c/201 = wobl 2003/74 = JBI 2003, 868.

⁶³ OGH 5 Ob 18/06t wobl 2006/97 (*Call*) = MietSlg 58.423 = Zak 2006/406 = EWri W/18/37 = RZ-EÜ 2006/391.

⁶⁴ RIS-Justiz RS0109188.

⁶⁵ OGH 5 Ob 159/01w MietSlg 53.038, 53.082, 53.525 = EWri II/13c/153

Gewahrsame für einen anderen mittelbaren Innehaber ausüben will⁶⁶ – für die Gesamtheit der Mit- und WEer ist. Sie hat als solche die gesetzliche Zweckbestimmung dieser Liegenschaftsteile im Rahmen ihrer Verwaltungsaufgaben und Befugnisse zu gewährleisten.⁶⁷

Die E wurde in der Lit überwiegend kritisiert: Während *Call* in seiner Glosse⁶⁸ noch meinte, der E sei überwiegend zu folgen, wenn auch diese angesichts der kurz darauf erfolgten WRN 2006 als „Treppenwitz der Rechtsgeschichte“ zu bezeichnen sei, so waren ihr andere Kommentatoren weit weniger gewogen: So sah *Schauer*⁶⁹ in der vom OGH anerkannten Aktivlegitimation der EigG eine aus dem Gesetz nur schwer ableitbare Prozessstandschaft. *Löcker*⁷⁰ konstatiert, dass 5 Ob 18/06t im Gegensatz zur bisherigen Rsp zwar einen Schritt weitergehe, doch sei dieser Schritt „fehlgeleitet“ und sei es unverständlich, wieso von der eigenen ständigen Rsp (des 5. Senates)⁷¹ ohne jegliche Auseinandersetzung damit und der Lit abgegangen werde. Die E lasse eine Erklärung bzw eine Differenzierung dafür vermissen, wieso das vorliegende Rechtsschutzbegehren in den Bereich der ordentlichen – und nicht in jenen der außerordentlichen – Verwaltung der Liegenschaft falle.⁷² Überhaupt sei dieses Judikat eine „Fehlansicht“.⁷³

Auch *Terlitz*⁷⁴ schließt sich den kritischen Stimmen zu 5 Ob 18/06t an: Er übt daran Kritik, dass der 5. Senat der EigG Eigentümerrechte, konkret jene aus dem Recht zur Anteilsverfügung erfließende Abwehrrechte, zugestehe. Dadurch werde die Grenze zu den Verfügungshandlungen durchbrochen. Doch sei die Bedeutsamkeit dieser E ohnehin durch die kurz darauffolgende WRN 2006 abgeschwächt worden, welche den Übergang solcher Ansprüche auf die EigG ohne das Zutun der Miteigentümer klar ausgeschlossen habe.⁷⁵

⁶⁶ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴, Rz 861.

⁶⁷ RIS-Justiz RS0109188 (T10).

⁶⁸ In wobl 2006/97.

⁶⁹ In *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 18 WEG Rz 7.

⁷⁰ In *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29b.

⁷¹ OGH 20.11.2002, 5 Ob 268/02a; OGH 5 Ob 88/04h wobl 2005/26 (*Call*) = MietSlg 56.492 = EW r W/18/25: Die Durchsetzung von petitorischen Ansprüchen sei eben keine Angelegenheit der Verwaltung iSd § 13c WEG 1975 bzw. § 18 WEG 2002.

⁷² *Ders* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 28 WEG Rz 111.

⁷³ *Ders* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 28c.

⁷⁴ In wobl 2011, 185 (192 f).

⁷⁵ Vgl ErläutRV 1183 22. GP 22.

Der OGH selbst wendete sich später in 5 Ob 144/16m⁷⁶ von dieser „Fehlansicht“⁷⁷ ab und erklärte, dass es für die Beurteilung der Aktivlegitimation maßgeblich ist, auf welchem Rechtsgrund das geltend gemachte Begehren beruht und nicht die Frage, ob die Rechtsverfolgung denn der Verwaltung der Liegenschaft diene. Daher sei es nun „unzweifelhaft, dass die Abwehr von Eingriffshandlungen betreffend allgemeine Teile (...) auf dem Anteilsrecht, also der dinglichen Rechtsposition der Miteigentümer beruht.“⁷⁸ Die Aktivlegitimation kommt daher nicht der EigG zu, weshalb die E 5 Ob 18/06t nicht mehr aufrechtzuhalten ist.

Wieser⁷⁹ merkte zu 5 Ob 144/16m an, dass die alte Rsp zu 5 Ob 18/06t, in welcher die „Nähe zu Verwaltungsmaßnahmen“ für die Aktivlegitimation der EigG hinsichtlich eines Räumungsbegehrens bereits ausreichte, für die Verwalterpraxis wesentlich günstiger, da einfacher zu handhaben, gewesen wäre, begrüßte aber gleichzeitig das „Umschwenken“ zu einer dogmatisch saubereren Lösung. Es komme ganz im Sinne von *Terlitza*⁸⁰ eben nicht auf eine „Verwaltungsnähe“ an, sondern sei die Aktivlegitimation nur nach der Rechtsgrundlage des Anspruchs zu beurteilen. Wieser empfiehlt außerdem, bereits vorab im Wohnungseigentumsvertrag bestimmte zukünftige und schon ausreichend konkretisierbare Ansprüche, die aus dem Mit- bzw Wohnungseigentum resultieren, an die EigG abzutreten, verweist aber gleichzeitig auf die Schranken des § 38 WEG, wonach eine Globalabtretung sämtlicher Ansprüche unwirksam sei.⁸¹

Ein weiterer Lösungsansatz des OGH vor, aber auch nach⁸² der WRN 2006, mangelnde Aktivlegitimation der EigG nachträglich zu sanieren, – insbesondere um frustrierten Verfahrensaufwand und Anspruchsverlust infolge Verjährung des Anspruchs der tatsächlich Aktivlegitimierten zu verhindern – ist die großzügige Handhabung der

⁷⁶ OGH 5 Ob 144/16m immolex 2017/63 (Wieser) = EvBl-LS 2017/122 (Weixelbraun-Mohr) = MietSlg 69.421 = wobl 2017/110 = Zak 2017/238.

⁷⁷ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 28c.

⁷⁸ OGH 5 Ob 144/16m immolex 2017/63 (Wieser) = EvBl-LS 2017/122 (Weixelbraun-Mohr) = MietSlg 69.421 = wobl 2017/110 = Zak 2017/238.

⁷⁹ In immolex 2017/63.

⁸⁰ Abtretung von Unterlassungsansprüchen auf Abwehr von Eingriffen in ein bestehendes Recht an die EigG, wobl 2012, 195 (197).

⁸¹ Vgl Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 38 aE (Stand: 1.6.2015, rdb.at); ebenso Terlitza in FS Würth 225.

⁸² Vgl RIS-Justiz RS0039808.

Berichtigung der Parteienbezeichnung während des Verfahrens iSd § 235 Abs 5 ZPO.⁸³ Jedoch wird darauf an späterer Stelle⁸⁴ umfassender eingegangen.

C. Die Wohnrechtsnovelle 2006

Um auf *Loimer*⁸⁵ zurückzukommen, ist der „Zick-Zack-Kurs“ hinsichtlich der Legitimation der EigG in der Judikatur tatsächlich kaum zu übersehen. Die Behandlung der Aktivlegitimation der EigG weise, wie *Loimer* ausführt, ein uneinheitliches und stark verwirrendes Erscheinungsbild auf. Eine verlässliche Judikaturlinie habe es in den letzten zehn Jahren (bis 2004) nicht gegeben, wodurch ein hohes Prozess- und Kostenrisiko für Miteigentümer wie auch für Hausverwaltungen, aber auch für Parteienvertreter, entstanden sei. Daher spricht er sich – wie auch *Call*⁸⁶ und *Würth*⁸⁷ oder (ganz allgemein zum WEG 2002) *Vonkilch*⁸⁸ – für eine klare Lösung dieser Problematik durch den Gesetzgeber aus.⁸⁹

Das für die legistische Betreuung des Wohnungseigentumsgesetzes zuständige Bundesministerium für Justiz reagierte auf die kritischen Rufe aus der Lit nach einer gesetzgeberischen Lösung mit einer Einladung an die beim BMJ eingerichtete⁹⁰ und „um einige Experten des Wohnungseigentumsrechts ergänzte“ Arbeitsgruppe „Wohnrecht“, Vorschläge für eine Wohnrechtsnovelle auszuarbeiten. Dabei wurde zur Frage des rechtlichen „Könnens“ der EigG eigens eine Experten-Untergruppe gebildet.⁹¹

Ziel des Gesetzgebers (und wohl der vorgelagerten Fachgremien) dabei war keine umfassende Veränderung des WEG 2002, sondern vielmehr eine „Nachjustierung“ jener Bereiche, die sich nach der mehrjährigen Evaluierungsphase seit 2002 als problematisch oder zumindest nachbesserungsbedürftig erwiesen hatten. Man wollte „einige Ecken und Kanten dieses Gesetzes abschleifen, unschöne Stellen ausbessern und hilfreiche Accessoires hinzufügen“.⁹²

⁸³ Vgl *Stabentheiner*, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 277 (291).

⁸⁴ Vgl Seite 77

⁸⁵ In *immolex* 2004, 7.

⁸⁶ In wobl 2005, 69 (74 ff).

⁸⁷ Kleine Änderungen - große Wirkungen, wobl 2004, 243.

⁸⁸ Sanierungsbedarf beim WEG 2002, wobl 2004, 87; *ders*, *immolex* 2004/173.

⁸⁹ *Loimer*, aaO.

⁹⁰ *Stabentheiner*, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 241 (242).

⁹¹ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 4.

⁹² ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 6.

Dem Gesetzgeber war offenbar bewusst, dass – alternativ – das WEG idF BGBl I 2002/70 unangetastet bleiben und die Klärung von allfälligen Zweifelsfragen und Unschärfen der Rsp überlassen werden hätte können. Doch aus – insb nach Lektüre der vorzitierten Kommentare aus der Lehre nachvollziehbaren – Gründen der Rechtssicherheit und „zur weiteren Verbesserung des rechtstechnischen Standards des Wohnungseigentumsrechts“ wurde eine gesetzgeberische Lösung, auch der Frage der Abgrenzung der Aktivlegitimation, vorgezogen.⁹³

In Bezug auf § 18 WEG galt es, legistische Lösungen für das bereits aufgezeigte „Spannungsverhältnis“⁹⁴ der Abgrenzung der Aktivlegitimation der EigG einerseits und der einzelnen WEer andererseits zu finden.⁹⁵ Um der Rechtsunsicherheit – in concreto der Gefahr eines letztlich frustrierten Prozessaufwandes und allenfalls auch des definitiven Anspruchsverlustes aufgrund zwischenzeitlicher Verjährung – vorzubeugen, wurde von der Arbeitsgruppe eine gesetzgeberische Lösung angestrebt.⁹⁶

Ziel sollte eine „dogmatisch korrekte, in der Praxis aber auch möglichst einfach handhabbare Regelung“ ohne großen normativen Aufwand sein. Hierzu wurden von der erwähnten Untergruppe drei „Abtretungsvarianten“ zum einen und drei „Verwaltungsvarianten“ zum anderen ausgearbeitet:⁹⁷ Neben der bereits im Ministerialentwurf einer „WRN 2005“ präferierten und mit der WRN 2006 schließlich umgesetzten Lösung, nämlich der Einfügung eines Abs 2 (erster Satz)⁹⁸ in den § 18 mit der Textierung („Abtretungsvariante I“)

„Die Wohnungseigentümer können der Eigentümergemeinschaft aus ihrem Miteigentum erfließende Unterlassungsansprüche sowie die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche abtreten, wodurch die Eigentümergemeinschaft diese Ansprüche erwirbt und in eigenem Namen geltend machen kann.“

standen laut Ministerialentwurf⁹⁹ noch folgende Lösungen zur Auswahl:

⁹³ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 2 und 8.

⁹⁴ Schauer in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 18 WEG Rz 17.

⁹⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 21.

⁹⁶ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 21.

⁹⁷ AaO.

⁹⁸ Zum zweiten Satz („Notfalllegitimation“) siehe Kapitel VII.A auf Seite 37.

⁹⁹ BMJ-B7.111/0001-I 7/2005 60 f.

- „Abtretungslösung mit Schweigen als Zustimmung“ („Abtretungslösung II“): Für den Fall, dass ein WEer von der EigG schriftlich aufgefordert wird, ihr einen bestimmten Anspruch abzutreten, und dieser binnen einen Monats nicht reagiert, wird seine Zustimmung zur Abtretung als gesetzlich fingiert.
- „Abtretungslösung mit Abtretungsfiktion und Widerrufsmöglichkeit“ („Abtretungslösung III“): Bereits mit ihrem Entstehen hätten Schadenersatz-, Gewährleistungs- und Unterlassungsansprüche als an die EigG abgetreten gegolten, wenn der WEer nicht ausdrücklich widerspricht.
- „Verwaltungslösung I“: Die Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen sowie die Abwehr von Störungen, die allgemeine Teile der Liegenschaft betreffen, hätten zu den Angelegenheiten der Verwaltung gezählt. Diese Variante war in der „engeren Auswahl“, doch wurde sie schließlich ebenfalls verworfen.
- „Verwaltungslösung II“: Der Katalog der ordentlichen Verwaltungsmaßnahmen des § 28 WEG wäre um die Abwehr von Störungen (Z 10) und die Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen betreffend allgemeine Teile sowie wegen Mängeln in WE-Objekten, die ernste Schäden des Hauses darstellen, auch wenn diese Ansprüche auf von WEern geschlossenen Verträgen basieren (Z 11), erweitert worden.
- „Verwaltungslösung III“: Eine im Vergleich zur Verwaltungslösung II „abgespeckte“ Variante, mit der der Katalog in § 28 um eine Z 10 ergänzt worden wäre, wonach die Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen sowie die Abwehr von Störungen, die allgemeine Teile der Liegenschaft betreffen, zu den Maßnahmen ordentlicher Verwaltung hinzuzählen wären. Diese Lösung unterscheidet sich von der Verwaltungslösung I bloß darin, dass die Textierung der EigG an anderer Stelle des WEG 2002 (§ 28 statt § 18 WEG 2002) zu finden gewesen wäre.

Die einfachste Abtretungslösung wurde im Entwurf präferiert, da man zum einen an die bisherige Judikatur anschließen, und zum anderen mit möglichst wenig normativem Aufwand eine dogmatisch saubere, in der Anwendung aber auch möglichst praktikable Regelung erreichen wollte. Die Abtretungsvarianten stellten im Gegensatz zu einer

Verwaltungslösung den geringfügigeren Eingriff in die Eigentümerrechte der einzelnen Miteigentümer dar.¹⁰⁰

Die im Rahmen des Begutachtungsverfahrens abgegebenen Stellungnahmen waren von breiter Zustimmung zum Vorschlag des § 18 WEG im Ministerialentwurf getragen. Zwar gab es vereinzelt zurückhaltende bis kritische Kommentare zur vorgeschlagenen „Abtretungslösung I“, – so etwa die Gemeinschaft der WEer (GdW),¹⁰¹ die allen sechs vorgestellten Varianten kritisch bis ablehnend gegenüberstand und bei der favorisierten Abtretungslösung mitunter die Praktikabilität des Abtretungsprozederes hinterfragte – doch begrüßte die Mehrheit der Kommentatoren den Lösungsansatz durch Abtretung:

Die Arbeiterkammer Tirol¹⁰² begrüßte die Lösung durch gesetzliche Regelung. Auch die für Konsumentenschutz zuständige Sektion des Sozialministeriums¹⁰³ sprach sich im Sinne der Verbraucherfreundlichkeit für die vorgeschlagene Variante aus, ebenso die Österreichische Notariatskammer¹⁰⁴ und auch der Österreichische Städtebund.¹⁰⁵ Die Mietervereinigung Österreichs¹⁰⁶ befürwortete ebenfalls die im Entwurf vorgeschlagene Variante, wenngleich aufgrund mangelnden Verweises in § 29 WEG unklar sei, inwieweit bzw. ob der Verwalter die Ansprüche gelten zu machen habe. Die Finanzprokuratur¹⁰⁷ wies auf die bei einer Mehrheit von zedierenden WEern auf(zu)tretende Problematik von unterschiedlichen Zedenteneigenschaften hin (in concreto Unternehmer vs Konsumenten; hier wohl im Blick auf die unzulässige Einschränkung der Gewährleistung nach KSchG), was noch einer gesetzlichen Regelung bedürfte.

Wenig überraschend sprach sich der Oberste Gerichtshof in seiner Stellungnahme¹⁰⁸ mit Verweis auf seine eigene Rsp zu 5 Ob 181/03h¹⁰⁹ und 5 Ob 148/04g¹¹⁰ für die vorgeschlagene „einfache“ „Abtretungslösung I“ aus. Die Abtretungsvarianten II und III

¹⁰⁰ BMJ-B7.111/0001-I 7/2005 58 f.

¹⁰¹ 9/SN-242/ME 22. GP 2 f.

¹⁰² 28/SN-242/ME 22. GP.

¹⁰³ 29/SN-242/ME 22. GP 3.

¹⁰⁴ 8/SN-242/ME 22. GP 7.

¹⁰⁵ 14/SN-242/ME 22. GP 4.

¹⁰⁶ 24/SN-242/ME 22. GP 21.

¹⁰⁷ 10/SN-242/ME 22. GP.

¹⁰⁸ 11/SN-242/ME 22. GP 4.

¹⁰⁹ OGH 5 Ob 181/03h RZ 2004, 278 = *ecolox* 2004, 938 (*Perner*) = *immolex* 2004/173 (*Vonkilch*) = wobl 2005/6 (*Call*) = *RdW* 2005, 19 = *bbl* 2004, 245 = *JB* 2005, 47 = *SZ* 2004/93 = *MietSlg* 56.490 (18).

¹¹⁰ OGH 5 Ob 148/04g wobl 2005/6 (*Call*) = *immolex* 2005/71 = *EW* 18/21 = *MietSlg* 56.491 = *bbl* 2005/19.

brächten demgegenüber keinerlei Verbesserung. Die Verwaltungslösungen hingegen wären ein Rückschritt zur bisherigen Judikatur¹¹¹ und daher allesamt strikt abzulehnen. Eine Systemänderung – also eine Abkehr vom höchstgerichtlich eingeschlagenen Weg – wäre insofern nicht erforderlich.

Der Österreichische Mieter-, Siedler- und Wohnungseigentümerbund (ÖMB)¹¹² drückte Besorgnis aus, dass die vorgeschlagene Lösung in der Praxis dieselben Probleme bereiten würde wie die bestehende Stammfassung des WEG 2002. Er sprach sich für eine „ex-lege-Abtretung“ der Ansprüche, ähnlich der „Abtretungsvariante III“, aus.

Neben dem ÖMB¹¹³ wies auch die Wirtschaftskammer Österreich (WKO)¹¹⁴ auf die Rechtsgeschäftsgebühr für Zessionen¹¹⁵ hin, weshalb die angedachte Abtretungsvariante nochmals „überdacht“ werden sollte. Laut ÖMB sollten Abtretungen iSd § 18 Abs 2 WEG gebührenfrei gestellt werden.¹¹⁶

Auch Vertreter der Lehre befassten sich mit dem Ministerialentwurf: So äußerte etwa *Vonkilch*¹¹⁷ – wie *ders* schon zu OGH 5 Ob 181/03h¹¹⁸ – Bedenken ggü einer Abtretungslösung. Diese könnte keineswegs als rechtsdogmatisch und rechtssystematisch „sauber“ bezeichnet werden und würde sich in praxi als ungeeignet herausstellen. Vor allem das nachträgliche Infragestellen der Wirksamkeit des Abtretungsgeschäftes dürfte Probleme in einem bereits anhängigen Prozess (Stichwort: zwischen EigG und WEer hin und her „hüpfende“ „Froschansprüche“) bereiten und manchem WEer, insb unter Bedachtnahme der Zessionsgebühr nach § 33 TP 21 GebG, Kopfzerbrechen bereiten. Im Hinblick auf die (nicht) rechtzeitige Geltendmachung durch das zuständige Organ der EigG wären die völlig gleichen Rechtsschutzdefizite zu erwarten wie bei der Verwaltungslösung. Daher wären der Novelle jedenfalls „flankierende Schutzbehelfe“ zur Seite zu stellen.¹¹⁹

¹¹¹ OGH 5 Ob 147/97x MietSlg 49.511 = immolex 1998/30 = wobl 1998/32 (*Hausmann*) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17.

¹¹² 20/SN-242/ME 22. GP 2.

¹¹³ AaO.

¹¹⁴ 26/SN-242/ME 22. GP 3.

¹¹⁵ Vgl § 33 TP 21 GebG mit 0,8 % des Forderungswertes.

¹¹⁶ 20/SN-242/ME 22. GP 2.

¹¹⁷ Anmerkungen zum Ministerialentwurf für eine Wohnrechtsnovelle 2005, wobl 2005, 82.

¹¹⁸ In immolex 2004/173.

¹¹⁹ Was bekanntlich ua mithilfe der Notfalllegitimation in Abs 2 Satz 2 des § 18 WEG zu erreichen versucht wurde; dazu im Detail auf Seite 37.

Mit BGBl I 2006/124 wurde der neue Abs 2 des § 18 in das WEG 2002 eingefügt und trat am 1. Oktober 2006 in Kraft. Dieser (konkret: sein erster Satz) lautet seitdem wie folgt:

Die Wohnungseigentümer können der Eigentümergemeinschaft aus ihrem Miteigentum erfließende Unterlassungsansprüche sowie die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche abtreten, wodurch die Eigentümergemeinschaft diese Ansprüche erwirbt und in eigenem Namen geltend machen kann.

III. Die Eigentümergemeinschaft

A. Entwicklung bis zur heutigen Rechtsfähigkeit

Diese Gesetzesänderung steht am (vorläufigen) Ende einer steten Weiterentwicklung der EigG als eigenständige juristische Person.

Vor dem 3. WÄG¹²⁰ sah das WEG 1975 zwar gemeinschaftliches Handeln der Wohnungs- und Miteigentümer vor,¹²¹ doch gab es keine eigene Wohnungseigentümergemeinschaft. Vielmehr wurde in den §§ 14 und 15 WEG 1975 idF vor dem 3. WÄG¹²² auf die Bestimmungen der schlichten Miteigentumsgemeinschaft nach den §§ 825 ff ABGB verwiesen. Die Liegenschaftsmiteigentümer bildeten somit eine – wenn auch modifizierte¹²³ – Miteigentumsgemeinschaft, welcher keinerlei Rechtspersönlichkeit zukam, weshalb auch in Angelegenheit der Liegenschaftsverwaltung die Mit- und WEer gesondert berechtigt und verpflichtet wurden.¹²⁴ Dennoch war die Gemeinschaft „mehr als die bloße Addition von Einzelzuordnungen“¹²⁵ und damit eine über die §§ 825 ff ABGB hinausgehende Struktur bereits vorhanden.¹²⁶ So wurde etwa die Gemeinschaft durch den Verwalter organschaftlich vertreten und die gemeinsame Rücklage als Gemeinschaftsvermögen qualifiziert.¹²⁷

¹²⁰ BGBl 1993/800.

¹²¹ Vgl ua §§ 4, 14 Abs 1, 15, 18 Abs 1 WEG idF BGBl 1992/827.

¹²² BGBl 1992/827.

¹²³ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 9.

¹²⁴ Löcker, aaO.

¹²⁵ Faistenberger/Barta/Call (Hrsg), Kommentar zum WEG 1975 (1976), § 17 WEG Rz 12.

¹²⁶ Löcker, aaO.

¹²⁷ OGH 5 Ob 26/88 MietSlg 40.650.

Doch war – mangels ausdrücklicher Vereinbarung oder gesetzlicher Sondervorschriften – Dritten ggü keine Solidarhaftung der WEer vorgesehen.¹²⁸ Vielmehr hatte sich der Dritte als Vertragspartner an den jeweiligen Miteigentümer zu halten und musste seine Ansprüche bei diesem geltend machen. Dasselbe galt für den Verwalter.¹²⁹

Mit dem 3. WÄG wurde schließlich § 13c in das WEG 1975 eingefügt. Abs 1 leg cit sah zum Zwecke der Verwaltung der Liegenschaft die Bildung einer Wohnungseigentümergeinschaft durch alle Wohnungs- und sonstigen Miteigentümer der Liegenschaft vor. Demnach kann diese in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft als solche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, ebenso klagen und am Ort der gelegenen Sache geklagt werden. Die Bestimmung trat am 01.01.1994 in Kraft.

Die Wendung „und sonstigen Miteigentümer der Liegenschaft“ im § 13c ist dem Umstand geschuldet, dass nach dem damaligen Rechtsstand nicht an sämtlichen WE-tauglichen Objekten der Liegenschaft Wohnungseigentum begründet werden musste, sondern auch sogenannte „Mischhäuser“ – also Liegenschaften teils mit Objekten im Wohnungseigentum, teils in schlichtem Miteigentum – zulässig waren.¹³⁰ Somit waren qua Definition sämtliche Miteigentümer der Liegenschaft – auch die schlichten Miteigentümer – Teil der Wohnungseigentümergeinschaft. Zwar sind seit dem WEG 2002 bei WE-Neubegründung sämtliche wohnungseigentumstauglichen Objekte einzubeziehen, doch können davor entstandene Mischhäuser weiterhin bestehen bleiben und somit nach wie vor schlichte Miteigentümer Mitglieder einer EigG nach dem WEG 2002 sein.¹³¹

Mit dem Inkrafttreten des § 13c WEG 1975 iRd 3. WÄG war außerdem endgültig geklärt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft ein eigenes Rechtssubjekt mit „Quasirechtspersönlichkeit“¹³² ist und ihr daher (Teil-)Rechtsfähigkeit zukommt.¹³³

¹²⁸ OGH 5 Ob 223/98z AnwBl 1999/7571 (*Prader*) = MietSlg 50.590, 50.788 = immolex 1998/213 = wobl 1999/39 = ÖWR 1999, E 38.

¹²⁹ OGH 29.09.1998, 5 Ob 223/98z.

¹³⁰ *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 3 WEG Rz 45.

¹³¹ *Painsi* in *GeKo Wohnrecht II* § 18 Rz 2 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

¹³² OGH 12.06.1996, 5 Ob 2151/96a; 10.06.1997, 5 Ob 230/97b; 09.12.1997, 5 Ob 268/97s.

¹³³ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 10; *Painsi* in *GeKo Wohnrecht II* § 18 Rz 1 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Trotz der nunmehr eingeräumten Fähigkeit der Gemeinschaft, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, war eine rückwirkende Übernahme der von den WEern vor dem 01.01.1994 eingegangenen Verpflichtungen durch die Wohnungseigentümergeinschaft nicht vorgesehen. Die fehlende Rückwirkung war insofern von großer Bedeutung, als für vor dem 01.01.1994 liegende anspruchsbegründende Sachverhalte die „neue“ Wohnungseigentümergeinschaft nicht in Haftung gezogen werden konnte, sondern nach wie vor die einzelnen WEer verantwortlich waren. Im Umkehrschluss kann eine Wohnungseigentümergeinschaft frühestens mit 01.01.1994 entstehen und mit diesem Zeitpunkt Trägerin von Rechten und Pflichten werden.¹³⁴

Mit 01.07.2002 trat das WEG 2002 in Kraft.¹³⁵ Dieses übernahm die Bestimmungen zur Wohnungseigentümergeinschaft in seinen § 2 Abs 5 sowie § 18. Terminologisch war nunmehr von der Eigentümergeinschaft (EigG) die Rede, doch ist diese mit der Wohnungseigentümergeinschaft ident.¹³⁶ Wie bereits nach dem 3. WÄG entsteht auch gemäß WEG 2002 die EigG mit grundbücherlicher Einverleibung des Wohnungseigentumsrechts auch nur eines Miteigentümers einer (schlichten) Miteigentümergeinschaft.¹³⁷

B. Umfang der Rechtsfähigkeit

1. Angelegenheiten der Verwaltung

§ 18 Abs 1 WEG 2002 beschränkt die Rechtsfähigkeit der EigG grundsätzlich auf Angelegenheiten der Liegenschaftsverwaltung. Gemäß Satz 1 leg cit kann sie diesbezüglich Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und selbst geklagt werden.

Zwar ist in § 28 Abs 1 WEG 2002 eine demonstrative Aufzählung von Verwaltungsangelegenheiten enthalten, doch findet sich im gesamten WEG 2002, selbst in dessen § 28, keine gesetzliche Definition des Begriffs der Verwaltung.¹³⁸

¹³⁴ *Illedits*, Die Wohnungseigentümergeinschaft, wobl 2000, 65; ebenso *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 12.

¹³⁵ BGBl I 2002/70.

¹³⁶ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 11.

¹³⁷ RIS-Justiz RS0114298; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 14; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 4 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

¹³⁸ *Painsi* in *GeKo Wohnrecht II* Rz 9 zu § 18 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Nach der Rsp sind unter Angelegenheiten der Liegenschaftsverwaltung solche der Geschäftsführung zu verstehen,¹³⁹ wozu alles zählt, was die Nutzung und die Erhaltung des Gemeinschaftsgutes betrifft.¹⁴⁰ Im Unterschied zu den bloßen Besitzhandlungen der einzelnen WEer werden also Geschäfte der Gemeinschaft besorgt, doch wird dabei im Gegensatz zu Verfügungshandlungen nicht in die Substanz der Gemeinschafts- oder Anteilsrechte der einzelnen Miteigentümer eingegriffen.¹⁴¹ Für die Zuordnung zur Liegenschaftsverwaltung genügt es laut stRsp, dass sich der geltend gemachte Rechtsschutzanspruch wenigstens abstrakt mit den Verwaltungssagenden einer EigG in Verbindung bringen lässt.¹⁴²

Dass die Rechtspersönlichkeit der EigG auf den Bereich der Liegenschaftsverwaltung beschränkt ist, sei laut *Terlitza* nachvollziehbar, zumal es bloß in diesem Bereich „zu einer die Zuerkennung von Rechtsfähigkeit rechtfertigenden Verselbständigung eines objektivierten Verbandsinteresses, das sich nicht nur von den Interessen der einzelnen Teilhaber abhebt, sondern sich als überindividuelles Gemeinschaftsinteresse über diese erhebt, kommt.“¹⁴³

Die Verwaltung ist – mit Ausnahme der Behebung ernster Schäden des Hauses iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG, dazu sogleich – auf die allgemeinen Teile der Liegenschaft beschränkt.¹⁴⁴

2. Verwaltungshandlungen der Eigentümergemeinschaft

Wie bereits erwähnt, zählt laut Rsp alles zur Verwaltung, was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsguts fördern oder beeinträchtigen könnte.¹⁴⁵ Dementsprechend fällt vielerlei unter den Begriff der Verwaltungsangelegenheiten, insbesondere alle unter die §§ 28 f WEG fallende Maßnahmen der Geschäftsführung:¹⁴⁶

¹³⁹ OGH 8 ObS 114/01z MietSlg 53.527/34.

¹⁴⁰ Statt vieler: OGH 7 Ob 192/13f ZVB 2014/80 (*Tonkli*) = *Gruber*, ZFR 2014, 175 (Rechtsprechungsübersicht) = *immolex* 2014/77 (*Cerha*) = *RdW* 2014/437 = *ecolex* 2014/238 = *wobl* 2015, 137 (*Fenyves*) = *MietSlg* 66.253, 66.494, 66.721.

¹⁴¹ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 7 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

¹⁴² RIS-Justiz RS0035327 (T5) = RIS-Justiz RS0108020 (T15).

¹⁴³ In FS *Würth* 227 f.

¹⁴⁴ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 11 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

¹⁴⁵ *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 18 WEG Rz 5.

¹⁴⁶ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 8 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

So fallen gemäß der (demonstrativen) Aufzählung des § 28 Abs 1 WEG unter die (ordentliche) Verwaltung

- die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft im Sinne des § 3 MRG¹⁴⁷, einschließlich der baulichen Veränderungen, die über den Erhaltungszweck nicht hinausgehen, und der Behebung ernster Schäden des Hauses in einem Wohnungseigentumsobjekt (Z 1),
- die Bildung einer angemessenen Rücklage gemäß § 31 WEG (Z 2),
- die Aufnahme eines Darlehens zur Deckung der durch die Rücklage nicht gedeckten Kosten einer in längeren als einjährigen Abständen wiederkehrenden Arbeit zur ordnungsgemäßen Erhaltung (Z 3),
- die angemessene Versicherung der Liegenschaft (Z 4),
- die Bestellung des Verwalters und die Auflösung des Verwaltungsvertrags (Z 5),
- die Bestellung und Abberufung eines Eigentümerversprechers (Z 6),
- die Erlassung und Änderung der Hausordnung (Z 7),
- die Vermietung der verfügbaren allgemeinen, aber einer abgesonderten Benützung zugänglichen Teile der Liegenschaft, an eine Person, die nicht WEer ist (Z 8) sowie die Aufkündigung dieser Mietverträge (Z 9) und
- auch die Erstellung und Vorrätighaltung eines Energieausweises nach § 2 Z 3 EAVG¹⁴⁸ für das gesamte Gebäude (Z 10)

Zu den Verwaltungssachen zählt weiters etwa der Abschluss und die Beendigung des Dienstvertrages mit einem Hausbesorger, wobei die EigG als Dienstgeberin mit allen Pflichten anzusehen ist,¹⁴⁹ auch ggü dem Sozialversicherungsträger.¹⁵⁰ Auch der Abschluss des Verwaltungsvertrages mit dem Hausverwalter steht iSd Z 5 des

¹⁴⁷ Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520.

¹⁴⁸ Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012 BGBl I 2012/27.

¹⁴⁹ RIS-Justiz RS0109410, zuletzt OGH 5 Ob 112/07t immolex 2008/53 (*Pfiel*) = MietSlg 59.407 = EWär W/28/22 = Zak 2008/55 = SZ 2007/166.

¹⁵⁰ OGH 10 ObS 180/08f EvBl-LS 2009/112 = SSV-NF 23/16; vgl auch VwGH 03.07.2002, 99/08/0173 = VwSlg 15863 A/2002.

vorangeführten Katalogs der EigG zu und steht daher der Verwalter zur EigG – und nicht mehr zu den einzelnen WEern – im Auftragsverhältnis.¹⁵¹

Beim Abschluss und der Kündigung der vorgenannten Versicherungsverträge (vgl § 28 Abs 1 Z 4 WEG) fungiert die EigG als Vertragsnehmerin,¹⁵² Versicherte sind jedoch die einzelnen WEer.¹⁵³ Zur gerichtlichen Durchsetzung der Versicherungsleistung ist dennoch nur die EigG legitimiert,¹⁵⁴ wozu auch die Bevollmächtigung und Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der Durchsetzung der Versicherungsleistungen zählt.¹⁵⁵

Ebenso zählt iSd § 28 Abs 1 Z 8 und 9 WEG die Vermietung von (nicht im Wohnungseigentum, sondern im allgemeinen Miteigentum stehenden) Abstellplätzen an Dritte zu den Verwaltungssachen,¹⁵⁶ aber auch die Vermietung der (ehemaligen) Hausbesorgerwohnung, da diese als (gewidmeter) allgemeiner Teil der Liegenschaft in die Verwaltungssachen der EigG fällt.¹⁵⁷

Des Weiteren zählt auch die Einforderung von rückständigen Betriebskosten wie auch der Rücklage zur ordentlichen Verwaltung und ist diese im streitigen Weg von der EigG geltend zu machen.¹⁵⁸ Dabei stellte der OGH darüber hinaus klar, dass Streitigkeiten zwischen der EigG und einzelnen WEern aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der EigG nicht unter § 838a ABGB¹⁵⁹ („Streitigkeiten zwischen den Teilhabern einer gemeinschaftlichen Sache“) fallen.¹⁶⁰

Weiters gehören Maßnahmen zur Geltendmachung von (deliktischen) Schadenersatzansprüchen, die allgemeine Teile einer Liegenschaft im Miteigentum betreffen und deren ordnungsgemäßen Erhaltung dienen, im Regelfall zur ordentlichen

¹⁵¹ RIS-Justiz RS0110934.

¹⁵² OGH 7 Ob 318/04x immolex 2005/72 = MietSlg 57.473 = wobl 2005/48 = VR 2006/733.

¹⁵³ OGH 7 Ob 192/13f ZVB 2014/80 (*Tonkli*) = *Gruber*, ZFR 2014, 175 (Rechtsprechungsübersicht) = immolex 2014/77 (*Cerha*) = wobl 2015, 137 (*Fenyves*) = RdW 2014/437 = ecolex 2014/238 = MietSlg 66.253, 66.494, 66.721; RIS-Justiz RS0128583.

¹⁵⁴ RIS-Justiz RS0108020 (T17).

¹⁵⁵ RIS-Justiz RS0108020 (T28).

¹⁵⁶ OGH 5 Ob 159/01w MietSlg 53.038, 53.082, 53.525 = EWär II/13c/153.

¹⁵⁷ OGH 5 Ob 205/10y immolex-LS 2011/14 = immolex-LS 2011/16 = wobl 2011/136 = MietSlg 62.412.

¹⁵⁸ OGH 5 Ob 28/12x immolex-LS 2012/45 = Jus-Extra OGH-Z 5172 = wobl 2012/99 = RZ 2012 EÜ191 = Zak 2012/493 = NZ 2013/94 = MietSlg 64.507.

¹⁵⁹ idF FamErbRÄG 2004 BGBl I 2004/58.

¹⁶⁰ RIS-Justiz RS0127674.

Verwaltung.¹⁶¹ Dazu zählt auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus dem Titel der Amtshaftung.¹⁶²

Umgekehrt haftet die EigG auch für deliktische Schäden betreffend allgemeine Teile der Liegenschaft,¹⁶³ wie zB aufgrund der Verletzung von (die EigG betreffende) Verkehrssicherungspflichten,¹⁶⁴ für Schäden wegen Vernachlässigung des Winterdienstes¹⁶⁵ oder generell aus der Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB.¹⁶⁶

Von den Verwaltungshandlungen sind einerseits bloß faktische Besitz- und Gebrauchshandlungen von den Verwaltungsangelegenheiten zu unterscheiden.¹⁶⁷ Andererseits sind auch Verfügungshandlungen, also jene Maßnahmen, die in die Substanz der Gemeinschafts- oder Anteilsrechte der einzelnen Miteigentümer eingreifen, abzugrenzen.¹⁶⁸ Dazu zählt beispielsweise die Veräußerung der gemeinsamen Sache,¹⁶⁹ deren Belastung durch eine Dienstbarkeit¹⁷⁰ oder etwa ihre faktische Veränderung, bspw durch Abriss.

3. Abgrenzung zu Verfügungshandlungen

Gerade die Abgrenzung zwischen den Verwaltungs- und Verfügungshandlungen bereitet in der Praxis gelegentlich Schwierigkeiten.¹⁷¹ Doch genau diese Abgrenzung ist von zentraler Bedeutung, zumal die EigG laut § 18 Abs 1 WEG nur im Bereich der Verwaltungshandlungen Rechtsfähigkeit besitzt. Während zur Verwaltung alles gehört, was gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes beeinträchtigen könnte, greift eine Verfügung in die Substanz der Gemeinschaftsrechte

¹⁶¹ OGH 5 Ob 147/97x MietSlg 49.511 = immolex 1998/30 = wobl 1998/32 (*Hausmann*) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17; vgl auch RIS-Justiz RS0108020 (T19).

¹⁶² OGH 1 Ob 163/03g immolex 2004/12 (*Loimer*) = wobl 2004/4 = ÖJZ-LSK 2004/1 = EvBl 2004/26 = NZ 2005/48 = MietSlg 55.476 (23) = EWf W/18/6 = JBl 2004, 514.

¹⁶³ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 28 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

¹⁶⁴ RIS-Justiz RS0108020 (T22).

¹⁶⁵ RIS-Justiz RS0124735 (T2 und T3).

¹⁶⁶ OGH 7 Ob 113/13p immolex-LS 2013/67 = wobl 2013/104 = MietSlg 65.227, 65.237, 65.478, 65.699.

¹⁶⁷ RIS-Justiz RS0109188.

¹⁶⁸ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II Rz 10 zu § 18 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, rdb.at); vgl auch RIS-Justiz RS0109188.

¹⁶⁹ *Terlitz*, wobl 2011, 185 (187).

¹⁷⁰ OGH 5 Ob 458/97g immolex 1998/84 = wobl 1998/104 = ÖWR 1998, E 37 = MietSlg 49.040, 49.161 = MietSlg XLIX/44.

¹⁷¹ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ Rz 26ff zu § 18 WEG 2002; zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfügungshandlungen sowie Kritik an einer „beständigen Erweiterung“ des Verwaltungsbereichs durch Rsp, Lehre und Gesetzgebung ausf *Terlitz*, wobl 2011, 185

oder Anteilsrechte ein¹⁷² und steht diese iSd § 828 Abs 1 S 1 ABGB nur allen Teilhabern der Gemeinschaftssache zu.

Schwierige Abgrenzungen sind meist dort notwendig, wo Veränderungen an der gemeinschaftlichen Sache vorgenommen werden sollen:¹⁷³

In der E 5 Ob 130/08s¹⁷⁴ etwa hatte die Mehrheit beschlossen, an der Außenfassade des Hauses einen Personenaufzug zu errichten, jedoch dessen Benützung nur einer bestimmten WEerin zu gewähren. Von dieser Benützerin seien aber auch sämtliche Errichtungs- und Betriebskosten für den Lift zu tragen.

Diesem Vorgang sprach der OGH jedoch die Eigenschaft als Verwaltungsmaßnahme ab, da die rein eigennützige Verbauung oder sonstige Veränderung allgemeiner Teile der Liegenschaft durch einen der Miteigentümer keine Maßnahme der Verwaltung der gemeinsamen Liegenschaft, sondern eine Änderung nach § 16 Abs 2 Z 3 WEG 2002 und somit eine Verfügungsmaßnahme darstellt.

Ähnlich argumentierte der OGH in seiner E 5 Ob 213/04s¹⁷⁵: Nachdem bei einer Dachterrasse sowie deren Zugangstüre Sanierungsbedarf festgestellt worden war, entschied die EigG mit einfachem Mehrheitsbeschluss, die Behebung dieser Mängel durch den betreffenden WEer zu veranlassen. Zudem wurde – eben mit bloßem Mehrheitsbeschluss – beschlossen, dem WEer die Wahl einzuräumen, anstelle der Sanierung der "Schiebetüren und Terrassen" seine Terrasse durch eine Glaskonstruktion verbauen zu lassen.

Der erkennende Senat stellte die Rechtsunwirksamkeit des betreffenden Beschlusses fest, da dieser hinsichtlich der eingeräumten Änderungsermächtigung durch den WEer der Dachgeschosswohnung keine Maßnahme der Verwaltung darstellt, sondern es sich um eine rein eigennützige Veränderung handelt. Die Angelegenheit ist daher einem Mehrheitsbeschluss nicht zugänglich und ist vielmehr den Anforderungen des § 16 Abs 2 WEG 2002 zu entsprechen.

¹⁷² RIS-Justiz RS0109188 (T1).

¹⁷³ *Terlitz*, wobl 2011, 185 (198).

¹⁷⁴ OGH 5 Ob 130/08s immolex 2009/45 (*Prader*) = EWri W/16/125 = MietSlg 60.432.

¹⁷⁵ OGH 5 Ob 213/04s NZ 2007/6 = immolex-LS 2005/19 (*Prader*) = immolex-LS 2005/20 = immolex 2005/57 (*Vonkilch*) = wobl 2005/85 (*Call*) = MietSlg 57.457, 57.511 = EWri W/16/28.

Gerade mit der Glosse *Vonkilchs*¹⁷⁶ zu letztgenannter E wird klar, dass im Sinne einer „Kompetenzverteilung“ zu unterscheiden ist, ob die Veränderung gemeinschaftlichen Interessen dient oder nicht. Im ersteren Fall reicht eine mehrheitliche Entscheidung, wobei der einzelne WEer auf seine Minderheitsrechte nach § 30 WEG verwiesen ist. Sollte die Veränderung bloß im individuellen Interesse eines einzelnen WEers liegen, so ist ein Vorgehen nach § 16 Abs 2 WEG, also die Zustimmung aller erforderlich.

4. Erweiterung der Rechtsfähigkeit durch Vereinbarung?

§ 18 Abs 1 WEG 2002 beschränkt die Rechtsfähigkeit der EigG grundsätzlich auf Angelegenheiten der Liegenschaftsverwaltung. Nur in diesem Bereich kann sie Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und selbst geklagt werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob diese gesetzlich beschränkte Rechtsfähigkeit der EigG durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung der WEer erweiterbar ist. § 18 Abs 1 WEG ist, wie auch der Großteil der übrigen Bestimmungen des WEG, zwingend, da dies bereits aus dem Normzweck hervorgehe.¹⁷⁷ Da der Kreis der Angelegenheiten, in welchen die EigG Rechtsfähigkeit besitzt, bereits im Gesetz („Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft“) klar umschrieben ist, erscheint es gänzlich ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich Änderungen durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung ermöglichen habe wollen, so *Pittl*.¹⁷⁸

Dies wurde auch schon von der Rsp bestätigt: Außerhalb des in § 18 Abs 1 beschriebenen Geschäftskreises kann die EigG weder Rechte erwerben noch Verbindlichkeiten eingehen.¹⁷⁹ Die Erweiterung der Rechtsfähigkeit einer EigG durch Vertrag, insbesondere Wohnungseigentumsvertrag, ist somit nicht möglich.¹⁸⁰

C. Organe der Eigentümergemeinschaft

Im § 18 Abs 3 WEG ist die Vertretung der EigG nach außen abschließend geregelt. Dabei wird zwischen der Fremdverwaltung durch Bestellung eines Verwalters (Z 1) und der Eigenverwaltung durch die nach Miteigentumsanteilen zu berechnende Mehrheit der

¹⁷⁶ In immolex 2005/57; so auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ Rz 27 zu § 18 WEG 2002.

¹⁷⁷ *Pittl*, Erweiterung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer? immolex 2016, 176 (179).

¹⁷⁸ AaO.

¹⁷⁹ OGH 5 Ob 206/07s wobl 2008/60 (*Call*) = immolex 2008/79 = SZ 2008/1 = MietSlg 60.438 = EWri W/18/99 = bbl 2008/104 = Zak 2008/273.

¹⁸⁰ OGH 5 Ob 226/14t immolex-LS 2015/59 = wobl 2015, 311/126 (*Hinteregger/Dür*) = MietSlg 67.066, 67.453, 67.467; RIS-Justiz RS0130071; RS0130069.

WEer (Z 2),¹⁸¹ unterschieden. Zwar können mittels einer Gemeinschaftsordnung nach § 26 WEG bestimmte Funktionen – bspw „Verwaltungsbeiräte“, „Stockwerkssprecher“ oder „Hausvertrauenspersonen“¹⁸² – zugeteilt werden, doch ist die Berufung einer anderen Person zur Vertretung der EigG nach außen nicht vorgesehen und daher unzulässig.¹⁸³

Für den Fall, dass ein Verwalter bestellt ist, wird die EigG durch ebendiesen vertreten und sind seine Handlungen der EigG zuzurechnen.¹⁸⁴ Diesfalls scheidet die Vertretung durch die Mehrheit der Eigentümer aus. Der Verwalter ist jedoch im Innenverhältnis an die (gesetzeskonformen) Beschlüsse der Eigentümermehrheit gebunden. Gleichzeitig sind die Verwaltungsrechte des einzelnen WEers auf Akte der Selbsthilfe sowie die Abwehr von Übergriffen einzelner WEer reduziert.¹⁸⁵

Neben den beschriebenen, obligatorischen Vertretungsorganen, welche die erforderliche Handlungsfähigkeit der EigG sicherstellen sollen, gibt es noch fakultative Organe, wie etwa den Eigentümerversorger. Dessen Funktion ist in § 22 WEG 2002 näher geregelt.¹⁸⁶ Ebenso zu den fakultativen Organen zählt der sog vorläufige Verwalter gem § 23 WEG 2002.

D. Parteifähigkeit und Sachlegitimation

Die Parteifähigkeit ist die Fähigkeit im Prozess, selbständig Träger von Rechten und Pflichten im eigenen Namen zu sein,¹⁸⁷ also die abstrakte Fähigkeit, im Prozess Kläger oder Beklagter sein zu können.¹⁸⁸ Auch wenn es an einer gesetzlichen Definition der Parteifähigkeit (zumindest in Österreich)¹⁸⁹ fehlt, so kann diese doch als prozessrechtliches Gegenstück zur zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit angesehen werden.¹⁹⁰ Wer also rechtsfähig ist, ist auch parteifähig.¹⁹¹ Das sind alle natürlichen und juristischen

¹⁸¹ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ Rz 66 zu § 18 WEG 2002 spricht bei der Z 2 von der vertretungsbefugten „Gesamtheit“ der Wohnungseigentümer“, da die (Stimmen-)Mehrheit bloßes Gültigkeitserfordernis des Beschlusses darstellt.

¹⁸² Painsi in GeKo Wohnrecht II Rz 15 zu § 26 WEG 2002 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

¹⁸³ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 40 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

¹⁸⁴ OGH 5 Ob 112/07t immolex 2008/53 (Pfiel) = Zak 2008/55 = MietSlg 59.407 = SZ 2007/166.

¹⁸⁵ RIS-Justiz RS0107884.

¹⁸⁶ Schauer in Illedits/Reich-Rohrwig³ § 18 WEG Rz 24.

¹⁸⁷ RIS-Justiz RS0035043.

¹⁸⁸ Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 26 (Stand 1.9.2014, rdb.at).

¹⁸⁹ Vgl § 50 dZPO.

¹⁹⁰ AaO.

¹⁹¹ RIS-Justiz RS0110705.

Personen sowie auch sonstige Gebilde, denen die Rechtsordnung die Fähigkeit vor Gericht zu klagen oder geklagt zu werden, verliehen hat,¹⁹² dementsprechend auch die EigG.¹⁹³

Im Unterschied zur Parteifähigkeit beschreibt der Begriff der Sach- oder auch Klagslegitimation allgemein die Berechtigung (oder Verpflichtung) einer Partei über den Gegenstand eines Rechtsstreits. Die Klagslegitimation ist sohin eine Frage des materiellen Rechts.

Fehlende Parteifähigkeit führt zur Zurückweisung der Klage oder des Antrags; fehlende Sachlegitimation führt hingegen zur (meritorischen) Abweisung des jeweiligen Rechtsschutzbegehrens.¹⁹⁴

Auch wenn in § 2 Abs 5 WEG davon die Rede ist, dass die Rechtsfähigkeit der EigG nicht über den Umfang der § 18 Abs 1 und 2 hinausgeht, so ist doch davon auszugehen, dass eine partielle Parteifähigkeit der EigG auszuschließen ist.¹⁹⁵ Somit erfolgt bei Überschreitung des Wirkungsbereichs der EigG keine Zurückweisung wegen mangelnder Parteifähigkeit, sondern führt diese vielmehr zu einer abweisenden Sachentscheidung.¹⁹⁶

Die Rechtspersönlichkeit der EigG in Angelegenheiten der Verwaltung gemäß § 13c Abs 1 WEG 1975 bzw § 18 Abs 1 WEG 2002 führt in ebendiesem Bereich zu ihrer ausschließlichen Sachlegitimation.¹⁹⁷ Folglich ist auch die Passivlegitimation im Wirkungskreis des § 18 Abs 1 WEG 2002 ausschließlich der EigG zugeordnet.¹⁹⁸ Dabei kann diese nur dann passiv legitimiert sein, wenn sie aufgrund von ihr selbst abgeschlossener Verträge in Anspruch genommen wird.¹⁹⁹ Wie bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 18 Abs 2 WEG hervorgeht, kann durch Abtretung nur die Aktivlegitimation der EigG erweitert werden, die Passivlegitimation bleibt davon jedoch zur Gänze unberührt.²⁰⁰

¹⁹² RIS-Justiz RS0110705 (T4).

¹⁹³ Vgl Seite 23.

¹⁹⁴ Nunner-Krautgasser in *Fasching/Konecny*³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 112 f (Stand 1.9.2014, rdb.at).

¹⁹⁵ Nunner-Krautgasser, aaO Rz 50.

¹⁹⁶ OGH 5 Ob 235/12p Zak 2013/324 = immolex-LS 2013/51 = ZVR 2014/58 (*Danzl*) = MietSlg 65.476.

¹⁹⁷ RIS-Justiz RS0108020 (T21).

¹⁹⁸ RIS-Justiz RS0116451, zuletzt OGH 5 Ob 57/19x immolex 2019/101 (*Klein*); zur großzügigen Handhabung der Zulässigkeit einer Berichtigung der Parteienbezeichnung iSd § 235 Abs 5 ZPO vgl Kap. VII.D auf Seite 35.

¹⁹⁹ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 36 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

²⁰⁰ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 37 (Stand: 1.6.2015, rdb.at).

IV. Abtretung als formloser Konsensualvertrag

A. Gesetzliche Regelung der Zession nach den §§ 1392 ff ABGB

Wenn eine Forderung von einer Person (Zedent) an eine andere (Zessionar) übertragen und von dieser angenommen wird, entsteht gemäß § 1392 ABGB die Umänderung des Rechtes mit Hinzukommen eines neuen Gläubigers (Zession). Der Zedent scheidet jedoch aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis nicht vollständig aus, sondern gibt nur seine Gläubigerstellung auf.²⁰¹

Man unterscheidet zwischen rechtsgeschäftlicher, richterlicher und gesetzlicher Zession, auch Legalzession genannt.²⁰² Die Abtretung gemäß § 18 Abs 2 WEG ist zwar gesetzlich verankert, doch handelt es sich bei dieser um eine rechtsgeschäftliche Zession („Die Wohnungseigentümer *können*...“).²⁰³

Die rechtliche Stellung des Schuldners (Zessus) bleibt unverändert aufrecht. Er muss iSd § 1395 ABGB weder an der Abtretung mitwirken noch darüber verständigt werden.²⁰⁴ Aus diesem Grund sieht das ABGB in seinen §§ 1394 ff sowie in § 1442 Schutzbestimmungen zugunsten des Schuldners vor.

Gemäß § 1394 ABGB übernimmt der Zessionar die Forderung mit denselben Rechten wie der Zedent sie hat bzw hatte. Diese Bestimmung impliziert ein gesetzliches Verschlechterungsverbot zugunsten des Schuldners.²⁰⁵ Weiters genießt der Schuldner gemäß § 1395 S 2 ABGB Vertrauensschutz, indem er bis zum Zeitpunkt seiner Verständigung von der Abtretung an den Zedenten (schuldbefreiend) zahlen kann. Die Verständigung kann zwar grds formlos erfolgen, doch hat diese ggü dem Zessus deutlich und verständlich zu erfolgen.²⁰⁶

Nach § 1396a ABGB sind nur im Bereich des beidseitigen Unternehmergegeschäftes Einschränkungen von vertraglichen Abtretungsverboten zulässig; außerhalb dieses Anwendungsbereichs – vorbehaltlich anderer gesetzlicher Ausnahmen – gilt ein vereinbartes Abtretungsverbot als „absolut“.²⁰⁷ Da es sich (um den Bogen zum

²⁰¹ Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1392 Rz 1 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

²⁰² Ertl in Rummel, ABGB³ § 1392 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

²⁰³ So auch Terlitza in FS Würth 223.

²⁰⁴ Heidinger in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar ABGB⁴ Rz 4 zu § 1392.

²⁰⁵ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1394 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

²⁰⁶ RIS-Justiz RS0032973.

²⁰⁷ Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1396a Rz 1 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

gegenständlich behandelten Themenkomplex zu spannen) beim dem WE regelmäßig vorangehenden Bauträgervertrag oftmals um ein bloß einseitiges Unternehmer- und damit um ein Verbrauchergeschäft handelt, würde ein zwischen Bauträger und Erwerber vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot ohne gesetzliche Sonderbestimmungen gültig zustande kommen. Der Erwerber könnte dadurch seine Forderungen ggü dem Bauträger, dem idR auch die Rolle des WE-Organisators zukommt, nicht an Dritte (also auch nicht an die EigG) abtreten. Dem wirkt aber § 18 Abs 2 iVm § 38 Abs 1 WEG entgegen, wonach Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder WEer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken, rechtsunwirksam sind (§ 38 Abs 1 WEG).

B. Voraussetzungen der Abtretung

1. Titelgeschäft der Zession

Die rechtsgeschäftliche Abtretung ist kein abstrakter Vertrag, sondern ein formloser²⁰⁸ Konsensualvertrag.²⁰⁹ Nichts anderes gilt auch im Bereich des § 18 Abs 2 WEG.²¹⁰ Als kausales Verfügungsgeschäft wird ein gültiges Grundgeschäft vorausgesetzt, also ein Rechtsgeschäft, in dem sich der abgetretene Anspruch begründet.²¹¹

Während im Falle einer „klassischen“ Forderungsabtretung nach § 1392 ABGB das zugrundeliegende Titelgeschäft deutlich erkennbar ist, – etwa die Abtretung einer Kundenforderung an ein Inkasso-Unternehmen zur weiteren Betreibung – ist dieses im Bereich des § 18 Abs 2 WEG wesentlich schwieriger auszumachen: Für gewöhnlich wird der einzelne WEer seinen Anspruch unentgeltlich abtreten.²¹² Dennoch handelt er aber nicht „aus bloßer Freigiebigkeit“.²¹³ Die EigG übernimmt das Klags- und Kostenrisiko, wofür ihr im Falle des Erfolgs finanzielle Vorteile entstehen. Davon wiederum profitieren die WEer, indem ihr (Gemeinschafts-)Vermögen vermehrt wird (etwa im Falle von Zuflüssen aus Preisminderungszahlungen) oder ihnen eine Ersparnis bleibt (bspw durch

²⁰⁸ Speziell für § 18 Abs 2 WEG 2002 vgl OGH 5 Ob 71/12w ZVB 2012/103 (*Michl*) = Zak 2012/492 = JBl 2012, 737 = bbl 2012/227 = *Terlitz*a, wobl 2013, 161 = wobl 2013/61 = MietSlg 64.459.

²⁰⁹ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³ § 1392 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

²¹⁰ OGH 5 Ob 71/12w ZVB 2012/103 (*Michl*) = wobl 2013/61 (*Terlitz*a) = Zak 2012/492 = JBl 2012, 737 = bbl 2012/227 = MietSlg 64.459.

²¹¹ *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1392 ABGB Rz 9.

²¹² Dementsprechend fällt auch keine Rechtsgeschäftsgebühr iSd § 33 TP 21 Abs 1 Gebührengesetz an.

²¹³ *Terlitz*a in FS Würth 224.

vom Bauträger durchgeführte Verbesserungen) und in weiterer Folge bspw ihre Beiträge zur Rücklage weniger strapaziert werden.²¹⁴

Insofern wird in der Lit²¹⁵ argumentiert, dass das Grund-„Geschäft“ bzw der Titel dem Treueverhältnis aller WEer zur EigG entspringt. Diese Argumentation wurde inzwischen vom OGH²¹⁶ übernommen, welcher dazu konkretisierte, dass aufgrund eines gemeinschaftlichen Interesses der WEer an der Schadensbehebung in ihren Abtretungserklärungen an die EigG (bzw den Verwalter) ein Auftrag iSd §§ 1002 ff ABGB liegt, dessen Grundlage wiederum das Verhältnis der einzelnen WEer zueinander bildet.

Terlitza spricht in seiner Besprechung²¹⁷ zu ebendieser Entscheidung des OGH vom Gemeinschaftsverhältnis als Rechtsgrund der Zession. Dies zeige sich ihm zufolge nicht nur an der wechselseitigen Treuepflicht der WEer zueinander und/oder im Verhältnis zur EigG, sondern auch daran, dass die Herstellung der Mangelfreiheit der gemeinsamen Sache und die Abtretung im „allseitigen Interesse“ liege. MAn kann dies aber uneingeschränkt nur für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche der WEer gelten, nicht jedoch für Unterlassungsansprüche, da diesbezüglich die Interessen der WEer heterogener sind und idR nicht im finanziellen Bereich liegen.

Eine aus dem Treueverhältnis der WEer zueinander resultierende Pflicht zur Abtretung von Ansprüchen²¹⁸ oder eine „automatische“ Abtretung durch Mehrheitsbeschluss der WEer²¹⁹ wird von *Löcker* mit Hinweis auf die vom Gesetzgeber ggü der „Verwaltungslösung“ bevorzugte „Abtretungslösung“ – mE zurecht – abgelehnt; schließlich sollte mit der gewählten Variante dem einzelnen WEer die größtmögliche Autonomie und das letzte Wort verbleiben, ob er selbst seinen Anspruch geltend macht oder eben an die Gemeinschaft zediert.²²⁰

²¹⁴ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29d.

²¹⁵ *Terlitza* in FS Würth 224; ebenso *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29d.

²¹⁶ OGH 6 Ob 115/18g Zak 2018/603 = immolex 2018/121 (*Prader*) = ecolex 2018/471 (*Schoditsch*) = *Kothbauer*, Gewährleistung und Schadenersatz im Wohnungseigentum, immolex 2019, 40 = wobl 2019/22 (*Terlitza*).

²¹⁷ Titel und Voraussetzungen der Abtretung eines Gewährleistungsanspruchs an die Eigentümergemeinschaft, wobl 2019, 64 (67).

²¹⁸ Wie von *Dirnbacher*, Das WEG idF der WRN 2006 (2006), 183 vorgeschlagen.

²¹⁹ *Call*, wobl 2005/6.

²²⁰ In *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29e; vgl auch Kap. VII.A.1 auf Seite 64.

2. Abtretungserklärung des Zedenten

Damit die Abtretung als Konsensualvertrag gültig zustande kommt, bedarf es zur Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen der Vertragsparteien. Im Falle des § 18 Abs 2 WEG muss der abtretungswillige WEer der EigG ein entsprechendes Anbot unterbreiten, indem er seinen Willen erklärt, der EigG eine bestimmte Forderung zu zedieren. Auf diese Abtretungserklärung sind die allgemeinen Regeln des Zivilrechts anzuwenden: sie ist formfrei,²²¹ jedoch hat sie dem Bestimmtheitserfordernis des § 869 ABGB zu entsprechen.²²²

Auch eine konkludente Abtretungserklärung ist möglich.²²³ Doch wird bspw für eine gültige Abtretungserklärung die Berufung auf einen Mehrheitsbeschluss der WEer, an welchem sich der potenzielle Zedent (im Innenverhältnis) beteiligt hat, nicht ausreichen, da sich aus dem Mehrheitsbeschluss nicht ergibt, welcher WEer welche(n) seiner Ansprüche genau abtreten wollte. Dies widerspräche nämlich dem bereits beschriebenen, insb dem Verschlechterungsverbot; schließlich muss der in Anspruch genommene Zessus wissen, gegen welche Ansprüche – und gegen wen genau – er sich zu behaupten hat.²²⁴

3. Annahme der Eigentümergemeinschaft als Zessionarin

Entsprechend den Regeln der §§ 1392 ff ABGB ist neben der Abtretungserklärung als Anbot auch die Annahme der Abtretung durch die EigG als Zessionarin für die Wirksamkeit derselben erforderlich.²²⁵ *Terlitza*²²⁶ sieht in der Annahme durch die EigG eine „zumindest fingierte“ Verwaltungsmaßnahme:

Zum einen genieße die EigG – wie schon zuvor ausgeführt – nur im Bereich der Verwaltungssachen Rechtspersönlichkeit und kann daher nur in diesem Umfang Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 18 Abs 1 WEG). Zum anderen wird durch die Qualifikation als Verwaltungsmaßnahme sichergestellt, dass das Vertretungsgefüge

²²¹ *Heidinger* aaO Rz 12; vgl in concreto 5 Ob 71/12w ZVB 2012/103 (*Michl*) = Zak 2012/492 = JBl 2012, 737 = bbl 2012/227 = *Terlitza*, wobl 2013, 161 = wobl 2013/61 = MietSlg 64.459.

²²² *Terlitza* in FS Würth 224.

²²³ *Terlitza* aaO; vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 30.

²²⁴ OGH 5 Ob 71/12 w ZVB 2012/103 (*Michl*) = Zak 2012/492 = JBl 2012, 737 = bbl 2012/227 = *Terlitza*, wobl 2013, 161 = wobl 2013/61 = MietSlg 64.459; so auch *Terlitza* FS Würth 225.

²²⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22 f; so auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29d; *Terlitza* in FS Würth 226; vgl auch OGH 12.06.2012, 5 Ob 71/12w.

²²⁶ *Terlitza* in FS Würth 227 ff.

im Außen- sowie die Willensbildungsregeln im Innenverhältnis den Intentionen des Gesetzgebers zur Rechtsfähigkeit der EigG entsprechen.²²⁷

4. Annahmeerklärung als ordentliche/außerordentliche Verwaltung?

Bereits im Zuge des Begutachtungsverfahrens zur WRN 2006 wurde angeregt, in der Novelle zu klären, ob es sich bei der Annahme durch die EigG um eine Handlung der ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltung, oder gar um eine Verfügungsmaßnahme handle. Der Gesetzgeber erteilte diesem Anstoß jedoch eine Absage, da sich die Frage der Einordnung wegen der unterschiedlichen Grundlagen der abtretbaren Ansprüche – als Verwaltungs- oder Verfügungsmaßnahme – nicht einheitlich beantworten lässt.²²⁸ Kothbauer²²⁹ etwa sprach sich für eine pauschale Abgrenzung dahingehend aus, dass die Annahme der Ansprüche, denen ein gemeinschaftliches Interesse innewohnt, als ordentliche Verwaltung anzusehen ist und die Annahme der Zession von Ansprüchen, die bloß im individuellem Interesse eines oder einzelner WEer liegen, als außerordentliche Verwaltung zu qualifizieren sei. Löcker²³⁰ sieht es als sachgerechter an, Verwaltungs- und Eigentümerrechte nicht stets als Gegenbegriffe zu verstehen, sondern Schnittstellen und -flächen zwischen Eigentümer-, Verfügungs- und Verwaltungsbereich zuzulassen.

V. Abtretbare Ansprüche der Wohnungseigentümer

§ 18 Abs 2 des WEG 2002 idF WRN 2006 spricht von aus dem Miteigentum der WEer erfließenden Unterlassungsansprüchen sowie von die Liegenschaft betreffenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, die an die EigG abgetreten werden können. Es bedarf dabei einer genaueren Betrachtung und Abgrenzung, welche Ansprüche nun unter diese Bestimmung fallen und somit abtretungsfähig sind bzw zur Geltendmachung durch die EigG überhaupt an diese abgetreten werden müssen und welche Ansprüche ohnehin originäre Ansprüche der EigG sind.²³¹

²²⁷ Terlitza, aaO 228 f.

²²⁸ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 23.

²²⁹ Wie werden Ansprüche nach § 18 Abs 2 WEG abgetreten? immolex 2008, 224.

²³⁰ In Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 29 und 31.

²³¹ Vgl dazu unten Punkt VI auf Seite 38.

A. Unterlassungsansprüche

§ 18 Abs 2 Satz 1 WEG erwähnt zunächst abtretbare Unterlassungsansprüche, die aus dem Miteigentum – wie auch aus ihrem Mitbesitz²³² – erfließen. Den Gesetzesmaterialien zur WRN 2006 zufolge zählen dazu neben der Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 523 ABGB, die Geltendmachung nachbarrechtlicher Ansprüche aus den §§ 364 ff ABGB, der Räumungsanspruch wegen titellosen Besitzes, aber auch die – aus dem Mitbesitz abgeleitete²³³ – Besitzstörungsklage.²³⁴

Unterlassungsansprüche gründen grds auf dem Sachenrecht des (Mit-)Eigentums und sind gem § 1393 ABGB – vgl dessen zweiten Satz: „*Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden.*“ – wie auch gemäß hL²³⁵ einer Abtretung an Dritte nicht zugänglich. Die gesetzliche Anordnung des § 18 Abs 2 tritt als lex specialis vor die Bestimmungen des ABGB und kommt damit dessen § 1393 bei einer Zession der (Mit-)Eigentumsrechte des einzelnen WEers an die EigG nicht zur Anwendung.

Vielmehr kann bzw muss der WEer die aus seinem Miteigentum erfließenden Unterlassungsansprüche an die EigG abtreten, damit letztere diese überhaupt in ihrem eigenen Namen geltend machen kann. Dies umfasst sowohl possessorische wie auch petitorische Ansprüche zur Wahrung der (Mit-)Eigentumsrechte des Einzelnen, auch ggü den übrigen Gemeinschaftsmitgliedern.²³⁶ Da im Falle von Miteigentum das Recht zur Abwehr von Eingriffen in das Eigentumsrecht jedem einzelnen Miteigentümer zusteht, kann auch jeder einzelne WEer seinen Unterlassungsanspruch – ohne Rücksicht auf ein allfälliges „passives“ Verhalten seiner Miteigentümer – abtreten.²³⁷

²³² ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

²³³ Terlitza in FS Würth 233.

²³⁴ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

²³⁵ Heidinger in Schwimann/Kodek⁴ § 1393 ABGB Rz 1; Ertl in Rummel, ABGB³ § 1393 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2002, rdb.at); Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang³ § 1393 ABGB Rz 6; OGH 8 Ob 45/12v JBl 2013, 552 (Holzner) = Zak 2013/248 = ecolex 2013/193 = NZ 2013/139; RIS-Justiz RS0032651.

²³⁶ Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 59 (Stand 15.10.2018, rdb.at); ebenso Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 29c.

²³⁷ OGH 3 Ob 140/11a wobl 2012/70 (Terlitza) = EvBl 2012/60 (Pesek) = immolex 2012/26 (Prader) = immolex-LS 2012/8 = Zak 2012/108 = MietSlg 63.468 = MietSlg 63/15; RIS-Justiz RS0127385; vgl auch Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 60 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Laut *Painsi*²³⁸ soll dies den einzelnen WEern ermöglichen, nicht als Einzelpersonen gegen Dritte, Nachbarn oder gar einen anderen WEer vorgehen zu müssen. Dadurch werde auch das Kostenrisiko gesenkt.

1. Abtretbare Unterlassungsansprüche im Einzelnen

a) *Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 523 ABGB (actio negatoria)*

Die Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB soll den Eigentümer einer Liegenschaft zum einen gegen die Anmaßung oder unberechtigte Erweiterung einer Dienstbarkeit schützen, zum anderen aber auch auf die Abwehr jeder anderen Störung seines Eigentumsrechts durch unberechtigte Eingriffe abzielen.²³⁹

Nach dem Wortlaut des § 523 ABGB („*der Eigentümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren*“) zielt die Eigentumsfreiheitsklage zwar nur auf denjenigen ab, der sich unbefugt das Recht einer Servitut anmaßt. Doch wurde der Anwendungsbereich dieser Bestimmung von der Lit²⁴⁰ wie auch von der Rsp²⁴¹ erheblich erweitert, indem damit jeder unberechtigte Eingriff in das Eigentum geschützt werden kann. Der Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB zur Abwehr von vom Nachbargrund ausgehender Immissionen ist *lex specialis* zur Negatorienklage nach § 523 ABGB,²⁴² wobei beide Bestimmungen sich aus § 354 ABGB ableiten.²⁴³

Zur Durchsetzbarkeit der Negatorienklage genügt die objektive Rechtswidrigkeit, ein Verschulden des Störers ist ebensowenig erforderlich wie die Absicht der Störung oder der Rechtsanmaßung.²⁴⁴

Die Durchsetzung petitorischer Rechtsschutzansprüche, wozu die Negatorienklage gehört,²⁴⁵ ist laut stRsp²⁴⁶ – wenn auch der OGH von diesem Standpunkt in seiner E 5 Ob 18/06t²⁴⁷ einmalig abging – keine Angelegenheit der Verwaltung iSd § 18 WEG, sondern

²³⁸ AaO Rz 59.

²³⁹ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 523 ABGB Rz 8.

²⁴⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 523 Rz 8 (Stand 1.2.2020, rdb.at); Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 523 ABGB Rz 8; Hofmann in Rummel, ABGB³ § 523 Rz 9 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at).

²⁴¹ RIS-Justiz RS0012040, zul OGH 20.01.2020, 1 Ob 210/19t.

²⁴² OGH 13.02.2007, 4 Ob 250/06b; 1 Ob 262/97d RdU 1998, 89 (Kerschner, RdU 1998, 95) = SZ 70/201; vgl auch Merth/Spath in Schwimann³, Rz 12 zu § 523 ABGB.

²⁴³ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 523 ABGB Rz 8.

²⁴⁴ RIS-Justiz RS0012169.

²⁴⁵ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 1099.

²⁴⁶ RIS-Justiz RS0117352.

²⁴⁷ Näher dazu Seite 12.

gründet sich vielmehr auf dem Anteilsrecht der WEer, also auf dem dinglichen (Mit-) Eigentumsrecht.²⁴⁸ Die Aktivlegitimation kommt bei gemeinschaftlichem Eigentum jedem einzelnen Miteigentümer zu, dies auch dann, wenn es sich beim Störer um einen anderen Miteigentümer handelt.²⁴⁹

Das Klagebegehren kann auf Feststellung des Nichtbestehens einer Dienstbarkeit, Wiederherstellung des früheren Zustandes, Unterlassung künftiger Störungen und auf Schadenersatz gerichtet sein.²⁵⁰ Auch das Begehren auf Beendigung eines Mietvertrages zwischen einem anderen vermietenden Mit- und WEer und seinem störenden Mieter kann, sofern kein anderes Mittel geeignet ist, zulässig sein; der Mit- und WEer ist diesfalls als mittelbarer Störer zu belangen.²⁵¹ Passivlegitimiert ist ein mittelbarer Störer, auch hinsichtlich der Unterlassung, aber nur dann, wenn er die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hat, die störenden Handlungen eines Dritten zu steuern bzw zu verhindern.²⁵²

Gem § 523 Satz 3 ABGB muss der klagende Eigentümer sein Eigentum sowie den Eingriff in dieses Recht („*Anmaßung der Servitut in seiner Sache*“) behaupten und beweisen. Der Beklagte wiederum hat allfällige Rechtfertigungsgründe, etwa das Bestehen einer auf einer ersteigerten Liegenschaft zu seinen Gunsten lastenden, nicht verbücherten Servitut,²⁵³ darzulegen.²⁵⁴

Da der Wortlaut des § 18 Abs 2 WEG nur die Abtretung des Anspruchs auf Unterlassung klar vorsieht, nicht jedoch jenen der Wiederherstellung des vorigen Zustandes oder der Beseitigung der Störung, stellt sich die Frage, ob auch letzteren die Rechtswohlthat des § 18 Abs 2 WEG zugutekommt. Die Eigentumsfreiheitsklage wird in den Materialien²⁵⁵ als abtretbarer Anspruch ohne jede Form von Einschränkung erwähnt, was den Schluss zulässt, dass auch der Anspruch auf Wiederherstellung bzw Beseitigung der Störung

²⁴⁸ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 31 (Stand 15.10.2018, rdb.at); vgl auch OGH 5 Ob 268/02a immolex 2003/77 = MietSlg 54.434 = NZ 2004/23 = EWR II/13c/201 = wobl 2003/74 = JBl 2003, 868; 5 Ob 88/04h wobl 2005/26 (*Call*) = MietSlg 56.492 = EWR W/18/25; zul 5 Ob 226/18y immo aktuell 2019/44 (*Höllwerth*).

²⁴⁹ RIS-Justiz RS0012112; *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 523 Rz 9 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

²⁵⁰ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 523 Rz 11 (Stand 1.2.2020, rdb.at); *Bittner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 523 ABGB Rz 11; vgl auch RIS-Justiz RS0112687.

²⁵¹ OGH 5 Ob 2/11x Zak 2011,74 = immolex-LS 2011/24 = EvBl 2011/82 = immolex 2011/57 (*Cerha*) = wobl 2011/93 (*Illedits*) = MietSlg 63.066.

²⁵² RIS-Justiz RS0103058.

²⁵³ RIS-Justiz RS0010164 (T10).

²⁵⁴ RIS-Justiz RS0012186.

²⁵⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

Gegenstand der Abtretung sein können.²⁵⁶ Andernfalls könnte zwar der Anspruch auf Unterlassung selbst von der EigG geltend gemacht werden, die Beseitigung und/oder Wiederherstellung des früheren Zustandes müsste der WEer aber weiterhin selbst durchsetzen, was mE schon aus Gründen der Prozessökonomie nicht argumentierbar ist.²⁵⁷

Die Eigentumsfreiheitsklage spielt im WE-Recht gerade iZm § 16 Abs 2 WEG eine große Rolle. Gem dieser Bestimmung ist der WEer zu Änderungen (einschließlich Widmungsänderungen) an seinem WE-Objekt auf seine Kosten berechtigt, wobei der Umfang dieses Änderungsrechtes mehreren Schranken unterliegt, da mit derartigen Änderungen in die Rechte der Miteigentümer eingegriffen werden kann:²⁵⁸ Gem § 16 Abs 2 Z 1 WEG dürfen durch solche Änderungen die schutzwürdigen Interessen der übrigen WEer nicht beeinträchtigt werden, auch nicht im Falle der Z 2 leg cit, da hier die Bedingungen der Z 1 kumulativ zu berücksichtigen sind.²⁵⁹ Allein die bloße Möglichkeit einer derartigen Beeinträchtigung genügt, damit die Zustimmung aller übrigen Miteigentümer oder die Genehmigung des Außerstreitrichters gem § 52 Abs 1 Z 2 WEG einzuholen ist.²⁶⁰

Wird dies verabsäumt, so ist jeder andere Miteigentümer berechtigt, die Beseitigung und/oder Unterlassung der Änderung bzw Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands – gestützt auf § 523 ABGB – im streitigen Weg²⁶¹ zu verlangen.²⁶²

b) *Servitutenklage gemäß § 523 ABGB (actio confessoria)*

Die Servitutenklage, auch actio confessoria oder konfessorische Klage genannt, ist darauf gerichtet, jede Bestreitung bzw Störung eines Servitutenrechts zu unterbinden.²⁶³ Man könnte sie auch als Gegenstück zur Eigentumsfreiheitsklage sehen, da sie sich gegenseitig ausschließen.²⁶⁴ Aktivlegitimiert ist der Dienstbarkeitsberechtigte, bei Grundservituten

²⁵⁶ So auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c.

²⁵⁷ Auch *Painsi* (in *GeKo Wohnrecht II* § 18 WEG 2002 Rz 62 [Stand 15.10.2018, rdb.at]) spricht sich für die einheitliche Behandlung aller auf § 523 ABGB beruhenden Ansprüche aus.

²⁵⁸ *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 16 WEG Rz 2.

²⁵⁹ *Markl* in *GeKo Wohnrecht II* § 16 WEG 2002 Rz 15 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

²⁶⁰ RIS-Justiz RS0083156; RS0132624.

²⁶¹ OGH 5 Ob 275/08i immolex-LS 2009/49 = immolex 2009/74 (*Edelhauser*) = wobl 2009/56 = bbl 2009/95 = JBl 2009, 449 = ecolex 2009/211 = SZ 2009/4 = MietSlg 61.576.

²⁶² *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 16 WEG Rz 22.

²⁶³ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 523 Rz 3 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

²⁶⁴ *Memmer*, aaO Rz 2.

also der Eigentümer des herrschenden Grundstücks.²⁶⁵ Dabei hat der Kläger den Erwerb der Dienstbarkeit, bei Eintragungspflicht auch deren Einverleibung bzw eine allfällige Ersitzung derselben darzulegen.²⁶⁶ Die Klage richtet sich gegen denjenigen, der den oder die Dienstbarkeitsberechtigten an der Ausübung seines oder ihres Rechtes hindert oder daran stört; bei Grunddienstbarkeiten ist somit der Eigentümer der dienenden Sache passivlegitimiert.²⁶⁷

Steht dabei das herrschende Grundstück im Miteigentum, so kann die actio confessoria nach stRsp nur von allen Miteigentümern des herrschenden Grundstücks gemeinsam erhoben werden, da eine Grunddienstbarkeit weder zu Lasten noch zu Gunsten eines ideellen Anteils einer Liegenschaft begründet werden kann.²⁶⁸ Richtet sich aber die Klage nicht auf Feststellung und Verbücherung einer Servitut, sondern bloß auf die Abwehr von Eingriffen in ein bereits bestehendes Recht, so ist jeder einzelne Miteigentümer allein aktivlegitimiert.²⁶⁹

Wenn auch im Gegensatz zur Negatorienklage die Servitutenklage in den Materialien zum § 18 Abs 2 idF der WRN 2006²⁷⁰ nicht ausdrücklich genannt ist, so hat der OGH in seiner E vom 08.11.2011²⁷¹ ausdrücklich klargestellt, dass auch die Servitutenklage nach § 523 ABGB gegen Störungen der Benützung des herrschenden Grundstücks von § 18 Abs 2 WEG erfasst ist und somit der Anspruch an die EigG abgetreten werden kann, da dies dem Regelungszweck letzterer Bestimmung entspricht. Die Erhebung einer Servitutenklage stellt aber nach Ansicht des OGH keine Verwaltungsangelegenheit gem § 18 Abs 1 WEG dar, sondern eine Verfügungshandlung. Daher bedarf es zur Begründung der Klagslegitimation der EigG einer Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG. Zudem führte der OGH aus, dass ein einzelner WEer einen Anspruch der EigG nach § 18 Abs 2 leg cit dann abtreten kann, wenn er den Anspruch auch selbst, also ohne Abtretung, geltend machen könnte. Dies ist auf den Grundsatz des § 1394 ABGB zurückzuführen, wonach der Zessionar nur an die Stelle des Zedenten tritt, sich also nur die

²⁶⁵ Memmer, aaO Rz 4.

²⁶⁶ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 523 ABGB Rz 4.

²⁶⁷ Memmer, aaO Rz 5.

²⁶⁸ Bittner, aaO Rz 5; Memmer, aaO Rz 4; RIS-Justiz RS0012137 (T7); RS0013417 (T19); vgl auch RIS-Justiz RS0101793.

²⁶⁹ Memmer, aaO; RIS-Justiz RS0012137 (T10);

²⁷⁰ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

²⁷¹ OGH 3 Ob 140/11a wobl 2012, 195/70 (*Terlitza*) = EvBl 2012, 413/60 (*Pesek*) = immolex 2012/26 (*Prader*) = immolex-LS 2012/8 = Zak 2012/108 = MietSlg 63.468 = MietSlg 63/15.

Rechtszuständigkeit der zedierten Forderung, nicht aber deren Inhalt ändert. Anderes gilt – wie schon oben ausgeführt – beim Anspruch auf Feststellung des Bestehens einer Servitut, da diesfalls nur alle Miteigentümer gemeinsam, nicht aber der einzelne, aktiv legitimiert sind.

In seiner ausführlichen Besprechung dieser E des OGH pflichtet *Terlitza*²⁷² den Ausführungen des 3. Senats bei und weist mE sehr überzeugend darauf hin, dass die Servitutenklage – wenn sich auch zweifelsohne aus dem festgestellten Sachverhalt ein Gemeinschaftsinteresse an der Abwehr der Störung eines Servituts und damit eine gewisse „abstrakte Nähe“ zu den Verwaltungssagen nach § 18 Abs 1 WEG ergibt – aus einer dinglichen Rechtsposition abgeleitet werde und daher ihre Geltendmachung als Verfügungsmaßnahme grds den einzelnen (Mit-)Eigentümern zustehe.²⁷³

*Prader*²⁷⁴ hingegen kritisiert die E, indem er bei Abtretungen iZm Verfügungsrechten Einstimmigkeit fordert und zudem argumentiert, dass sich aus der Rsp und „gewichtigen Stimmen“ der Lit²⁷⁵ ergebe, dass eine derartige Klage nur erhoben werden dürfe, wenn sich der klagende Miteigentümer damit nicht in Widerspruch zu den anderen Eigentümern setzt. Daher sei einstimmiges Vorgehen, also die Anspruchsabtretung durch sämtliche Miteigentümer vonnöten. Außerdem führt Prader ins Treffen, dass sich die Formalvollmacht des Verwalters nur auf Verwaltungs-, nicht jedoch auf Verfügungshandlungen beziehe und daher fraglich sei, inwieweit er überhaupt zur Annahme von abgetretenen Verfügungsansprüchen berechtigt sei.

ME ist *Praders* Ausführungen aus gleich mehreren Gründen nicht zu folgen: Die Rsp, dass sich der klagende Miteigentümer nicht in Widerspruch zu anderen Miteigentümern setzen dürfe, war schon zum damaligen Zeitpunkt vom OGH dahingehend überholt und eingeschränkt worden, als dies zwar für schlichte Miteigentümer, nicht jedoch für WEer gelte.²⁷⁶ Außerdem weisen sowohl *Terlitza*²⁷⁷ als auch *Pesek*²⁷⁸ (mit Verweis auf

²⁷² In wobl 2012, 195/70.

²⁷³ AaO 197.

²⁷⁴ In immolex 2012/26.

²⁷⁵ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 523 ABGB Rz 4; *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 828 Rz 23.

²⁷⁶ OGH 5 Ob 25/08z ecollex 2008/366 (*Friedl*) = immolex 2008/151 (*Edelhauser*) = Zak 2008/609 = wobl 2009/54 (*Vonkilch*) = MietSlg 60.052, 60.429, 60.720; 5 Ob 241/09s wobl 2010/18 (*Illedits*) = Zak 2010/115 = immolex 2010/92 (*Cerha*) = ecollex 2010/180 = MietSlg 61.079, 61.463.

²⁷⁷ In wobl 2012, 195 (198).

²⁷⁸ In EvBl 2012, 413 (415).

Löcker²⁷⁹) mAn zu Recht darauf hin, dass durch die WRN 2006 die Teilrechtsfähigkeit der EigG und somit die Zuständigkeit des Verwalters auf die abtretbaren Ansprüche des § 18 Abs 2 WEG erweitert wurde und daher die Annahme solcher Zessionen durchaus von seiner Formalvollmacht erfasst sei.

Angesprochen wurde bereits, dass der Anspruch auf Feststellung des Bestehens einer Servitut von sämtlichen Miteigentümern der herrschenden Liegenschaft gemeinsam geltend zu machen ist.²⁸⁰ Nun stellt sich überhaupt die Frage, ob derartige Ansprüche, wenn auch von allen WEern, an die EigG abgetreten werden können. Nach meinem Dafürhalten ist dies aufgrund folgender Überlegungen zu verneinen:

Zum einen finden Feststellungsansprüche in § 18 Abs 2 WEG keine Erwähnung. Zum anderen führte der OGH in seiner soeben genannten E²⁸¹ selbst aus, dass aufgrund allgemeiner zessionsrechtlicher Regeln (§ 1394 ABGB) der Miteigentümer nur solche Ansprüche an die EigG abtreten kann, die er auch selbst geltend machen könnte; was ja gerade bei Feststellungsansprüchen iZm einer Servitut nicht zutrifft. Überhaupt entspricht es der hL²⁸², dass aus einem Sachenrecht erwachsende Ansprüche wegen der untrennbaren Verbindung von Recht und Anspruch nicht zediert werden können.

c) *Nachbarrechtliche Ansprüche und Immissionsabwehr nach §§ 364 ff ABGB*

Wie schon ausgeführt, sind die nachbarrechtlichen Ansprüche nach den §§ 364 ff ABGB besondere Anwendungsfälle der negatorischen Klage gemäß § 523 ABGB.²⁸³

Gemäß § 364 Abs 2 ABGB sind von einem Nachbargrundstück ausgehende Einwirkungen dann nicht zu dulden, wenn diese das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Zu diesen unzulässigen Immissionen zählt das Gesetz etwa Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch und Erschütterung, wobei diese Aufzählung nur als demonstrative zu verstehen ist.²⁸⁴ Unmittelbare Zuleitungen ohne

²⁷⁹ In *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 30.

²⁸⁰ Vgl FN 268 auf Seite 41.

²⁸¹ OGH 3 Ob 140/11a wobl 2012, 195/70 (*Terlitza*) = EvBl 2012, 413/60 (*Pesek*) = immolex 2012/26 (*Prader*) = immolex-LS 2012/8 = Zak 2012/108 = MietSlg 63.468 = MietSlg 63/15.

²⁸² *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1393 ABGB Rz 6 mwN; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 538.

²⁸³ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 47; vgl auch RIS-Justiz RS0109030; RS0124364.

²⁸⁴ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 364 ABGB Rz 8 (Stand 1.2.2020, rdb.at); *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 162.

besonderen Rechtstitel sind nach Satz 2 des § 364 Abs 2 ABGB überhaupt stets unzulässig.

Bei Bergwerksanlagen oder behördlich genehmigte Anlagen auf dem nachbarlichen Grund steht dem Beeinträchtigten gemäß § 364a ABGB kein Unterlassungsanspruch, sondern nur ein (verschuldensunabhängiger) nachbarrechtlicher Entschädigungsanspruch zu. Zur Frage, was unter die Begrifflichkeit der behördlich genehmigten Anlage fällt, hat die Rsp²⁸⁵ umfangreich Stellung bezogen.

Vertiefungen auf dem Nachbargrundstück, welche bloß mittelbare, jedoch körperliche Immissionen darstellen,²⁸⁶ dürfen nach § 364b ABGB nicht dazu führen, dass Grundstücksteile des Nachbarn die erforderliche Stütze verlieren. Gem Satz 2 leg cit kann dies auch durch eine anderweitige Befestigung verhindert werden. Auch in diesem Fall besteht allenfalls ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch.²⁸⁷

Die zwei Bedingungen des § 364 Abs 2 ABGB – nämlich, dass das ortsübliche Maß überschritten und die ortsübliche Benutzung des eigenen Grundstückes wesentlich beeinträchtigt wird – müssen für einen Unterlassungsanspruch kumulativ²⁸⁸ vorliegen. *Holzner*²⁸⁹ spricht dabei von „doppelter Ortsunüblichkeit“. Zudem ist, wie allgemein bei Unterlassungsansprüchen,²⁹⁰ eine Ersteingriffs- oder Wiederholungsgefahr materielle Klagsvoraussetzung.²⁹¹ Auch wenn sich Beseitigungsansprüche im Wortlaut des § 364 Abs 2 ABGB nicht wiederfinden, sind diese durchaus mitumfasst, etwa wenn störende Stoffe, Ablagerungen oder gar eine Störquelle auf dem beeinträchtigten Grundstück zurückbleiben.²⁹²

Zur Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 ABGB aktivlegitimiert ist nicht nur der Alleineigentümer, sondern auch ein einzelner WEer als Miteigentümer der

²⁸⁵ RIS-Justiz RS0010670; RS0010668.

²⁸⁶ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 364b ABGB Rz 1 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

²⁸⁷ RIS-Justiz RS0118359; RS0010501; RS0010625.

²⁸⁸ *Kerschner/Wagner*, aaO Rz 200.

²⁸⁹ aaO Rz 13.

²⁹⁰ RIS-Justiz RS0010553.

²⁹¹ OGH 1 Ob 227/10d RdU 2011/98 (*Schlager*) = bbl 2011/139 = NZ 2012/8 = ZVR 2012/42 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = MietSlg 63.018, 63.050; 3 Ob 156/14h ecolex 2015/78 = Jus-Extra OGH-Z 5734 = RdU 2015/159 (*Ecker*) = MietSlg 66.808; vgl auch *Holzner*, aaO Rz 16 mwN; ausf zur Wiederholungsgefahr bzw der vorbeugenden Unterlassungsklage s *Illedits* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht³ (2013) Rz 8/78 ff.

²⁹² *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 64 ff.

beeinträchtigt Liegenschaft.²⁹³ Passivlegitimiert ist nicht nur der Nachbar selbst, sondern jeder Störer. Dazu zählt auch der bloß mittelbare Störer,²⁹⁴ wie etwa der an den unmittelbaren Störer vermietende WEer.²⁹⁵

Auch im Wohnungseigentum hat grundsätzlich jeder Mit- und WEer die von einer verkehrsüblichen Nutzung des Nachbarobjektes ausgehenden Immissionen zu dulden.²⁹⁶ Dies ergibt sich mE schon aus dem Umkehrschluss von § 16 Abs 1 WEG. Doch ist § 364 Abs 2 ABGB auch im Verhältnis zwischen zwei benachbarten WEern in demselben Haus, anwendbar.²⁹⁷

Dies scheint laut *Kerschner/Wagner*²⁹⁸ aufgrund der besonderen „Konstruktion des Wohnungseigentums“ durchaus vertretbar, was eben bei schlichtem Miteigentum nicht gilt.²⁹⁹ Dabei steht dem WEer der Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB nur dann zu, wenn die Immissionen nicht ortsüblich und, – als Besonderheit im WE-Recht – überdies nicht der vertraglichen Sonderbeziehung zwischen den WEern entsprechen. Gemeint sind damit Regelungen im WE-Vertrag oder eine Hausordnung.³⁰⁰ Doch ist die Immissionsklage nach § 364 Abs 2 ABGB auch dann zulässig, wenn der benachbarte WEer die Beseitigung der Ursache störender Immissionen (konkret: mangelhafter Trittschallschutz) verhindert.³⁰¹

Gerade bei der Abtretung von derartigen Ansprüchen (nämlich zwischen zwei Mitgliedern der EigG) ist zu überlegen, ob die EigG – ggf durch ihren Verwalter – den zedierten Anspruch überhaupt annimmt oder annehmen muss. Schließlich stellt sich die Frage, ob die Geltendmachung des Anspruchs im Gemeinschaftsinteresse liegt. Folgt man *Terlitz*³⁰², so ist ein Kontrahierungszwang iSe Annahmewangs äußerst restriktiv

²⁹³ Ausf dazu *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 241 ff.

²⁹⁴ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 364 ABGB Rz 6 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

²⁹⁵ OGH 6 Ob 227/07m Zak 2009/69 = immolex-LS 2009/29 = immolex 2009/87 (*Neugebauer*) = wobl 2009/106 = MietSlg 60.017, 60.122.

²⁹⁶ RIS-Justiz RS0110784 (T5).

²⁹⁷ RIS-Justiz RS0010614; vgl auch *Illedits* in *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht³ Rz 8/75.

²⁹⁸ In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 242.

²⁹⁹ *Kerschner/Wagner*, aaO Rz 246.

³⁰⁰ RIS-Justiz RS0110784.

³⁰¹ OGH 5 Ob 173/15z Zak 2015/655 = immolex-LS 2015/72 = immolex 2016/3 (*Räth*) = Jus-Extra OGH-Z 5906 = bbl 2016/42 = wobl 2016/19 = RZ 2016 EÜ45 = EvBl 2016/47 = SZ 2015/103.

³⁰² In FS Würth 231 f.

zuzulassen, etwa wenn die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs die letzte Möglichkeit darstelle, ein wichtiges Interesse der EigG zu wahrzunehmen.³⁰³

Gehen die Störungen jedoch nicht von einem bestimmten, zur ausschließlichen Nutzung eines WEers bestimmten WE-Objekt, sondern von allgemeinen Teilen der Liegenschaft aus, handelt es sich um eine Auseinandersetzung zwischen Miteigentümern betreffend die Benützung allgemeiner Teile der Liegenschaft, welche im außerstreitigen Verfahren nach § 52 WEG 2002 (§ 26 WEG 1975) zu klären ist.³⁰⁴

d) *Räumungsklage wegen titelloser Benützung*

Wer weder ein obligatorisches noch ein dingliches Recht zur Benützung der Liegenschaft oder Teile deren hat, nutzt diese titellos und muss der auf das Eigentumsrecht gestützten Räumungsklage des Liegenschaftseigentümers infolge seiner titellosen Benützung einer fremden Sache weichen.³⁰⁵ Die gegen den titellosen Inhaber einer Liegenschaft oder Wohnung eingebrachte Räumungsklage ist als Eigentumsklage (rei vindicatio) iSd § 366 ABGB zu qualifizieren.³⁰⁶

Ziel der Klage ist die Herausgabe einer (beweglichen) Sache bzw die Räumung einer Liegenschaft an den nicht innehabenden Eigentümer.³⁰⁷ Jeder WEer als bloßer Miteigentümer ist zur Räumungsklage gegen einen titellosen Benützer berechtigt,³⁰⁸ dies auch ohne die Zustimmung der übrigen Miteigentümer.³⁰⁹

Laut den Mat zur WRN 2006 sind auch Räumungsansprüche gegen einen titellosen Benützer einer Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG zugänglich.³¹⁰ Die Zuordnung zu den Unterlassungsansprüchen sei zwar laut *Löcker*³¹¹ dogmatisch „nicht selbstverständlich“, angesichts deren expliziter Aufzählung durch den Gesetzgeber in den Mat ist dies jedoch „anzunehmen“.

³⁰³ Vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29e.

³⁰⁴ OGH 08.04.1981, 3 Ob 502/81.

³⁰⁵ Vgl RIS-Justiz RS0010849.

³⁰⁶ RIS-Justiz RS0062419.

³⁰⁷ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 366 Rz 2 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

³⁰⁸ RIS-Justiz RS0010851; RS0013417; vgl auch *Holzner*, aaO Rz 7.

³⁰⁹ OGH 6 Ob 127/15t immolex 2015/94 (*Pfiel*) = wobl 2016/86 (*Etzersdorfer*).

³¹⁰ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

³¹¹ In *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c.

Da der OGH in seiner E 5 Ob 88/16a³¹² eine Analogiefähigkeit von den Unterlassungs-, Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen ähnlichen Ansprüchen zuließ und damit auch die Rsp von einer allzu wörtlichen Beschränkung des § 18 Abs 2 WEG abging,³¹³ kann auch die Räumungsklage wegen titelloser Benützung mE ohne Bedenken, zumal in den Mat explizit angeführt, als abtretungsfähiger Anspruch iSd § 18 Abs 2 WEG verstanden werden.

e) *Besitzstörungsklage gem. § 339 ABGB*

Gemäß § 339 ABGB ist niemand befugt, den Besitz eines anderen eigenmächtig zu stören. Der in seinem Besitz Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes sowie den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern.

Diesen Besitzschutz genießen grds Besitzer aller iSd § 311 ABGB besitzfähigen Sachen, das sind körperliche und unkörperliche Sachen, somit auch Rechte.³¹⁴ Der bloße Sachinhaber ist jedoch aufgrund fehlenden Besitzwillens („animus rem sibi habendi“)³¹⁵ nicht vom Besitzschutz des § 339 ABGB geschützt,³¹⁶ sehr wohl aber unredliche, unrechtmäßige und auch unechte Besitzer. Wesentlich dabei ist nicht (mehr) der „ruhige“, sondern vielmehr der „letzte“ Besitzstand.³¹⁷

Unter Besitzstörung versteht man jede tatsächliche Beeinträchtigung der Herrschaft, also etwa beim Sachbesitz eine Verletzung des Eigentums und beim Rechtsbesitz eine Verletzung des besessenen Rechtes.³¹⁸ Erfasst sind neben physischen Einwirkungen und Immissionen auch Nutzungsbeeinträchtigungen.³¹⁹ Eine Störung wurde bspw bejaht bei eigenmächtiger (nicht verkehrsüblicher) Veränderung des Bestandgegenstandes,³²⁰ konkret etwa durch Anbringung einer Satellitenschüssel³²¹ oder durch eigenmächtige Verlegung von Wasser- und Gasleitungen durch den Mieter,³²² bei Schwenkung eines

³¹² OGH 5 Ob 88/16a EvBl 2017/68 (*Terlitza*) = immolex 2017/64 (*Prader*) = wobl 2017/111 (*Häublein*) = SZ 2016/120 = RZ 2017 EÜ28, 29 = Jus-Extra OGH-Z 6156; vgl. zu dieser E ausf auf Seite 61.

³¹³ Vgl *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c.

³¹⁴ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 339 Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³¹⁵ Vgl *Kodek* aaO, § 309 Rz 1.

³¹⁶ *Kodek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 339 Rz 43 mwN; *Grüblinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 339 ABGB Rz 6.

³¹⁷ *Kodek* aaO, § 339 Rz 4; *ders* in *Fasching/Konecny*³ § 454 ZPO Rz 16 mwN (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³¹⁸ RIS-Justiz RS0127923; vgl auch *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 454 ZPO Rz 36 mwN (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³¹⁹ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 339 Rz 5 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³²⁰ LGZ Wien 39 R 426/02i MietSlg 55.015.

³²¹ LGZ Wien 39 R 265/95 MietSlg 47.012.

³²² LGZ Wien 45 R 154/73 MietSlg 25.014.

Krans in den Luftraum der Liegenschaft³²³ oder beim – mE als „Dauerbrenner“ zu bezeichnenden³²⁴ – widerrechtlichen Abstellen eines Pkw auf einem Privatparkplatz oder sonstigem Privatgrund.³²⁵

Für das Besitzstörungsverfahren sind besondere Verfahrensbestimmungen in den §§ 454 bis 459 ZPO vorgesehen. Besitzstörungsklagen, welche auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet sind, sind gem § 454 Abs 1 ZPO binnen 30 Tagen, nachdem der Besitzer von der Störung Kenntnis erlangt hat, bei Gericht anhängig zu machen. Das Klagebegehren einer Besitzstörungsklage ist dreiteilig und ist auf Feststellung der Störung, Wiederherstellung des früheren Besitzstandes und Verbot der Fortsetzung oder Wiederholung der Störung gerichtet.³²⁶

Das Besitzstörungsverfahren als bloßes Possessorium – Streitgegenstand des Verfahrens sind also nicht bestimmte Rechte, sondern gem § 457 Abs 1 ZPO bloß der letzte Besitzstand und die erfolgte Störung – weist im Vergleich zum ordentlichen, petitorischen Verfahren gleich mehrere, wichtige Besonderheiten auf: Ganz wesentlich soll das Verfahren gem §§ 455, 456, 459 ZPO möglichst rasch („Verfahrensbeschleunigung“) erledigt werden.³²⁷ Die Entscheidung erfolgt zudem nach § 459 ZPO mit Endbeschluss, wobei ein Rekurs dagegen gem § 524 ZPO keine aufschiebende Wirkung hat, sondern die erstinstanzliche Entscheidung vielmehr sofort vollstreckbar ist. Sollte eine Leistungsfrist vorhanden sein, beginnt diese bereits mit Zustellung des Beschlusses zu laufen.³²⁸ Im Rechtsmittelverfahren ist die Beweiswürdigung des Erstgerichtes (da im Rekursverfahren zu bekämpfen) nicht mehr anfechtbar und ist auch der Instanzenzug zum OGH gem § 528 Abs 2 Z 6 ZPO verwehrt.

Im Wohnungseigentum kommen Besitzschutzansprüche nicht der EigG, sondern jedem WEer einzeln zu.³²⁹ Da nach dem Wortlaut des § 18 Abs 2 WEG 2002 bloß „aus dem Miteigentum erfließende“ Unterlassungsansprüche an die EigG abgetreten werden

³²³ LGZ Wien 42 R 306/69 MietSlg 21.010.

³²⁴ So sieht es offenbar auch *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 454 ZPO Rz 8 (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³²⁵ LGZ Wien 42 R 547/75 MietSlg 27.029; LGZ Graz 3 R 53-55/93 MietSlg 45.009; LGZ Wien 42 R 1084/79 MietSlg 31.020.

³²⁶ *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 339 Rz 17 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

³²⁷ *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 454 ZPO Rz 168 ff (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³²⁸ *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 459 ZPO Rz 16, 45 (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³²⁹ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 309 Rz 6 (Stand 1.1.2018, rdb.at) mit Hinweis auf LGZ Wien 40 R 607/94 MietSlg 46.529; *ders* in *Fasching/Konecny*³ § 454 ZPO Rz 20; aA LG Feldkirch 22.02.2007, 3 R 41/07p = RIS-Justiz RFE0000168 offenbar im Lichte der in der Lit heftig kritisierten E OGH 5 Ob 18/06t (Näheres dazu s oben Seite 14).

können, stellt sich die Frage, ob darunter auch jene Unterlassungsansprüche zu verstehen sind, die das WE-Objekt selbst betreffen. Schließlich ist das Miteigentum vom Wohnungseigentum (als „Aliud“) streng zu unterscheiden³³⁰ und wird gem § 2 Abs 1 WEG unter Wohnungseigentum das *dingliche* Recht des WEers verstanden, sein WE-Objekt ausschließlich zu nutzen und darüber zu verfügen. Daher ist mE fraglich, ob Besitzschutzansprüche hinsichtlich eines konkreten WE-Objekts, die die ausschließliche Verfügungsgewalt eines WEers betreffen, (im Gegensatz zu allgemeinen Teilen der Liegenschaft) überhaupt abtretbar iSd § 18 Abs 2 WEG sind.

Beim Besitzstörungsverfahren nach § 339 ABGB wird iZm § 18 Abs 2 WEG 2002 mMn aufgrund der ohnehin kurzen Klagefrist von 30 Tagen (§ 454 Abs 1 ZPO) besondere Eile geboten sein: Schließlich kommt aufgrund der erforderlichen Abtretung ein zusätzlicher Verfahrensschritt hinzu.

Neben der Bauverbotsklage gem § 340 ABGB³³¹ wird mE auch die Sicherstellungsklage nach § 343 ABGB als Sonderfall der Besitzstörungsklage³³² nach § 18 Abs 2 WEG an die EigG abtretbar sein.

2. Weitere Unterlassungsansprüche?

Die in den ErläutRV zur WRN 2006 explizit aufgezählten, aus dem Miteigentum erfließenden Unterlassungsansprüche wurden soeben skizziert. Doch gesteht auch das WEG dem WEer besondere Unterlassungsansprüche zu. Die Abwehransprüche gem § 523 ABGB iVm § 16 Abs 2 WEG wurden bereits oben³³³ behandelt. Darüber hinaus sehen auch § 30 Abs 2 und § 36 Abs 5 WEG Unterlassungsansprüche vor. Es ist daher zu prüfen, ob diese ebenfalls nach § 18 Abs 2 WEG abtretbar sind.

Gem § 30 Abs 2 WEG ist Minderheits-WEern die Möglichkeit eingeräumt, die Verwaltungsführung des Mehrheitseigentümers als sog „Dominator“³³⁴ zu kontrollieren und dabei auch die Unterlassung beabsichtigter bzw auch die Rücknahme bereits getroffener oder die Durchführung verabsäumter Maßnahmen gerichtlich zu fordern. Da der Anspruch somit gegen den Mehrheitseigentümer, und somit Mehrheit in der EigG gerichtet wäre, kommt mAn schon aus Gründen der Praktikabilität eine Zession nach § 18

³³⁰ Vgl RIS-Justiz RS0110336.

³³¹ RIS-Justiz RS0010311.

³³² OGH 1 Ob 366/98z JBl 1999, 655 = bbl 1999, 155 = NZ 2000, 286 = EFSlg 91.074.

³³³ Vgl Seite 41.

³³⁴ Vgl Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 30 WEG Rz 47 ff.

Abs 2 WEG nicht in Frage. Es würde schlicht an der Annahme (durch die Mehrheit oder den dann interessenwidrig handelnden Verwalter) der Abtretung scheitern.

Gem § 36 Abs 1 WEG kann ein WEer von der Mehrheit der übrigen WEer auf Ausschluss aus der Gemeinschaft geklagt werden. Als Gründe dafür kommen, neben der Verletzung von Gemeinschaftspflichten (Z 1 leg cit), ein die Interessen der übrigen WEer empfindlich schädigender Gebrauch (Z 2) oder unleidliches Verhalten sowie strafbare Handlungen (Z 3) in Betracht.

Für den Fall, dass ein unmittelbar beeinträchtigter WEer für eine solche Ausschlussklage keine Mehrheit findet, sieht Abs 5 leg cit vor, dass er allein den Auszuschließenden auf Unterlassung des konkreten ausschlussbegründenden Verhaltens klagen kann. Erst wenn auch ein stattgebendes Unterlassungsurteil und die darauf gegründete Exekution keine Abhilfe schaffen, vielmehr der Auszuschließende sein verwerfliches Verhalten beharrlich fortsetzt, steht dem einzelnen WEer die Ausschlussklage als „Singularklage“³³⁵ frei.

Wie schon zuvor (insb zur Negatorienklage gem § 523 ABGB) ausgeführt, bedarf es nicht der Sonderbestimmung des § 36 Abs 5 WEG, um einen anderen WEer auf Unterlassung zu klagen. Vielmehr ist das Vorgehen nach § 36 Abs 5 dazu gedacht, den Weg für die Singularklage aufzubereiten.³³⁶

Dem WEer steht somit – unter der Voraussetzung, dass sich für den Ausschluss keine Mehrheit findet – gem § 36 Abs 5 WEG ein Unterlassungsanspruch zu. In der Folge muss geprüft werden, ob auch ein solcher Anspruch einer Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG zugänglich ist. Den gegenständlichen Unterlassungsanspruch zeichnet ja gerade der Umstand aus, dass sich für den vorangegangenen Versuch, einen (oder mehrere) WEer auszuschließen, keine Mehrheit unter den WEern gefunden hat. Insofern ist mE zu hinterfragen, ob ein Gemeinschaftsinteresse der EigG an der Rechtsverfolgung des Unterlassungsanspruchs überhaupt argumentiert werden kann³³⁷ und daher letztlich die nach § 18 Abs 2 WEG notwendige Zessionsannahme durch die EigG versagt bleiben muss.

³³⁵ T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch⁴ § 36 WEG Rz 66.

³³⁶ T. Hausmann aaO, Rz 70.

³³⁷ Vgl Terlitza in FS Würth 232.

B. Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche

1. Gewährleistungsansprüche

Neben den soeben behandelten Unterlassungsansprüchen sind gem § 18 Abs 2 Satz 1 2. Fall WEG auch die Liegenschaft betreffende Gewährleistungsansprüche der einzelnen WEer an die EigG abtretbar.

Voraussetzung für deren Zedierbarkeit ist schon nach dem Gesetzeswortlaut, dass die Ansprüche originär dem einzelnen WEer zustehen, und eben nicht der EigG. Laut den Mat zur WRN 2006³³⁸ sind nicht nur jene Ansprüche davon erfasst, die sich auf allgemeine Teile der Liegenschaft beziehen, sondern auch solche, die WE-Objekte selbst betreffen. Dabei muss nicht einmal ein „ernster Schaden des Hauses“ vorliegen.

a) *Gewährleistung bei „Schlecht-Erfüllung“*

Gewährleistung ist die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners ggü seinem Gläubiger für Sach- und Rechtsmängel, welche die Leistung zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs aufweist.³³⁹ Das Gewährleistungsrecht findet sich im Allgemeinen in den §§ 922 bis 933b ABGB geregelt.

Laut § 922 Abs 1 erster Satz ABGB leistet derjenige, der einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, dafür Gewähr, dass diese dem Vertrag entspricht. Die Gewährleistungsregeln sind für gegenseitige, entgeltliche Verträge („einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlassen“) anzuwenden. Ziel und Zweck dieser Bestimmung ist die Herstellung der Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen.³⁴⁰

b) *Mangelhaftigkeit und Mängelarten*

Gem § 922 Abs 1 zweiter Satz ABGB haftet der Übergeber dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann. Zusammenfassend ist die Leistung mangelhaft, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, das heißt dem Vertragsinhalt, zurückbleibt.³⁴¹

³³⁸ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

³³⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 302 ff.

³⁴⁰ Ofner in Schwimann/Kodek⁴ § 922 ABGB Rz 1.

³⁴¹ RIS-Justiz RS0018547.

Sachmängel sind Mängel, die der Sachsubstanz einer Sache anhaften,³⁴² Rechtsmängel haften der Sache an, wenn vom Übergeber nicht die geschuldete Rechtsposition verschafft wird.³⁴³ Gerade beim Liegenschafts Kauf, so auch beim Erwerb von WE, spielen Rechtsmängel eine wesentliche Rolle, so etwa im Falle von nichtigem WE,³⁴⁴ bei fehlenden oder unzureichenden baubehördlichen Bewilligungen³⁴⁵ oder bei zugesagter, aber nicht vorhandener Lastenfreiheit der Immobilie.³⁴⁶

c) *Gewährleistungsbehelfe*

Bei Vorliegen eines Mangels kann gem § 932 Abs 1 ABGB der Übernehmer Verbesserung, Austausch, Preisminderung und Wandlung als sog Gewährleistungsbehelfe verlangen.

Doch stehen dem Übernehmer zunächst nicht alle Behelfe zur Verfügung. Vielmehr ist der Übernehmer gem § 932 Abs 2 und 4 leg cit auf die ersteren beiden, nämlich Verbesserung und Austausch, als primäre Gewährleistungsbehelfe verwiesen, es gilt nämlich der Vorrang der Mängelbeseitigung.³⁴⁷ Der Übergeber soll dadurch eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung erhalten.³⁴⁸

Gemäß § 932 Abs 4 ABGB stehen dem Übernehmer das Wandlungs- und Preisminderungsrecht erst dann zu, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sind oder, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. Gewandelt werden kann der Vertrag zudem nur dann, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt.

³⁴² Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 923 Rz 118 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

³⁴³ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 923 Rz 143 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

³⁴⁴ OGH 7 Ob 4/16p wobl 2017/81 (Vonkilch) = immolex 2016/62 (Prader) = Zak 2016/263 = OIZ 2016, 26 = RdW 2016/455.

³⁴⁵ OGH 10 Ob 502/94 ecolex 1995, 254.

³⁴⁶ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 923 Rz 131 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

³⁴⁷ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 932 Rz 166 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

³⁴⁸ Reischauer, aaO Rz 167; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 4 (Stand 1.1.2016, rdb.at); vgl auch RIS-Justiz RS0120246.

2. Schadenersatzansprüche

Schließlich sind nach § 18 Abs 2 WEG auch die Liegenschaft betreffende Schadenersatzansprüche an die EigG abtretbar. Das allgemeine Schadenersatzrecht findet sich in den §§ 1293 ff ABGB und regelt, wann ein Geschädigter von jemand anderem Ersatz für seinen Schaden verlangen kann, es regelt somit die Schadenstragung.

a) *Schaden*

Gem § 1293 Satz 1 ABGB ist Schaden jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Nach Satz 2 leg cit ist davon der entgangene Gewinn zu unterscheiden, den jemand „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten“ hat. Wird nur der erlittene Schaden ersetzt, so spricht man laut § 1323 Satz 2 ABGB von Schadloshaltung, wird der entgangene Gewinn ebenso ersetzt, von voller Genugtuung.

Der Schaden ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln, wobei der heutige hypothetische Vermögensstand zunächst ohne das schädigende Ereignis zu ermitteln und dann von diesem Betrag der heutige, tatsächliche Vermögensstand abzuziehen ist.³⁴⁹ Gem § 1293 Satz 1 ABGB kann ein Schaden auch an einer Person entstehen. Hier sehen die §§ 1325 ff ABGB spezielle Regelungen iZm verletzten Persönlichkeitsrechten (bspw Verletzung am Körper, an der persönlichen Freiheit oder an der Ehre) vor.³⁵⁰

Die Pflicht zum Schadenersatz kann nach § 1295 Abs 1 HS 2 ABGB sowohl bei Verletzung von Vertragspflichten („ex contractu“) als auch aus Delikt („ex delicto“), dh ohne vertragliche Beziehung, entstehen. Gerade der vertragliche Schadenersatz spielt iZm der Regelung des § 18 Abs 2 WEG eine wesentliche Rolle und wird noch an gegebener Stelle näher erörtert werden.

b) *Kausalität*

Ein bloß zufälliger Schaden ist nach § 1311 ABGB von demjenigen zu tragen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Die Verursachung des Schadens ist nämlich neben dem Schaden eine weitere Haftungsvoraussetzung für die Ersatzpflicht nach der

³⁴⁹ RIS-Justiz RS0030153.

³⁵⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 3 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB.³⁵¹ Der Schaden muss vom Schädiger tatsächlich (mit-)verursacht worden sein.

Bei der Kausalität ist zu prüfen, ob der potenziell Haftpflichtige den Schaden durch eigenes Verhalten verursacht hat. Ein positives Verhalten ist für einen Erfolg ursächlich, wenn es ihn herbeigeführt, ihn bewirkt hat. Nach der Formel von der „conditio sine qua non“ (auch Äquivalenz- oder Bedingungstheorie genannt)³⁵² ist zu fragen, ob der Erfolg, nämlich der eingetretene Schaden auch ohne das zu prüfende Verhalten oder den zu prüfenden Umstand eingetreten wäre. Ein Verhalten ist also ursächlich für einen Erfolg, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg ebenso entfiel.³⁵³

Da durch diese Kausalitätsprüfung der Kreis der potenziellen Haftpflichtigen sehr weit gezogen würde, sind Einschränkungen iSd Adäquanztheorie, des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (dazu gleich unten), rechtmäßigem Alternativverhalten sowie des Dazwischentretens einer fremden Willensbetätigung vorzunehmen.³⁵⁴ erstere sieht vor, dass keine Schadenersatzpflicht besteht, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung das schädigende Ereignis nur aufgrund einer außergewöhnlichen Verkettung von Umständen eine Bedingung für den Schaden war,³⁵⁵ somit der sog Adäquanzzusammenhang fehlt.

c) *Rechtswidrigkeit*

Aus § 1294 HS 1 ABGB ist zu entnehmen, dass eine grundsätzliche Voraussetzung für Schadenersatz in der Rechtswidrigkeit (= Widerrechtlichkeit) des Verhaltens des Schädigers liegt. ISd Verhaltensunrechtslehre kann nur menschliches Verhalten als rechtswidrig bewertet werden.³⁵⁶ Ob Rechtswidrigkeit vorliegt, ist anhand aller Normen der Rechtsordnung zu prüfen.³⁵⁷ Grds sind Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote sowie vertragliche Bestimmungen als rechtswidrig zu qualifizieren, doch auch die guten Sitten sind iSd § 1295 Abs 2 ABGB als Maßstab zur Beurteilung rechtswidrigen Verhaltens heranzuziehen.

³⁵¹ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁵² Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1295 ABGB Rz 2 (Stand 1.1.2007, rdb.at)

³⁵³ RIS-Justiz RS0128162.

³⁵⁴ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 3 und 12 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁵⁵ RIS-Justiz RS0098939.

³⁵⁶ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB – KBB⁶ (2020) § 1294 ABGB Rz 2.

³⁵⁷ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 7 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Besonders geschützt sind die aus der Rechtsordnung ableitbaren absoluten Rechte, wie etwa Persönlichkeitsrechte, dingliche Rechte sowie Immaterialgüterrechte,³⁵⁸ da diese als offenkundig und somit als „leicht erkennbar“ gelten.³⁵⁹ Die Verletzung eines absolut geschützten Gutes indiziert zwar Rechtswidrigkeit, doch kann eine solche nur nach umfassender Interessenabwägung abschließend beurteilt werden.³⁶⁰

Ähnlich, wie der Adäquanzzusammenhang bei der Kausalitätsprüfung als Korrektiv fungiert, soll die Schadenszurechnung auch im Bereich der Rechtswidrigkeit mithilfe des sog Rechtswidrigkeitszusammenhangs einschränkend vorgenommen werden; maW ist der Schutzzweck der (vermeintlich) verletzten Norm zu ermitteln.³⁶¹ Es muss also jenes Gut, dessen Schutz durch die jeweilige Norm bezweckt wird, vom Schädiger auch tatsächlich verletzt worden sein. Gerade bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen spielt der Schutzzweck der Norm, idR eine vertragliche Bestimmung, eine wichtige Rolle.

Ein weiteres Korrektiv findet sich in der Betrachtung des korrekten Alternativverhaltens. Der Schädiger hat dann nicht für den Schaden einzustehen, wenn der Schaden auch bei vorschriftsmäßigem Verhalten eingetreten wäre.³⁶²

d) *Verschulden*

Gem § 1295 Abs 1 HS 1 ABGB ist der Schädiger dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er den Schaden aus Verschulden zugefügt hat. Der Schaden muss ihm also subjektiv vorwerfbar sein.³⁶³

Das Schadenersatzrecht, konkret § 1294 Satz 3 und 4 ABGB, kennt mehrere „Schweregrade“ von Verschulden: Zunächst ist zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu unterscheiden. Vorsätzlich handelt derjenige, dessen Wissen wie auch Willen auf die Schadensverursachung gerichtet sind. Im Zivilrecht reicht dabei bedingter Vorsatz für gewöhnlich aus.³⁶⁴ Fahrlässig handelt hingegen derjenige, dem mangels gehöriger Aufmerksamkeit oder gehörigen Fleißes die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst war oder er sich zwar der Rechtswidrigkeit bewusst war, aber nicht vorhersah,

³⁵⁸ Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 8 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁵⁹ Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 10 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁶⁰ RIS-Justiz RS0022917, insb T3.

³⁶¹ Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 7 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁶² RIS-Justiz RS0111706; RS0027364; RS0112234 (T5).

³⁶³ Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 56 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁶⁴ OGH 14.11.2000, 4 Ob 252/00p; vgl auch Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 59 (Stand 1.1.2018, rdb.at) mwN.

dass seine Handlung geeignet ist, einen schädigenden Erfolg herbeizuführen,³⁶⁵ maW wenn die objektiv gebotene Sorgfalt aus persönlich zu vertretenden Gründen nicht eingehalten wurde.³⁶⁶

Fahrlässigkeit wird weiter in grobe und leichte unterteilt. Erstere ist nur bei einer außergewöhnlichen und auffallenden Vernachlässigung einer Sorgfaltspflicht anzunehmen und gleichzeitig der Eintritt des Schadens als wahrscheinlich und nicht bloß als möglich voraussehbar ist.³⁶⁷

Die Abstufung innerhalb der Fahrlässigkeit ist im Schadenersatzrecht insofern von besonderer Bedeutung, da Vorsatz gemeinsam mit grober Fahrlässigkeit als grobes Verschulden bezeichnet werden.³⁶⁸ Die Auswirkungen dieser Einordnung als grobes Verschulden können schwerwiegend sein: Zum einen hat bei grobem Verschulden der Schädiger gem § 1324 ABGB volle Genugtuung zu leisten, also auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Zum anderen kann man bei vertraglichem Schadenersatz die Haftung auf grobes Verschulden beschränken, wobei der Schädiger aber – als weitere „Umkehr“ der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB – zu beweisen hat, dass ihn keine grobe Fahrlässigkeit trifft.

Weiters – gerade im Liegenschaftsbereich von hoher Relevanz – haftet der Wegehalter für Schäden gem § 1319a Abs 1 ABGB für sich und seine Leute bloß bei grobem Verschulden.

Nach § 1296 ABGB hat der Geschädigte grds den Beweis zu führen, dass den Schädiger ein Verschulden am Schaden trifft; im Zweifel gilt nämlich die Vermutung, dass der Schaden ohne Verschulden „eines andern“ entstanden ist. Bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen, wozu auch vertragsähnliche und weiters vorvertragliche Rechtsverhältnisse zählen, kommt es hingegen nach § 1298 ABGB zur sog Beweislastumkehr. Der präsumtive Schädiger hat sich „frei zu beweisen“, dass ihn kein Verschulden am Zustandekommen des Schadens trifft.

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0022519.

³⁶⁶ *Kodek* aaO Rz 62.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0030644.

³⁶⁸ *Danzl* in KBB⁶ § 1324 ABGB Rz 1.

3. Nach § 18 Abs 2 WEG abtretbare Ansprüche

Wie bereits eingangs des Kapitels V. erwähnt, ist bei Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen iZm § 18 Abs 2 WEG zunächst zu klären, ob ein bestimmter Anspruch überhaupt an die EigG abtretbar ist oder, ob er dieser selbst originär zufällt.

a) *Die Liegenschaft betreffende Ansprüche*

Dem Wortlaut des § 18 Abs 2 WEG entsprechend sind von der Abtretungsmöglichkeit die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche (sowie Unterlassungsansprüche) umfasst. Dabei soll es laut den Mat nicht darauf ankommen, ob sich der Anspruch auf allgemeine Teile der Liegenschaft bezieht oder, ob er auch das Innere von WE-Objekten betrifft,³⁶⁹ dies auch unabhängig vom Vorliegen „ernster Schäden des Hauses“.³⁷⁰

Weder dem Gesetzeswortlaut des § 18 Abs 2 noch den Mat³⁷¹ ist bezüglich Schadenersatzansprüche eine Einschränkung auf rein vertragliche Ansprüche zu entnehmen. Vielmehr stellen die Mat mit Verweis auf die bereits vor der WRN 2006 ergangene E des OGH zu 1 Ob 163/03g³⁷² klar, dass auch Amtshaftungsansprüche wegen eines Schadens, der durch rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten an allgemeinen Teilen der Liegenschaft verursacht wurde, der Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG zugänglich sind. MaW sind auch deliktische Schadenersatzansprüche nach § 18 Abs 2 WEG abtretbar und fallen diese damit grds den einzelnen WEern, und nicht der EigG, zu.³⁷³

Die WRN 2006 setzt sich also insofern über die bis dahin ergangene Rsp³⁷⁴ hinweg, als die EigG deliktische Schadenersatzansprüche nicht mehr von sich aus, sondern erst auf Grundlage einer Abtretung durch die WEer geltend machen kann.³⁷⁵

³⁶⁹ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 64 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

³⁷⁰ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

³⁷¹ AaO.

³⁷² OGH 1 Ob 163/03g immolex 2004/12 (*Loimer*) = wobl 2004/4 = ÖJZ-LSK 2004/1 = EvBl 2004/26 = NZ 2005/48 = MietSlg 55.476 (23) = EWär W/18/6 = JBl 2004, 514.

³⁷³ *Terlitz* in FS Würth 235; *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c und 106a; *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 65 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

³⁷⁴ Vgl etwa OGH 5 Ob 9/95 wobl 1997/77 = immolex 1997/93 = ÖJZ 1997/137; aber auch OGH 1 Ob 163/03g immolex 2004/12 (*Loimer*) = wobl 2004/4 = ÖJZ-LSK 2004/1 = EvBl 2004/26 = NZ 2005/48 = MietSlg 55.476 (23) = EWär W/18/6 = JBl 2004, 514.

³⁷⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

Doch wird von der hL³⁷⁶ und der Rsp³⁷⁷ für die Abtretbarkeit eines Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruchs gem § 18 Abs 2 WEG im Allgemeinen gefordert, dass diese eine gewisse Nähe zur Erhaltung der Liegenschaft haben, es muss also einen Konnex zwischen den abgetretenen Ansprüchen und der Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft bestehen.³⁷⁸

b) *Vertragliche Grundlage des Anspruchs*

Bezüglich vertraglicher Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche iZm mit WE fand mit der E OGH 5 Ob 147/97x³⁷⁹ bereits lange vor der WRN 2006 eine Klarstellung in der Judikatur statt: Die Frage der Sachlegitimation betreffend Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche ist danach zu beurteilen, auf welchem Vertrag die Ansprüche fußen. Nur der Vertragspartner des in Anspruch Genommenen ist also sachlegitimiert. Somit ist insb zu unterscheiden, ob der Vertrag im Rahmen der Verwaltung der Liegenschaft zwischen der EigG (bzw dem Verwalter als Repräsentant) und einem Professionisten abgeschlossen wurde, oder sich der Anspruch aus dem zwischen einem Bauträger und dem einzelnen WEer abgeschlossenen Kauf- und/oder WE-Vertrag ergibt.

Häufigster Anwendungsfall des § 18 Abs 2 Satz 1 2. Fall WEG dürften mE wohl Ansprüche sein, die zwischen dem WEer und dem Bauträger bzw WE-Organisator abgeschlossenen Verträgen entspringen. Man darf getrost davon ausgehen, dass nach Realisierung eines Bauträgerprojekts mit hoher, wenn nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit irgendwelche Baumängel zutage treten Diese kann der Erwerber selbst geltend machen – oder eben auch an die EigG abtreten.³⁸⁰

³⁷⁶ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 106a; Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 63 (Stand 15.10.2018, rdb.at); Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 24 (Stand: 1.6.2015, rdb.at); vgl auch immolex 2017/64 (Prader).

³⁷⁷ OGH 5 Ob 88/16a EvBl 2017/68 (Terlitz) = immolex 2017/64 (Prader) = wobl 2017/111 (Häublein) = SZ 2016/120 = RZ 2017 EÜ28, 29 = Jus-Extra OGH-Z 6156; zul OGH 6 Ob 26/20x immolex 2021/7 (Räth) = wobl 2020/107 (Terlitz) = EvBl-LS 2020/110 (Painsi) = immolex 2020/65 (Prader) = ecolex 2020/254 = bbl 2020/113 = Zak 2020/284 = JBl 2020, 643.

³⁷⁸ RIS-Justiz RS0131110 (T2).

³⁷⁹ OGH 5 Ob 147/97x MietSlg 49.511 = immolex 1998/30 = wobl 1998/32 (Hausmann) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17; RIS-Justiz RS0108157.

³⁸⁰ So auch Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 63 (Stand 15.10.2018, rdb.at); zur Abtretungsmöglichkeit von Ansprüchen auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands der gesamten Baulichkeit vor der WRN 2006 vgl OGH 5 Ob 181/03h, ausf besprochen auf Seite 10 f.

C. Analoge Anwendung des § 18 Abs 2 WEG auf andere Ansprüche?

Im Hinblick auf die in § 18 Abs 2 WEG ausdrücklich genannten zedierbaren Ansprüche (Unterlassung, Gewährleistung, Schadenersatz) stellt sich die Frage, ob diese Abtretungsmöglichkeit analog auch auf andere Ansprüche, welche im § 18 Abs 2 nicht ausdrücklich Erwähnung finden, anwendbar ist.

Wie schon zu den Unterlassungsansprüchen ausgeführt wurde,³⁸¹ kann dabei nicht nur der Anspruch auf Unterlassung selbst abgetreten werden, sondern ebenso die regelmäßig damit einhergehenden Ansprüche auf Beseitigung, Wiederherstellung und/oder Schadenersatz nach § 18 Abs 2 WEG.³⁸² Schließlich würde es dem Sinn dieser Bestimmung zuwiderlaufen, wenn der WEer einen Teil seines Anspruchs zedieren kann, einen anderen jedoch nicht,³⁸³ wenn sich doch die genannten Teilaspekte aus demselben Eingriff in die Rechtsposition des WEers ableiten lassen.³⁸⁴

In seiner E 5 Ob 88/16a³⁸⁵ stellte der OGH aber klar, dass sogar ein Benützungsentgelt für die ausschließliche Benützung einer nach § 16 WEG 2002 genehmigungslosen und konsenswidrig errichteten Dachbodenwohnung abgetreten werden kann, da diese mangels Parifizierung und Eintragung des WE daran nach wie vor einen allgemeinen Teil der Liegenschaft darstellt. Begründet wird dies mit dem dinglichen Recht der WEer, sich gegen unberechtigte Eingriffe in ihre Anteilsrechte und Nutzungsbefugnisse auch gegen einen anderen WEer zur Wehr zu setzen.

Die Verfolgung eines derartigen Anspruchs gehört laut dem Fachsenat nicht zur Liegenschaftsverwaltung, sondern entspringt vielmehr den Individualrechten des WEers, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren.³⁸⁶ Laut OGH liegt daher ein analoger Anwendungsfall des § 18 Abs 2 WEG vor, womit dieser – jedenfalls in engen Grenzen – von einer Erweiterbarkeit des Katalogs der in dieser Bestimmung aufgezählten abtretbaren Ansprüche ausgeht.³⁸⁷

³⁸¹ Vgl Seite 41 f.

³⁸² Vgl statt vieler Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 523 Rz 11 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

³⁸³ OGH 22.11.2016, 5 Ob 88/16a (ErwGr 3.6), zu dieser E sogleich.

³⁸⁴ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 62 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

³⁸⁵ OGH 5 Ob 88/16a EvBl 2017/68 (*Terlitz*) = immolex 2017/64 (*Prader*) = wobl 2017/111 (*Häublein*) = SZ 2016/120 = RZ 2017 EÜ28, 29 = Jus-Extra OGH-Z 6156; zu dieser E ausf später.

³⁸⁶ RIS-Justiz RS0131109.

³⁸⁷ RIS-Justiz RS0131110.

*Löcker*³⁸⁸ gab ob dieses Judikats relativierend zu bedenken, dass man beim Benützungsentgelt – statt der Einordnung als zedierbarer Individualanspruch des WEers – von „genuiner Liegenschaftsverwaltung“ ausgehen könnte. Das Benützungsentgelt betreffe ausschließlich allgemeine Teile, deren Vermietung auch in die Rechtszuständigkeit der EigG fiele.³⁸⁹ Damit wäre laut *Löcker* auch das Problem beseitigt, dass alle WEer ihre (Teil-)Forderung abtreten müssten, damit die EigG das Benützungsentgelt überhaupt in vollem Umfang lukrieren kann.

Zusammenfassend gab der OGH mit dieser E zwar zu erkennen, dass der Katalog der nach § 18 Abs 2 WEG abtretbaren Ansprüche „insofern zu erweitern“ sei, als er den Anspruch auf Benützungsentgelt betrifft, ließ aber gleichzeitig offen, ob diese Analogiefähigkeit auch in ähnlich gelagerten Fällen gilt. *Terlitza* gab aber in seiner Glosse³⁹⁰ insofern Entwarnung, als aufgrund der gegenständlich zugelassenen Analogie noch „kein Dambruch zu befürchten“ sei.

MAN kann bereits aus der Begründung des OGH³⁹¹ geschlossen werden, dass eine Analogie ohnehin nur in äußerst engen Grenzen zulässig sein soll.

VI. Originäre Ansprüche der Eigentümergemeinschaft

A. Bezug zur Liegenschaftsverwaltung

Die EigG genießt, wie bereits dargelegt, gem § 18 Abs 1 WEG Teilrechtsfähigkeit, beschränkt auf Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft.³⁹² Darüber hinaus umfasst ihre Rechtspersönlichkeit gem § 18 Abs 2 WEG auch den Erwerb von Ansprüchen, welche von WEern an diese zediert werden.³⁹³

Mit der im Zuge der WRN 2006 eingeführten Abtretungsmöglichkeit wurde der Kreis jener Ansprüche, für welche die EigG unmittelbar legitimiert, also originär anspruchsberechtigt ist, gewissermaßen eingeschränkt: Während vor der WRN 2006 in

³⁸⁸ In *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c.

³⁸⁹ Ähnlich *Prader*, Zum Abtretungsumfang von Ansprüchen an die EigG am Beispiel Benützungsentgelt, *immolex* 2017, 183.

³⁹⁰ Benützungsentgelt für Dachbodenausbau, *EvBl* 2017/68.

³⁹¹ Vgl insb *ErwGr* 3.6f.

³⁹² Vgl Kap III.B.1 auf Seite 24.

³⁹³ Vgl *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 18 WEG Rz 3; zur „fingierten“ Verwaltungsmaßnahme vgl *Terlitza* in *FS Würth* 227f, vgl auch Kap V auf Seite 352.

bestimmten Fällen, etwa bei deliktischen Schadenersatzansprüchen,³⁹⁴ die EigG ohne Zutun der WEer zur Anspruchsverfolgung berechtigt gewesen wäre,³⁹⁵ ist nunmehr dafür eine Zession seitens ihrer WEer erforderlich.³⁹⁶

Da die EigG nur im Bereich der Verwaltungsagenden selbständig Trägerin von Rechten und Pflichten werden kann, fallen ihr auch nur im entsprechenden Umfang des § 18 Abs 1 und 2 WEG originär Ansprüche zu.³⁹⁷

Bei vertraglichen Ansprüchen kann bei der Geltendmachung grds nach der vertraglichen Grundlage unterschieden werden, wer Träger des vertraglichen Rechtsverhältnisses im Außenverhältnis, die WEer oder die EigG selbst, ist.³⁹⁸ Wenn bspw die EigG die Sanierung einer älteren Anlage veranlasst, so ist sie selbst aktivlegitimierte Gewährleistungsklägerin.³⁹⁹

Doch lassen sich aus dem WEG 2002 weitere der EigG originär zustehende Ansprüche entnehmen: Hier ist in erster Linie an die Einforderung von Beiträgen zu Bewirtschaftungskosten iSd § 32 WEG 2002, oder aber an ausständige Rücklagenbeiträge einzelner WEer iSd § 31 leg cit zu denken.⁴⁰⁰ Auch der Anspruch auf Herausgabe und Abrechnung der Rücklage gegen den „alten“ Verwalter steht der EigG als Trägerin der Rücklage originär zu.⁴⁰¹ Doch auch diese Ansprüche haben ihren Ursprung im Bereich der Liegenschaftsverwaltung,⁴⁰² womit sich der Kreis der originären, verwaltungsbezogenen Ansprüche schließt.

³⁹⁴ Vgl Kap V.B.3.a) auf Seite 59.

³⁹⁵ OGH 1 Ob 163/03g immolex 2004/12 (*Loimer*) = wobl 2004/4 = ÖJZ-LSK 2004/1 = EvBl 2004/26 = NZ 2005/48 = MietSlg 55.476 (23) = EWär W/18/6 = JBl 2004, 514; 5 Ob 41/05y wobl 2006/10 (*Call*) = ImmZ 2006,69 = MietSlg 57.070, 57.493, 57.499.

³⁹⁶ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29c; siehe ausf Kap II.B.

³⁹⁷ Welche Rechtsverhältnisse in den Bereich der Liegenschaftsverwaltung fallen, wurde schon in Kap III.B.2 auf Seite 25 umfassend erörtert.

³⁹⁸ Erstmals OGH 5 Ob 147/97x MietSlg 49.511 = immolex 1998/30 = wobl 1998/32 (*Hausmann*) = JBl 1998, 51 = ÖWR 1999, E 17; zul OGH 2 Ob 55/13x immolex 2014, 342 (*Prader*) = wobl 2014/62 = Zak 2014/331 = MietSlg 66.495; RIS-Justiz RS0108157.

³⁹⁹ RIS-Justiz RS0108157.

⁴⁰⁰ Vgl OGH 5 Ob 28/12x immolex-LS 2012/45 = Jus-Extra OGH-Z 5172 = wobl 2012/99 = RZ 2012 EÜ191 = Zak 2012/493 = NZ 2013/94 = MietSlg 64.507.

⁴⁰¹ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 36 f.

⁴⁰² Vgl § 18 Abs 1 Z 2 WEG zur Rücklage; vgl etwa *Kothbauer* in *GeKo Wohnrecht II* § 32 WEG 2002 Rz 5 (Stand 15.10.2018, rdb.at) zur Aufteilung und Eintreibung der Bewirtschaftungskosten.

B. Vorzugspfandrecht gemäß § 27 WEG an abgetretenen Ansprüchen?

Gem § 27 Abs 1 Z 1 WEG besteht ein gesetzliches Vorzugspfandrecht für Ansprüche der EigG gegen WEer an ihrem Miteigentumsanteil. Dieses Vorzugspfandrecht soll die Liquidität der EigG im Falle von Zahlungsschwierigkeiten der WEer gewährleisten, weshalb das Pfandrecht vorrangige Deckung ggü Gläubigern mit vertraglichen Pfandrechten genießt.⁴⁰³

Doch gerade iZm von WEern an die EigG abgetretenen Ansprüchen stellt sich die Frage, ob das gesetzliche Pfandrecht auch diesen Forderungen zugutekommt. Dies wird mE zu verneinen sein, geben doch bereits die EB zur WRN 2006 Aufschluss darüber, dass das Vorzugspfandrecht der EigG „nur für die ihr genuin gegen den Einzelnen zustehenden Forderungen zukommt und nicht etwa auch für den Schadenersatzanspruch eines bestimmten WEers, den dieser der EigG gemäß § 18 Abs. 2 WEG 2002 abgetreten hat.“⁴⁰⁴

Der bloße Wechsel der „Rechtszuständigkeit“ im Zuge der Abtretung soll also den Regelungsbereich des § 27 WEG nicht erweitern.⁴⁰⁵ Vielmehr ist die Aufzählung in § 27 Abs 1 WEG als taxative zu verstehen⁴⁰⁶ und steht die Bestimmung nur für Forderungen iZm der Liegenschaftsverwaltung offen.⁴⁰⁷

VII. Praxisfragen zum Abtretungsprozedere nach § 18 Abs 2 WEG

A. Abtretungs- bzw. Annahmepflicht und Einholung Mehrheitsbeschluss

1. Abtretungszwang der Wohnungseigentümer wegen Treuepflicht?

Gemäß § 18 Abs 2 Satz 1 WEG können WEer aus ihrem Miteigentum erfließende Unterlassungsansprüche sowie die Liegenschaft betreffende Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche an die EigG abtreten. Dem Gesetzeswortlaut nach handelt es sich also um eine „kann“-Bestimmung und steht es den WEern grds frei, die genannten Ansprüche abzutreten, oder eben nicht.

⁴⁰³ Painsi in GeKo Wohnrecht II § 27 WEG 2002 Rz 2 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁴⁰⁴ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 26; vgl dazu auch Löcker, aaO Rz 93 mit Verweis auf OGH 5 Ob 95/04p wobl 2005, 22/5 (Call) = immolex 2005/111 (Vonkilch) = MietSlg 56.510/29.

⁴⁰⁵ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 26.

⁴⁰⁶ Painsi in GeKo Wohnrecht II § 27 WEG 2002 Rz 1 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁴⁰⁷ Rätth, Das Vorzugspfandrecht gem § 27 WEG in der Zwangsversteigerung, immolex 2015, 142.

Doch gerade iZm dem bereits erörterten Treueverhältnis zwischen den einzelnen WEern untereinander und jenem zur EigG stellt sich die Frage, ob sich aus diesem Verhältnis zueinander uU eine Abtretungspflicht ergeben kann.⁴⁰⁸

Dirnbacher sprach sich – wenn auch mE vage – für eine Abtretungspflicht in bestimmten Fällen aus, uzw wenn der Anspruch vom WEer „nicht selbst durchgesetzt werden soll“. Als Motiv führt er insb das geringere Kostenrisiko für den einzelnen ins Treffen,⁴⁰⁹ was mMn aber gerade einen Vorteil für den abtretenden WEer selbst, und keinen für die EigG darstellen würde.

Doch auch *Löcker* plädiert in bestimmten Fällen für eine Verpflichtung des WEers zur Abtretung, wenn auch etwas differenzierter: Seiner Ansicht nach könnte der WEer etwa dann zur Zession verpflichtet sein, wenn die Verfolgung des Anspruchs im Gemeinschaftsinteresse liegt, die gemeinschaftliche Geltendmachung zweckmäßiger als die individuelle erscheint und dadurch ein erheblicher Schaden von der EigG abgewendet werden kann.⁴¹⁰ *Painsi* nennt idZ als Beispiel die Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche, welche allgemeine Teile der Liegenschaft betreffen, welche nur noch einem WEer ggü nicht verfristet sind und dieser die Ansprüche – bei Mängelbehebungsansprüchen als Gesamthandforderung⁴¹¹, bei Ansprüchen in Geld jedoch bloß als aliquote Teilforderung⁴¹² – nicht in seinem eigenen Namen geltend machen möchte.⁴¹³ Konkret wäre hier an einen sukzessiven Abverkauf der WE-Objekte durch einen Bauträger zu denken.⁴¹⁴ Andernfalls wären derartige Ansprüche nicht mehr durchsetzbar und entstünde dadurch der EigG ein unwiederbringlicher Schaden.

Zwar sind lt *Terlitza*⁴¹⁵ allgemeine Treuepflichten zwischen den WEern durchaus anzunehmen; er verweist diesbezüglich va auf § 16 Abs 3 WEG (Wartungs- und Duldungspflichten des einzelnen WEers). Doch dürften diese, welche ohnehin nur an

⁴⁰⁸ Vgl dazu schon Seite 33.

⁴⁰⁹ *Dirnbacher*, WEG – Das Wohnungseigentumsgesetz idF der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010) 222.

⁴¹⁰ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29e; vgl auch *Painsi* in *GeKo Wohnrecht II* § 18 WEG 2002 Rz 52 (Stand 15.10.2018, rdb.at) mwN.

⁴¹¹ RIS-Justiz RS0013213.

⁴¹² RIS-Justiz RS0013213 (T12, T17); vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 105a.

⁴¹³ *Painsi*, aaO Rz 52 aE.

⁴¹⁴ vgl OGH 5 Ob 69/10y ecolex 2011/45 (*Friedl*) = immolex 2011/26 (*Prader*) = wobl 2011/54 = Zak 2010/608 = RdW 2010/718 = MietSlg 62.109; vgl auch *Call*, Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum durchsetzbar? wobl 2006, 69.

⁴¹⁵ In FS Würth 231.

wenigen Stellen des WEG zu finden seien, nicht überspannt werden. Gerade im Hinblick darauf, dass bei Einführung des § 18 Abs 2 WEG die Wahl auf die „einfachste Abtretungsvariante“ fiel und man damit einen möglichst geringen Eingriff in die Privatautonomie des einzelnen WEers sicherstellen wollte,⁴¹⁶ ist eine Verpflichtung zur Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG nur in äußerst engen Grenzen anzunehmen. *Hochleitner* und *Pittl* nennen idZ jene Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche betreffend allgemeine Teile der Liegenschaft, welche sich mit der ordnungsgemäßen Erhaltung iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG überschneiden.⁴¹⁷

MAN legt es gerade der letztgenannte Kontext (Deckung mit § 28 Abs 1 Z 1 WEG) nahe, den einzelnen WEer zur Zession zu verhalten und so seine Einzelinteressen ggü jenen der EigG, somit letztlich der Interessen aller WEer, in den Hintergrund zu stellen. Umgekehrt wird man eine Abtretungspflicht bei Unterlassungsansprüchen eher verneinen müssen, wenn doch ein derartiger Anspruch von jedem WEer alleine geltend gemacht werden kann⁴¹⁸ und somit der klagende WEer zur Durchsetzung nicht auf die Zession weiterer WEer angewiesen ist.

2. Die Rolle des Verwalters

Da die Zession nach allgemeinem Zivilrecht als zweiseitiges, annahmebedürftiges Rechtsgeschäft ausgestaltet ist, bedarf es zu ihrer Wirksamkeit eben der *Annahme* durch den Zessionar, in concreto der EigG.

Bereits an früherer Stelle⁴¹⁹ wurde auf den Diskurs in der Lit⁴²⁰ eingegangen, die Annahme der Zession durch die EigG als – fingierte – ordentliche bzw außerordentliche Verwaltungsmaßnahme anzusehen. Dies wird in erster Linie damit argumentiert, dass die EigG nur im Bereich der Liegenschaftsverwaltung Rechtspersönlichkeit genießt und nur in diesen Grenzen Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann.

Da die EigG als (teilrechtsfähige) juristische Person nicht selbst handlungsfähig ist, bedarf sie zu ihrer Vertretung eines Organs.⁴²¹ Im Regelfall wird die EigG von einem

⁴¹⁶ *Löcker*, aaO; ebenso *Hochleitner/Pittl*, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft, wobl 2015, 251 (258).

⁴¹⁷ *Hochleitner/Pittl*, aaO 259.

⁴¹⁸ RIS-Justiz RS0013417.

⁴¹⁹ Vgl Seite 36.

⁴²⁰ *Terlitz* in FS Würth 227 ff; ders in wobl 2012/70 (Glosse zu OGH 3 Ob 140/11a); ebenso *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 55 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁴²¹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 ABGB Rz 32 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

bestellten Verwalter „fremdverwaltet“ und von diesem gem § 18 Abs 3 Z 1 lit a WEG auch vertreten. Dem Verwalter obliegt also auch die Annahme der Abtretung(en) nach § 18 Abs 2 WEG.⁴²²

Aufgrund der Formalvollmacht des § 20 Abs 1 Satz 2 WEG⁴²³ wird die EigG vom Verwalter nach außen hin, auch im Bereich der außerordentlichen Verwaltung iSd § 29 WEG, unbeschränkt vertreten.⁴²⁴ Vertretungshandlungen des Verwalters, wie auch die Annahme einer Zession, sind somit im Außenverhältnis jedenfalls wirksam – unabhängig von im Innenverhältnis allenfalls bestehenden Anweisungen der WEer, im Extremfall sogar gegen den klar artikulierten Willen der WEer(-Mehrheit).⁴²⁵ Für die Aktivlegitimation der EigG reicht somit die im Außenverhältnis wirksam zustande gekommene Zession, ohne dass das Prozessgericht die allenfalls erfolgte interne Willensbildung der EigG überprüfen muss.⁴²⁶

Jedenfalls dürfte der Verwalter für ein pflichtwidriges (und schuldhaftes) Handeln nach den allgemeinen Auftragsregeln der §§ 1009, 1012 ABGB haften.⁴²⁷ Zudem räumt § 20 Abs 8 WEG der EigG die Möglichkeit ein, bei grober Pflichtverletzung des Verwalters sein Honorar im Ausmaß der mit dem Pflichtverstoß einhergehenden Minderung des Nutzens aus der Verwaltungstätigkeit herabzusetzen. Wichtig ist dabei, dass für eine derartige Honorarminderung nur die EigG, vertreten durch die Mehrheit der WEer, – nicht aber einzelne WEer – aktivlegitimiert ist.⁴²⁸ Dies folgt nämlich aus der ausschließlichen Vertragsbeziehung des Verwalters zur EigG.⁴²⁹

3. Annahmepflicht der Eigentümergemeinschaft?

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die EigG, respektive der Verwalter, zur Annahme und in weiterer Folge zur Geltendmachung von derartigen Ansprüchen verpflichtet sein könnte.

⁴²² OGH 5 Ob 71/12w ZVB 2012/103 (*Michl*) = wobl 2013/61 (*Terlitz*) = Zak 2012/492 = JBl 2012, 737 = bbl 2012/227 = MietSlg 64.459; vgl auch *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 20 WEG Rz 6 f.

⁴²³ „Dem Verwalter steht die Verwaltung der Liegenschaft und dabei insbesondere auch die nach außen unbeschränkbare Vertretung der Eigentümergemeinschaft zu.“

⁴²⁴ RIS-Justiz RS0013747.

⁴²⁵ OGH 3 Ob 140/11a wobl 2012/70 (*Terlitz*) = EvBl 2012/60 (*Pesek*) = immolex 2012/26 (*Prader*) = immolex-LS 2012/8 = Zak 2012/108 = MietSlg 63.468 = MietSlg 63/15; vgl auch *Schauer* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 20 WEG Rz 18; ebenso *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 30.

⁴²⁶ RIS-Justiz RS0128567.

⁴²⁷ Vgl dazu die relativ zwingende Norm des § 24 Abs 7 WEG.

⁴²⁸ Vgl *E. M. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 20 WEG Rz 77.

⁴²⁹ *E. M. Hausmann* aaO, Rz 72.

Weiters ist an die Situation zu denken, dass nur einige wenige, uU bloß ein einzelner WEer seinen Anspruch an die EigG abtritt.⁴³⁰ Ist die EigG in solchen Fällen überhaupt dazu verpflichtet, den abgetretenen Anspruch anzunehmen und durchzusetzen?

Die Rechtsprechung hatte sich bisher noch nicht mit diesen Fragen auseinander zu setzen, in der Lit wurden diese aber bereits teilweise sehr unterschiedlich diskutiert:

Hochleitner und *Pittl* leiten eine derartige Pflicht der EigG zur Zessionsannahme aus dem Treueverhältnis der Gemeinschaft zu ihren WEern ab,⁴³¹ mE als Pendant zur zuvor besprochenen Abtretungspflicht der einzelnen WEer zu verstehen.

Laut *Löcker* ist eine Annahmepflicht durch die Gemeinschaft dann gegeben, wenn die Verfolgung des Anspruchs im Gemeinschaftsinteresse liegt.⁴³² Zu den diesbezüglich maßgebenden Faktoren zählt er va das Kostenrisiko und die Erfolgsaussichten. Bei Ansprüchen aus Eigentumseingriffen gelte es seiner Meinung nach besonders abzuwägen, ob eine kollektive Verfolgung überhaupt vertretbar ist. Er denkt dabei in erster Linie an petitorische oder possessorische Unterlassungsansprüche gegen einen anderen WEer. In derartigen Situationen – wohl aufgrund offenkundig widerstreitender Interessen der WEer – wird seiner Ansicht nach die Abtretung und Verfolgung des Anspruchs nicht im Gemeinschaftsinteresse stehen. Umgekehrt spricht sich *Löcker*⁴³³ dafür aus, dass der abtretende WEer für Nachteile, welche ihm durch die Verweigerung der Zessionsannahme bei bestehender Annahmepflicht erwachsen, die EigG in Anspruch nehmen kann.

Terlitz wiederum steht einem allgemeinen Annahmezwang unter Hinweis auf das Gemeinschaftsinteresse kritisch ggü und verdeutlicht die damit verbundene Problematik mE sehr anschaulich: Auch wenn sich die Interessen der WEer mit jenem der EigG teilweise decken können – als Bsp dafür nennt er die Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen, um einen mängelfreien Zustand der Liegenschaft zu erreichen – kann das Gemeinschaftsinteresse gerade darin liegen, die Annahme abzulehnen; man denke an von einzelnen WEern abgetretene Ansprüche mit nur geringen Erfolgsaussichten, welche dann auf Kosten und Risiko der Gemeinschaft ausprozessiert

⁴³⁰ Vgl dazu sogleich Kap VII.C.1.

⁴³¹ *Hochleitner/Pittl*, wobl 2015, 251 (263).

⁴³² *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29e; offenbar zust *Hochleitner/Pittl*, wobl 2015, 251 (263).

⁴³³ AaO, Rz 29e.

würden. Daher soll nach seinem Dafürhalten „nur ausnahmsweise“ ein Annahmewang der EigG gegeben sein.⁴³⁴

Auch *Kothbauer* als Praktiker spricht sich gegen eine generelle Annahmepflicht der EigG aus. Gerade bei „Privatfehden“ zwischen einzelnen WEern – hier denkt er in erster Linie an Unterlassungsansprüche – gelte es, „eine sachlich nicht gerechtfertigte uferlose Ausdehnung der Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft und damit der Verantwortung des Verwalters“ zu verhindern, indem bestimmte Ansprüche auch abgelehnt werden können.⁴³⁵

Die soeben zitierte Lit bringt mE durchaus überzeugende Argumente ins Treffen, eine generelle Annahmepflicht durch die EigG (bzw den Verwalter) auszuschließen. Schließlich sind von den gem § 18 Abs 2 WEG zedierbaren Ansprüchen derart heterogene Sachverhalte erfasst, dass eine einheitliche Behandlung durch die EigG nicht sachgerecht erscheint. Gerade *Terlitza*⁴³⁶ ist mAn zu folgen, der eine Annahmepflicht des Verwalters als Vertreter der EigG bloß in Ausnahmefällen befürwortet, etwa wenn das erwähnte Gemeinschaftsinteresse eindeutig zu bejahen ist. Abzuwarten gilt es jedenfalls, wie die höchstgerichtliche Rsp zur Frage einer allenfalls bestehenden Annahmepflicht Stellung beziehen wird.

4. Pflicht zur Einholung eines Mehrheitsbeschlusses durch den Verwalter?

An dieser Stelle gehört auch die Frage behandelt, wann der grds „annahmewillige“ Verwalter einen Mehrheitsbeschluss der EigG einholen muss, um sich keiner Haftung auszusetzen.

Wie schon an früherer Stelle ausgeführt, kommt es bei Fremdverwaltung durch einen bestellten Verwalter weder für die Wirksamkeit der Zession noch für die Aktivlegitimation der EigG darauf an, ob die Annahme durch den Verwalter im Innenverhältnis allenfalls pflichtwidrig erfolgte. Nach außen hin ist einzig und allein auf dessen Annahmeerklärung abzustellen.⁴³⁷ Auf die Folgen eines pflichtwidrigen Handelns des Verwalters wurde bereits eingegangen.⁴³⁸

⁴³⁴ *Terlitza* in FS Würth 232.

⁴³⁵ *Kothbauer*, Wie werden Ansprüche nach § 18 Abs 2 WEG abgetreten? immolex 2008, 224.

⁴³⁶ In FS Würth 232.

⁴³⁷ RIS-Justiz RS0013747; RS0105791.

⁴³⁸ Vgl Seite 64 ff.

Hinsichtlich dieses „Innenverhältnisses“ ist aber abzuklären, inwiefern der Verwalter seine Pflichten dadurch verletzt, wenn er abgetretene Ansprüche ohne Mehrheitsbeschluss annimmt und diese ggf in weiterer Folge geltend macht.

Um sich keiner Haftung auszusetzen, hat der Verwalter prinzipiell die Möglichkeit, die Annahme des zedierten Anspruchs einer Beschlussfassung durch die EigG zuzuführen. Bereits der Gesetzgeber der WRN 2006⁴³⁹ sah es als ratsam an, einen Beschluss über die Annahme zu treffen – unabhängig davon, ob es sich um einen Anspruch im Bereich der ordentlichen Verwaltung handelte und dadurch der Verwalter auch ohne die Eigentümermehrheit die Zession annehmen könnte. Auch *Würth/Zingher/Kovanyi* plädieren dafür, – va zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen, insb zum Verfügungsbereich – sich die Annahme durch einen Gemeinschaftsbeschluss absegnen zu lassen, wenn auch dieser im Bereich der ordentlichen Verwaltung aufgrund des § 20 Abs 1 WEG „formal entbehrlich“ sein dürfte.⁴⁴⁰

Auch hier wird mE wieder auf die konkrete Situation abzustellen sein und – erneut – auf die Frage, inwiefern die Annahme eines bestimmten Anspruchs im Gemeinschaftsinteresse steht. Die Interessenabwägung zwischen dem Nutzen für die EigG einerseits und dem Prozessrisiko sowie einem allfälligen Interessenkonflikt innerhalb der EigG andererseits dürfte für den Verwalter nicht immer klar ausfallen.

In seiner Besprechung zu OGH 5 Ob 71/12w⁴⁴¹ weist *Terlitza* außerdem darauf hin, dass nicht bloß das erwähnte Gemeinschaftsinteresse, sondern auch die konkrete „Gefahr einer widersprüchlichen Rechtsausübung“ unter den WEern einen Mehrheitsbeschluss notwendig machen kann.⁴⁴²

Der Lösungsvorschlag von *Löcker*,⁴⁴³ nämlich grds jede Zessionsannahme seitens des Verwalters von einem Mehrheitsbeschluss der EigG abhängig zu machen, erscheint mE jedoch zu weitgehend: Der Verwalter kann zwar dadurch sein persönliches Haftungsrisiko minimieren, aber gleichzeitig wird die Durchsetzbarkeit der Ansprüche

⁴³⁹ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 23.

⁴⁴⁰ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 38 (Stand: 1.6.2015, rdb.at); ähnlich *Stabentheiner*, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 277 (292).

⁴⁴¹ In wobl 2013, 161 (166).

^{442/443} Dazu mehr iZm Gewährleistungsansprüchen auf Seite 72.

⁴⁴³ in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 29e.

einzelner WEer jedoch wesentlich erschwert, was wiederum den Zweck der Bestimmung des § 18 Abs 2 WEG aushöhlen würde.

B. Notfallslegitimation gem § 18 Abs 2 Satz 2 WEG

Ist ein Anspruch erst einmal an die EigG abgetreten und von ihr auch angenommen, kann ihn nur diese gerichtlich geltend machen. Die EigG trifft dabei sogar eine Obliegenheit zur Geltendmachung.⁴⁴⁴ Um einer Verfristung durch „Untätigkeit“ der EigG vorzubeugen, hat der Gesetzgeber der WRN 2006 nachstehenden Satz 2 § 18 Abs 2 WEG angefügt:

„Unterlässt die Eigentümergeinschaft die Geltendmachung eines ihr abgetretenen Anspruchs und droht dadurch eine Frist für die Anspruchsverfolgung abzulaufen, so kann der betreffende Wohnungseigentümer den Anspruch für die Eigentümergeinschaft geltend machen.“

Diese Bestimmung gewährt dem WEer, bei „Untätigkeit“ der EigG, respektive des Verwalters (und dadurch drohender Verfristung), den Anspruch wieder an sich ziehen und selbst geltend zu machen. Diese sog „Notfallslegitimation“ ist der gesellschaftsrechtlichen Rechtsfigur der actio pro socio nachempfunden.⁴⁴⁵

Laut den Mat zur WRN 2006⁴⁴⁶ erhebt der WEer die Klage in eigenem Namen, begehrt aber die Leistung für die EigG. Es liegt somit ein Fall von gesetzlicher Prozessstandschaft vor.⁴⁴⁷ Aufgrund des damit verbundenen Kostenrisikos für den WEer – er klagt ein und trägt somit das Prozessrisiko alleine, während die EigG nur davon profitieren kann – sprachen manche Stimmen in der Lit⁴⁴⁸ von einer „Totgeburt“.

Darüber, ab wann genau eine Frist abzulaufen droht, machen weder das Gesetz noch dessen Mat Angaben. Die Mat halten bloß undeutlich fest, dass die Notfallslegitimation „freilich erst knapp vor Ablauf der Frist in Betracht kommt (weil ansonsten das

⁴⁴⁴ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 29c aE.

⁴⁴⁵ Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 58 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁴⁴⁶ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

⁴⁴⁷ Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 120 (Stand 1.9.2014, rdb.at).

⁴⁴⁸ Dirnbacher, WEG idF WRN 2009, 225; ebenso Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 18 WEG Rz 39 (Stand: 1.6.2015, rdb.at); aA Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 30 aE, der Regressansprüche ggü der EigG hinsichtlich der finanziellen Auslagen des WEers bejaht.

Tatbestandsmerkmal der drohenden Verfristung nicht erfüllt ist).“⁴⁴⁹ Weitere Hilfestellungen bot der Gesetzgeber nicht. Angesichts des Prozesskostenrisikos für den WEer dürfte sich die Inanspruchnahme der Regelung in § 18 Abs 2 Satz 2 WEG ohnehin in Grenzen halten.⁴⁵⁰

C. Besonderheiten bei Gewährleistungsansprüchen

Wie bereits an früheren Stellen angesprochen,⁴⁵¹ sind gerade mit abtretbaren Gewährleistungsansprüchen viele Besonderheiten und Detailfragen verbunden. Zunächst ist zu unterscheiden, aus welchem Vertragsverhältnis der Anspruch auf Gewährleistung stammt, wer also Vertragspartner des Vertrages ist, in dessen Abwicklung eine Störung eingetreten ist.⁴⁵² Für gewöhnlich geht es um Ansprüche aus dem Vertrag des einzelnen WEers ggü dem Bauträger und/oder WE-Organisator. Diese stehen grds dem WEer, und nicht der EigG zu,⁴⁵³ können aber eben gem § 18 Abs 2 WEG an die EigG abgetreten werden.

Von der Abtretungsmöglichkeit nach § 18 Abs 2 WEG sind sowohl jene Gewährleistungsansprüche erfasst, die Mängel an allgemeinen Teilen der Liegenschaft betreffen, als auch jene hinsichtlich Mängel in einzelnen WE-Objekten,⁴⁵⁴ da es sachgerecht erscheint, die Abtretungsmöglichkeit auf alle Ansprüche auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands der gesamten Baulichkeit auszudehnen.⁴⁵⁵

1. Abtretung nur durch einen Teil der Wohnungseigentümer?

Bei individuellen Gewährleistungsansprüchen der WEer kann jeder WEer einzeln entscheiden, ob er seinen Anspruch an die EigG abtritt oder selbst geltend macht. Folglich kommt es in der Praxis vor, dass bloß ein Teil der WEer seinen jeweiligen Anspruch abtritt, der andere Teil hingegen dies nicht tut und der Gewährleistungsanspruch betreffend ihre Verträge bei ihnen verbleibt.

⁴⁴⁹ ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 22.

⁴⁵⁰ Terlitza in FS Würth 232.

⁴⁵¹ Vgl etwa Seiten 57 und 69.

⁴⁵² RIS-Justiz RS0013431 (T18); vgl auch Kap V.B.3.b) auf Seite 58.

⁴⁵³ RIS-Justiz RS0119208.

⁴⁵⁴ Painsi in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 63f (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁴⁵⁵ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 106a.

In einem solchen Fall stehen die ihre Ansprüche selbst relevierenden WEer und die EigG mit den an sie zedierten Ansprüchen zu-, oder besser: nebeneinander. Im gerichtlichen Verfahren sind die EigG und die verbleibenden WEer als Streitgenossen behandeln.⁴⁵⁶

Diesbezüglich gilt es zu erörtern, welche Auswirkungen diese bloß „teilweise“ Abtretung an die EigG auf das weitere Prozedere hat.

Wie schon erörtert,⁴⁵⁷ wird ein Anspruch nach den Bestimmungen des § 1394 ABGB inhaltsgleich vom Zedenten an den Zessionar abgetreten. Letzterer übernimmt also die Forderung mit denselben Rechten und Pflichten wie der Zedent sie hatte. Bei einem teilbaren Anspruch in Geld, so wie etwa bei Preisminderung, aber auch beim Schadenersatz oder beim Benützungsentgelt⁴⁵⁸, steht dem einzelnen WEer bloß ein aliquoter Teilanspruch, entsprechend seinen Miteigentumsanteilen, zu.⁴⁵⁹ Diesfalls kann die EigG nur den ihr abgetretenen Teil des Anspruchs geltend machen, somit nur dann den vollen Ersatzanspruch, wenn ausnahmslos alle WEer ihren Teilanspruch an sie abgetreten haben.⁴⁶⁰ Letzteres dürfte laut *Terlitza* aber in der Praxis kaum erreichbar sein.⁴⁶¹

2. Wahl des Gewährleistungsbehelfs

Bei Gewährleistungsansprüchen gilt es zu beachten, dass die §§ 922 ff ABGB gleich mehrere Behelfe bieten, Mangelhaftigkeiten einer Sache, bzw die daraus resultierende Inäquivalenz der beiden Leistungen, zu beheben. Zum einen stehen die primären Gewährleistungsbehelfe der Verbesserung und des Austauschs, zum anderen die sekundären Behelfe der Preisminderung und der Wandlung zur Verfügung. Erstere zielen darauf ab, den Übernehmer in natura gleichzustellen, wie er ohne Mangel dastünde.

⁴⁵⁶ *Löcker*, aaO Rz 106b.

⁴⁵⁷ Vgl Seite 32 f.

⁴⁵⁸ Vgl OGH 5 Ob 88/16a EvBl 2017/68 (*Terlitza*) = immolex 2017/64 (*Prader*) = wobl 2017/111 (*Häublein*) = SZ 2016/120 = RZ 2017 EÜ28, 29 = Jus-Extra OGH-Z 6156.

⁴⁵⁹ *Terlitza* in FS Würth 236; vgl auch OGH 5 Ob 21/09p immolex 2010/48 (*Prader*) = ecolex 2010/9 (*Rindler*) = wobl 2010/34 = bbl 2010/24 = MietSlg 61.119; 5 Ob 40/18w immolex 2019/60 (*Hauswurz*) = wobl 2019/115 = MietSlg 70.379; differenzierend: OGH 2 Ob 123/12w immolex 2013/108 (*Prader*) = ZVB 2013/132 (*Kraus*) = bau aktuell 2013/15 = wobl 2014/4 = ecolex 2013/422 = MietSlg 65.155 = MietSlg 65.489 = MietSlg 65.641 = MietSlg 65.725, als eine „interne“ Forderungsabtretung zwischen den WEern untereinander möglich ist.

⁴⁶⁰ *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 66 (Stand 15.10.2018, rdb.at); ebenso *Terlitza* in FS Würth 236.

⁴⁶¹ *Terlitza*, Praxis und Probleme der Abtretungslösung des § 18 Abs 2 WEG 2002, wobl 2013, 161 (168).

Letztere hingegen sollen eine finanzielle Kompensation des Übernehmers für die Minderleistung des Übergebers erreichen.⁴⁶²

Gerade Preisminderungsansprüche spielen bei Gewährleistungsprozessen der WEer gegen Bauträger eine wichtige Rolle. Sind Austausch und Verbesserung etwa nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu erreichen, überhaupt unmöglich geworden oder ist das Vertrauen in den Bauträger, etwa aufgrund „halbherziger“ und schließlich erfolgloser Verbesserungsversuche, verlorengegangen – vgl § 932 Abs 4 ABGB –, werden die WEer im Regelfall Preisminderung, also eine Rückerstattung eines Teils des Kaufpreises fordern.

Gerade aufgrund der verschiedenen Wahlmöglichkeiten scheint es mMn ratsam, dass sich die WEer bei gleichzeitiger, individueller Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche aus ihrem jeweiligen Vertrag untereinander abstimmen. Schließlich ist der Anspruchsgegner im Regelfall dieselbe Person, nämlich der Bauträger, und können so in den parallel geführten Verfahren durch abgestimmtes Vorgehen „Synergien“, etwa durch Informationsaustausch oder die Verteilung des Kostenrisikos (für Gutachter etc), erzielt werden.

Wenn aber derartige Gewährleistungsansprüche an die EigG abgetreten werden, sollte nach meinem Dafürhalten der zedierende WEer – gewissermaßen als Handlungsanleitung ggü dem Verwalter – nicht nur mitteilen, welchen Anspruch (betreffend welchen Mangel bzw Schaden und in welcher Höhe) er an die Gemeinschaft abtritt, sondern darüber hinaus auch klar artikulieren, welchen konkreten Gewährleistungsbehelf er vom Verwalter geltend gemacht haben möchte. Dadurch beugt man nicht nur unangenehmen Missverständnissen vor, die oft kostspielige Konsequenzen für den abtretenden WEer nach sich ziehen können, sondern hat der Verwalter selbst eine klare Direktive und wird gleichzeitig sein Haftungsrisiko vermindert.⁴⁶³

3. Mehrheitsbeschluss bei Ansprüchen betreffend allgemeine Teile

Was die Wahl des Gewährleistungsbehelfs betrifft, kann der WEer bei Ansprüchen, welche Mängel an allgemeinen Teilen der Liegenschaft betreffen, nicht ohne Weiteres alleine über das Vorgehen entscheiden, auch wenn der Anspruch aus seinem eigenen

⁴⁶² Vgl dazu im Detail oben auf Seite 52 f.

⁴⁶³ Vgl dazu Seite 64 f.

Vertrag mit dem Gewährleistungsschuldner – im Regelfall dem Bauträger – herrührt und er diese selbst klagsweise geltend macht. Vielmehr ist ein Mehrheitsbeschluss der EigG einzuholen, wenn Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigt werden könnten, selbst wenn die Geltendmachung grds in seine Rechtszuständigkeit fällt.⁴⁶⁴ Alternativ dazu besteht – wie der OGH unlängst nochmals bekräftigt hat⁴⁶⁵ – die Möglichkeit, den Beschluss durch eine Entscheidung des Außerstreitrichters zu substituieren.⁴⁶⁶ Sollte der WEer nämlich einen entsprechenden Beschluss nicht behaupten und beweisen können, riskiert er die Abweisung der Klage mangels Sachlegitimation.⁴⁶⁷ Bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Außerstreitrichters bleibt es aber den WEern grds unbenommen, selbst einen entsprechenden Beschluss zu fassen.⁴⁶⁸

Schließlich fällt die Behebung (ernster) Mängel und Schäden an allgemeinen Teilen gemäß § 28 Abs 1 Z 1 WEG in die Rechtszuständigkeit der EigG, und berührt daher stets auch Interessen der Gemeinschaft.⁴⁶⁹ Letztere sind auch bei der Wahl des Gewährleistungsbehelfs zu beachten.⁴⁷⁰

Doch ist laut *Terlitza* bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer internen Abstimmung zwischen den WEern nicht nur das Gemeinschaftsinteresse ausschlaggebend, sondern können auch „berücksichtigungswürdige Einzelinteressen der Vertragspartner massiv betroffen“⁴⁷¹ sein, insb die Interessen des Gewährleistungsschuldners. Dabei führt er eine durchaus lebensnahe Konstellation ins Treffen: Wenn hinsichtlich eines Mangels an allgemeinen Teilen zunächst ein WEer als Gläubiger auf Preisminderung dringt und der Schuldner dem nachkommt, anschließend ein anderer WEer jedoch die Behebung des Mangels begehrt, würde der Gewährleistungsschuldner dadurch „doppelt“, jedenfalls über die Maße, in Anspruch genommen werden.⁴⁷² Auch aus Gründen des

⁴⁶⁴ RIS-Justiz RS0108157 (T6, T7, T10, T14, T16); RS0082907.

⁴⁶⁵ OGH 20.04.2021, 5 Ob 181/20h.

⁴⁶⁶ OGH 5 Ob 126/12h immolex 2013/36 (*Faber*) = wobl 2013/63 (*Terlitza*) = ZVB 2013/75 (*Oppel*) = EvBl 2013/89 (*Reif*) = ZRB 2013, 100 (*Seeber-Grimm/Seeber*) = Zak 2013/133 = MietSlg 65.152 = MietSlg 65.487; so auch bereits vor der WRN 2006 OGH 5 Ob 126/00s immolex 2001/32 = ÖWR 2001, E 10 = MietSlg 52.607 = bbl 2001/48.

⁴⁶⁷ Im Umkehrschluss aus OGH 24.01.2013, 5 Ob 126/12h.

⁴⁶⁸ OGH 20.04.2021 5 Ob 243/20a.

⁴⁶⁹ *Terlitza* in FS Würth 236.

⁴⁷⁰ RIS-Justiz RS0108158, RS0082907 (T7, T13); vgl auch *Terlitza*, aaO.

⁴⁷¹ In wobl 2013, 161 (166).

⁴⁷² So auch *Michl*, ZVB 2012/103.

Schuldnerschutzes soll eine interne Abstimmung erfolgen, um die „Gefahr einer widersprüchlichen Rechtsausübung endgültig zu bannen“.⁴⁷³

Bis ein derartiger Mehrheitsbeschluss vorliegt, kann ein einzelner WEer wegen Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB der Entgeltforderung des Bauträgers entgegenhalten.⁴⁷⁴ Wenn alle Miteigentümer Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, bindet ein derartiger Mehrheitsbeschluss auch die (überstimmte) Minderheit.⁴⁷⁵

Laut ständiger Rsp soll ein Mehrheitsbeschluss bloß dann nicht erforderlich sein, wenn bei der Geltendmachung von Ansprüchen betreffend allgemeine Teile durch einen einzelnen WEer gar keine Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigt werden können, also ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn bereits alle anderen Gewährleistungsgläubiger ihre Wahl über einen Behelf getroffen haben⁴⁷⁶ oder diese sich mit dem Bauträger verglichen haben.⁴⁷⁷

Die Notwendigkeit eines Mehrheitsbeschlusses wäre auch dann zu verneinen, wenn die Mängelbehebung bereits von den WEern veranlasst wurde und diese nunmehr bloß das eingesetzte Deckungskapital vom Gewährleistungsschuldner fordern.⁴⁷⁸ Gleich zu behandeln wäre der Fall, dass die primären Gewährleistungsbefehle aufgrund (technischer) Unmöglichkeit gar nicht mehr zur Verfügung stehen und daher ohnehin nur Preisminderung in Frage kommt.⁴⁷⁹ Laut OGH kann der Mehrheitsbeschluss auch dann obsolet sein, wenn die Willensbildung der WEer bereits einvernehmlich im Vorhinein, etwa im WE-Vertrag, über eine eigenständige gerichtliche Geltendmachung durch die einzelnen WEer getroffen wurde.⁴⁸⁰

Eine interne Abstimmung kann weiters auch dann entfallen, wenn nicht der WEer selbst seinen Anspruch betreffend allgemeiner Teile geltend macht, sondern diesen an die EigG abtritt und letztere dann als Klägerin auftritt. Laut OGH steht es der Gemeinschaft

⁴⁷³ Terlitza in FS Würth 236; ders in wobl 2013, 161 (166).

⁴⁷⁴ RIS-Justiz RS0082907 (T12).

⁴⁷⁵ RIS-Justiz RS0013431.

⁴⁷⁶ RIS-Justiz RS0108158 (T13, T14).

⁴⁷⁷ OGH 5 Ob 214/01h MietSlg 53.515.

⁴⁷⁸ Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 105a.

⁴⁷⁹ OGH 5 Ob 126/12h immolex 2013/36 (Faber) = wobl 2013/63 (Terlitza) = ZVB 2013/75 (Oppel) = EvBl 2013/89 (Reif) = ZRB 2013, 100 (Seeber-Grimm/Seeber) = Zak 2013/133 = MietSlg 65.152 = MietSlg 65.487.

⁴⁸⁰ OGH 4 Ob 10/16 y immolex 2016/34 (Räth) = Zak 2016/186 = EvBl-LS 2016/62 = wobl 2016/58.

nämlich frei, ob und welche zedierten Ansprüche sie geltend machen will, weshalb es für deren Aktivlegitimation einer Überprüfung der dazu getroffenen internen Abstimmung der EigG nicht bedarf.⁴⁸¹

Auch wenn der OGH hier offenbar differenziert und bei Rechtszuständigkeit der EigG keine Beschlussfassung unter ihren Mitgliedern als zwingend erforderlich erachtet, sollte der Verwalter – als Vertreter der EigG – mE dennoch eine Klarstellung bzw Konkretisierung vonseiten der Eigentümermehrheit darüber suchen, wie die abgetretenen Ansprüche vom ihm gerichtlich geltend gemacht werden sollen. So kann er sein Haftungsrisiko erheblich minimieren, sollte das Verfahren „nicht so laufen“, wie von der Eigentümermehrheit erwartet.

4. Interessenkonflikt des Verwalters als Gewährleistungsschuldner

In der Praxis besteht beim Verwalter immer wieder ein Naheverhältnis zum Bauträger, manchmal sogar Personenidentität. Dies kann gerade iZm Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen ggü dem Bauträger als Gewährleistungsschuldner zu einer Interessenkollision führen, indem der Verwalter, als Vertreter der EigG, sich selbst als Gewährleistungsschuldner bzw Haftpflichtiger gegenübersteht.

Gem § 18 Abs 3 Z 1 lit b WEG wird in derartigen Kollisionsfällen („in Fragen des rechtlichen Verhältnisses zwischen der EigG und dem Verwalter“) die EigG durch die Mehrheit der WEer vertreten. Dies gilt laut lit c leg cit dann nicht, wenn ein Eigentümerversorger nach § 22 WEG bestellt wurde.⁴⁸² Demnach (§ 22 Abs 1 Satz 1 leg cit) kann die EigG aus dem Kreis der WEer eine natürliche Person zum Eigentümerversorger bestellen und vertritt dieser die EigG ggü dem Verwalter, soweit letzterer die Belange der Gemeinschaft aufgrund widerstreitender Interessen eben nicht objektiv wahrnehmen kann. Der soeben beschriebene Gewährleistungskonflikt dürfte mE der „Paradefall“ des § 22 WEG sein.

Gem § 22 Abs 2 WEG hat zwar der Eigentümerversorger die Weisungen der Mehrheit – soweit nicht gesetzwidrig – zu befolgen, womit schlussendlich „das letzte Wort“ immer noch der Mehrheit der WEer verbleibt. Trotzdem dürfte mAn die Bestellung eines

⁴⁸¹ OGH 6 Ob 115/18g immolex 2018/121 (*Prader*) = ecolex 2018/471 (*Schoditsch*) = wobl 2019/22 (*Terlitza*) = *Kothbauer*, immolex 2019, 40.

⁴⁸² *Painsi* in GeKo Wohnrecht II § 18 WEG 2002 Rz 78 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Eigentümerversammlungen auf alle Fälle ratsam sein, da dann die EigG mit bloß einer vereinten Stimme ggü dem Verwalter auftreten kann.

Weiters gilt es bei Abstimmungen der EigG zu beachten, dass einem Verwalter, der auch Miteigentümer der Liegenschaft und damit WEer ist, gem § 24 Abs 3 WEG kein Stimmrecht zukommt, wenn Gegenstand der beabsichtigten Beschlussfassung ein Rechtsgeschäft, Rechtsverhältnis oder Rechtsstreit mit ihm selbst ist. Dasselbe gilt für WEer, die in einem wirtschaftlichen oder familiären Naheverhältnis zum konfligierenden WEer stehen.

5. Vergleichsweise Bereinigung eines Gewährleistungstreits

Gewährleistungskonflikte mit Bauträgern werden nicht selten – außergerichtlich oder gerichtlich – vergleichsweise bereinigt. Man könnte nun meinen, dass die EigG Ansprüche, welche von den WEern an sie abgetreten wurden und über die Wahl des Behelfs (nach den gerade erörterten Gesichtspunkten) bereits ein Mehrheitsbeschluss vorliegt, im eigenen Ermessen durchsetzen und somit auch einen Vergleich mit dem Gewährleistungsschuldner schließen könnte.

Laut *Terlitz*⁴⁸³ ist dies aber gerade nicht der Fall: Auch bei einer allfälligen vergleichswisen Bereinigung sind die Interessen der Gemeinschaft als eigentliche Gewährleistungsgläubiger zu prüfen. Nur weil die WEer einem bestimmten Prozedere mehrheitlich zugestimmt haben, heißt dies gemäß *Terlitz* noch nicht, dass sie auch „mit einer – oder noch deutlicher: mit jeder – vergleichswisen Lösung der Mängelstreitigkeit“ einverstanden wären. Je weiter ein Vergleichsvorschlag vom durch Beschluss definierten Ziel abweiche – im Regelfall wohl die Herstellung eines völlig mängelfreien Zustands auf Kosten des Bauträgers –, desto eher werde der Vergleich keine Deckung darin finden, was eine weitere Beschlussfassung notwendig macht. Erst dadurch sind alle WEer an den Vergleich gebunden, wodurch wiederum auch die Interessen des gewährleistungspflichtigen Bauträgers gewahrt sind.⁴⁸⁴

6. Unterschiedlicher Zeitpunkt der Verjährung

Mit dem Zeitpunkt der Übergabe des WE-Objekts an den WEer beginnt nach § 933 ABGB die dreijährige Gewährleistungsfrist zu laufen. Da, gerade bei größeren

⁴⁸³ Vgl seine Besprechung zu OGH 5 Ob 46/15y in wobl 2015, 335 (338).

⁴⁸⁴ Vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 106b.

Bauträgerprojekten mit teils mehreren „Bauabschnitten“, nicht alle WE-Objekte gleichzeitig, sondern sukzessive an die Erwerber verkauft und übergeben werden, können somit die einzelnen Gewährleistungsfristen divergieren. Im Extremfall könnte sogar die Frist für die ersten Erwerber bereits abgelaufen sein, wenn jene der letzten Käufer noch gar nicht zu laufen begonnen hat.

IdZ schlugen vereinzelte Stimmen der Lit⁴⁸⁵ zunächst vor, dass die Gewährleistungsfrist ggü dem Bauträger erst zu laufen beginnt, wenn die Anteilsmehrheit an der Liegenschaft abverkauft ist, offenbar mit dem für Mehrheitsbeschlüsse erforderlichen Quorum im Blick. Dies würde jedoch gleichzeitig bedeuten, dass mit Übergabe der Mehrheit der Anteile die Gewährleistungsfrist für alle später hinzukommenden WEer weniger als drei Jahre beträgt.

Dieser Ansicht erteilte der OGH in seiner E vom 31.08.2010⁴⁸⁶ eine klare Absage: Zum einen widerspricht eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist für die später hinzugekommenen Erwerber ganz klar dem Wortlaut des § 933 Abs 1 ABGB. Zum anderen sieht der OGH die vermutete Intention *Calls*⁴⁸⁷ hinter dem Vorschlag, dem Bauträger als Noch-Mehrheitseigentümer die Möglichkeit zu nehmen, einen für ihn vorteilhaften (und damit im Regelfall für die restlichen WEer nachteiligen) Beschluss herbeizuführen, schon durch § 24 Abs 3 WEG entkräftet.⁴⁸⁸ Sogar dem „letzten Erwerber“ soll das Gewährleistungsrecht in vollem Umfang und voller Länge zukommen. In seiner Glosse⁴⁸⁹ zu dieser E weist *Prader* – mE zutr – darauf hin, dass dies nur bei unteilbaren Ansprüchen gelten könne, da im Falle von teilbaren Ansprüchen der nachträglich erwerbende WEer nur befugt sei, über den auf ihn entfallenden Anteil zu verfügen.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ *Call*, Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar?, wobl 2006, 69.

⁴⁸⁶ OGH 5 Ob 69/10y immolex 2011/26 (*Prader*) = ecolex 2011/45 (*Friedl*) = Zak 2010/608 = RdW 2010/718 = wobl 2011/54 = MietSlg 62.109.

⁴⁸⁷ AaO.

⁴⁸⁸ Vgl dazu oben auf Seite 76.

⁴⁸⁹ Immolex 2011/26.

⁴⁹⁰ So auch implizit *Terlitza*, Titel und Voraussetzungen der Abtretung eines Gewährleistungsanspruchs an die Eigentümergemeinschaft, wobl 2019, 64 (67).

7. Vorabregelung im WE-Vertrag

Bereits im Zuge der Begründung von WE können viele spätere Problemstellungen der Gemeinschaft im WE-Vertrag geregelt werden. Gerade iZm den nach § 18 Abs 2 WEG abtretbaren Gewährleistungsansprüchen ist zu prüfen, ob der Entscheidungsprozess bereits vorab im WE-Vertrag geregelt werden kann.

So könnte der Bauträger, als WE-Organisator, etwa versucht sein, im Stadium der WE-Begründung den Erwerbern ein bestimmtes Abtretungsverhalten aufzuzwingen. Er könnte etwa als Gewährleistungsschuldner ggü den WEern bestrebt sein, die gegen ihn geltend gemachten Ansprüche zu bündeln, um diese leichter abwehren zu können.

Umgekehrt stünde es mAn im Interesse der späteren Miteigentümer, bereits im Vorhinein für solche Fälle eine genaue Vorgehensweise festzulegen, um ein langwieriges Abstimmungsverfahren hintanzuhalten.

Einen Teilaspekt zu dieser Problemstellung hat der OGH in seiner E 4 Ob 10/16y⁴⁹¹ geklärt: Im dortigen WE-Vertrag war vereinbart worden, dass WEer ohne vorherige Beschlussfassung der EigG – offenbar unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten – selbständig Gewährleistungsansprüche geltend machen konnten. Eine derartige Vorausverfügung der WEer kann laut OGH zulässig und wirksam vereinbart werden, zumal auch sonst erforderliche Willensbildungsfragen im WE-Vertrag geregelt werden können. Mit der Frage, ob auch eine Vorausabtretung an die EigG durch WE-Vertrag wirksam zustande kommen kann, hat sich der OGH jedoch noch nicht auseinandergesetzt.

Die oben angesprochenen Gestaltungsmöglichkeiten des Bauträgers dürften aber jedenfalls durch § 38 WEG beschränkt sein, gemäß dessen Abs 1 Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem WE-Bewerber oder WEer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken, rechtsunwirksam sind.

Eine generelle „Globalabtretung“ sämtlicher gemäß § 18 Abs 2 WEG abtretbaren Ansprüche durch WE-Vertrag dürfte zwar unzulässig sein.⁴⁹² Dem ist mE mit Blick auf die vom Gesetzgeber gewählte Abtretungsvariante, mit der die größtmögliche Privatautonomie des WEers gewahrt werden sollte, jedenfalls zuzustimmen. Doch wurde in der Lit auch die Auffassung vertreten, dass bestimmte, ausreichend konkretisierte –

⁴⁹¹ OGH 4 Ob 10/16y immolex 2016/34 (*Räth*) = Zak 2016/186 = EvBl-LS 2016/62 = wobl 2016/58.

⁴⁹² Würth/Zingher/Kovanyi²³ § 18 WEG Rz 38.

oder zumindest konkretisierbare – Ansprüche bereits im Vorhinein WE-vertraglich zediert werden können, so etwa Ansprüche gegen liegenschaftsfremde Besitzstörer, um damit dem Verwalter die Durchsetzung derartiger Angelegenheiten zu erleichtern.⁴⁹³

ME wird insb die Regelung von Detailfragen zum Abtretungsprozedere nach § 18 Abs 2 WEG im WE-Vertrag zulässig sein, wenn auch nur innerhalb der Grenzen des § 38 WEG.

D. Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 ZPO

Die Abgrenzung zwischen der Rechtszuständigkeit der einzelnen WEer einerseits und der EigG andererseits kann – trotz ausführlicher Besprechung in Lit und Rsp⁴⁹⁴ – weiterhin schwierig sein, sogar für den erfahrenen Rechtsanwender.

Bei gerichtlicher Geltendmachung durch die „falsche“ Person bzw die „falschen“ Personen bestünde die Gefahr, dass die Klage oder der Antrag mangels Aktivlegitimation abgewiesen wird.

Um frustrierten Prozessaufwand wie auch die drohende Verjährung aufgrund neuerlicher „richtiger“ Geltendmachung zu vermeiden,⁴⁹⁵ begegnete der OGH dem Abgrenzungsproblem in erster Linie mit der großzügigen Handhabung des § 235 Abs 5 ZPO, also eine Berichtigung der Parteibezeichnung vorzunehmen: Gemäß dieser Bestimmung stellt es weder eine Klage- noch eine Parteiänderung dar, wenn die Parteibezeichnung auf diejenige Person richtiggestellt wird, von der oder gegen die nach dem Inhalt der Klage in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise das Klagebegehren erhoben worden ist.

In einer Judikaturlinie, beginnend im Jahr 2000,⁴⁹⁶ hielt der OGH dementsprechend fest, dass in bestimmten Fällen eine Berichtigung der Parteibezeichnung auf das jeweils andere Rechtssubjekt – Gesamtheit der WEer bzw die EigG – zulässig ist, wenn sich der Kläger bzw Antragsteller in der Parteibezeichnung geirrt hat, die tatsächlich gemeinte Partei aber aus dem übrigen Inhalt der Klage in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zu erkennen ist.⁴⁹⁷

⁴⁹³ Wieser, immolex 2017/63 (Glosse zu OGH 5 Ob 144/16m).

⁴⁹⁴ Vgl zur Problematik insb Seite 28.

⁴⁹⁵ Nunner-Krautgasser in *Fasching/Konecny*³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 12 (Stand 1.9.2014, rdb.at).

⁴⁹⁶ OGH 07.11.2000, 5 Ob 201/00w; ein Judikaturüberblick findet sich bei *Würth/Zingher/Kovanyi*²³ § 18 WEG Rz 33.

⁴⁹⁷ RIS-Justiz RS0039808 (T11); RS0039378.

Aufgrund der bereits zuvor angesprochenen Abgrenzungsschwierigkeiten iZm der Rechtsfähigkeit der EigG neigt die Rechtsprechung in diesem Bereich allgemein zu besonderer Großzügigkeit bei der Zulässigkeit der Berichtigung der Parteibezeichnung von der EigG auf die einzelnen WEer vice versa,⁴⁹⁸ was aber in der Lit durchaus kritisch aufgenommen wurde.⁴⁹⁹

Im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren iSd § 37 MRG bzw § 52 WEG muss nicht auf § 235 Abs 5 ZPO zurückgegriffen werden.⁵⁰⁰ Vielmehr kann die Parteibezeichnung ohne formellen Beschluss richtiggestellt werden, wenn aus dem verfahrenseinleitenden Antrag dessen „wahrer“ Adressat klar hervorgeht.⁵⁰¹

Im jeweiligen (streitigen) Verfahren ist das Problem der richtigen Parteibezeichnung mit den Verfahrensbeteiligten zu erörtern,⁵⁰² wobei eine Berichtigung in jeder Lage des Verfahrens vorzunehmen ist, sogar noch nach Rechtskraft der Sachentscheidung.⁵⁰³ Auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen dafür vorliegen, ist laut Rsp eine Berichtigung der Parteibezeichnung iSd § 235 Abs 5 ZPO dann unzulässig, wenn eine Partei trotz Erörterung der Unrichtigkeit weiterhin auf der von ihr gewählten Bezeichnung beharrt.⁵⁰⁴

VIII. Conclusio

Wie bereits eingangs dieser Arbeit erwähnt, gab es iZm der Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG zahlreiche Detailfragen zu klären. So war zunächst – neben der historischen Entwicklung zur gegenwärtigen gesetzlichen Regelung – zu klären, welche Ansprüche überhaupt einer Abtretung nach § 18 Abs 2 WEG zugänglich sind. Dabei gab es insbesondere bei den „die Liegenschaft betreffenden Unterlassungsansprüchen“ Klärungsbedarf. Gleichzeitig hatte eine Auseinandersetzung mit den für § 18 Abs 2 relevanten Rechtsinstitute des allgemeinen Zivilrechtes (Zession, Schadenersatz, Gewährleistung, Unterlassung) zu erfolgen.

⁴⁹⁸ OGH 6 Ob 128/13m wobl 2014/61 = EvBl-LS 2014/54.

⁴⁹⁹ Vgl Löcker in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 18 WEG Rz 118

⁵⁰⁰ Vgl RIS-Justiz RS0113769 (T2) zur alten Rechtslage vor dem WohnAußStrBeglG BGBl I 2003/113.

⁵⁰¹ Würth/Zingher/Kovanyi²³ § 52 WEG Rz 68.

⁵⁰² OGH 5 Ob 287/05z wobl 2006/158 (*Call*) = immolex 2006/73 = immolex-LS 2006/18 = Zak 2006/203 = MietSlg 57.667 mwN.

⁵⁰³ Klicka in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 235 ZPO Rz 47 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

⁵⁰⁴ RIS-Justiz RS0107428; vgl auch Schauer in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 18 WEG Rz 10.

Auch wenn *Terlitz*⁵⁰⁵ mMn zuzustimmen ist, dass die Abtretungsmöglichkeit nach § 18 Abs 2 WEG inzwischen in der „höchstgerichtlichen Praxis angekommen“ sei, was sich auch aus der in dieser Arbeit zitierten, mannigfaltigen Rsp ergibt, sind dennoch einige Fallstricke bei der Rechtsanwendung zu beachten.

IZm der Abgrenzung zedierbarer Ansprüche zu Verfügungshandlungen⁵⁰⁶ sowie jenen Ansprüchen, welche bereits originär der EigG zustehen,⁵⁰⁷ war auf die Rechtsfähigkeit der EigG als solche samt historischer Entwicklung derselben einzugehen, um nachvollziehen zu können, wieso sich diese Grenzen so ergeben haben.⁵⁰⁸ Sobald diese Abgrenzung vorgenommen ist, erscheint auch der Umgang mit zahlreichen anderen Details im Verhältnis zwischen EigG und WEer nachvollziehbar.

Anlässlich der aufgezeigten Praxisprobleme⁵⁰⁹ (vgl etwa den thematisierten „Abtretungszwang“⁵¹⁰ oder die „Annahmepflicht“⁵¹¹) wurde versucht, für alle beteiligten Akteure, nämlich die WEer selbst, die EigG, den Verwalter sowie allenfalls den Eigentümerversorger, aus der einschlägigen Rsp und Lit Empfehlungen abzuleiten.

Gerade bei Gewährleistungsansprüchen ist der Rechtsanwender mit zahlreichen Detailfragen (Wahl des Gewährleistungsbehelfs, Begrifflichkeiten wie „Gemeinschaftsinteresse“ oder „Interessenkonflikt“, vergleichsweise Bereinigung, Verjährungsproblematik) konfrontiert, sodass es hier lohnend sein kann, sich insb mit der einschlägigen Literatur näher auseinanderzusetzen.

⁵⁰⁵ In FS Würth 223.

⁵⁰⁶ Seite 24 ff.

⁵⁰⁷ Seite 57 f.

⁵⁰⁸ Seite 18 ff.

⁵⁰⁹ Kap VII auf Seite 59 ff.

⁵¹⁰ Seite 59 ff.

⁵¹¹ Seite 62 ff.

Literaturverzeichnis

Lehrbücher

Koziol – Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I, 14. Auflage (2014)

Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015)

Kommentare & Entscheidungssammlungen

H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht II (Stand 15.10.2018, rdb.at)

Dirnbacher, WEG – Das Wohnungseigentumsgesetz idF der Wohnrechtsnovelle 2006 (2006)

Dirnbacher, WEG – Das Wohnungseigentumsgesetz idF der Wohnrechtsnovelle 2009 (2010)

Faistenberger/Barta/Call (Hrsg), Kommentar zum WEG 1975 (1976)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Auflage (Stand 1.9.2014, rdb.at)

Illedits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht Taschenkommentar, 3. Auflage (2018)

Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht – WEG, 4. Auflage (2017)

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2006)

Kletečka/Schauer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.2.2020, rdb.at).

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 6. Auflage (2020)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (Stand 1.1.2007, rdb.at)

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (Stand 1.5.2018, rdb.at)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band 2, 4. Auflage (2012)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band 4, 4. Auflage (2014)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band 6, 4. Auflage (2016)

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht, Band II, 23. Auflage (Stand: 1.6.2015, rdb.at)

Handbücher

Illedits/Illedits-Lohr, Handbuch zum Nachbarrecht, 3. Auflage (2013)

Aufsätze/Abhandlungen

H. Böhm, Artikel in den Salzburger Nachrichten vom 15.06.2002, 43

Call, Ungereimtheiten und Versäumtes im Wohnungseigentumsgesetz (WEG) 2002. Eine erste Bilanz nach einem Jahr Geltungskraft, NZ 2003, 225

Call, Einige Vorschläge für Änderungen des WEG 2002 im Rahmen einer Wohnrechtsnovelle (WRN) 2005, wobl 2005, 69

Call, Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum durchsetzbar? wobl 2006, 69

Hochleitner/Pittl, Das Treueverhältnis der Wohnungseigentümer zueinander und zur Eigentümergemeinschaft, wobl 2015, 251

Illedits, Die Wohnungseigentümergemeinschaft, wobl 2000, 65

Kothbauer, Wie werden Ansprüche nach § 18 Abs 2 WEG abgetreten? immolex 2008, 224

Kothbauer, Gewährleistung und Schadenersatz im Wohnungseigentum, immolex 2019, 40

Loimer, Die aktive und passive Klagslegitimation der (Wohnungs-) Eigentümergemeinschaft im Wandel der Rechtsprechung, immolex 2004, 7

Markl, Die Eigentümerpartnerschaft – §§ 13 bis 15 WEG 2002, wobl 2002, 129

Pittl, Erweiterung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer? immolex 2016, 176

Prader, Zum Abtretungsumfang von Ansprüchen an die EigG am Beispiel Benützungsentgelt, immolex 2017, 183

Räth, Das Vorzugspfandrecht gem § 27 WEG in der Zwangsversteigerung, immolex 2015, 142

Stabentheiner, Entstehungsgeschichte und innovatorischer Gehalt des Wohnungseigentumsgesetzes 2002, wobl 2002, 101

Stabentheiner, Das neue Wohnungseigentumsrecht im Überblick, immolex 2002, 163

Stabentheiner, Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 241 und 277

Terlitza, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung - eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185

Terlitza, Abtretung von Unterlassungsansprüchen auf Abwehr von Eingriffen in ein bestehendes Recht an die EigG, wobl 2012, 195

Terlitza, Praxis und Probleme der Abtretungslösung des § 18 Abs 2 WEG 2002, wobl 2013, 161

Terlitza, Die Eigentümergemeinschaft und die Zession nach § 18 Abs 2 WEG 2002, FS Würth (2014), 221

Terlitza, Titel und Voraussetzungen der Abtretung eines Gewährleistungsanspruchs an die Eigentümergemeinschaft, wobl 2019, 64

Vonkilch, Vorläufiges Wohnungseigentum des Alleineigentümers (§§ 45 – 51 WEG 2002), immolex 2002, 182

Vonkilch, Sanierungsbedarf beim WEG, wobl 2004, 87

Vonkilch, Anmerkungen zum Ministerialentwurf für eine Wohnrechtsnovelle 2005, wobl 2005, 82

Würth, Kleine Änderungen – große Wirkungen, wobl 2004, 243

Rechtsprechungsverzeichnis

Entscheidungen

Gericht	Datum	Aktenzeichen	Fußnote
LGZ Wien	04.06.1969	42 R 306/69	323
LGZ Wien	11.04.1973	45 R 154/73	322
LGZ Wien	15.09.1975	42 R 547/75	325
OGH	21.11.1978	5 Ob 675/78	41
LGZ Wien	10.12.1979	42 R 1084/79	325
OGH	09.04.1980	3 Ob 650/79	32
OGH	04.03.1981	1 Ob 750/80	41
OGH	08.04.1981	3 Ob 502/81	304
OGH	20.12.1988	5 Ob 26/88	127
LGZ Graz	22.03.1993	3 R 53-55/93	325
LGZ Wien	19.12.1994	40 R 607/94	329
OGH	19.12.1994	10 Ob 502/94	345
LGZ Wien	20.6.1995	39 R 265/95	321
OGH	10.10.1995	5 Ob 546/94	28
OGH	12.06.1996	5 Ob 2151/96a	132
OGH	28.01.1997	5 Ob 9/95	29, 374
OGH	10.06.1997	5 Ob 230/97b	132
OGH	08.07.1997	5 Ob 147/97x	31, 53, 111, 161, 379, 398
OGH	14.10.1997	5 Ob 274/97y	34
OGH	14.10.1997	1 Ob 262/97d	242
OGH	09.12.1997	5 Ob 268/97s	132
OGH	16.12.1997	5 Ob 458/97g	170
OGH	29.09.1998	5 Ob 223/98z	128, 129
OGH	24.11.1998	5 Ob 280/98g	43
OGH	19.01.1999	1 Ob 366/98z	332
OGH	30.05.2000	5 Ob 294/99t	35
OGH	07.11.2000	5 Ob 126/00s	36, 466
OGH	07.11.2000	5 Ob 201/00w	37, 496

OGH	14.11.2000	4 Ob 252/00p	364
OGH	27.09.2001	5 Ob 159/01w	65, 156
OGH	29.11.2001	8 ObS 114/01z	139
OGH	11.12.2001	5 Ob 214/01h	477
VwGH	03.07.2002	99/08/0173	150
OGH	20.11.2002	5 Ob 268/02a	62, 71, 248
LGZ Wien	26.2.2003	39 R 426/02i	320
OGH	02.09.2003	1 Ob 163/03g	162, 372, 374, 395
OGH	15.06.2004	5 Ob 181/03h	45, 51, 54, 109
OGH	14.09.2004	5 Ob 148/04g	50, 55, 110
OGH	29.10.2004	5 Ob 88/04h	61, 71, 248
OGH	29.10.2004	5 Ob 95/04p	404
OGH	11.01.2005	5 Ob 304/04y	52, 56
OGH	12.01.2005	7 Ob 318/04x	152
OGH	25.01.2005	5 Ob 213/04s	175
OGH	07.06.2005	5 Ob 41/05y	395
OGH	20.12.2005	5 Ob 287/05z	502
OGH	21.03.2006	5 Ob 18/06t	60, 63, 247, 329
OGH	13.02.2007	4 Ob 250/06b	242
LG Feldkirch	22.02.2007	3 R 41/07p	329
OGH	06.11.2007	5 Ob 112/07t	149, 184
OGH	08.01.2008	5 Ob 281/07w	38
OGH	08.01.2008	5 Ob 206/07s	179
OGH	14.07.2008	5 Ob 25/08z	276
OGH	26.08.2008	5 Ob 130/08s	174
OGH	26.11.2008	6 Ob 227/07m	295
OGH	13.01.2009	5 Ob 275/08i	261
OGH	17.03.2009	10 ObS 180/08f	150
OGH	01.09.2009	5 Ob 21/09p	459
OGH	24.11.2009	5 Ob 241/09s	276
OGH	31.08.2010	5 Ob 69/10y	414, 486
OGH	20.12.2010	5 Ob 205/10y	157
OGH	24.01.2011	5 Ob 2/11x	251

OGH	23.02.2011	1 Ob 227/10d	291
OGH	08.11.2011	3 Ob 140/11a	237, 271, 281, 420, 425
OGH	20.03.2012	5 Ob 28/12x	158, 400
OGH	12.06.2012	5 Ob 71/12w	208, 210, 221, 225, 422
OGH	24.01.2013	5 Ob 126/12h	466, 467, 479
OGH	04.03.2013	8 Ob 45/12v	235
OGH	21.03.2013	5 Ob 235/12p	196
OGH	03.07.2013	7 Ob 113/13p	166
OGH	30.07.2013	2 Ob 123/12w	459
OGH	28.11.2013	6 Ob 128/13m	498
OGH	29.01.2014	7 Ob 192/13f	140, 153
OGH	19.11.2014	3 Ob 156/14h	291
OGH	24.03.2015	5 Ob 46/15y	483
OGH	28.04.2015	5 Ob 226/14t	180
OGH	25.09.2015	5 Ob 173/15z	301
OGH	25.09.2015	6 Ob 127/15t	309
OGH	27.01.2016	4 Ob 10/16 y	480
OGH	16.03.2016	7 Ob 4/16p	344
OGH	22.11.2016	5 Ob 88/16a	312, 377 383 385 458
OGH	01.03.2017	5 Ob 144/16m	76, 78
OGH	28.06.2018	6 Ob 115/18g	216, 481
OGH	06.11.2018	5 Ob 40/18w	459
OGH	25.04.2019	5 Ob 226/18y	248
OGH	21.05.2019	5 Ob 57/19x	198
OGH	20.01.2020	1 Ob 210/19t	241
OGH	20.02.2020	6 Ob 26/20x	377
OGH	20.04.2021	5 Ob 181/20h	465
OGH	20.04.2021	5 Ob 243/20a	468

Rechtssätze

RS-Nummer	Fußnote	RS-Nummer	Fußnote
RS0108158	39, 470, 476	RS0010670	285
RS0037585	44	RS0010668	285
RS0037667	44	RS0118359	287
RS0074353	44	RS0010501	287
RS0119208	46, 453	RS0010625	287
RS0108020	57, 142, 154, 155, 161, 164, 197	RS0010553	290
RS0109188	64, 67, 167, 168, 172	RS0110784	296, 300
RS0039808	82, 497	RS0010614	297
RS0114298	137	RS0010849	305
RS0035327	142	RS0062419	306
RS0109410	149	RS0127923	318
RS0110934	151	RFE0000168	329
RS0128583	153	RS0110336	330
RS0127674	160	RS0010311	331
RS0124735	165	RS0018547	341
RS0130071	180	RS0120246	348
RS0130069	180	RS0030153	349
RS0107884	185	RS0128162	353
RS0035043	187	RS0098939	355
RS0110705	191, 192	RS0022917	360
RS0116451	198	RS0111706	362
RS0032973	206	RS0027364	362
RS0127385	237	RS0112234	362
RS0012040	241	RS0022519	365
RS0012169	244	RS0030644	367
RS0117352	246	RS0131110	378, 387
RS0012112	249	RS0108157	379, 398, 399, 464
RS0112687	250	RS0131109	386, 387

RS0103058	252	RS0013213	411, 412
RS0010164	253	RS0013747	424, 437
RS0012186	254	RS0128567	426
RS0083156	260	RS0105791	437
RS0132624	260	RS0013431	452, 475
RS0012137	268, 269	RS0082907	464, 470, 474
RS0013417	268, 308, 418	RS0039378	497
RS0101793	268	RS0113769	500
RS0109030	283	RS0107428	504
RS0124364	283		