

TE OGH 2017/7/20 5Ob93/17p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.07.2017

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der wohnrechtlichen Außerstreitsache der Antragsteller 1. Rosa-Brigitte G*, 2. Ruth S*, nunmehr Georg und Mag. Jasmin S*, 3. Wolfgang K*, 4. Gertraud J*, alle vertreten durch Heiss & Heiss Rechtsanwälte OG in Innsbruck, gegen die Antragsgegner 1. Ing. Thomas H*, 2. Silvia H*, beide *, 3. Michael F*, 4. Dr. Johannes S*, 5. ehemals „Wolfgang und Erika U*“, *, 6. Christine G*, 7. DI Carolus S* DI Christine S*, 8. Hannes E*, 9. (und 10.) Ing. Markus F*, 11. Dr. Thomas S*, 12. Nina R*, 13. ehemals Peter O*, 14. Stefanie R*, 15. Andrea Z*, 16. Dr. Christian S*, 17. Markus W*, 18. ehemals Barbara W*, beide *, 19. DI Bernhard M*, 20. DI (FH) Jana L*, beide *, 21. Dr. Elisabeth G*, 22. DI Wolfgang H*, 23. Ing. Natascha H*, beide *, 24. Hannes R*, 25. Maria Eleonora L*, 26. nunmehr Hubert W*, 27. nunmehr Dr. Christoph S*, mit Ausnahme der Antragsgegner zu 5., 12., 13., 26. und 27. alle vertreten durch Kerle, Aigner, Pichler, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Änderung einer Benützungsregelung (§§ 52 Abs 1 Z 3 iVm § 17 WEG 2002), über den Revisionsrekurs der 1., 2., 3., 6., 7., 8., 11., 14., 15., 16., 19., 20., 21., 22.- und 25.-Antragsgegner gegen den Sachbeschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 27. Februar 2017, GZ 4 R 267/16t-39, mit dem der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 24. Mai 2016, GZ 11 Msch 16/13s-33, bestätigt wurde, denDer Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der wohnrechtlichen Außerstreitsache der Antragsteller 1. Rosa-Brigitte G*, 2. Ruth S*, nunmehr Georg und Mag. Jasmin S*, 3. Wolfgang K*, 4. Gertraud J*, alle vertreten durch Heiss & Heiss Rechtsanwälte OG in Innsbruck, gegen die Antragsgegner 1. Ing. Thomas H*, 2. Silvia H*, beide *, 3. Michael F*, 4. Dr. Johannes S*, 5. ehemals „Wolfgang und Erika U*“, *, 6. Christine G*, 7. DI Carolus S* DI Christine S*, 8. Hannes E*, 9. (und 10.) Ing. Markus F*, 11. Dr. Thomas S*, 12. Nina R*, 13. ehemals Peter O*, 14. Stefanie R*, 15. Andrea Z*, 16. Dr. Christian S*, 17. Markus W*, 18. ehemals Barbara W*, beide *, 19. DI Bernhard M*, 20. DI (FH) Jana L*, beide *, 21. Dr. Elisabeth G*, 22. DI Wolfgang H*, 23. Ing. Natascha H*, beide *, 24. Hannes R*, 25. Maria Eleonora L*, 26. nunmehr Hubert W*, 27. nunmehr Dr. Christoph S*, mit Ausnahme der Antragsgegner zu 5., 12., 13., 26. und 27. alle vertreten durch Kerle, Aigner, Pichler, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Änderung einer Benützungsregelung (Paragraphen 52, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 17, WEG 2002), über den Revisionsrekurs der 1., 2., 3., 6., 7., 8., 11., 14., 15., 16., 19., 20., 21., 22.- und 25.-Antragsgegner gegen den Sachbeschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 27. Februar 2017, GZ 4 R 267/16t-39, mit dem der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 24. Mai 2016, GZ 11 Msch 16/13s-33, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

I. Die Revisionsrekursbeantwortung der Zweitantragstellerin Ruth S* wird zurückgewiesen.römisch eins. Die Revisionsrekursbeantwortung der Zweitantragstellerin Ruth S* wird zurückgewiesen.

II. Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.römisch zwei. Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben; die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Sämtliche Parteien sind bzw waren Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft EZ * KG * mit den Objekten H* 2, 2a, 2b und 2c. Die Wohnungseigentumsanlage mit 27 Eigentumswohnungen und Garagen wurde im Jahr 1958 errichtet. Die der Parifizierung zugrundeliegende Baubeschreibung sah für die in den Obergeschossen liegenden Wohnungen Balkone vor, während die Erdgeschosswohnungen über eine kleine Wohnterrasse als Ausgang in einen Wohngarten verfügen sollten. Dementsprechend legte die Schlichtungsstelle beim Stadtmagistrat I* mit Bescheid vom 5. 8. 1958 die Nutzwerte fest. Im Laufe der Zeit gingen die Wohnungseigentümer der Erdgeschosswohnungen dazu über, sich mehr als die parifizierte Terrassenfläche zuzueignen und Wohngärten dadurch zu schaffen, dass sie „ihren Bereich“ mit Hecken und Umzäunungen abgrenzten. Bereits bei Errichtung der Wohnungseigentumsanlage waren in der Natur ersichtliche Abgrenzungen der einzelnen Gartenanteile der Erdgeschosswohnungen errichtet worden, die dort gepflanzten Büsche wuchsen im Lauf der Jahre und wurden von den jeweiligen Eigentümern der Erdgeschosswohnungen zugeschnitten, die auch Zäune erneuerten, neue Zäune errichteten und Hecken pflanzten. An der Westgrenze der Liegenschaft befindet sich ein zu dieser gehöriger Servitutsweg, der ursprünglich auch als Zufahrt zu einer hinter der Wohnhausanlage liegenden Gärtnerei diente. Schon der Bauträger, der die Wohnanlage errichtete, bepflanzte den Ostrand des Servitutswegs mit Hecken, um zu verhindern, dass Leute von dort direkt auf die Flächen vor den Erdgeschosswohnungen gelangen können. Teilweise wurden dort Zugänge in Form von Eingangstüren in die Gärten geschaffen, ursprünglich in Form von Metallgittern, die durch höhere Metallgitter oder -türen bzw Holztüren ersetzt wurden. Mit- und Wohnungseigentümer von Erdgeschosswohnungen errichteten auch Hochbeete und veranlassten Umzäunungsmaßnahmen mit Maschendraht bzw Schilfmatten als Sichtschutz, wobei nicht fest steht, wer in der Vergangenheit welche Veränderung an diesen Flächen vornahm. Eine Zustimmung der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer hiezu lag jedenfalls nicht vor.

Erstmals 1984 wurden einzelne Mit- und Wohnungseigentümer darauf hingewiesen, dass es sich bei den den Erdgeschosswohnungen vorgelagerten Flächen um Allgemeingrund handle, der nicht parifiziert sei. 2004 versuchte die Hausverwaltung einen Umlaufbeschluss betreffend die Benützungsregelung zu erreichen, ein Ergebnis konnte nicht erzielt werden. Die Intention war damals nicht, den Mit- und Wohnungseigentümern der Erdgeschosswohnungen die Nutzung zu entziehen, sondern hierfür ein entsprechendes Benütungsentgelt zu erhalten. Die jeweiligen Eigentümer der Wohnungen I/2, I/3, I/4, I/5 und I/6 nutzten und nutzen die Flächen vor den Erdgeschosswohnungen bis zum Servitutsweg hin, ohne dafür ein Benütungsentgelt zu bezahlen. Nicht fest steht, ob und inwieweit die übrigen Wohnungseigentümer anteilmäßig Betriebskosten für diese Allgemeinflächen bezahlen. „Früher“ gab es einen Hausmeister, der die Allgemeinflächen betreute, den Rasen mähte und die Hecken schnitt, „seit längerem“ gibt es keinen Hausmeister mehr, sodass die Eigentümer der Erdgeschosswohnungen „in den letzten Jahren“ die von ihnen genutzten Flächen betreut, gepflegt und die Kosten hierfür übernommen haben.

Die Erstantragstellerin als Klägerin nahm die nunmehrigen 19.- und 20.-Antragsgegner als Beklagte zu 30 C 238/09s des Bezirksgerichts Innsbruck auf Entfernung und Unterlassung in Anspruch. Während sie mit ihrem Entfernungsbegehren in Bezug auf außerhalb der parifizierten Terrassenfläche verlegte Betonplatten und einer Umzäunung durchdrang, wurde ihr Begehren auf Entfernung der Hecke mit der Begründung abgewiesen, insoweit stehe dem eine konkludente Benützungsvereinbarung entgegen.

Die Erstantragstellerin erwarb mit Kaufvertrag vom 28. 3. 2012 44/2100-Anteile an der Liegenschaft verbunden mit Wohnungseigentum an der Wohnung W II/6. Sie war bereits zuvor Mit- und Wohnungseigentümerin, hat ihre Wohnung W III/5 allerdings mit Schenkungsvertrag vom 28. 12. 2012 ihrem Sohn, dem Drittantragsteller, geschenkt. Die Erst- und

Zweittragsgegner haben ihre Wohnung 1/2 mit Kaufvertrag vom 8. 2. 2012 gekauft, in dem ein Gartenanteil von 44 m² als „mitumfasst“ erwähnt wird, obwohl die parifizierte Außenfläche nur 12,45 m² beträgt.

Die Antragsteller begehren die Aufhebung der hinsichtlich der Eigentumswohnungsanlage bestehenden konkludenten Benützungsregelung, wonach die Wohnungseigentümer mit den Anteilen B-LNr 1, 12, 14, 15, 16, 20, 26, 31, 33, 40, 41, 44, 50 und 51 entgegen dem Parifizierungsbescheid vom 5. 8. 1958 über die Balkonfläche hinaus Allgemeinfläche als Sondernutzung in Anspruch nehmen. Die weiteren Begehren auf Entfernung und Wiederherstellung wurden rechtskräftig zurück- bzw abgewiesen und sind nicht mehr Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens.

Nach den Behauptungen der Antragsteller seien die Gartenflächen nicht als Zubehör parifiziert worden. Die genannten Miteigentümer hätten sich diese zugeeignet und mit Hecken und Zäunen abgegrenzt. Hochbeete und Schilfmatten hätten das äußere Erscheinungsbild der Anlage verändert. Die Eigentümer der Erdgeschosswohnungen nützten Allgemeinflächen, ohne ein entsprechendes Entgelt zu bezahlen oder höhere Betriebskosten zu tragen. Das Landesgericht Innsbruck als Berufungsgericht sei im Verfahren 30 C 238/09s des Bezirksgerichts Innsbruck von einer schlüssigen Benützungsvereinbarung ausgegangen, die die Erstantragstellerin und den Drittantragsteller als Einzelrechtsnachfolger nicht binde. Jedenfalls liege ein wichtiger Grund für die Auflösung dieser Benützungsvereinbarung vor.

Die Antragsgegner bestritten die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs. In der Sache wendeten sie ein, bereits der Errichter der Anlage habe geplant, den Eigentümern der Erdgeschosswohnungen ein Sondernutzungsrecht hinsichtlich der direkt vorgelagerten Kleingärten zukommen zu lassen. Dieser seit mehr als 50 Jahren beibehaltene und allgemein akzeptierte Zustand sei auch der seit Jahrzehnten in der Anlage wohnenden Erstantragstellerin bekannt gewesen. Ihr Wohnungswechsel im Jahr 2012 ändere daran nichts. Die Antragsteller seien nicht mit Kosten belastet, weil die Wohnungseigentümer der Erdgeschosswohnungen sämtliche Kosten für die ihren Terrassen vorgelagerten Gärten selbst tragen. Ein wichtiger Grund zur Auflösung der Benützungsvereinbarung liege nicht vor. Den (richtig:) Antragstellern gehe es gar nicht darum, sich eine entsprechende Nutzung der gemeinschaftlichen Wohngärten zu verschaffen. Die Eigentümer der Erdgeschosswohnungen hätten persönlichen Bedarf an den direkt vorgelagerten Flächen. Sollte tatsächlich ein berücksichtigungswürdiges Ungleichgewicht in der konkreten Benützungsvereinbarung gesehen werden, sei ein angemessenes Benützungsentgelt zu ermitteln. Die Antragsgegner wären zur Neuparifizierung der Erdgeschossflächen auf ihre Kosten bereit und würden eine angemessene einmalige Vergütung dafür an die Allgemeinheit leisten oder aber für den Fall des Aufrechterhaltens der Sondernutzung auf Basis einer fiktiven Neufestsetzung der Nutzwerte und Einbeziehung der Gartenflächen monatlich erhöhte Betriebskosten bezahlen.

Das Erstgericht hob – im zweiten Rechtsgang – die Benützungsregelung ersatzlos auf. Es ging davon aus, Erst-, Zweit- und Viertantragstellerin seien schon vor der vom Bezirksgericht Innsbruck zu 30 C 238/09s festgestellten konkludenten Benützungsregelung Miteigentümer an der Liegenschaft gewesen und deshalb daran gebunden. Der Drittantragsteller sei als Einzelrechtsnachfolger der Erstantragstellerin in Kenntnis von der tatsächlichen Benützung der Allgemeinflächen als Garten durch die Erdgeschosswohnungseigentümer gewesen und habe sich stillschweigend unterworfen. Da die Antragsgegner Allgemeinflächen ohne entsprechenden Ausgleich an die Wohnungseigentümergeinschaft in Anspruch nähmen und nicht ausreichend ihre Bereitschaft erklärt hätten, ein angemessenes Benützungsentgelt zu leisten, sei die Benützungsregelung aus wichtigem Grund aufzuheben.

Das Rekursgericht gab dem dagegen vom 1.- bis 4.-, 6.- bis 11.- und 14.- bis 25.-Antragsgegner erhobenen Rekurs nicht Folge, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 10.000 EUR übersteige und ließ den Revisionsrekurs zu. Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als unbedenklich. In rechtlicher Hinsicht erörterte es die Weitergeltung einer bereits vor Inkrafttreten des WEG 2002 schlüssig zustandegewordenen Vereinbarung bei Eigentümerwechsel und hielt einen konkludenten Beitritt nach 1. 7. 2002 aufgrund des neu geschaffenen Formgebots für nicht mehr möglich. Allerdings könne ein Rechtsnachfolger bei Erwerb seiner Anteile nach dem 30. 6. 2002 mit schriftlichen Vertrag in die Rechtsstellung seines Vorgängers eintreten oder der von seinem Vorgänger (konkludent) übernommenen Verpflichtung schriftlich beitreten. Zum Argument der Antragsteller, die Erstantragstellerin und der Drittantragsteller hätten sich ausdrücklich gegen einen Beitritt zur konkludenten Benützungsvereinbarung ausgesprochen, seien zwar Feststellungsmängel gegeben; die Rechtswirksamkeit der konkludent getroffenen Benützungsvereinbarung könnte weggefallen sein. Diese Mangelhaftigkeit sei aber deshalb nicht relevant, weil dem Begehren aus einem anderen Grund stattzugeben sei. Aus der Entscheidung 5 Ob 106/03d sei abzuleiten, dass einem

Miteigentümer grundsätzlich nur ein Anspruch auf die seinem Miteigentumsanteil entsprechende Nutzung der Sache zustehe und eine davon abweichende Nutzung finanziell auszugleichen sei. Geschehe dies nicht, stelle dies einen wichtigen Grund dar, die Benützungsvereinbarung zu kündigen bzw dahingehend abzuändern, dass durch die Sondernutzung Begünstigte einen entsprechenden Ausgleich (etwa für Reparaturarbeiten) leisten. Der Oberste Gerichtshof habe dort die Möglichkeit der Kündigung der Benützungsvereinbarung nach § 17 Abs 1 WEG bejaht, obwohl es im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit der Benützung von Allgemeinflächen zu keiner nachträglichen Sachverhaltsänderung gekommen sei. Das Anbot der Antragsgegner, einer Neuparifizierung bzw einem höheren Betriebskostenanteil zuzustimmen, sei nicht ausreichend um einen finanziellen Nachteil auszugleichen. Der Revisionsrekurs sei zuzulassen, weil in der Entscheidung 5 Ob 19/14a (= wobl 2014/133) ausdrücklich offen gelassen worden sei, ob allein der Umstand, dass die Benützung einer Allgemeinfläche bislang ohne ein den Miteigentümern zukommendes Entgelt erfolgt sei, eine Änderung der Benützungsregelung rechtfertige wie dies allenfalls aus 5 Ob 106/03d abgeleitet werden könnte. Es sei daher nicht gesichert, ob der Oberste Gerichtshof seine zu 5 Ob 106/03d ausgedrückte Rechtsansicht weiter aufrecht erhalten wolle. Das Rekursgericht gab dem dagegen vom 1.- bis 4.-, 6.- bis 11.- und 14.- bis 25.-Antragsgegner erhobenen Rekurs nicht Folge, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 10.000 EUR übersteige und ließ den Revisionsrekurs zu. Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als unbedenklich. In rechtlicher Hinsicht erörterte es die Weitergeltung einer bereits vor Inkrafttreten des WEG 2002 schlüssig zustande gekommenen Vereinbarung bei Eigentümerwechsel und hielt einen konkludenten Beitritt nach 1. 7. 2002 aufgrund des neu geschaffenen Formgebots für nicht mehr möglich. Allerdings könne ein Rechtsnachfolger bei Erwerb seiner Anteile nach dem 30. 6. 2002 mit schriftlichen Vertrag in die Rechtsstellung seines Vorgängers eintreten oder der von seinem Vorgänger (konkludent) übernommenen Verpflichtung schriftlich beitreten. Zum Argument der Antragsteller, die Erstantragstellerin und der Drittantragsteller hätten sich ausdrücklich gegen einen Beitritt zur konkludenten Benützungsvereinbarung ausgesprochen, seien zwar Feststellungsmängel gegeben; die Rechtswirksamkeit der konkludent getroffenen Benützungsvereinbarung könnte weggefallen sein. Diese Mangelhaftigkeit sei aber deshalb nicht relevant, weil dem Begehren aus einem anderen Grund stattzugeben sei. Aus der Entscheidung 5 Ob 106/03d sei abzuleiten, dass einem Miteigentümer grundsätzlich nur ein Anspruch auf die seinem Miteigentumsanteil entsprechende Nutzung der Sache zustehe und eine davon abweichende Nutzung finanziell auszugleichen sei. Geschehe dies nicht, stelle dies einen wichtigen Grund dar, die Benützungsvereinbarung zu kündigen bzw dahingehend abzuändern, dass durch die Sondernutzung Begünstigte einen entsprechenden Ausgleich (etwa für Reparaturarbeiten) leisten. Der Oberste Gerichtshof habe dort die Möglichkeit der Kündigung der Benützungsvereinbarung nach Paragraph 17, Absatz eins, WEG bejaht, obwohl es im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit der Benützung von Allgemeinflächen zu keiner nachträglichen Sachverhaltsänderung gekommen sei. Das Anbot der Antragsgegner, einer Neuparifizierung bzw einem höheren Betriebskostenanteil zuzustimmen, sei nicht ausreichend um einen finanziellen Nachteil auszugleichen. Der Revisionsrekurs sei zuzulassen, weil in der Entscheidung 5 Ob 19/14a (= wobl 2014/133) ausdrücklich offen gelassen worden sei, ob allein der Umstand, dass die Benützung einer Allgemeinfläche bislang ohne ein den Miteigentümern zukommendes Entgelt erfolgt sei, eine Änderung der Benützungsregelung rechtfertige wie dies allenfalls aus 5 Ob 106/03d abgeleitet werden könnte. Es sei daher nicht gesichert, ob der Oberste Gerichtshof seine zu 5 Ob 106/03d ausgedrückte Rechtsansicht weiter aufrecht erhalten wolle.

Der von den im Beschlusskopf konkret genannten Antragsgegnern erhobene Revisionsrekurs strebt eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinn einer Abweisung des Antrags an.

Die Antragsteller beantragen in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und im Sinne einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung berechtigt. Die Revisionsrekursbeantwortung der (vormaligen) Zweitantragstellerin ist zurückzuweisen.

Vorauszuschicken ist, dass die Bezeichnung der Parteien entsprechend dem Sachbeschluss des Rekursgerichts erfolgt.

1. Parteistellung:

1.1. Im Verfahren nach § 52 Abs 1 WEG steht Wohnungseigentümern nur insoweit Parteistellung zu, als ihre Interessen durch die Entscheidung über den Antrag unmittelbar berührt werden können (§ 52 Abs 2 Z 1 WEG). Die Parteistellung

im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren ist an das aufrechte bürgerliche Eigentum geknüpft (RIS-Justiz RS0083100, RS0083106). Bei Eigentumsübergang scheidet der frühere Eigentümer aus dem Verfahren aus und tritt der Erwerber ein. § 234 ZPO ist im außerstreitigen Verfahren, konkret auch im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren, nicht anwendbar (RIS-Justiz RS0005786; RS0005764; 5 Ob 59/11d = immolex 2011/111 [Hagen]). Der Außerstreitrichter ist im Verfahren nach § 52 WEG verpflichtet, von Amts wegen alle jeweiligen Mit- und Wohnungseigentümer beizuziehen, sodass den Erwerbern des Miteigentumsanteils eines Antragstellers, der sein Antragsrecht verloren hat, durch Beiziehung zum Verfahren die Möglichkeit zu geben ist, den Antrag aufrechtzuerhalten (RIS-Justiz RS0083106; RS0126080). 1.1. Im Verfahren nach Paragraph 52, Absatz eins, WEG steht Wohnungseigentümern nur insoweit Parteistellung zu, als ihre Interessen durch die Entscheidung über den Antrag unmittelbar berührt werden können (Paragraph 52, Absatz 2, Ziffer eins, WEG). Die Parteistellung im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren ist an das aufrechte bürgerliche Eigentum geknüpft (RIS-Justiz RS0083100, RS0083106). Bei Eigentumsübergang scheidet der frühere Eigentümer aus dem Verfahren aus und tritt der Erwerber ein. Paragraph 234, ZPO ist im außerstreitigen Verfahren, konkret auch im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren, nicht anwendbar (RIS-Justiz RS0005786; RS0005764; 5 Ob 59/11d = immolex 2011/111 [Hagen]). Der Außerstreitrichter ist im Verfahren nach Paragraph 52, WEG verpflichtet, von Amts wegen alle jeweiligen Mit- und Wohnungseigentümer beizuziehen, sodass den Erwerbern des Miteigentumsanteils eines Antragstellers, der sein Antragsrecht verloren hat, durch Beiziehung zum Verfahren die Möglichkeit zu geben ist, den Antrag aufrechtzuerhalten (RIS-Justiz RS0083106; RS0126080).

1.2. Das Rekursgericht nahm auf die vor Beschlussfassung erster Instanz am 24. 5. 2016 erfolgten Änderungen im Grundbuchsstand Rücksicht und brachte die neuen Eigentumsverhältnisse zutreffend im Kopf seiner Entscheidung zum Ausdruck. In Bezug auf die vom Erstgericht noch als solche behandelte, tatsächlich aber ehemalige Zweitantragstellerin, an deren Stelle bereits 2015 Georg und Mag. Jasmin S* als Mit- und Wohnungseigentümer (nunmehr B-LNr 54 und 55) einverleibt worden waren, berücksichtigte das Rekursgericht allerdings nicht, dass diese beiden dem Verfahren bislang nicht beigezogen wurden und auch keine Gelegenheit hatten, zu erklären, ob sie den Antrag der vormaligen Zweitantragstellerin aufrechterhalten wollen oder nicht. Auch aus der Revisionsrekursbeantwortung ergibt sich nicht, dass sie sich überhaupt am Verfahren beteiligen wollen. Dies wird in dem – aufgrund der im Folgenden zu erörternden unvermeidlichen Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen – in erster Instanz fortzusetzenden Verfahren nachzuholen sein.

1.3. Die von der bisherigen Zweitantragstellerin erhobene Revisionsrekursbeantwortung war zurückzuweisen, weil diese ihre Parteistellung durch den Verlust ihres Eigentumsrechts noch vor Fassung des Sachbeschlusses erster Instanz bereits verloren hat.

1.4. Auf den Umstand, dass anstelle des Erstantragsgegners und der Zweitantragsgegnerin nunmehr MMag. Julia S* und Mag. Martin W* Eigentümer der Liegenschaftsanteile B-LNr 57 und 58 mit dem Wohnungseigentum an der Wohnung I/2 sind, ist bei Behandlung des Revisionsrekurses (noch) nicht Bedacht zu nehmen, weil diese Einverleibung erst am 27. 4. 2017 erfolgte. Im fortgesetzten erstinstanzlichen Verfahren werden die neuen Eigentümer allerdings beizuziehen sein. Überdies wird auf die geänderten Eigentumsverhältnisse auch im Zusammenhang mit dem – teilweise auf nicht mehr existente Miteigentumsanteile Bezug nehmenden – Begehren Bedacht zu nehmen sein.

2. Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs:

2.1. Die Antragsgegner haben die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs mit der Begründung eingewendet, die Antragsteller verlangten nicht eine neue Benützungsregelung, sondern es gehe ihnen in Wahrheit um die Sicherung des Anspruchs auf Mitbenützung der gemeinsamen Sache, den sie im Streitverfahren zu verfolgen hätten. Das Erstgericht – das die Wiederherstellungs- und Entfernungsbegehren als nicht auf den außerstreitigen Rechtsweg gehörig zurückwies – befasste sich mit dem Einwand nicht ausdrücklich, sondern bejahte die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs nur implizit. Das Rekursgericht nahm dazu nicht Stellung.

2.2. Gelangt das Rekursgericht aus Anlass eines zulässigen Rekurses zu der Überzeugung, dass der angefochtene Beschluss an einem bisher unbeachtet gebliebenen Mangel nach § 56 Abs 1 AußStrG (Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs) leidet, so ist dieser wahrzunehmen, auch wenn dies von keiner der Parteien geltend gemacht wurde, dies gilt sinngemäß auch für das Revisionsrekursverfahren (§ 71 Abs 4 AußStrG; Schramm in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 66 Rz 7). Dies würde nur dann nicht gelten, wenn die Vorinstanzen über die Zulässigkeit des Rechtswegs bindend entschieden hätten (RIS-Justiz RS0046249). Allerdings reicht die bloß implizite

Bejahung der Rechtswegszulässigkeit – etwa durch meritorische Behandlung eines Begehrens – für eine bindende Bejahung der Zulässigkeit des – hier außerstreitigen – Rechtswegs nicht aus (RIS-Justiz RS0046249 [T5, T7]). 2.2. Gelangt das Rekursgericht aus Anlass eines zulässigen Rekurses zu der Überzeugung, dass der angefochtene Beschluss an einem bisher unbeachtet gebliebenen Mangel nach Paragraph 56, Absatz eins, AußStrG (Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs) leidet, so ist dieser wahrzunehmen, auch wenn dies von keiner der Parteien geltend gemacht wurde, dies gilt sinngemäß auch für das Revisionsrekursverfahren (Paragraph 71, Absatz 4, AußStrG; Schramm in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 66, Rz 7). Dies würde nur dann nicht gelten, wenn die Vorinstanzen über die Zulässigkeit des Rechtswegs bindend entschieden hätten (RIS-Justiz RS0046249). Allerdings reicht die bloß implizite Bejahung der Rechtswegszulässigkeit – etwa durch meritorische Behandlung eines Begehrens – für eine bindende Bejahung der Zulässigkeit des – hier außerstreitigen – Rechtswegs nicht aus (RIS-Justiz RS0046249 [T5, T7]).

2.3. Da insoweit eine bindende Entscheidung der Vorinstanzen hier nicht vorliegt, ist zunächst die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs für das Begehren nach Aufhebung der Benützungsregelung zu erörtern. Die Antragsteller stützen sich auf § 52 Abs 1 Z 3 WEG, wonach das zuständige Bezirksgericht im Verfahren außer Streitsachen über Minderheitsrechte des einzelnen Wohnungseigentümers (§ 30 Abs 1 und 2 WEG) einschließlich der sonstigen Angelegenheiten der Wohnungseigentümer der Liegenschaft, über die nach dem 16. Hauptstück des zweiten Teils des ABGB im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden ist, wie etwa Benützungsregelungen (§ 17 WEG), zu entscheiden hat. 2.3. Da insoweit eine bindende Entscheidung der Vorinstanzen hier nicht vorliegt, ist zunächst die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs für das Begehren nach Aufhebung der Benützungsregelung zu erörtern. Die Antragsteller stützen sich auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG, wonach das zuständige Bezirksgericht im Verfahren außer Streitsachen über Minderheitsrechte des einzelnen Wohnungseigentümers (Paragraph 30, Absatz eins und 2 WEG) einschließlich der sonstigen Angelegenheiten der Wohnungseigentümer der Liegenschaft, über die nach dem 16. Hauptstück des zweiten Teils des ABGB im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden ist, wie etwa Benützungsregelungen (Paragraph 17, WEG), zu entscheiden hat.

2.4. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sache in das Außerstreitverfahren oder auf den ordentlichen Rechtsweg gehört, ist von den Behauptungen der Antragsteller auszugehen, nicht von den Einwendungen des Antragsgegners oder den Feststellungen, die das Gericht aufgrund der durchgeführten Beweise trifft. Machen die Antragsteller nach ihren Behauptungen einen Anspruch mit Recht im Außerstreitverfahren geltend, stellt sich aber heraus, dass die Voraussetzungen dafür fehlen, wäre das Begehren im außerstreitigen Weg, wenn auch abschlägig, zu erledigen (RIS-Justiz RS0005861).

2.5. Streitigkeiten über Benützungsregelungen unter Wohnungseigentümern sind im besonderen wohnrechtlichen Außerstreitverfahren abzuhandeln, dies selbst dann, wenn der Antragsteller die Nichtigkeit der Wohnungseigentumsbegründung geltend macht und sein Begehren auf das Vorliegen einer bloß schlichten Miteigentümergeinschaft stützt (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 § 52 WEG Rz 21; 5 Ob 54/95 = wobl 1996/73 [insoweit zust Call]). Auch die Anfechtung vorläufiger Benützungsregelungen gehört zu den Angelegenheiten nach § 52 Abs 1 Z 3 WEG (5 Ob 65/10k = wobl 2011/38). Bei bestehenden Benützungsregelungen ist die Antragstellung nach § 52 Abs 1 Z 3 WEG möglich, wenn der Antrag als eine mit sofortiger Wirkung ausgesprochene Kündigung einer solchen Vereinbarung gedeutet werden kann (RIS-Justiz RS0013576). Lediglich ein Antrag, der einer bestehenden Benützungsvereinbarung zum Durchbruch verhelfen soll, wäre im streitigen Rechtsweg durchzusetzen (1 Ob 122/04d – allerdings zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 838a ABGB). 2.5. Streitigkeiten über Benützungsregelungen unter Wohnungseigentümern sind im besonderen wohnrechtlichen Außerstreitverfahren abzuhandeln, dies selbst dann, wenn der Antragsteller die Nichtigkeit der Wohnungseigentumsbegründung geltend macht und sein Begehren auf das Vorliegen einer bloß schlichten Miteigentümergeinschaft stützt (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 Paragraph 52, WEG Rz 21; 5 Ob 54/95 = wobl 1996/73 [insoweit zust Call]). Auch die Anfechtung vorläufiger Benützungsregelungen gehört zu den Angelegenheiten nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG (5 Ob 65/10k = wobl 2011/38). Bei bestehenden Benützungsregelungen ist die Antragstellung nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG möglich, wenn der Antrag als eine mit sofortiger Wirkung ausgesprochene Kündigung einer solchen Vereinbarung gedeutet werden kann (RIS-Justiz RS0013576). Lediglich ein Antrag, der einer bestehenden Benützungsvereinbarung zum Durchbruch verhelfen soll, wäre im streitigen Rechtsweg durchzusetzen (1 Ob 122/04d – allerdings zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Paragraph 838 a, ABGB).

2.6. Ungeachtet der – im Folgenden sogleich zu erörternden – Unklarheiten im Vorbringen der Antragsteller lässt ihr Antrag doch ausreichend erkennen, dass er auf eine Regelung in Bezug auf die schlüssig zustande gekommene Benützungsvereinbarung betreffend die den Erdgeschosswohnungen vorgelagerten „Wohngärten“ abzielt, die die Antragsteller als unwirksam ansehen bzw aus wichtigem Grund aufgehoben wissen wollen. Dass es ihnen dabei nur um die Abwehr rechtswidriger Eingriffe nach § 523 ABGB ginge (die auf dem Rechtsweg zu verfolgen wären), kann nach dem Gesamthalt des Antrags nicht gesagt werden. Eine Durchsetzung der bestehenden Benützungsvereinbarung streben sie gerade nicht an. Im Übrigen kann die Aufhebung einer Benützungsregelung noch unter den in § 17 Abs 2 WEG 2002 genannten Begriff der „gerichtlichen Abänderung einer bestehenden Regelung aus wichtigen Gründen“ subsumiert werden. Im Ergebnis sind die Vorinstanzen daher zu Recht von der Zulässigkeit des wohnrechtlichen Außerstreitverfahrens für diese Angelegenheit iSd § 52 Abs 1 Z 3 WEG ausgegangen.

2.6. Ungeachtet der – im Folgenden sogleich zu erörternden – Unklarheiten im Vorbringen der Antragsteller lässt ihr Antrag doch ausreichend erkennen, dass er auf eine Regelung in Bezug auf die schlüssig zustande gekommene Benützungsvereinbarung betreffend die den Erdgeschosswohnungen vorgelagerten „Wohngärten“ abzielt, die die Antragsteller als unwirksam ansehen bzw aus wichtigem Grund aufgehoben wissen wollen. Dass es ihnen dabei nur um die Abwehr rechtswidriger Eingriffe nach Paragraph 523, ABGB ginge (die auf dem Rechtsweg zu verfolgen wären), kann nach dem Gesamthalt des Antrags nicht gesagt werden. Eine Durchsetzung der bestehenden Benützungsvereinbarung streben sie gerade nicht an. Im Übrigen kann die Aufhebung einer Benützungsregelung noch unter den in Paragraph 17, Absatz 2, WEG 2002 genannten Begriff der „gerichtlichen Abänderung einer bestehenden Regelung aus wichtigen Gründen“ subsumiert werden. Im Ergebnis sind die Vorinstanzen daher zu Recht von der Zulässigkeit des wohnrechtlichen Außerstreitverfahrens für diese Angelegenheit iSd Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG ausgegangen.

3. Verfahrensgrundsätze:

3.1. Beim Antrag auf Benützungsregelung iSd § 52 Abs 1 Z 3 WEG handelt es sich um eine Regelungsstreitigkeit, bei der das Gericht nicht an das Begehren des Antragstellers gebunden ist, sondern eine billige Lösung für alle Beteiligten finden soll. Die Angabe eines von einer Partei gewünschten Ziels stellt sich dabei nur als unverbindliche Anregung dar (RIS-Justiz RS0013385 [T2, T3]; RS0013635 [T2, T3]). Auch die konstitutive Festsetzung des von einem Miteigentümer für die Benützung der gemeinsamen Sache zu entrichtenden Entgelts obliegt – mangels Einigung der Miteigentümer in diesen Belangen – dem Außerstreitrichter (RIS-Justiz RS0013635 [T4]). Grundsätzlich besteht in Regelungsstreitigkeiten nach § 52 Abs 1 Z 3 WEG keine qualifizierte Behauptungspflicht der Parteien, weil es Aufgabe des Gerichts ist, eine billige Lösung für alle Mit- und Wohnungseigentümer zu finden (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 § 52 WEG Rz 21, Rz 55; 5 Ob 285/02a = wobl 2003/72 [Call]). All dies gilt auch für das Verfahren über einen Antrag auf Abänderung einer Benützungsvereinbarung aus wichtigem Grund nach § 17 Abs 2 WEG.

3.1. Beim Antrag auf Benützungsregelung iSd Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG handelt es sich um eine Regelungsstreitigkeit, bei der das Gericht nicht an das Begehren des Antragstellers gebunden ist, sondern eine billige Lösung für alle Beteiligten finden soll. Die Angabe eines von einer Partei gewünschten Ziels stellt sich dabei nur als unverbindliche Anregung dar (RIS-Justiz RS0013385 [T2, T3]; RS0013635 [T2, T3]). Auch die konstitutive Festsetzung des von einem Miteigentümer für die Benützung der gemeinsamen Sache zu entrichtenden Entgelts obliegt – mangels Einigung der Miteigentümer in diesen Belangen – dem Außerstreitrichter (RIS-Justiz RS0013635 [T4]). Grundsätzlich besteht in Regelungsstreitigkeiten nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 3, WEG keine qualifizierte Behauptungspflicht der Parteien, weil es Aufgabe des Gerichts ist, eine billige Lösung für alle Mit- und Wohnungseigentümer zu finden (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 Paragraph 52, WEG Rz 21, Rz 55; 5 Ob 285/02a = wobl 2003/72 [Call]). All dies gilt auch für das Verfahren über einen Antrag auf Abänderung einer Benützungsvereinbarung aus wichtigem Grund nach Paragraph 17, Absatz 2, WEG.

3.2. Gemäß § 14 AußStrG sind im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Anleitungs- und Belehrungspflicht anzuwenden, somit §§ 182, 182a ZPO. Gegenüber rechtskundig vertretenen Parteien besteht demnach die Pflicht des Gerichts zur Anleitung in Bezug auf allfällige Mängel der Schlüssigkeit zwischen Sachantrag und Parteivorbringen (Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 14 Rz 21), dies gilt insbesondere für unschlüssige oder widersprüchliche Begehren oder erforderliche Ergänzungen des Sachvorbringens (Höllwerth aaO Rz 23). Daraus ergibt sich auch das Verbot der Überraschungsentscheidung. Das Gericht – somit auch der Oberste Gerichtshof – darf die Parteien nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die diese nicht beachtet haben, auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat und zu der sich die Parteien nicht

äußern konnten. Das Gericht soll seine Entscheidung somit nicht auf rechtliche Umstände stützen, die den Parteien oder auch nur eine von ihnen erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten haben (Höllwerth aaO Rz 30). 3.2. Gemäß Paragraph 14, AußStrG sind im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Anleitungs- und Belehrungspflicht anzuwenden, somit Paragraphen 182, 182 a, ZPO. Gegenüber rechtskundig vertretenen Parteien besteht demnach die Pflicht des Gerichts zur Anleitung in Bezug auf allfällige Mängel der Schlüssigkeit zwischen Sachantrag und Parteivorbringen (Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Paragraph 14, Rz 21), dies gilt insbesondere für unschlüssige oder widersprüchliche Begehren oder erforderliche Ergänzungen des Sachvorbringens (Höllwerth aaO Rz 23). Daraus ergibt sich auch das Verbot der Überraschungsentscheidung. Das Gericht – somit auch der Oberste Gerichtshof – darf die Parteien nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die diese nicht beachtet haben, auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat und zu der sich die Parteien nicht äußern konnten. Das Gericht soll seine Entscheidung somit nicht auf rechtliche Umstände stützen, die den Parteien oder auch nur eine von ihnen erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten haben (Höllwerth aaO Rz 30).

4. Widersprüchlichkeit des Antrags:

4.1. Entsprechend der soeben dargestellten Verfahrensgrundsätze ist zunächst eine Widersprüchlichkeit oder allenfalls Unvollständigkeit des verfahrenseinleitenden Antrags aufzugreifen, die – zwecks Vermeidung einer Überraschungsentscheidung – in erster Instanz zu erörtern sein wird. Noch im Revisionsrekursverfahren beharren die Antragsteller nämlich darauf, mangels Beitritts von Erstantragstellerin und Drittantragsteller als Einzelrechtsnachfolger sei die Benützungsvereinbarung gar nicht mehr wirksam, begehren andererseits aber deren (rechtsgestaltende) Aufhebung aus wichtigem Grund, die aber denklogisch ihren aufrechten Bestand (auch ihnen gegenüber) voraussetzen würde, den diese beiden Antragsteller jedoch ausdrücklich bestreiten. Dies wird klarzustellen sein, wobei zur Rechtsfrage der Überbindung einer vor 1. 7. 2002 geschlossenen Benützungsvereinbarung auf Einzelrechtsnachfolger auf die Ausführungen unter Punkt 6. zu verweisen ist.

4.2. Die Zweitantragstellerin hat – dies wurde bereits unter Punkt 1. erörtert – ihre Eigentümerstellung bereits vor Beschlussfassung erster Instanz verloren, damit auch Parteistellung und Sachlegitimation, und bislang fehlt es an einer Stellungnahme ihrer (Einzel-)Rechtsnachfolger, ob sie den Antrag aufrechterhalten wollen, bejahendenfalls, ob auch sie den Eintritt in die bestehende Benützungsvereinbarung bestreiten. Auch dies wird im fortgesetzten Verfahren zu erörtern sein.

4.3. Unklar blieb auch, ob überhaupt und gegebenenfalls welche neue Benützungsregelung die Antragsteller in Bezug auf die „Wohngartenflächen“ vor den Erdgeschosswohnungen anstreben; ihrem Vorbringen im Verfahren erster Instanz scheint zu entnehmen sein, dass sie weniger die Tatsache der ausschließlichen Nutzung der Wohngärten durch die Wohnungseigentümer im Erdgeschoss an sich beanstanden (so stellte das Erstgericht das auch für die Vergangenheit fest), sondern die Unentgeltlichkeit dieser Inanspruchnahme. Auch dies wird zu erörtern und klarzustellen sein. Hingewiesen sei in dem Zusammenhang darauf, dass ein Benützungsregelungsantrag grundsätzlich auf die rechtsgestaltende Zuweisung ausschließlicher Benützungsrechte abzielt und ein Begehren, das auf eine gleichartige Nutzung von allgemeinen Teilen durch alle Mit- und Wohnungseigentümer gerichtet ist, von § 17 Abs 2 WEG gar nicht erfasst wäre (5 Ob 182/14x). 4.3. Unklar blieb auch, ob überhaupt und gegebenenfalls welche neue Benützungsregelung die Antragsteller in Bezug auf die „Wohngartenflächen“ vor den Erdgeschosswohnungen anstreben; ihrem Vorbringen im Verfahren erster Instanz scheint zu entnehmen sein, dass sie weniger die Tatsache der ausschließlichen Nutzung der Wohngärten durch die Wohnungseigentümer im Erdgeschoss an sich beanstanden (so stellte das Erstgericht das auch für die Vergangenheit fest), sondern die Unentgeltlichkeit dieser Inanspruchnahme. Auch dies wird zu erörtern und klarzustellen sein. Hingewiesen sei in dem Zusammenhang darauf, dass ein Benützungsregelungsantrag grundsätzlich auf die rechtsgestaltende Zuweisung ausschließlicher Benützungsrechte abzielt und ein Begehren, das auf eine gleichartige Nutzung von allgemeinen Teilen durch alle Mit- und Wohnungseigentümer gerichtet ist, von Paragraph 17, Absatz 2, WEG gar nicht erfasst wäre (5 Ob 182/14x).

4.4. Je nach Ergebnis dieser Erörterungen wird das Erstgericht – unter Berücksichtigung der im Folgenden noch skizzierten Rechtslage, ohne strikte Bindung an den Antrag – neu zu entscheiden haben (RIS-Justiz RS0013701; RS0013612 [T11]). Selbst die Auferlegung eines – angemessenen – Benützungsentgelts wäre auch für den Fall zulässig, dass sich die Parteien über dessen Höhe im Verfahren nicht einig geworden sind (vgl 5 Ob 19/14a = wobl 2014/133). 4.4. Je nach Ergebnis dieser Erörterungen wird das Erstgericht – unter Berücksichtigung der im

Folgenden noch skizzierten Rechtslage, ohne strikte Bindung an den Antrag – neu zu entscheiden haben (RIS-Justiz RS0013701; RS0013612 [T11]). Selbst die Auferlegung eines – angemessenen – Benützungsentgelts wäre auch für den Fall zulässig, dass sich die Parteien über dessen Höhe im Verfahren nicht einig geworden sind (vergleiche 5 Ob 19/14a = wobl 2014/133).

Folgende grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen werden dabei zu berücksichtigen sein:

5. Schlüssige Benützungsvereinbarung:

5.1. Schon die Vorinstanzen haben zutreffend darauf hingewiesen, dass bis zum Inkrafttreten des WEG 2002 am 1. 7. 2002 eine Benützungsregelung auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen konnte (RIS-Justiz RS0013638). Eine jahrelange unwidersprochen gehandhabte Übung aller Miteigentümer konnte als schlüssiges Verhalten iSd § 863 ABGB, das als Abschluss einer Benützungsvereinbarung gewertet werden kann, gedeutet werden (RIS-Justiz RS0013638 [T5, T6, T9]). Seit dem Inkrafttreten des WEG 2002 ist die Benützungsregelung schriftlich abzuschließen (RIS-Justiz RS0013638 [T10]).

5.1. Schon die Vorinstanzen haben zutreffend darauf hingewiesen, dass bis zum Inkrafttreten des WEG 2002 am 1. 7. 2002 eine Benützungsregelung auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen konnte (RIS-Justiz RS0013638). Eine jahrelange unwidersprochen gehandhabte Übung aller Miteigentümer konnte als schlüssiges Verhalten iSd Paragraph 863, ABGB, das als Abschluss einer Benützungsvereinbarung gewertet werden kann, gedeutet werden (RIS-Justiz RS0013638 [T5, T6, T9]). Seit dem Inkrafttreten des WEG 2002 ist die Benützungsregelung schriftlich abzuschließen (RIS-Justiz RS0013638 [T10]).

5.2. Hier gingen die Vorinstanzen übereinstimmend vom Bestehen einer schlüssigen Benützungsvereinbarung aus, ebenso die Antragsgegner, die sogar von einer unstrittig unentgeltlichen Sondernutzung sprechen. Die Antragsteller gestehen – offenbar aufgrund des Verfahrensergebnisses zu 30 C 238/09s des Bezirksgerichts Innsbruck, das allerdings das Bestehen der Benützungsvereinbarung in einem Verfahren, wo nicht alle Mit- und Wohnungseigentümer Parteistellung hatten, bloß als Vorfrage beurteilte, weshalb eine Bindungswirkung für dieses Verfahren ausscheidet (RIS-Justiz RS0041572; RS0041180) – das ursprüngliche Zustandekommen einer Benützungsvereinbarung zu, bestreiten aber deren Überbindung auf Einzelrechtsnachfolger.

5.3. Aus den eingangs zitierten erstgerichtlichen Feststellungen geht ausreichend hervor, dass eine Abgrenzung der „Wohngärten“ zum Servitutsweg hin durch eine Ligusterhecke bereits vom Errichter der Wohnhausanlage vorgesehen war, ebenso eine gewisse Abtrennung der einzelnen Wohngärten voneinander durch dort gesetzte Sträucher. Es kann somit grundsätzlich – im Sinn des übereinstimmenden Vorbringens der Parteien – davon ausgegangen werden, dass die Alleinnutzung der Wohngärten durch die Wohnungseigentümer im Erdgeschoss an sich ebenso wie die Einfriedung durch Hecken auf jahrelanger unwidersprochener Übung beruht. Erstmals 1984 wurde die Frage eines Entgelts für diese Nutzung bei einer Hausversammlung angesprochen, es kam aber nicht zu einer Einigung. Die Nutzung ist jedenfalls ohne Zahlung eines Benützungsentgelts erfolgt.

6. Bindung von Rechtsnachfolgern an eine schlüssige Benützungsvereinbarung:

6.1. Zunächst kann hiezu auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichts verwiesen werden (§ 71 Abs 3 AußStrG). Daraus sei hervorgehoben, dass die Übergangsregelung des § 56 Abs 13 WEG 2002 nach alter Rechtslage wirksam (konkludent) zustande gekommene Benützungsvereinbarungen mit 1. 7. 2002 nicht beseitigt hat und nach neuer Rechtslage (§ 17 Abs 3 WEG 2002) Benützungsregelungen jedenfalls den Einzelrechtsnachfolger binden. Die frühere Rechtslage erforderte bei Einzelrechtsnachfolgern eine ausdrückliche Überbindung der Benützungsvereinbarung durch Vertragsübernahme (RIS-Justiz RS0013614 [T7, T8]) oder eine stillschweigende Unterwerfung. Auch eine mehrjährige Duldung der Benützung durch den Einzelrechtsnachfolger führte zu einem schlüssigen Eintritt in eine Benützungsvereinbarung (RIS-Justiz RS0013614 [T9]; RS0013598 [T4]). Die bloße Kenntnis des Einzelrechtsnachfolgers von einer bestehenden Benützungsregelung reicht für eine schlüssige Übernahme nicht aus (RIS-Justiz RS0013593 [T14]).

6.1. Zunächst kann hiezu auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichts verwiesen werden (Paragraph 71, Absatz 3, AußStrG). Daraus sei hervorgehoben, dass die Übergangsregelung des Paragraph 56, Absatz 13, WEG 2002 nach alter Rechtslage wirksam (konkludent) zustande gekommene Benützungsvereinbarungen mit 1. 7. 2002 nicht beseitigt hat und nach neuer Rechtslage (Paragraph 17, Absatz 3, WEG 2002) Benützungsregelungen jedenfalls den Einzelrechtsnachfolger binden. Die frühere Rechtslage erforderte bei Einzelrechtsnachfolgern eine ausdrückliche Überbindung der Benützungsvereinbarung durch Vertragsübernahme (RIS-Justiz RS0013614 [T7, T8]) oder eine stillschweigende Unterwerfung. Auch eine mehrjährige Duldung der Benützung

durch den Einzelrechtsnachfolger führte zu einem schlüssigen Eintritt in eine Benützungsvereinbarung (RIS-Justiz RS0013614 [T9]; RS0013598 [T4]). Die bloße Kenntnis des Einzelrechtsnachfolgers von einer bestehenden Benützungsregelung reicht für eine schlüssige Übernahme nicht aus (RIS-Justiz RS0013593 [T14]).

6.2. Das mit dem WEG 2002 eingeführte Schriftlichkeitsgebot bedeutet nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats für die nach dem 30. 6. 2002 im Weg der Einzelrechtsnachfolge neu hinzutretenden Mit- und Wohnungseigentümer, dass die Vereinbarung dann wirksam bleibt, wenn der Rechtsnachfolger, der seine Anteile nach diesem Zeitpunkt erwarb, mit schriftlichem Vertrag in die Rechtsstellung seines Vorgängers eintrat oder der von seinem Vorgänger (allenfalls auch konkludent) übernommenen Verpflichtung schriftlich beitrug. Solange er seinen Beitritt nicht ablehnt, besteht ein Schwebezustand, für dessen Dauer die übrigen Teilhaber an die Vereinbarung gebunden bleiben. Steht fest, dass, wenn der Erwerber einen formgerechten Beitritt zu einer derartigen Vereinbarung ablehnt, die Vereinbarung hinfällig (5 Ob 205/14d = immolex 2015/66 [Prader]; so auch Vonkilch in Hausmann/Vonkilch3, § 56 WEG Rz 56) wäre. Lediglich die nicht wechselnden bisherigen Miteigentümer untereinander bleiben an die Benützungsregelung grundsätzlich gebunden (RIS-Justiz RS0013630), was aber nur bedeutet, dass sie sich untereinander nicht darauf berufen können, die bisherige Benützung erfolge nunmehr titellos. Einer Antragstellung iSd § 17 Abs 2 WEG – auch durch nicht wechselnde Eigentümer – steht dieser Umstand dann nicht entgegen, wenn der erwähnte Schwebezustand endgültig durch Ablehnung des Beitritts beendet wird; damit würde die Wirksamkeit der bisherigen Benützungsvereinbarung für alle Teilnehmer wegfallen (5 Ob 205/14d).

6.2. Das mit dem WEG 2002 eingeführte Schriftlichkeitsgebot bedeutet nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats für die nach dem 30. 6. 2002 im Weg der Einzelrechtsnachfolge neu hinzutretenden Mit- und Wohnungseigentümer, dass die Vereinbarung dann wirksam bleibt, wenn der Rechtsnachfolger, der seine Anteile nach diesem Zeitpunkt erwarb, mit schriftlichem Vertrag in die Rechtsstellung seines Vorgängers eintrat oder der von seinem Vorgänger (allenfalls auch konkludent) übernommenen Verpflichtung schriftlich beitrug. Solange er seinen Beitritt nicht ablehnt, besteht ein Schwebezustand, für dessen Dauer die übrigen Teilhaber an die Vereinbarung gebunden bleiben. Steht fest, dass, wenn der Erwerber einen formgerechten Beitritt zu einer derartigen Vereinbarung ablehnt, die Vereinbarung hinfällig (5 Ob 205/14d = immolex 2015/66 [Prader]; so auch Vonkilch in Hausmann/Vonkilch3, Paragraph 56, WEG Rz 56) wäre. Lediglich die nicht wechselnden bisherigen Miteigentümer untereinander bleiben an die Benützungsregelung grundsätzlich gebunden (RIS-Justiz RS0013630), was aber nur bedeutet, dass sie sich untereinander nicht darauf berufen können, die bisherige Benützung erfolge nunmehr titellos. Einer Antragstellung iSd Paragraph 17, Absatz 2, WEG – auch durch nicht wechselnde Eigentümer – steht dieser Umstand dann nicht entgegen, wenn der erwähnte Schwebezustand endgültig durch Ablehnung des Beitritts beendet wird; damit würde die Wirksamkeit der bisherigen Benützungsvereinbarung für alle Teilnehmer wegfallen (5 Ob 205/14d).

6.3. Die Rechtsauffassung des Rekursgerichts, aus dem Umstand alleine, dass die Erstantragstellerin seinerzeit Eigentümerin einer anderen Eigentumswohnung gewesen sei, sei keine Bindung an die schlüssige Benützungsvereinbarung abzuleiten, weil sie ihre nunmehrige Eigentumswohnung erst nach 1. 7. 2002 erworben habe, wird im Revisionsrekursverfahren nicht in Frage gestellt; auf den Schikaneeinwand in diesem Zusammenhang kommen die Antragsgegner nicht zurück. Diese beiden rechtlichen Aspekte sind als abschließend geklärt anzusehen und dem weiteren Verfahren – auch im Außerstreitverfahren (1 Ob 33/17k) – zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0042031).

6.4. Sekundäre Feststellungsmängel liegen aber zur – je nach Ergebnis der Erörterung in erster Instanz allenfalls relevanten – Frage des Beitritts anderer Wohnungseigentümer zur schlüssigen Benützungsvereinbarung nach dem 1. 7. 2002 in schriftlicher Form vor, zumal sich aus dem dem Sachbeschluss angeschlossenen Grundbuchsausdruck (und der vom Rekursgericht zutreffend vorgenommenen Aktualisierung der Parteien) eine Reihe von Veränderungen durch Einzelrechtsnachfolge nach dem 1. 7. 2002 ergibt; konkret betrifft dies allein aufgrund des Grundbuchsstandes etwa den 7.-, den 8.-, die 12.-, die 14.-, den 19.-, 20.-, den 22.- die 23.-, den 24.-, den 26.- und 27.-Antragsgegner. Dass in Bezug auf die Erwerbsvorgänge dieser Antragsgegner kein konkretes Parteivorbringen vorlag, schadet aufgrund der eingangs dargestellten Verfahrensgrundsätze im Gegensatz zur Meinung des Rekursgerichts nicht. Sollte sich durch die Erörterung mit den Antragstellern herausstellen, dass sie sich auf Wegfall der Benützungsvereinbarung wegen endgültiger Ablehnung eines schriftlichen Beitritts zur schlüssigen Benützungsvereinbarung stützen wollen, wäre auch in Bezug auf die genannten Parteien festzustellen, ob sie der schlüssigen Benützungsvereinbarung schriftlich

beigetreten sind. Eine schriftliche Erklärung im Vertrag, den Miteigentumsanteil mit allen Rechten und Pflichten, mit denen der Rechtsvorgänger ihn besessen und benützt hat, zu übernehmen, kann in der Regel als Eintritt in eine bestehende Benützungsvereinbarung angesehen werden (RIS-Justiz RS0013619).

7. Auflösung der Benützungsvereinbarung aus wichtigem Grund:

7.1. Es trifft zu, dass jede Benützungsvereinbarung vom Miteigentümer als Dauerrechtsverhältnis aus wichtigen Gründen aufgelöst werden kann (RIS-Justiz RS0013628; RS0018305).

7.2. Die Vorinstanzen haben sich bei ihrer Beurteilung auf die Entscheidung 5 Ob 106/03d (= immolex 2004, 84) gestützt, in der selbst für den Fall einer ursprünglich gegebenen konkludenten Zustimmung aller Wohnungseigentümer zur kostenlosen Sondernutzung der dortigen Erstantragsgegnerin in Bezug auf eine Sauna Erörterungen zur Bereitschaft der Erstantragsgegnerin, die Benützung gegen Entgelt fortzusetzen, und zur Höhe des angemessenen Entgelts aufgetragen wurden. Die Lehre hat diese Entscheidung einhellig mit beachtlichen Argumenten kritisiert (A. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch 3 § 17 WEG Rz 38; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 § 17 WEG Rz 6). Allein die ursprünglich vereinbarte Unentgeltlichkeit könne keinen wichtigen Grund für eine Abänderung einer zugunsten eines Wohnungseigentümers bestehenden Benützungsregelung darstellen, weil dadurch das Prinzip der Vertragstreue ausgehöhlt werden würde. Die Entscheidung 5 Ob 19/14a, auf die das Rekursgericht in seiner Zulassungsbegründung Bezug nahm, lässt bereits Zweifel an der Entscheidung 5 Ob 106/03d erkennen, beantwortete diese Frage aber noch nicht endgültig. 7.2. Die Vorinstanzen haben sich bei ihrer Beurteilung auf die Entscheidung 5 Ob 106/03d (= immolex 2004, 84) gestützt, in der selbst für den Fall einer ursprünglich gegebenen konkludenten Zustimmung aller Wohnungseigentümer zur kostenlosen Sondernutzung der dortigen Erstantragsgegnerin in Bezug auf eine Sauna Erörterungen zur Bereitschaft der Erstantragsgegnerin, die Benützung gegen Entgelt fortzusetzen, und zur Höhe des angemessenen Entgelts aufgetragen wurden. Die Lehre hat diese Entscheidung einhellig mit beachtlichen Argumenten kritisiert (A. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch 3 Paragraph 17, WEG Rz 38; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 Paragraph 17, WEG Rz 6). Allein die ursprünglich vereinbarte Unentgeltlichkeit könne keinen wichtigen Grund für eine Abänderung einer zugunsten eines Wohnungseigentümers bestehenden Benützungsregelung darstellen, weil dadurch das Prinzip der Vertragstreue ausgehöhlt werden würde. Die Entscheidung 5 Ob 19/14a, auf die das Rekursgericht in seiner Zulassungsbegründung Bezug nahm, lässt bereits Zweifel an der Entscheidung 5 Ob 106/03d erkennen, beantwortete diese Frage aber noch nicht endgültig.

7.3. Der erkennende Senat schließt sich den überzeugenden Argumenten im Schrifttum an. Allgemein gilt, dass eine Auflösung eines Dauerrechtsverhältnisses aus wichtigem Grund nur wegen einer Sachverhaltsänderung nach Abschluss der ursprünglichen Vereinbarung zulässig ist und dabei grundsätzlich ein strenger Maßstab angelegt werden muss (so auch Würth/Zingher/Kovanyi aaO) und dass Gründe, mit denen schon bei Abschluss des Dauerrechtsverhältnisses gerechnet werden musste oder Veränderungen, die die Vertragsparteien offensichtlich in Kauf genommen haben, dessen vorzeitige Auflösung nicht rechtfertigen können (RIS-Justiz RS0018305 [T42]). Dieser Grundsatz und das auch zwischen Wohnungseigentümern geltende Prinzip „pacta sunt servanda“ gebieten es, im Fall einer festgestellten Benützungsvereinbarung, die einem (oder auch mehreren) Wohnungseigentümern unentgeltliche Sondernutzungsrechte für bestimmte Bereiche einräumt, jedenfalls Rechtswirksamkeit so lange zuzuerkennen, als es nicht zu einer relevanten Sachverhaltsänderung kommt. Daraus folgt aber für den konkreten Fall, dass eine ursprünglich (ausdrücklich oder schlüssig) vereinbarte Unentgeltlichkeit der Sondernutzungsrechte an den Wohngärten – die sich im Übrigen aus den bisherigen Feststellungen noch nicht gesichert ergibt – für sich allein noch kein ausreichender Anlass wären, um mit einer Auflösung der Benützungsvereinbarung (und allenfalls einer daran anknüpfenden Neuregelung der Nutzung) vorzugehen.

7.4. Es wird daher im fortgesetzten Verfahren

– wenn eine Bindung an die schlüssige Benützungsvereinbarung weiter besteht – näherer Feststellungen dazu bedürfen, ob die vom Erstgericht im Einzelnen festgestellten Veränderungen nach dem – jedenfalls vor dem 1. 7. 2002 anzusetzenden – Zustandekommen der schlüssigen Benützungsvereinbarung lagen und es sich im Vergleich zum Inhalt dieser schlüssigen Benützungsvereinbarung um wesentliche Veränderungen handelte, die geeignet waren, die Fortsetzung dieses Dauerrechtsverhältnisses etwa wegen Vertrauensverlusts, schwerwiegender Leistungsstörungen oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage unzumutbar zu machen (RIS-Justiz RS0013628 [T2]). Soweit sich – im Sinn der teilweisen vom Erstgericht bereits getroffenen Negativfeststellungen – nicht feststellen ließe, ob es sich um Veränderungen nach Abschluss der Benützungsvereinbarung handelte und in welchem Umfang diese vom

ursprünglichen Inhalt der Benützungsvereinbarung abwichen, wäre ein wichtiger Grund für deren Auflösung nicht nachgewiesen.7.4. Es wird daher im fortgesetzten Verfahren, – wenn eine Bindung an die schlüssige Benützungsvereinbarung weiter besteht – näherer Feststellungen dazu bedürfen, ob die vom Erstgericht im Einzelnen festgestellten Veränderungen nach dem – jedenfalls vor dem 1. 7. 2002 anzusetzenden – Zustandekommen der schlüssigen Benützungsvereinbarung lagen und es sich im Vergleich zum Inhalt dieser schlüssigen Benützungsvereinbarung um wesentliche Veränderungen handelte, die geeignet waren, die Fortsetzung dieses Dauerrechtsverhältnisses etwa wegen Vertrauensverlusts, schwerwiegender Leistungsstörungen oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage unzumutbar zu machen (RIS-Justiz RS0013628 [T2]). Soweit sich – im Sinn der teilweisen vom Erstgericht bereits getroffenen Negativfeststellungen – nicht feststellen ließe, ob es sich um Veränderungen nach Abschluss der Benützungsvereinbarung handelte und in welchem Umfang diese vom ursprünglichen Inhalt der Benützungsvereinbarung abwichen, wäre ein wichtiger Grund für deren Auflösung nicht nachgewiesen.

7.5. Der Umstand, dass im Kaufvertrag des Erstantragsgegners und der Zweitantragsgegnerin ein Gartenanteil von 44 m² genannt ist, obwohl die parafizierte Außenfläche nur 12,50 m² beträgt, reicht als wichtiger Grund für eine Auflösung der Benützungsvereinbarung für sich allein nicht aus, weil es für den Verkäufer ohnedies rechtlich unmöglich war, diesen – nicht im Wohnungseigentum stehenden – Gartenanteil zu verkaufen und in dieser unscharfen Formulierung auch eine Überbindung des alleinigen Nutzungsrechts an diesem Gartenanteil gesehen werden könnte.

7.6. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass ein wichtiger Grund für eine Abänderung der Benützungsvereinbarung vorliegt, wird zu berücksichtigen sein, dass die Antragsgegner sich entgegen der Auffassung der Vorinstanzen grundsätzlich zu einem finanziellen Ausgleich dieser Sondernutzungsrechte bereit erklärt haben, lediglich die Höhe dieses Ausgleichs blieb strittig (vgl. ON 25). Diese wäre mangels Einigung vom Erstgericht angemessen festzusetzen, sollten die Sondernutzungsrechte aufrechterhalten werden (1 Ob 617/85 = SZ 58/170 mwN; Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 835 Rz 28).7.6. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass ein wichtiger Grund für eine Abänderung der Benützungsvereinbarung vorliegt, wird zu berücksichtigen sein, dass die Antragsgegner sich entgegen der Auffassung der Vorinstanzen grundsätzlich zu einem finanziellen Ausgleich dieser Sondernutzungsrechte bereit erklärt haben, lediglich die Höhe dieses Ausgleichs blieb strittig (vergleiche ON 25). Diese wäre mangels Einigung vom Erstgericht angemessen festzusetzen, sollten die Sondernutzungsrechte aufrechterhalten werden (1 Ob 617/85 = SZ 58/170 mwN; Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek, ABGB4 Paragraph 835, Rz 28).

8. Aus all diesen Gründen war die Entscheidung der Vorinstanzen zur Vornahme der erforderlichen Erörterungen und neuerlichen Entscheidung aufzuheben.

9. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 78 AußStrG.9. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 78, AußStrG.

Schlagworte

1 Generalabonnement, 8 außerstreitige Wohnrechtssachen

Textnummer

E119160

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2018:E119160

Im RIS seit

15.09.2017

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2022

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at