

# TE OGH 2017/5/23 5Ob26/17k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht 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 Rechtssache der klagenden Partei F\* GmbH, \*, vertreten durch Denk Kaufmann Fuhrmann Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei Prof. Mag. Ing. Walter S\*, vertreten durch Dr. Herbert Gartner, Mag. Daniel Karandi, Rechtsanwälte in Wien, wegen 17.600,45 EUR sA und Feststellung (Streitwert 35.000 EUR) über die außerordentliche Revision der beklagten Partei (Revisionsinteresse 35.000 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Dezember 2016, GZ 15 R 168/16k-31, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 18. August 2016, GZ 60 Cg 112/14b-25 bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die außerordentliche Revision wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht stellte mit dem – ausschließlich Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden – Punkt 2 seines Urteils fest, dass der Beklagte für alle Mängel und/oder Schäden aus den zwischen der klagenden Partei und dem Beklagten am 12. 12. 2011 abgeschlossenen Kaufvertrag betreffend die Liegenschaft EZ \* hafte, welche sich daraus ergeben, dass der Beklagte das Dachgeschoss (Dachboden) der Liegenschaft EZ \* nicht frei von jedweden Besitz- und Nutzungsrechten Dritter und/oder nicht mit dem Recht zum (gesetzlich zulässigen) Ausbau und zur Verwertung durch die Klägerin gemäß den Bedingungen der Vereinbarungen vom 6. 9. 1996 und 12. 8. 2009 (die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildenden Beilagen .F und .G) an die klagende Partei übertragen hat.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge.

Die außerordentliche Revision des Beklagten zeigt keine erhebliche Rechtsfrage auf.

## Rechtliche Beurteilung

1. Die Auslegung einer vertraglichen Vereinbarung hat stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu erfolgen und könnte nur dann eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 2 ZPO darstellen, wenn dem Berufungsgericht eine auffallende Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. RIS-Justiz RS0044358 [T7, T11]; RS0042555; RS0042936; RS0042776). Ob auch eine andere Auslegung vertretbar wäre, ist keine erhebliche Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0042776).

[T2]). Dies gilt auch für die Auslegung von formular- oder standardmäßigen Erklärungen (vgl. RIS-Justiz RS0042776 [T14, T45]). 1. Die Auslegung einer vertraglichen Vereinbarung hat stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu erfolgen und könnte nur dann eine erhebliche Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz 2, ZPO darstellen, wenn dem Berufungsgericht eine auffallende Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vergleiche RIS-Justiz RS0044358 [T7, T11]; RS0042555; RS0042936; RS0042776). Ob auch eine andere Auslegung vertretbar wäre, ist keine erhebliche Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0042776 [T2]). Dies gilt auch für die Auslegung von formular- oder standardmäßigen Erklärungen (vergleiche RIS-Justiz RS0042776 [T14, T45]).

2.1. Die Auslegung der Vorinstanzen, Vertragsgegenstand der Parteien sei die Vermittlung der Rechtsstellung als ausschließlich Nutzungs- und Ausbauberechtigte am Dachboden gewesen, ist vertretbar. Auch das Berufungsgericht, das von einer Verpflichtung des Beklagten sprach, der Klägerin unbelastetes Eigentum am Dachboden „zu vermitteln“, ging offensichtlich nicht davon aus, der Beklagte hätte der Klägerin den (kein Wohnungseigentumsobjekt darstellenden und daher einen allgemeinen Teil des Hauses bildenden) unausgebauten Dachboden selbst verkauft, wohl aber die rechtliche Möglichkeit, unbelastetes Eigentum am Dachboden nach Nutzwertfestsetzung und Wohnungseigentumsbegründung erwerben zu können. Gegenstand des Vertrags waren somit die aus den ausdrücklich genannten Benützungsvereinbarungen abgeleiteten, exklusiven Rechte des Beklagten an diesem Dachboden, somit eine Rechtsposition, die letztlich zum Erwerb unbelasteten (Wohnungs-)Eigentums an den ausgebauten Wohnungseigentumsobjekten des Dachbodens durch die Klägerin führen sollte.

2.2. Dass Vertragsgegenstand eine aus einer Benützungsvereinbarung abgeleitete Rechtsposition sein sollte, deren Unwirksamkeit den Parteien voll bewusst war, widerspricht den Feststellungen der Vorinstanzen. Danach gingen beide Vertragsparteien nämlich davon aus, dass die mit sämtlicher Wohnungseigentümern getroffene Benützungsregelung wirksam und durchsetzbar sei und die übrigen Wohnungseigentümer – so auch das Ehepaar R\* – keine Einwände gegen einen allfälligen Dachbodenausbau hätten. Auch der Umstand der (grundsätzlich) bereits vorliegenden Zustimmungen der übrigen Wohnungseigentümer zur alleinigen Nutzung sowie zum Dachgeschossausbau zwecks Wohnungseigentumsbegründung durch den Beklagten war daher Vertragsgegenstand. Dem Auslegungsergebnis der Vorinstanzen stehen somit auch im Hinblick auf die Vertrauenstheorie keine Bedenken entgegen.

2.3. Die Absicht der Parteien haben die Vorinstanzen nicht nur festgestellt, sondern bei ihrer Vertragsauslegung auch berücksichtigt. Eine vom Vertragswortlaut abweichende Parteiabsicht wurde nicht behauptet. Das „Splitten“ des Kaufpreises erfolgte nicht wegen der möglichen Unwirksamkeit der Benützungsvereinbarung und der dort erklärten Zustimmung, sondern weil den Parteien bewusst war, dass ein Dachgeschossausbau auch aus anderen Gründen von Miteigentümern verzögert werden könnte.

2.4. Warum der Satz „dass das Dachgeschoss frei von jedweden Besitz- oder Nutzungsrechten an die Käuferin übertragen wird“ in eklatantem Widerspruch zum darauffolgenden Satz „diese Berechtigung auf allfällige Rechtsnachfolger zu übertragen, was mit Unterfertigung dieses Kaufvertrags erfolgt“ stehen soll, ist nicht ersichtlich. Der Begriff „Dachgeschoss“ ist im Sinn von „Rechte am Dachgeschoss“ zu interpretieren.

2.5. Dass es – beiden (!) – Parteien darauf ankam, über bindende Zustimmungserklärungen sämtlicher Miteigentümer zum Dachgeschossausbau zu verfügen, ergibt sich auch daraus, dass die Wirksamkeit der „ersten“ Benützungsvereinbarung aus 1996 nur bis zur Unterfertigung der Benützungsvereinbarung aus 2009 durch den letzten Wohnungseigentümer im September 2011 Thema war und das erste Kaufanbot deshalb nicht unterfertigt wurde, weil damals noch nicht sämtliche Miteigentümer die „neue“ Benützungsvereinbarung aus 2009 unterfertigt hatten.

2.6. Letztlich lässt auch der Umstand, dass die Klägerin vor der Unterfertigung des Kaufvertrags noch Gespräche mit den anderen Wohnungseigentümern zum Thema des Dachgeschossausbaus führte, ausreichend auf eine Parteiabsicht dahin schließen, dass die Zustimmungserklärungen sämtlicher Miteigentümer zum geplanten Dachgeschossausbau sehr wohl Vertragsinhalt des Kaufvertrags sein sollten.

2.7. Ein unvertretbares Auslegungsergebnis ist somit nicht zu erkennen.

3.1. Eine Leistung ist dann mangelhaft iSd § 922 ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem geschuldeten Vertragsinhalt zurückbleibt, der durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Eigenschaft bestimmt wird (RIS-Justiz RS0018547 [T5]). Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechnete Erwartung ist an der Verkehrsauffassung

zu messen (RIS-Justiz RS0018547 [T6]). Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die Rechtsposition verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen hätte müssen (10 Ob 21/08y = ecolex 2009, 673 [Wilhelm]; P. Bydlinski in KBB4 § 923 ABGB Rz 3). Dies hat nach allgemeinen Grundsätzen (RIS-Justiz RS0018553) der Erwerber zu beweisen, Sach- und Rechtsmängel sind insoweit grundsätzlich gleich zu behandeln (RIS-Justiz RS0124755). Allerdings reicht es für die Bejahung des Rechtsmangels bereits aus, dass die Umstände, aus denen er sich ableitet, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen (10 Ob 21/08y = ecolex 2009/257 Wilhelm) . 3.1. Eine Leistung ist

dann mangelhaft iSd Paragraph 922, ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem geschuldeten Vertragsinhalt zurückbleibt, der durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Eigenschaft bestimmt wird (RIS-Justiz RS0018547 [T5]). Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechnete Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen (RIS-Justiz RS0018547 [T6]). Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die Rechtsposition verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen hätte müssen (10 Ob 21/08y = ecolex 2009, 673 [Wilhelm]; P. Bydlinski in KBB4 Paragraph 923, ABGB Rz 3). Dies hat nach allgemeinen Grundsätzen (RIS-Justiz RS0018553) der Erwerber zu beweisen, Sach- und Rechtsmängel sind insoweit grundsätzlich gleich zu behandeln (RIS-Justiz RS0124755). Allerdings reicht es für die Bejahung des Rechtsmangels bereits aus, dass die Umstände, aus denen er sich ableitet, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen (10 Ob 21/08y = ecolex 2009/257 Wilhelm).

3.2. Die Vorinstanzen gingen von einem Rechtsmangel aus, weil der Beklagte der Klägerin die geschuldete Rechtsposition nicht vermittelt habe. Dies ist jedenfalls vertretbar und bedarf keiner Korrektur im Einzelfall. Fehlende Zustimmungserklärungen zu baubewilligungspflichtigen Veränderungen wurden – wenn auch im Zusammenhang mit Zinsminderungsansprüchen nach § 1096 ABGB – bereits als Rechtsmangel qualifiziert (RIS-Justiz RS0021392). Die Klägerin hat zwar im Verfahren AZ 9 MSch 22/14v des Bezirksgerichts Döbling die rechtliche Möglichkeit, den Dachgeschossausbau allenfalls auch ungeachtet einer Zustimmung der Ehegatten R\* zu erreichen, dies allerdings nach den (strengen) Kriterien des § 16 Abs 2 WEG. Dies kann eine entgegen der Zusicherung nicht vermittelte Rechtsstellung als exklusiv Nutzungsberechtigte nicht substituieren, insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt von dem zu 7 Ob 4/16p (immolex 2016/62) entschiedenen Fall, wo die Beurteilung als Rechtsmangel ausdrücklich dahingestellt blieb (auch dort für die Beurteilung als Rechtsmangel Prader aaO). 3.2. Die Vorinstanzen gingen von einem Rechtsmangel aus, weil der Beklagte der Klägerin die geschuldete Rechtsposition nicht vermittelt habe. Dies ist jedenfalls vertretbar und bedarf keiner Korrektur im Einzelfall. Fehlende Zustimmungserklärungen zu baubewilligungspflichtigen Veränderungen wurden – wenn auch im Zusammenhang mit Zinsminderungsansprüchen nach Paragraph 1096, ABGB – bereits als Rechtsmangel qualifiziert (RIS-Justiz RS0021392). Die Klägerin hat zwar im Verfahren AZ 9 MSch 22/14v des Bezirksgerichts Döbling die rechtliche Möglichkeit, den Dachgeschossausbau allenfalls auch ungeachtet einer Zustimmung der Ehegatten R\* zu erreichen, dies allerdings nach den (strengen) Kriterien des Paragraph 16, Absatz 2, WEG. Dies kann eine entgegen der Zusicherung nicht vermittelte Rechtsstellung als exklusiv Nutzungsberechtigte nicht substituieren, insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt von dem zu 7 Ob 4/16p (immolex 2016/62) entschiedenen Fall, wo die Beurteilung als Rechtsmangel ausdrücklich dahingestellt blieb (auch dort für die Beurteilung als Rechtsmangel Prader aaO).

3.3. Damit bleibt zu erörtern, ob die Benützungsvereinbarungen aus 1996 und 2009, die Grundlage der der Klägerin zugesicherten Rechtsstellung sein sollten, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als dem § 38 Abs 1 Z 1 WEG 2002 widersprechend und damit als rechtsunwirksam anzusehen sind. Das Erstgericht hat dies bejaht, das Berufungsgericht behandelte die Ausführungen in der Rechtsrüge der Berufung hiezu zwar nicht inhaltlich, weil es sie „im Hinblick auf das Feststellungsbegehren“ für nicht relevant hielt. In der Revision zieht der Beklagte dies allerdings nur insoweit in Zweifel, als er meint, erst nach rechtskräftiger Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Benützungsvereinbarungen im Parallelverfahren 9 Msch 2/14v des Bezirksgerichts Döbling könnten Gewährleistungsansprüche der Klägerin bestehen. Dabei übersieht er offensichtlich, dass es den Vorinstanzen offen stand, die Frage der Rechtswirksamkeit als Vorfrage zu beurteilen; iSd § 923 ABGB ist „das Widerspiel“ jedenfalls dadurch hervorgekommen, dass andere Wohnungseigentümer die Wirksamkeit der Benützungsvereinbarungen bestritten und die Unterfertigung der Einreichpläne verweigerten. 3.3. Damit bleibt zu erörtern, ob die Benützungsvereinbarungen aus 1996 und 2009, die Grundlage der der Klägerin zugesicherten Rechtsstellung sein sollten, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als dem Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, WEG 2002 widersprechend und damit als rechtsunwirksam anzusehen sind. Das Erstgericht hat dies bejaht, das Berufungsgericht behandelte die Ausführungen in der Rechtsrüge der Berufung hiezu

zwar nicht inhaltlich, weil es sie „im Hinblick auf das Feststellungsbegehren“ für nicht relevant hielt. In der Revision zieht der Beklagte dies allerdings nur insoweit in Zweifel, als er meint, erst nach rechtskräftiger Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Benützungsvereinbarungen im Parallelverfahren 9 Msch 2/14v des Bezirksgerichts Döbling könnten Gewährleistungsansprüche der Klägerin bestehen. Dabei übersieht er offensichtlich, dass es den Vorinstanzen offen stand, die Frage der Rechtswirksamkeit als Vorfrage zu beurteilen; iSd Paragraph 923, ABGB ist „das Widerspiel“ jedenfalls dadurch hervorgekommen, dass andere Wohnungseigentümer die Wirksamkeit der Benützungsvereinbarungen bestritten und die Unterfertigung der Einreichpläne verweigerten.

3.4. Vorauszuschicken ist, dass die Vorinstanzen – von der Revision unbeanstandet – zutreffend davon ausgingen, dass aufgrund der Übergangsregelung des § 56 Abs 13 WEG die Bestimmungen des WEG 2002 auch auf vor dem Inkrafttreten begründete Wohnungseigentumsrechte und auf die vor diesem Zeitpunkt zwischen Wohnungseigentümern, Wohnungseigentumsbewerbern und Wohnungseigentumsorganisatoren untereinander oder mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäften anzuwenden sind. Ungeachtet des Umstands, dass der Beklagte mit einem Gründungshelfer bereits 1985 Wohnungseigentum begründete, ist die Rechtswirksamkeit der Benützungsvereinbarungen aus 1996 und 2009 daher nach § 38 Abs 1 Z 1 WEG 2002 zu prüfen (vgl RIS-Justiz RS0123742). 3.4. Vorauszuschicken ist, dass die Vorinstanzen – von der Revision unbeanstandet – zutreffend davon ausgingen, dass aufgrund der Übergangsregelung des Paragraph 56, Absatz 13, WEG die Bestimmungen des WEG 2002 auch auf vor dem Inkrafttreten begründete Wohnungseigentumsrechte und auf die vor diesem Zeitpunkt zwischen Wohnungseigentümern, Wohnungseigentumsbewerbern und Wohnungseigentumsorganisatoren untereinander oder mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäften anzuwenden sind. Ungeachtet des Umstands, dass der Beklagte mit einem Gründungshelfer bereits 1985 Wohnungseigentum begründete, ist die Rechtswirksamkeit der Benützungsvereinbarungen aus 1996 und 2009 daher nach Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, WEG 2002 zu prüfen (vergleiche RIS-Justiz RS0123742).

3.5. Den sehr allgemeinen Revisionsausführungen, die Bestimmungen der §§ 2 Abs 6, 38 WEG 2002 seien so undeutlich geregelt, dass daraus nichts über die zeitliche Dauer der Eigenschaft als Wohnungseigentumsorganisator abgeleitet werden könne, ist die ausführlich begründete Entscheidung 6 Ob 56/16b = immolex 2016/71 (zustimmend Männl/Stockhammer) = wobl 2016/140 (in rechtsdogmatischer Sicht zustimmend Illedits) entgegenzuhalten, die auch die hier streitgegenständliche Liegenschaft betraf. Dort wurde der auch hier Beklagte – im Zusammenhang mit der gesetzlich vertypen Gewährleistungspflicht nach § 37 Abs 4 WEG – als Wohnungseigentumsorganisator noch zum Zeitpunkt der Veräußerung der Wohnung top Nr 18 an R\* im Jahr 2009 behandelt, weil die genannte Schutzbestimmung auch im Fall des sukzessiven Abverkaufs der Wohnungen anzuwenden sei. 3.5. Den sehr allgemeinen Revisionsausführungen, die Bestimmungen der Paragraphen 2, Absatz 6, 38, WEG 2002 seien so undeutlich geregelt, dass daraus nichts über die zeitliche Dauer der Eigenschaft als Wohnungseigentumsorganisator abgeleitet werden könne, ist die ausführlich begründete Entscheidung 6 Ob 56/16b = immolex 2016/71 (zustimmend Männl/Stockhammer) = wobl 2016/140 (in rechtsdogmatischer Sicht zustimmend Illedits) entgegenzuhalten, die auch die hier streitgegenständliche Liegenschaft betraf. Dort wurde der auch hier Beklagte – im Zusammenhang mit der gesetzlich vertypen Gewährleistungspflicht nach Paragraph 37, Absatz 4, WEG – als Wohnungseigentumsorganisator noch zum Zeitpunkt der Veräußerung der Wohnung top Nr 18 an R\* im Jahr 2009 behandelt, weil die genannte Schutzbestimmung auch im Fall des sukzessiven Abverkaufs der Wohnungen anzuwenden sei.

3.6. § 38 WEG ist ebenso eine Schutzbestimmung zugunsten der Wohnungseigentumsbewerber, die alle Rechtsgeschäfte erfasst, die der Wohnungseigentumsorganisator (noch) unter Ausnutzung seiner Vertragsübermacht abschließt oder deren Abschluss durch Wohnungseigentumsbewerber, Wohnungseigentümer oder der Eigentümergemeinschaft veranlasst (A. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 38 WEG Rz 1). 3.6. Paragraph 38, WEG ist ebenso eine Schutzbestimmung zugunsten der Wohnungseigentumsbewerber, die alle Rechtsgeschäfte erfasst, die der Wohnungseigentumsorganisator (noch) unter Ausnutzung seiner Vertragsübermacht abschließt oder deren Abschluss durch Wohnungseigentumsbewerber, Wohnungseigentümer oder der Eigentümergemeinschaft veranlasst (A. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Paragraph 38, WEG Rz 1).

3.7. Es gibt nicht den geringsten Grund, den Beklagten zwar im Hinblick auf § 37 Abs 4, nicht aber auch § 38 WEG als Wohnungseigentumsorganisator zu behandeln. Den Erwägungen der Entscheidung 6 Ob 56/16b ist daher auch hier zu folgen; die zur Beurteilung anstehenden Benützungsvereinbarungen stammen vom 6. 9. 1996 und 12. 8. 2009 und

liegen damit noch vor dem Ankauf der top 18 durch die weiteren Wohnungseigentümer R\*, der am 27. 8. 2009 erfolgte. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte noch Mehrheitseigentümer und das Erstgericht konnte nicht feststellen, dass der Beklagte ihnen die top 18 auch dann verkauft hätte, wenn sie die Benützungsvereinbarung 2009 nicht unterfertigt hätten. Damit liegt der Schluss nahe, der Beklagte habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei Abschluss der Benützungsvereinbarung (noch) seine Vertragsübermacht ausgenützt. 3.7. Es gibt nicht den geringsten Grund, den Beklagten zwar im Hinblick auf Paragraph 37, Absatz 4,, nicht aber auch Paragraph 38, WEG als Wohnungseigentumsorganisator zu behandeln. Den Erwägungen der Entscheidung 6 Ob 56/16b ist daher auch hier zu folgen; die zur Beurteilung anstehenden Benützungsvereinbarungen stammen vom 6. 9. 1996 und 12. 8. 2009 und liegen damit noch vor dem Ankauf der top 18 durch die weiteren Wohnungseigentümer R\*, der am 27. 8. 2009 erfolgte. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte noch Mehrheitseigentümer und das Erstgericht konnte nicht feststellen, dass der Beklagte ihnen die top 18 auch dann verkauft hätte, wenn sie die Benützungsvereinbarung 2009 nicht unterfertigt hätten. Damit liegt der Schluss nahe, der Beklagte habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei Abschluss der Benützungsvereinbarung (noch) seine Vertragsübermacht ausgenützt.

3.8. Im Fall eines im § 38 Abs 1 WEG aufgezählten „verdächtigen“ Vertragstyps – wie hier nach § 38 Abs 1 Z 1 WEG – wäre es Sache des Beklagten gewesen, zu beweisen, dass der Vereinbarung im konkreten Fall keine Beschränkungseignung (mehr) zukam (5 Ob 223/05p = wobl 2006/115 [Call]), diesen Beweis hat der Beklagte hier gar nicht angetreten. Behauptungen dahingehend, durch die konkreten Benützungsvereinbarungen würden die weiteren Wohnungseigentümer gar nicht unbillig beschränkt, fanden sich erstmals in der Berufung des Beklagten, sie widersprechen daher dem Neuerungsverbot. Im Übrigen fällt die dem Wohnungseigentumsorganisator vorbehaltene Möglichkeit des späteren Ausbaues des Dachbodens, der nicht in dessen Zubehörwohnungseigentum steht, grundsätzlich unter § 38 Abs 1 Z 1 WEG (RIS-Justiz RS0082877 [T1]; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>2</sup> § 38 WEG Rz 5; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II 23 § 38 WEG Rz 6). 3.8. Im Fall eines im Paragraph 38, Absatz eins, WEG aufgezählten „verdächtigen“ Vertragstyps – wie hier nach Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, WEG – wäre es Sache des Beklagten gewesen, zu beweisen, dass der Vereinbarung im konkreten Fall keine Beschränkungseignung (mehr) zukam (5 Ob 223/05p = wobl 2006/115 [Call]), diesen Beweis hat der Beklagte hier gar nicht angetreten. Behauptungen dahingehend, durch die konkreten Benützungsvereinbarungen würden die weiteren Wohnungseigentümer gar nicht unbillig beschränkt, fanden sich erstmals in der Berufung des Beklagten, sie widersprechen daher dem Neuerungsverbot. Im Übrigen fällt die dem Wohnungseigentumsorganisator vorbehaltene Möglichkeit des späteren Ausbaues des Dachbodens, der nicht in dessen Zubehörwohnungseigentum steht, grundsätzlich unter Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, WEG (RIS-Justiz RS0082877 [T1]; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>2</sup> Paragraph 38, WEG Rz 5; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II 23 Paragraph 38, WEG Rz 6).

3.9. Ob die Anwendung der Schutzbestimmungen der §§ 37 ff WEG jedenfalls ab dem Erreichen der einfachen Anteilmehrheit der anderen Wohnungseigentümer ausscheidet (idS wobl Call – Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar? – wobl 2006, 69ff), kann hier dahingestellt bleiben, weil dem Beklagten auch 2009 jedenfalls noch die Anteilmehrheit zukam. 3.9. Ob die Anwendung der Schutzbestimmungen der Paragraphen 37, ff WEG jedenfalls ab dem Erreichen der einfachen Anteilmehrheit der anderen Wohnungseigentümer ausscheidet (idS wobl Call – Wie lange sind Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche aus Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft bei sukzessiver Begründung von Wohnungseigentum gerichtlich durchsetzbar? – wobl 2006, 69ff), kann hier dahingestellt bleiben, weil dem Beklagten auch 2009 jedenfalls noch die Anteilmehrheit zukam.

3.10. Insgesamt ist somit vom Vorliegen eines Rechtsmangels auszugehen.

4. Nach der vertretbaren Auslegung des Berufungsgerichts umfasst der Gewährleistungsverzicht im Kaufvertrag nach dem Parteiwillen nicht die ausdrücklich zugesicherte exklusive Rechtsstellung am Dachgeschoss frei von jeglichen Lasten und damit nicht den hier gegenständlichen Rechtsmangel. Als absurd idS § 878 ABGB kann diese Zusicherung schon deshalb nicht angesehen werden, weil die Zustimmungen sämtlicher Miteigentümer zur Benützungsvereinbarung und damit auch zum Dachgeschossausbau selbst im Gegensatz zu den Revisionsausführungen bei Vertragsabschluss sehr wohl vorlagen; dass die übrigen Wohnungseigentümer die Ausbaupläne noch nicht unterschrieben hatten, macht die Zusicherung weder faktisch absurd noch rechtlich

unmöglich iSd § 878 ABGB (vgl Bollenberger in KBB4 § 878 Rz 3ff; RIS-JustizRS0016378).4. Nach der vertretbaren Auslegung des Berufungsgerichts umfasst der Gewährleistungsverzicht im Kaufvertrag nach dem Parteiwillen nicht die ausdrücklich zugesicherte exklusive Rechtsstellung am Dachgeschoss frei von jeglichen Lasten und damit nicht den hier gegenständlichen Rechtsmangel. Als absurd iSd Paragraph 878, ABGB kann diese Zusicherung schon deshalb nicht angesehen werden, weil die Zustimmungen sämtlicher Miteigentümer zur Benützungsvereinbarung und damit auch zum Dachgeschossausbau selbst im Gegensatz zu den Revisionsausführungen bei Vertragsabschluss sehr wohl vorlagen; dass die übrigen Wohnungseigentümer die Ausbaupläne noch nicht unterschrieben hatten, macht die Zusicherung weder faktisch absurd noch rechtlich unmöglich iSd Paragraph 878, ABGB vergleiche Bollenberger in KBB4 Paragraph 878, Rz 3ff; RIS-Justiz RS0016378).

5. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Feststellungsinteresse zieht der Beklagte nicht in Zweifel.

6. Die außerordentliche Revision war daher zurückzuweisen.

#### **Schlagworte**

15 streitiges Wohnrecht, 1 Generalabonnement

#### **Textnummer**

E118340

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:E118340

#### **Im RIS seit**

21.06.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2022

**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](http://www.jusline.at)