

TE OGH 2001/4/24 5Ob81/01z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.04.2001

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Horst Auer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, gegen die beklagte Partei Mag. Christian Andreas W*****, vertreten durch Dr. Hans Pernkopf, Rechtsanwalt in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Räumung (Streitwert S 100.000,-), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 30. August 2000, GZ 40 R 279/00a-21, womit das Urteil des Bezirksgerichtes Hernals vom 18. März 2000, GZ 17 C 960/99i-15, abgeändert wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen, nach allfälliger Ergänzung der Berufungsverhandlung zu fällenden Entscheidung an das Gericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind als weitere Verfahrenskosten zu behandeln.

Text

Begründung:

Die Klägerin ist grundbücherliche Alleineigentümerin der Liegenschaft EZ *****, auf der sie als Wohnungseigentumsorganisatorin das Wohnhaus errichtete bzw errichten ließ. Der Beklagte hat mit Kaufvertrag vom 30. 6./7. 8. 1998 die Wohnung top 7 erworben und bewohnt sie auch schon. Im Grundbuch ist zu seinen Gunsten die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum angemerkt.

Die Wohnung des Beklagten erstreckt sich über zwei Etagen. Auf einer im Obergeschoss befindlichen Terrasse wurde auf seinen Wunsch hin ein Wintergarten errichtet, dessen Dach massiv und begehbar ausgestaltet wurde. In weiterer Folge ist das Dach des Wintergartens mit Betonplatten ausgelegt und auf drei Seiten mit einem Geländer eingefasst worden.

Auf Grund der am 4. 10. 1999 erhobenen Klage soll nunmehr der Beklagte schuldig erkannt werden, die Nutzung der Dachfläche über dem Zubau (Wintergarten) für sämtliche Zwecke, die über die Nutzung als "begehbare Dach" hinausgehen, insbesondere als Dachterrasse für die Aufstellung von Möbeln und den Aufenthalt von Personen, die nicht bloß über das Dach gehen oder Erhaltungsarbeiten durchführen bzw die Notwendigkeit solcher beurteilen, zu unterlassen und binnen 14 Tagen sämtliche auf diesen Dachbereich verbrachten, nicht mit dem Bauwerk fest

verbundenen Sachen mit Ausnahme des Dachbelags selbst, insbesondere Heurigentische und -bänke, Liegestühle und nicht fest verlegte Betonplatten zu entfernen. Zur Begründung dieses Begehrens gab die Klägerin (zum Verständnis der Revisionsentscheidung hier nur kurz zusammengefasst) an, dass dem Beklagten ein Titel für die nicht geduldete Benutzung des Daches fehle. Der Beklagte beruft sich dem gegenüber (ebenfalls nur kurz zusammengefasst) auf eine vertragliche Zusage der Klägerin, die strittige Dachfläche als Terrasse benützen zu dürfen, und hat deshalb die Abweisung des Klagebegehrens beantragt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, wobei es seiner Entscheidung folgende Feststellungen zugrunde legte:

Etwas im Sommer 1998 hat die B***** GmbH, welche konzernmäßig mit der Klägerin verbunden ist, das Objekt ***** übernommen. Es sollte im Namen der klagenden Partei fertiggestellt werden und sollten in weiterer Folge die Wohnungen verkauft werden. Die klagende Partei trat hiebei als Wohnungseigentumsorganisator auf. Der Zeuge Ing. Gerald E***** hatte die Projektleitung über, der Zeuge Josef K***** war für die Vermittlung der Eigentumswohnungen zuständig, so insbesondere auch für das Besprechen von Sonderwünschen und der Zeuge Bahman S***** führte die Bauaufsicht. Der Beklagte war der erste Käufer einer Wohnung im vorliegenden Projekt. Er hatte schon vor Abschluss des Kaufvertrages einige Änderungswünsche; so wollte er ein zusätzliches Dachfassadenfenster im unteren Dachgeschoss im Wohnraum erwirken, er wollte im oberen Dachgeschoss die bestehende Terrasse mit Glasfassadenelementen verbauen und oberhalb des dadurch entstandenen Raumes (Wintergarten) eine begehbare Dachterrasse entstehen lassen. Er teilte dies auch den Mitarbeitern der B***** GmbH mit, so insbesondere Ing. E***** und Josef K***** und gab auch zu verstehen, dass die Genehmigung diese Änderungswünsche für ihn kaufentscheidend seien. Er hat schon damals ausdrücklich von einer "Terrasse" gesprochen, welche er auf dem Wintergarten errichten wolle. Der Beklagte wurde schon damals darauf hingewiesen, dass die Widmung des klagsgegenständlichen Teiles als Terrasse unter Umständen von der Baubehörde nicht bewilligt würde. Man kam aber überein, dass der Beklagte sich selbst mit Mitarbeitern der Baupolizei in Verbindung setzen würde, und sich um die Angelegenheiten kümmern würde, die klagende Partei bzw die B***** GmbH ihn aber hiebei entsprechend unterstützen würde, um eine Widmung des klagsgegenständlichen Teiles als Terrasse zu erreichen. Insbesondere wurde auch zugesagt, dass der Beklagte jedenfalls den klagsgegenständlichen Teil in der von ihm begehrten Form, nämlich als Terrasse nützen könne, solange nicht Beschwerden von dritten Personen, nämlich insbesondere der Baupolizei und Anrainern erfolgten. Die Mitarbeiter der B***** GmbH brachten hiebei nicht zum Ausdruck, dass diese grundsätzliche Zustimmung von der klagenden Partei jederzeit widerrufen werden könne. Es war auch nicht vereinbart, dass eine Zustimmung zur Nutzung als Terrasse nur für den Fall gelten sollte, dass eine baubehördliche Widmung als solche erreicht wird. Es sollten lediglich solche Umstände zum Widerruf der Nutzung berechtigen, die direkter Ausfluss einer mangelnden baubehördlichen Bewilligung waren. Die Mitarbeiter der B***** GmbH haben zum damaligen Zeitpunkt auch gar nicht daran gedacht, dass die klagende Partei einmal ein Interesse haben könnte, die Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles durch den Beklagten zu verhindern. Es war ihnen lediglich daran gelegen, allfällige Haftungen die aus der Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles durch den Beklagten entstehen könnten, für die klagende Partei hintanzuhalten und schien ihnen eine entsprechende Bestimmung, wonach die Verkäuferin diesbezüglich keine Haftung für Ausführung und Benützung übernimmt und die Benützung ausschließlich auf Gefahr des Beklagten erfolgt, ausreichend, um diesen Zweck zu erfüllen. Die Mitarbeiter der B***** sagten aber hiebei nicht zu, dass sie selbst mit der Baubehörde Kontakt pflegen werden oder aber mit dem Architekten, sondern sollte die Angelegenheit vom Beklagten eigenverantwortlich betrieben werden. Es gab konkrete Gespräche unter Beiziehung des Zeugen Ing. E***** in denen konkret darüber gesprochen wurde, wie denn der Aufstieg von der Terrasse zur Dachterrasse auf den Wintergarten bewerkstelligt werden sollte. Hiebei wurden verschiedene Lösungen in Aussicht genommen, so insbesondere auch die Idee einer Wendeltreppe. Eine derartige Wendeltreppe hätte aber den Nachteil gehabt, dass diese beinahe die gesamte noch ürig bleibende Terrasse im zweiten Obergeschoss verbaut hätte, da eine solche, sofern sie bauordnungskonform ausgeführt ist, über eine Stufenbreite von 1 m verfügen müsste, sohin einen Durchmesser von mehr als 2 m hätte. Eine derartige Konstruktion wurde dann in weiterer Folge auf der, der top Nr 7 vergleichbaren Terrasse der top Nr 6 angebracht. Noch vor Abschluss des Kaufvertrages durch den Beklagten gab es eine erneute Besprechung, anlässlich welcher das Problem des Aufstieges releviert wurde. Bei diesem Gespräch war jedenfalls Ing. E***** anwesend und wurde besprochen, dass nun doch keine Wendeltreppe angeschafft werde, sondern vielmehr eine einfache Aufstiegsleiter, eine "Nebentriege". Ing. E***** hat hiebei auch zum Ausdruck gebracht, dass er versuchen werde, eine derartige Nebentriege von der Baupolizei bewilligt zu erhalten. Er hat aber nicht zugesichert, dass er jedenfalls eine Benützungsbewilligung erhalten werde. Ing. E***** hat dem Beklagten auch

mitgeteilt, wie die Absicherung der klagsgegenständlichen Terrasse ausschauen solle, so dass sie zu drei Seiten mit einem entsprechend hohen Geländer abgesichert sein sollte und zur vierten Seite hin eine Abgrenzung durch ein Geländer nicht von Nöten ist, da ohnedies ein Mauervorsprung bestünde. Hierbei wurde dem Beklagten auch die Verwendung eines speziellen Geländers vorgeschrieben, nämlich musste er die gleiche Geländerart verwenden wie schon in den Terrassenbereichen der unteren Stockwerke. Das vom Beklagten angebrachte Geländer hat jedenfalls eine Höhe von 1,10 m. Der Beklagte hat am 30. 6. 1998 den Kaufvertrag unterschrieben, die klagende Partei am 7. 8. 1998. Auf dem im Kaufvertrag angeschlossenen und den Gegenstand des Kaufvertrages darstellenden Plan ist die Terrasse noch in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung enthalten, dh, der zu diesem Zeitpunkt bereits erbaute Wintergarten scheint hierauf nicht auf. Im Juli/August 1998 wurde dann die Nebentriege angebracht. Im September 1998 wurden vom Beklagten auf den klagsgegenständlichen Teil Sandsteinplatten verlegt. Im Oktober 1998 bemerkte der Beklagte, dass eine weitere Terrasse auf dem Dach, nämlich jene für die top Nr 6 hergestellt würde. Der Beklagte bemerkte daher, dass nunmehr seine Terrasse einsehbar sei und äußerte den Wunsch, dass auch auf jenem Bereich des Daches, welcher unmittelbar seiner Wohnung übergeordnet ist (in der Folge Bereich X genannt, sh. Beil./G 5) als Terrasse ausgestattet und fortan von ihm als Terrasse benützt werden sollte. Er wandte sich mit diesem Ansinnen an den Zeugen Josef K*****, welcher ihn aufforderte, ein Angebot zu stellen. Der Beklagte hat hierbei S 2.000,--/m2 angeboten, wobei die terrassenmäßige Ausgestaltung auch durch ihn und auf seine Kosten erfolgen sollte. Zum Zwecke der rechtlichen Ausgestaltung wurde Dr. G*****, der Treuhänder des Kaufes, eingeschaltet, welcher eine Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag erstellen sollte, was er am 22. 12. 1998 auch getan hat. In der Zwischenzeit haben Mitarbeiter der B***** GmbH bemerkt, dass der Beklagte weitere Sandsteinplatten für die Verlegung des Bereiches X beigebracht hat. Da die Benützungsverhältnisse hinsichtlich des Bereiches noch nicht geklärt waren, wurde dem Beklagten folgendes Schreiben übermittelt: Etwas im Sommer 1998 hat die B***** GmbH, welche konzernmäßig mit der Klägerin verbunden ist, das Objekt ***** übernommen. Es sollte im Namen der klagenden Partei fertiggestellt werden und sollten in weiterer Folge die Wohnungen verkauft werden. Die klagende Partei trat hierbei als Wohnungseigentumsorganisator auf. Der Zeuge Ing. Gerald E***** hatte die Projektleitung über, der Zeuge Josef K***** war für die Vermittlung der Eigentumswohnungen zuständig, so insbesondere auch für das Besprechen von Sonderwünschen und der Zeuge Bahman S***** führte die Bauaufsicht. Der Beklagte war der erste Käufer einer Wohnung im vorliegenden Projekt. Er hatte schon vor Abschluss des Kaufvertrages einige Änderungswünsche; so wollte er ein zusätzliches Dachfassadenfenster im unteren Dachgeschoss im Wohnraum erwirken, er wollte im oberen Dachgeschoss die bestehende Terrasse mit Glasfassadenelementen verbauen und oberhalb des dadurch entstandenen Raumes (Wintergarten) eine begehbare Dachterrasse entstehen lassen. Er teilte dies auch den Mitarbeitern der B***** GmbH mit, so insbesondere Ing. E***** und Josef K***** und gab auch zu verstehen, dass die Genehmigung diese Änderungswünsche für ihn kaufentscheidend seien. Er hat schon damals ausdrücklich von einer "Terrasse" gesprochen, welche er auf dem Wintergarten errichten wolle. Der Beklagte wurde schon damals darauf hingewiesen, dass die Widmung des klagsgegenständlichen Teiles als Terrasse unter Umständen von der Baubehörde nicht bewilligt würde. Man kam aber überein, dass der Beklagte sich selbst mit Mitarbeitern der Baupolizei in Verbindung setzen würde, und sich um die Angelegenheiten kümmern würde, die klagende Partei bzw die B***** GmbH ihn aber hierbei entsprechend unterstützen würde, um eine Widmung des klagsgegenständlichen Teiles als Terrasse zu erreichen. Insbesondere wurde auch zugesagt, dass der Beklagte jedenfalls den klagsgegenständlichen Teil in der von ihm begehrten Form, nämlich als Terrasse nützen könne, solange nicht Beschwerden von dritten Personen, nämlich insbesondere der Baupolizei und Anrainern erfolgten. Die Mitarbeiter der B***** GmbH brachten hierbei nicht zum Ausdruck, dass diese grundsätzliche Zustimmung von der klagenden Partei jederzeit widerrufen werden könne. Es war auch nicht vereinbart, dass eine Zustimmung zur Nutzung als Terrasse nur für den Fall gelten sollte, dass eine baubehördliche Widmung als solche erreicht wird. Es sollten lediglich solche Umstände zum Widerruf der Nutzung berechtigen, die direkter Ausfluss einer mangelnden baubehördlichen Bewilligung waren. Die Mitarbeiter der B***** GmbH haben zum damaligen Zeitpunkt auch gar nicht daran gedacht, dass die klagende Partei einmal ein Interesse haben könnte, die Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles durch den Beklagten zu verhindern. Es war ihnen lediglich daran gelegen, allfällige Haftungen die aus der Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles durch den Beklagten entstehen könnten, für die klagende Partei hintanzuhalten und schien ihnen eine entsprechende Bestimmung, wonach die Verkäuferin diesbezüglich keine Haftung für Ausführung und Benützung übernimmt und die Benützung ausschließlich auf Gefahr des Beklagten erfolgt, ausreichend, um diesen Zweck zu erfüllen. Die Mitarbeiter der B***** sagten aber hierbei nicht zu, dass sie selbst mit der Baubehörde

Kontakt pflegen werden oder aber mit dem Architekten, sondern sollte die Angelegenheit vom Beklagten eigenverantwortlich betrieben werden. Es gab konkrete Gespräche unter Beiziehung des Zeugen Ing. E*****, in denen konkret darüber gesprochen wurde, wie denn der Aufstieg von der Terrasse zur Dachterrasse auf den Wintergarten bewerkstelligt werden sollte. Hierbei wurden verschiedene Lösungen in Aussicht genommen, so insbesondere auch die Idee einer Wendeltreppe. Eine derartige Wendeltreppe hätte aber den Nachteil gehabt, dass diese beinahe die gesamte noch ürig bleibende Terrasse im zweiten Obergeschoss verbaut hätte, da eine solche, sofern sie bauordnungskonform ausgeführt ist, über eine Stufenbreite von 1 m verfügen müsste, sohin einen Durchmesser von mehr als 2 m hätte. Eine derartige Konstruktion wurde dann in weiterer Folge auf der, der top Nr 7 vergleichbaren Terrasse der top Nr 6 angebracht. Noch vor Abschluss des Kaufvertrages durch den Beklagten gab es eine erneute Besprechung, anlässlich welcher das Problem des Aufstieges releviert wurde. Bei diesem Gespräch war jedenfalls Ing. E***** anwesend und wurde besprochen, dass nun doch keine Wendeltreppe angeschafft werde, sondern vielmehr eine einfache Aufstiegsleiter, eine "Nebentriege". Ing. E***** hat hierbei auch zum Ausdruck gebracht, dass er versuchen werde, eine derartige Nebentriege von der Baupolizei bewilligt zu erhalten. Er hat aber nicht zugesichert, dass er jedenfalls eine Benützungsbewilligung erhalten werde. Ing. E***** hat dem Beklagten auch mitgeteilt, wie die Absicherung der klagsgegenständlichen Terrasse ausschauen solle, so dass sie zu drei Seiten mit einem entsprechend hohen Geländer abgesichert sein sollte und zur vierten Seite hin eine Abgrenzung durch ein Geländer nicht von Nöten ist, da ohnedies ein Mauervorsprung bestünde. Hierbei wurde dem Beklagten auch die Verwendung eines speziellen Geländers vorgeschrieben, nämlich musste er die gleiche Geländerart verwenden wie schon in den Terrassenbereichen der unteren Stockwerke. Das vom Beklagten angebrachte Geländer hat jedenfalls eine Höhe von 1,10 m. Der Beklagte hat am 30. 6. 1998 den Kaufvertrag unterschrieben, die klagende Partei am 7. 8. 1998. Auf dem im Kaufvertrag angeschlossenen und den Gegenstand des Kaufvertrages darstellenden Plan ist die Terrasse noch in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung enthalten, dh, der zu diesem Zeitpunkt bereits erbaute Wintergarten scheint hierauf nicht auf. Im Juli/August 1998 wurde dann die Nebentriege angebracht. Im September 1998 wurden vom Beklagten auf den klagsgegenständlichen Teil Sandsteinplatten verlegt. Im Oktober 1998 bemerkte der Beklagte, dass eine weitere Terrasse auf dem Dach, nämlich jene für die top Nr 6 hergestellt würde. Der Beklagte bemerkte daher, dass nunmehr seine Terrasse einsehbar sei und äußerte den Wunsch, dass auch auf jenem Bereich des Daches, welcher unmittelbar seiner Wohnung übergeordnet ist (in der Folge Bereich römisch zehn genannt, sh. Beil./G 5) als Terrasse ausgestattet und fortan von ihm als Terrasse benützt werden sollte. Er wandte sich mit diesem Ansinnen an den Zeugen Josef K*****, welcher ihn aufforderte, ein Angebot zu stellen. Der Beklagte hat hierbei S 2.000,-/m² angeboten, wobei die terrassenmäßige Ausgestaltung auch durch ihn und auf seine Kosten erfolgen sollte. Zum Zwecke der rechtlichen Ausgestaltung wurde Dr. G*****, der Treuhänder des Kaufes, eingeschaltet, welcher eine Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag erstellen sollte, was er am 22. 12. 1998 auch getan hat. In der Zwischenzeit haben Mitarbeiter der B***** GmbH bemerkt, dass der Beklagte weitere Sandsteinplatten für die Verlegung des Bereiches römisch zehn beige-schafft hat. Da die Benützungsverhältnisse hinsichtlich des Bereiches noch nicht geklärt waren, wurde dem Beklagten folgendes Schreiben übermittelt:

"Nach Rücksprache mit Mag. P***** ist seitens des Hauseigentümers eine Benützung des Flachdaches als Terrasse zur Zeit nicht möglich. Es wurde auch von der Fa. H***** mitgeteilt, dass sie bereits Betonplatten für die Verlegung im vorerwähnten Bereich bestellt haben. Wir möchten ihnen mitteilen, dass einer Verlegung dieser Platten seitens des Hauseigentümers nicht zugestimmt wird." Mit diesem Schreiben sollte die Benützung lediglich des Bereiches X, nicht jedoch des klagsgegenständlichen Bereiches untersagt werden. Der Beklagte hat dieses Schreiben auch erhalten. Jedenfalls bis 18. 11. 1998 war lediglich hinsichtlich des Beklagten die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt. Am 30. 11. 1998 erfolgte die Übergabe der Wohnung. Hierbei waren anwesend Ing. E*****, DI S***** sowie der Zeuge K***** sowie der Beklagte. Es wurde im Übernahmeprotokoll folgendes angeführt: "Ich, Mag. Christian W*****, bestätige und nehme zur Kenntnis, dass der Aufgang auf den Wintergarten im Bereich meiner Dachterrasse von mir selbst geschaffen und als Sonderwunsch direkt mit den bauführenden Firmen abgewickelt wurde. Seitens der Verkäuferin wird diesbezüglich keine Haftung für Ausführung bzw Benützung übernommen. Die Benützung erfolgt somit auf meine ausschließliche eigene Gefahr." Ein weiterer Vordruck in diesem Formular, nämlich "allfällige von den Behörden bzw den übrigen Miteigentümern in diesem Zusammenhang erteilte Auflagen, werde ich erfüllen" wurde durchgestrichen. Dieses Übergabeprotokoll wurde vom Beklagten unterfertigt. Der Vordruck stammt von Mitarbeitern der B***** GmbH. Mit dieser Bestimmung im Übernahmeprotokoll wollte die klagende Partei gewährleisten, dass sie für allfällige Schäden im Zuge der Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles nicht haften sollte. Zu diesem Zeitpunkt

wurde dem Beklagten jedenfalls nicht untersagt, den klagsgegenständlichen Teil als Terrasse zu nützen. Am 14. 10. 1998 wurden die Einreichpläne von Arch. Dipl. Ing. M***** erstellt. Als Bauwerber scheint die B***** GmbH auf, als Grundeigentümer die klagende Partei, als Bauführer die Ing. H***** GmbH. In diesen Plänen ist der klagsgegenständliche Teil nicht als Terrasse gewidmet angeführt, auch nicht der Bereich X, sehr wohl aber der Bereich der Terrasse, der top Nr 6 zugeordnet ist. Als Aufstieg zum klagsgegenständlichen Teil ist eine Leiter, nicht jedoch eine Stiege eingezeichnet (Beil./G 4 und ./G 5). Die Klägerin sowie die B***** GmbH wussten, dass der klagsgegenständliche Teil nicht als Terrasse gewidmet eingereicht wurde. Ob es der Beklagte wusste, ist nicht feststellbar, er selbst hatte aber diesbezüglich keinen Kontakt zum - den Plan erstellenden - Architekten."Nach Rücksprache mit Mag. P***** ist seitens des Hauseigentümers eine Benützung des Flachdaches als Terrasse zur Zeit nicht möglich. Es wurde auch von der Fa. H***** mitgeteilt, dass sie bereits Betonplatten für die Verlegung im vorerwähnten Bereich bestellt haben. Wir möchten ihnen mitteilen, dass einer Verlegung dieser Platten seitens des Hauseigentümers nicht zugestimmt wird." Mit diesem Schreiben sollte die Benützung lediglich des Bereiches römisch zehn, nicht jedoch des klagsgegenständlichen Bereiches untersagt werden. Der Beklagte hat dieses Schreiben auch erhalten. Jedenfalls bis 18. 11. 1998 war lediglich hinsichtlich des Beklagten die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt. Am 30. 11. 1998 erfolgte die Übergabe der Wohnung. Hierbei waren anwesend Ing. E*****, DI S***** sowie der Zeuge K***** sowie der Beklagte. Es wurde im Übernahmeprotokoll folgendes angeführt: "Ich, Mag. Christian W*****, bestätige und nehme zur Kenntnis, dass der Aufgang auf den Wintergarten im Bereich meiner Dachterrasse von mir selbst geschaffen und als Sonderwunsch direkt mit den bauführenden Firmen abgewickelt wurde. Seitens der Verkäuferin wird diesbezüglich keine Haftung für Ausführung bzw Benützung übernommen. Die Benützung erfolgt somit auf meine ausschließliche eigene Gefahr." Ein weiterer Vordruck in diesem Formular, nämlich "allfällige von den Behörden bzw den übrigen Miteigentümern in diesem Zusammenhang erteilte Auflagen, werde ich erfüllen" wurde durchgestrichen. Dieses Übergabeprotokoll wurde vom Beklagten unterfertigt. Der Vordruck stammt von Mitarbeitern der B***** GmbH. Mit dieser Bestimmung im Übernahmeprotokoll wollte die klagende Partei gewährleisten, dass sie für allfällige Schäden im Zuge der Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles nicht haften sollte. Zu diesem Zeitpunkt wurde dem Beklagten jedenfalls nicht untersagt, den klagsgegenständlichen Teil als Terrasse zu nützen. Am 14. 10. 1998 wurden die Einreichpläne von Arch. Dipl. Ing. M***** erstellt. Als Bauwerber scheint die B***** GmbH auf, als Grundeigentümer die klagende Partei, als Bauführer die Ing. H***** GmbH. In diesen Plänen ist der klagsgegenständliche Teil nicht als Terrasse gewidmet angeführt, auch nicht der Bereich römisch zehn, sehr wohl aber der Bereich der Terrasse, der top Nr 6 zugeordnet ist. Als Aufstieg zum klagsgegenständlichen Teil ist eine Leiter, nicht jedoch eine Stiege eingezeichnet (Beil./G 4 und ./G 5). Die Klägerin sowie die B***** GmbH wussten, dass der klagsgegenständliche Teil nicht als Terrasse gewidmet eingereicht wurde. Ob es der Beklagte wusste, ist nicht feststellbar, er selbst hatte aber diesbezüglich keinen Kontakt zum - den Plan erstellenden - Architekten.

Um den 22. 12. 1998 wurde von Dr. G***** ein Entwurf für eine Zusatzvereinbarung vorgelegt. Diese sollte das Nutzungsrecht auf dem Bereich X regeln, nicht jedoch am klagsgegenständlichen Bereich. In diesem Entwurf hieß es wie folgt: Um den 22. 12. 1998 wurde von Dr. G***** ein Entwurf für eine Zusatzvereinbarung vorgelegt. Diese sollte das Nutzungsrecht auf dem Bereich römisch zehn regeln, nicht jedoch am klagsgegenständlichen Bereich. In diesem Entwurf hieß es wie folgt:

"I. (2):

Nunmehr vereinbaren die Vertragspartner, dass dem Käufer Mag. W*****

an einem Teil des über seiner Wohnung gelegenen Flachdaches ein

ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird.

(3) Als zusätzliches Entgelt für dieses Nutzungsrecht wird ein Betrag

von S 15.000,--/m2 vereinbart.

(5) Die vertragliche Abwicklung erfolgt in Form einer in den

Wohnungseigentumsvertrag aufzunehmenden Benützungsvereinbarung. Diese

ist in Punkt II. geregelt. Mag. W***** anerkennt alle darin

enthaltenen Rechte und Pflichten, insbesondere hinsichtlich

Herstellung, Wartung, Erhaltung und Haftung.

II. Benützungsvereinbarung:

1) Die Vertragspartner vereinbaren hinsichtlich der Dachflächen

(begehbare Flachdächer), soweit diese nicht ohnedies als

Dachterrassen errichtet sind, ein ausschließliches Benützungsrecht

des jeweiligen Eigentümers der darunter liegenden Wohnung.

.....

2) Ausdrücklich vereinbart wird, dass die Nutzung der Dachflächen auf

eigene Kosten und eigene Gefahr des jeweiligen Wohnungseigentümers

der entsprechenden Wohnung seiner Mitbewohner oder Gäste erfolgt. Die

übrigen Miteigentümer der Liegenschaft werden aus dieser Benützung

der Flachdächer vollkommen schad- und klagslos gehalten. Allfällige

Auflagen sind vom Benützungsberechtigten zu erfüllen. Insbesondere

nehmen die Benützungsberechtigten zur Kenntnis, dass ein zusätzlicher

Terrassenaufbau auf den Dachflächen notwendig ist, um diese als

Terrassen benützbar zu machen. Die damit verbundenen Kosten tragen

die Berechtigten selbst.

3) Alle mit der Begehbarmachung der Dachflächen verbundenen Kosten

sind vom Benützungsberechtigten zu tragen.....

Das für die Nutzung in Aussicht genommene Entgelt von S 15.000,-- wurde von Mitarbeitern der B***** GmbH vorgeschlagen. Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits einen Interessenten für die top Nr 6 und hat dieser zu verstehen gegeben, dass er Interesse daran hätte, dass dem Beklagten keine Terrassennutzung am Dach eingeräumt wird, damit die Exklusivität der, der top Nr 6 zugeordneten Terrasse erhalten bliebe. Die B***** GmbH erkannte nun, dass bei Einräumung einer Terrassennutzung an den Beklagten für die Wohnung der top Nr 6 nicht ein derartig hoher Betrag lukriert werden könnte, wie wenn die Terrassennutzung dem Beklagten nicht eingeräumt würde. Um einen allfälligen Einnahmenverlust auszugleichen, wurde dann das Benützungsentgelt mit S 15.000,--/m2 bemessen und dies Dr. G***** mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt war es den Mitarbeitern der B***** GmbH schon klar, dass eine Widmung des Bereiches X wie auch des klagsgegenständlichen Teils als Terrasse auf Grund des fehlenden ordnungsgemäßen Aufstieges nicht bewerkstelligt werden könne. Aus diesem Grund wurde eine Vertragskonstruktion gewählt, die es den jeweiligen Berechtigten ermöglichen sollte, unabhängig von der Widmung der Dachflächen als Terrasse diese als solche zu benützen. Dieser Entwurf war mit den Mitarbeitern der B***** GmbH abgestimmt. Das für die Nutzung in Aussicht genommene Entgelt von S 15.000,-- wurde von Mitarbeitern der B***** GmbH vorgeschlagen. Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits einen Interessenten für die top Nr 6 und hat dieser zu verstehen gegeben, dass er Interesse daran hätte, dass dem Beklagten keine Terrassennutzung am Dach eingeräumt wird, damit die Exklusivität der, der top Nr 6 zugeordneten Terrasse erhalten bliebe. Die B***** GmbH erkannte nun, dass bei Einräumung einer Terrassennutzung an den Beklagten für die Wohnung der top Nr 6 nicht ein derartig hoher Betrag lukriert werden könnte, wie wenn die Terrassennutzung dem Beklagten nicht eingeräumt würde. Um einen allfälligen Einnahmenverlust auszugleichen, wurde dann das Benützungsentgelt mit S 15.000,--/m2 bemessen und dies Dr. G***** mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt war es den Mitarbeitern der B***** GmbH schon klar, dass eine Widmung des Bereiches römisch zehn wie auch des klagsgegenständlichen Teils als Terrasse auf Grund des fehlenden ordnungsgemäßen Aufstieges nicht bewerkstelligt werden könne. Aus diesem Grund wurde eine Vertragskonstruktion gewählt, die es den jeweiligen Berechtigten ermöglichen sollte, unabhängig von der Widmung der Dachflächen als Terrasse diese als solche zu benützen. Dieser Entwurf war mit den Mitarbeitern der B***** GmbH abgestimmt.

Der Beklagte hat diese Vertragskonstruktion abgelehnt, zum einen

schien ihm der Quadratmeterpreis jedenfalls zu hoch und zum anderen wollte er, dass ihm die gleiche Rechtsstellung eingeräumt würde, wie dem potentiellen Eigentümer der top Nr 6. Im weiteren Verlauf gab es zwischen den Streitparteien bis etwa März 1999 keinerlei Kontakt. Der Beklagte erhielt in weiterer Folge dann ein Schreiben von den Rechtsanwälte G***** & G***** vom 8. 5. 1999. Hierin wurde angeführt, dass nunmehr seit Vorlage des Entwurfes vom 22. 12. 1998 beinahe vier Monate vergangen sind, ohne dass es zu einem Vertragsabschluss oder zu Verhandlungen gekommen sei. Der Abschluss einer derartigen Vereinbarung sei nun nicht mehr möglich, was auch damit zusammenhänge, dass seitens anderer Käufer ausdrücklich die Bedingung erhoben worden sei, dass keine derartige Zusatzvereinbarung hinsichtlich der Dachflächen getroffen werden sollte. Am 27. 5. 1999 erhielt der Beklagte ein weiteres Schreiben, in dem es ua wie folgt hieß: "Über die konkrete Nutzung dieses Flachdaches gibt es keine Vereinbarung, verkäuferseits wurden ihre baulichen Maßnahmen geduldet, wobei aber immer festgehalten wurde, dass diese auf eigenes Risiko und eigene Gefahr erfolgten Das Angebot zum Abschluss einer Benützungsvereinbarung gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgeltes wurde ihrerseits nicht entsprechend weiter verfolgt, sodass es nun nicht länger aufrecht ist. Baurechtlich liegt lediglich eine Widmung als Flachdach vor, sodass die ausschließliche Nutzung durch einen Miteigentümer in Form einer Dachterrasse ausgeschlossen ist. Die Nutzung als Dachterrasse scheitert schon an baurechtlichen Vorschriften, da der hierfür erforderliche Aufgang ... nicht geschaffen werden kann ... Die Bauordnung kennt aber auch allgemein begehbare Flachdächer, welche dann mit einem Geländer mit einer Mindesthöhe von 110 cm umgeben sein müssen. Ihre Terrasse ist nur auf drei Seiten von einem solchen Geländer umgeben. Die Verkäuferin bzw die B***** wird einem Geländer an der vierten Seite keinesfalls zustimmen Da aber zwischen Theorie und Praxis ein für alle Parteien vernünftiger Weg gefunden werden soll, wird die Frage der konkreten Nutzung dieses Bereiches nur im Einvernehmen mit den Eigentümern der Wohnungen top Nr 6 und 8 gelöst werden können, alle übrigen Wohnungen sind von diesem Bereich nicht tangiert. Im Einvernehmen mit dem nunmehrigen Kaufinteressenten wäre nur folgende Regelung möglich a) ein Betreten des mit Platten ausgelegten Dachflächenteils über dem Wintergarten zu Wartungs- und Reinigungszwecken kann jederzeit erfolgen. Ebenso würde der Käufer einem Aufstieg etwa zum Zweck des Ausblickes auf die Stadt einschließlich des damit verbundenen Aufenthaltes (zB für eine Zigarettenlänge oder ein Glas Sekt) zustimmen. b) eine terrassenmäßige Nutzung des mit Platten ausgelegten Dachflächenteils findet aber nicht statt. Darunter wird ein Aufenthalt verstanden, der nach allgemeiner Auffassung den Charakter von Freizeitgestaltung auf der Terrasse hat (zB Sonnenbaden, sitzen oder liegen. Einnahme von Mahlzeiten etc). Zur Absicherung dieser Regelung erfolgt kein Aufstellen von Möbeln oder Geräten, auch Badetücher, Gegenstände für

Campingzwecke ... werden nicht mitgenommen. Außerdem dürfen keine schallerzeugenden Geräte, wie Musikinstrumente verwendet

werden. Zuletzt darf ich darauf hinweisen, dass diese Regelung nur das Einverständnis des derzeitigen Kaufinteressenten der top Nr 6 darstellt. Kommt es zu keiner Einigung würden seitens der B***** GmbH keine derartigen zusätzlichen Rechte eingeräumt werden. Bis zum Schreiben vom 27. 6. 1999 wurde dem Beklagten gegenüber weder von der Klägerin noch von der B***** zum Ausdruck gebracht, dass eine Nutzung des klagsgegenständlichen Teiles als Terrasse nicht gestattet sei. Am 16. 2. 1999 wurden die Abweichungen vom Bauvorhaben ***** bewilligt und die Benützungsbewilligung im Umfang der eingereichten Pläne erteilt. Das Gericht konnte nicht feststellen, ob der Beklagte davon wusste, dass der eingereichte Plan gar keine Widmung als "Terrasse" (hinsichtlich des klagsgegenständlichen Teiles) enthält. Er selbst führt an, dass er vor der Begehung durch die Baubehörde (13. 11. 1998) Ing. E***** gefragt habe, ob nun alles in Ordnung gehe, was dieser bejahte (AS 69), ihm sei der Plan der Einreichungen nicht zur Genehmigung vorgelegt worden. Die B***** GmbH hätte sich mit dem Architekten zwecks Planeinreichung bzw -änderung in Verbindung setzen sollen. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dem Zeugen Ing. E***** zu unterstellen, dass er um den 13. 11. 1998 herum, zu einem Zeitpunkt also, in welchem die Pläne (ohne Widmung) bereits längst eingereicht waren und das der Zeuge auch wusste, dem Beklagten dann vortäuscht, dass eine Einreichung mit Widmung erfolgte und "alles passe". Auf Grund des festgestellten - vom Zeugen Ing. E***** lediglich in Aussicht gestellten Versuches, den bestehenden Aufstieg baurechtlich durchzusetzen und dem Umstand, dass nach der Vereinbarung an sich der Beklagte aktiv seine Wünsche durchsetzen hätte sollen, wäre naheliegend, dass sich der Beklagte ausdrücklich bei der Baupolizei oder bei Ing. E***** erkundigt, ob nun eine Widmung als Terrasse durchgeht. Die bloße Frage, ob alles passe, vermag dem nicht zu genügen. Da der Beklagte zuvor durchaus engagiert agierte, ist nicht ersichtlich, dass er in weiterer Folge bei der Frage der konkreten Widmung nicht ebenso sorgfältig vorgeht. Auf Grund dieser Diskrepanz konnte diese Feststellung nicht getroffen werden.

Am 21. 9. 1999 kam es zu einer Besprechung in der Kanzlei von Dr. G*****, bei der Mag. P***** sowie der Beklagtenvertreter, der Beklagte und dessen Gattin anwesend waren. Hierbei wurde über verschiedene Lösungen diskutiert. Am 4. 10. 1999 wurde die gegenständliche Klage eingebracht.

Der Aufstieg zum klagsgegenständlichen Teil erfolgte über eine Leiter, welche auf beiden Seiten über Handläufe verfügt. Der Zutritt zum klagsgegenständlichen Teil erfolgt durch eine Eisentüre. Bereits zu linker Hand befindet sich ein Geländer mit einer Breite von etwa 40 cm. Im weiteren Verlauf daran anschließend befindet sich ein Mauerbereich, welcher von Seiten der Terrasse der top Nr 6 durch ein Geländer abgegrenzt ist. Zur rechten Seite von der Eingangseisentüre befindet sich in Blickrichtung direkt auf den Gartenbereich ein Geländer in der Höhe von 1,13 m und im weiteren Verlauf anschließend zur dritten Seite hin abgesichert befindet sich auf einem Mauervorsprung ebenfalls ein Geländer in dieser Höhe. Zur vierten Seite hin ist kein Geländer ersichtlich. Es besteht ein Mauervorsprung in der Höhe von 26 cm, auf welchem im Zeitpunkt des durchgeführten Lokaleigenscheins Sandplatten gelagert waren. Über den Sommer hindurch waren ab März 1999 auf der klagsgegenständlichen Fläche zwei Heurigenbänke aus Holz und einem Eisengestell sowie ein entsprechender Heurigentisch aufgestellt. Überdies hatte der Beklagte zwei metallene Liegestühle zusammengeklappt am Boden der Terrasse gelagert. Zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheins waren diese Gegenstände nicht mehr zu sehen. Der Beklagte hat diese zu diesem Zeitpunkt bereits eingewintert. Der Beklagte hat zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheins die Steinplatten in der Weise gelagert, dass auf dem Mauervorsprung zur vierten Seite des klagsgegenständlichen Teiles drei Stapeln mit etwa 10 Platten gelagert waren, welche ihrerseits jeweils auf Styropor gelagert waren. Ein weiterer Stapel mit Platten befand sich direkt auf der Terrasse, zwei weitere Stapeln waren in jenem Bereich gelagert, welcher die Terrasse vom Bereich X abgrenzt und ein weiterer Stapel war direkt im Bereich X gelagert. Auch hier bestanden die Stapel aus etwa 10 Platten und waren sie auf Karton gelagert. Ein weiterer Stapel war auf jenem Bereich gelagert, welcher direkt an den klagsgegenständlichen Teil angrenzt und in welchem der Dachausstieg für den Rauchfangkehrer angebracht ist. Hierbei waren acht Platten aufeinander und im unteren Bereich auf Styropor gelagert, eine Platte hat zwischen 20 und 25 kg. Auf Grund der Lagerungsweise und der Schwere der Platten ist ein Verrutschen oder gar Verwehtwerden im Zuge von Stürmen oder Regen nahezu denkunmöglich. Auf Grund der Konstruktion der Heurigenbank bzw der Bänke bzw des Tisches aus massiven Holz mit Eisenstehern ist ein Verrücken innerhalb des Terrassenbereiches durch Stürme möglich. Ein Überkippen über jenen Mauervorsprung, der sich auf der vierten ungesicherten Seite befindet auf den übrigen Dachbereich bei erheblichen Stürmen ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen, hingegen kaum wahrscheinlich.

Gleiches gilt für die zusammengeklappten Liegestühle, welche bei erheblicher Sturmeinwirkung zwar innerhalb des Terrassenbereiches wohl herumgeschoben werden können und auch umkippen können, aber gerade in einem solchen Fall dann ein Verbringen durch den Wind über ein Hindernis von etwa 26 cm nicht wahrscheinlich ist. Der angrenzende Dachteil ist mit einem Bitumenbelag versehen, ein Begehen ist bedenkenlos möglich. Ein bloßes Lagern der Platten auf einer Unterlage (Karton oder Styropor) am Dach führt zu keiner Beeinträchtigung der Dachhaut. Durch bloßes versehentliches Anlehnen von Personen an die gestapelten Platten, ist ein Verrutschen dieser nicht möglich. Durch unsachgemäßes Hin- und Herrücken dieser Stapel durch Körperkraft kann die darunter befindliche Isolierung sehr wohl beschädigt werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte oder Personen, die mit seinem Wissen und Willen den klagsgegenständlichen Teil benützen, solche Anstalten bereits gesetzt haben oder dies vorhaben, gibt es nicht. Ein sukzessiver Transport von Gegenständen, so insbesondere Flaschen, Gläsern aber auch Tellern durch eine gesunde und aufmerksame Person über die Nebentriege ist ohne erhebliche Gefahr eines Herabstürzens von Gegenständen möglich. Jedenfalls beim Transport von Gegenständen mit der linken Hand ist bei einem allfälligen Auslassen oder Fallenlassen von Gegenständen auch nichts zu befürchten, dass diese über das angrenzende Dach abrollen, sondern würden diese vielmehr in den Terrassenbereich der Wohnung des Beklagten herunterfallen. Unterhalb der Wohnung des Beklagten befinden sich die Eigengärten der top Nr 2 und 3. Sämtliche Wohnungen mit Ausnahme der top Nr 6 und 8 sind bereits an Wohnungseigentumsbewerber übergeben und ist die Zusage für die Einräumung von Wohnungseigentum hinsichtlich sämtlicher Wohnungseigentümer angemerkt. Hinsichtlich der top Nr 6 gibt es bisher lediglich ein Kaufanbot. Die Klägerin selbst benützt oder bewohnt keine Wohnung und tat dies auch nie. Der Aufstieg zum klagsgegenständlichen Teil erfolgte über eine Leiter, welche auf beiden Seiten über Handläufe verfügt. Der Zutritt zum klagsgegenständlichen Teil erfolgt durch eine Eisentüre. Bereits zu linker Hand befindet sich ein Geländer mit einer Breite von etwa 40 cm. Im weiteren Verlauf daran anschließend befindet sich ein Mauerbereich, welcher von Seiten der Terrasse der top Nr 6 durch ein Geländer abgegrenzt ist. Zur rechten Seite von der Eingangseisentüre befindet sich in Blickrichtung direkt auf den Gartenbereich ein Geländer in der Höhe von 1,13 m und im weiteren Verlauf anschließend zur dritten Seite hin abgesichert befindet sich auf einem Mauervorsprung ebenfalls ein Geländer in dieser Höhe. Zur vierten Seite hin ist kein Geländer ersichtlich. Es besteht ein Mauervorsprung in der Höhe von 26 cm, auf welchem im Zeitpunkt des durchgeführten Lokaleigenscheins Sandplatten gelagert waren. Über den Sommer hindurch waren ab März 1999 auf der klagsgegenständlichen Fläche zwei Heurigenbänke aus Holz und einem Eisengestell sowie ein entsprechender Heurigentisch aufgestellt. Überdies hatte der Beklagte zwei metallene Liegestühle zusammengeklappt am Boden der Terrasse gelagert. Zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheins waren diese Gegenstände nicht mehr zu sehen. Der Beklagte hat diese zu diesem Zeitpunkt bereits eingewintert. Der Beklagte hat zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheins die Steinplatten in der Weise gelagert, dass auf dem Mauervorsprung zur vierten Seite des klagsgegenständlichen Teiles drei Stapeln mit etwa 10 Platten gelagert waren, welche ihrerseits jeweils auf Styropor gelagert waren. Ein weiterer Stapel mit Platten befand sich direkt auf der Terrasse, zwei weitere Stapeln waren in jenem Bereich gelagert, welcher die Terrasse vom Bereich römisch zehn abgrenzt und ein weiterer Stapel war direkt im Bereich römisch zehn gelagert. Auch hier bestanden die Stapel aus etwa 10 Platten und waren sie auf Karton gelagert. Ein weiterer Stapel war auf jenem Bereich gelagert, welcher direkt an den klagsgegenständlichen Teil angrenzt und in welchem der Dachausstieg für den Rauchfangkehrer angebracht ist. Hierbei waren acht Platten aufeinander und im unteren Bereich auf Styropor gelagert, eine Platte hat zwischen 20 und 25 kg. Auf Grund der Lagerungsweise und der Schwere der Platten ist ein Verrutschen oder gar Verwehtwerden im Zuge von Stürmen oder Regen nahezu denkunmöglich. Auf Grund der Konstruktion der Heurigenbank bzw der Bänke bzw des Tisches aus massiven Holz mit Eisenstehern ist ein Verrücken innerhalb des Terrassenbereiches durch Stürme möglich. Ein Überkippen über jenen Mauervorsprung, der sich auf der vierten ungesicherten Seite befindet auf den übrigen Dachbereich bei erheblichen Stürmen ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen, hingegen kaum wahrscheinlich. Gleiches gilt für die zusammengeklappten Liegestühle, welche bei erheblicher Sturmeinwirkung zwar innerhalb des Terrassenbereiches wohl herumgeschoben werden können und auch umkippen können, aber gerade in einem solchen Fall dann ein Verbringen durch den Wind über ein Hindernis von etwa 26 cm nicht wahrscheinlich ist. Der angrenzende Dachteil ist mit einem Bitumenbelag versehen, ein Begehen ist bedenkenlos möglich. Ein bloßes Lagern der Platten auf einer Unterlage (Karton oder Styropor) am Dach führt zu keiner Beeinträchtigung der Dachhaut. Durch bloßes versehentliches Anlehnen von Personen an die gestapelten Platten, ist ein Verrutschen dieser nicht möglich. Durch unsachgemäßes Hin- und Herrücken dieser Stapel durch Körperkraft kann die darunter befindliche Isolierung sehr wohl beschädigt werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte oder Personen, die mit seinem

Wissen und Willen den klagsgegenständlichen Teil benützen, solche Anstalten bereits gesetzt haben oder dies vorhaben, gibt es nicht. Ein sukzessiver Transport von Gegenständen, so insbesondere Flaschen, Gläsern aber auch Tellern durch eine gesunde und aufmerksame Person über die Nebentriege ist ohne erhebliche Gefahr eines Herabstürzens von Gegenständen möglich. Jedenfalls beim Transport von Gegenständen mit der linken Hand ist bei einem allfälligen Auslassen oder Fallenlassen von Gegenständen auch nichts zu befürchten, dass diese über das angrenzende Dach abrollen, sondern würden diese vielmehr in den Terrassenbereich der Wohnung des Beklagten herunterfallen. Unterhalb der Wohnung des Beklagten befinden sich die Eigengärten der top Nr 2 und 3. Sämtliche Wohnungen mit Ausnahme der top Nr 6 und 8 sind bereits an Wohnungseigentumsbewerber übergeben und ist die Zusage für die Einräumung von Wohnungseigentum hinsichtlich sämtlicher Wohnungseigentümer angemerkt. Hinsichtlich der top Nr 6 gibt es bisher lediglich ein Kaufanbot. Die Klägerin selbst benützt oder bewohnt keine Wohnung und tat dies auch nie.

Die Wohnungseigentumsbewerber haben im Oktober bzw November 1999 folgende Vereinbarung und Zustimmungserklärung unterschrieben: ".... gemäß den §§ 13 und 15 WEG wird Mag. Christian Andreas W***** folgende Änderung gestattet: Auf dem Flachdach oberhalb seiner Wohnung die Ausgestaltung als begehbare Flachdach sowie die Umwidmung dieses Teiles als auch des schon begehbar ausgestatteten Flachdachteils über dem Wintergarten als Dachterrasse. Weiters werden ihm schon jetzt sowohl das terrassenmäßig ausgestattete Flachdach oberhalb des Wintergartens seiner Wohnung top Nr 7 als auch das vorerwähnte auszugestaltende Flachdach über dieser Wohnung in seine Benützung übertragen. Die Wohnungseigentumsbewerber haben im Oktober bzw November 1999 folgende Vereinbarung und Zustimmungserklärung unterschrieben: ".... gemäß den Paragraphen 13 und 15 WEG wird Mag. Christian Andreas W***** folgende Änderung gestattet: Auf dem Flachdach oberhalb seiner Wohnung die Ausgestaltung als begehbare Flachdach sowie die Umwidmung dieses Teiles als auch des schon begehbar ausgestatteten Flachdachteils über dem Wintergarten als Dachterrasse. Weiters werden ihm schon jetzt sowohl das terrassenmäßig ausgestattete Flachdach oberhalb des Wintergartens seiner Wohnung top Nr 7 als auch das vorerwähnte auszugestaltende Flachdach über dieser Wohnung in seine Benützung übertragen.

In rechtlicher Hinsicht meinte das Erstgericht, dem Beklagten sei zwar das Recht zur Nutzung des klagsgegenständlichen Teils (des Daches) als Terrasse nicht mitveräußert worden, doch habe ihm die Klägerin ein solches Recht - wenn auch beschränkt - eingeräumt. Es sollte dabei nicht im Belieben der Klägerin stehen, dieses Nutzungsrecht zu widerrufen; vielmehr sollten nur jene Umstände das Nutzungsrecht zum Erlöschen bringen, die sich als direkter Ausfluss der mangelnden baurechtlichen Widmung des klagsgegenständlichen Teils als Terrasse ergeben. Dies bedeute, dass die Klägerin das Nutzungsrecht nur widerrufen könnte, wenn Schwierigkeiten von Seiten der Behörde eintreten, seien diese auch nur durch amtswegige Erhebungen oder Anzeigen bedingt. Es stelle keinen solchen Fall dar, wenn die Klägerin von ihrer bzw der von sie vertretenden Mitarbeitern der B***** gemachten Zusage (nur) abgeht, um zur Lukrierung eines höheren Kaufpreises die Exklusivität der Terrasse der top 6 zu sichern, zumal das Entstehen der Terrasse zu top 6 erst durch die Intervention des Beklagten möglich geworden sei. Dass auch die Klägerin erkannte, dass dies kein tauglicher Grund ist, um von der gemachten Zusage abzugehen, ergebe sich schon aus dem Versuch einer Zusatzvereinbarung, durch welche versucht worden sei, im Zuge der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechtes im Bereich der Dachfläche X den durch das Nichterreichen der Exklusivität bedingten Einkommensverlust durch ein entsprechendes Nutzungsentgelt auszugleichen. Ob die Vereinbarung § 24 (Abs 1 Z 1) WEG widerspricht, brauche nicht erörtert zu werden, da sich ein Wohnungseigentumsorganisator wohl nicht auf diese relative Nichtigkeit berufen könne. Einem potentiellen Käufer, der lediglich ein bedingtes Angebot erstellt hat, komme nicht die Stellung eines Wohnungseigentumsbewerbers zu; Einwände von Seiten der übrigen Wohnungseigentumsbewerber seien aber bis dato nicht erhoben worden. Diese hätten sich im Gegenteil bereit erklärt, die Ausgestaltung des gegenständlichen Dachteils als Terrasse zu gestatten und dem Beklagten das Recht zur alleinigen Benützung zu übertragen. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung, indem es dem Unterlassungs- und Räumungsbegehren der Klägerin stattgab. Dies aus folgenden (nur die erstgerichtliche Feststellung über die Ungefährlichkeit der Aufstiegsleiter ausklammernden) Gründen: In rechtlicher Hinsicht meinte das Erstgericht, dem Beklagten sei zwar das Recht zur Nutzung des klagsgegenständlichen Teils (des Daches) als Terrasse nicht mitveräußert worden, doch habe ihm die Klägerin ein solches Recht - wenn auch beschränkt - eingeräumt. Es sollte dabei nicht im Belieben der Klägerin stehen, dieses Nutzungsrecht zu widerrufen; vielmehr sollten nur jene Umstände das Nutzungsrecht zum Erlöschen bringen, die sich als direkter Ausfluss der mangelnden baurechtlichen Widmung des klagsgegenständlichen Teils als Terrasse ergeben. Dies bedeute, dass die Klägerin das Nutzungsrecht nur widerrufen

könnte, wenn Schwierigkeiten von Seiten der Behörde eintreten, seien diese auch nur durch amtswegige Erhebungen oder Anzeigen bedingt. Es stelle keinen solchen Fall dar, wenn die Klägerin von ihrer bzw der von sie vertretenden Mitarbeitern der B***** gemachten Zusage (nur) abgeht, um zur Lukrierung eines höheren Kaufpreises die Exklusivität der Terrasse der top 6 zu sichern, zumal das Entstehen der Terrasse zu top 6 erst durch die Intervention des Beklagten möglich geworden sei. Dass auch die Klägerin erkannte, dass dies kein tauglicher Grund ist, um von der gemachten Zusage abzugehen, ergebe sich schon aus dem Versuch einer Zusatzvereinbarung, durch welche versucht worden sei, im Zuge der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechtes im Bereich der Dachfläche römisch zehn den durch das Nichterreichen der Exklusivität bedingten Einkommensverlust durch ein entsprechendes Nutzungsentgelt auszugleichen. Ob die Vereinbarung Paragraph 24, (Absatz eins, Ziffer eins,) WEG widerspricht, brauche nicht erörtert zu werden, da sich ein Wohnungseigentumsorganisator wohl nicht auf diese relative Nichtigkeit berufen könne. Einem potentiellen Käufer, der lediglich ein bedingtes Angebot erstellt hat, komme nicht die Stellung eines Wohnungseigentumsbewerbers zu; Einwände von Seiten der übrigen Wohnungseigentumsbewerber seien aber bis dato nicht erhoben worden. Diese hätten sich im Gegenteil bereit erklärt, die Ausgestaltung des gegenständlichen Dachteils als Terrasse zu gestatten und dem Beklagten das Recht zur alleinigen Benützung zu übertragen. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung, indem es dem Unterlassungs- und Räumungsbegehren der Klägerin stattgab. Dies aus folgenden (nur die erstgerichtliche Feststellung über die Ungefährlichkeit der Aufstiegsleiter ausklammernden) Gründen:

Das Erstgericht habe die Kompetenzen der gegenüber dem Beklagten auftretenden Mitarbeiter der B***** so festgestellt, dass der Zeuge Ing. E***** die Projektleitung über hatte, der Zeuge Josef K***** für die Vermittlung der Eigentumswohnungen, insbesondere auch für das Besprechen von Sonderwünschen zuständig war und der Zeuge DI S***** die Bauaufsicht führte. Darüber hinaus gehende Feststellungen über eine Vertretungsbefugnis dieser Personen fänden sich im erstgerichtlichen Urteil nicht. Ein entsprechendes Vorbringen sei ja auch nicht erstattet worden. Aus den Firmenbuchauszügen der B***** und der Klägerin sei eine Vertretungsbefugnis der dem Beklagten gegenüber auftretenden Mitarbeiter der B***** weder für diese noch für die Klägerin zu ersehen. Die Frage, ob sich aus dem festgestellten Aufgabenbereich der Mitarbeiter des Bauträgers eine Vertretungsbefugnis für den Bauträger selbst bzw die Klägerin ergibt, gehöre zur rechtlichen Beurteilung. Da schon aus den konkret getroffenen Feststellungen über den Aufgabenbereich der Mitarbeiter der B***** die Kompetenz dieser Personen zur Vertretung der B***** und der Klägerin nicht ableitbar sei, hätte das Erstgericht nicht zum Ergebnis gelangen dürfen, dass die Mitarbeiter der B***** für die Klägerin vertretungsbefugt waren. Dem Unterzeichnen der die Natur wiedergebenden Baupläne durch die Klägerin könne, da die streitgegenständliche Baufläche nicht als Terrasse ausgewiesen war, kein Erklärungswert als Nutzungszusage beigemessen werden. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten liege daher keine Nutzungsvereinbarung vor. Die Klägerin als Alleineigentümerin der Liegenschaft könne vom Beklagten, der (noch) nicht Miteigentümer ist, die Unterlassung der Nutzung des Daches des Wintergartens und die Räumung des Daches verlangen. Nur wenn der Beklagte bereits durch Einverleibung im Grundbuch Miteigentümer wäre, wäre die Klage mangels Benützungsregelung für diese Dachfläche und mangels konkreter Gebrauchsbeeinträchtigung für die Klägerin abzuweisen (9 Ob 85/00s). Die im Verfahren angesprochene Regelung des § 23 Abs 4 WEG bringe nur für bereits eingetragene schlichte Miteigentümer die Verfügungsrechte über das Wohnungseigentumsobjekt nach dem WEG (Würth/Zingher, WohnR 99, Anm 2 zu § 23 WEG). Das Erstgericht habe die Kompetenzen der gegenüber dem Beklagten auftretenden Mitarbeiter der B***** so festgestellt, dass der Zeuge Ing. E***** die Projektleitung über hatte, der Zeuge Josef K***** für die Vermittlung der Eigentumswohnungen, insbesondere auch für das Besprechen von Sonderwünschen zuständig war und der Zeuge DI S***** die Bauaufsicht führte. Darüber hinaus gehende Feststellungen über eine Vertretungsbefugnis dieser Personen fänden sich im erstgerichtlichen Urteil nicht. Ein entsprechendes Vorbringen sei ja auch nicht erstattet worden. Aus den Firmenbuchauszügen der B***** und der Klägerin sei eine Vertretungsbefugnis der dem Beklagten gegenüber auftretenden Mitarbeiter der B***** weder für diese noch für die Klägerin zu ersehen. Die Frage, ob sich aus dem festgestellten Aufgabenbereich der Mitarbeiter des Bauträgers eine Vertretungsbefugnis für den Bauträger selbst bzw die Klägerin ergibt, gehöre zur rechtlichen Beurteilung. Da schon aus den konkret getroffenen Feststellungen über den Aufgabenbereich der Mitarbeiter der B***** die Kompetenz dieser Personen zur Vertretung der B***** und der Klägerin nicht ableitbar sei, hätte das Erstgericht nicht zum Ergebnis gelangen dürfen, dass die Mitarbeiter der B***** für die Klägerin vertretungsbefugt waren. Dem Unterzeichnen der die Natur wiedergebenden Baupläne durch die Klägerin könne, da die streitgegenständliche Baufläche nicht als Terrasse ausgewiesen war, kein Erklärungswert als Nutzungszusage

beigemessen werden. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten liege daher keine Nutzungsvereinbarung vor. Die Klägerin als Alleineigentümerin der Liegenschaft könne vom Beklagten, der (noch) nicht Miteigentümer ist, die Unterlassung der Nutzung des Daches des Wintergartens und die Räumung des Daches verlangen. Nur wenn der Beklagte bereits durch Einverleibung im Grundbuch Miteigentümer wäre, wäre die Klage mangels Benützungsregelung für diese Dachfläche und mangels konkreter Gebrauchsbeeinträchtigung für die Klägerin abzuweisen (9 Ob 85/00s). Die im Verfahren angesprochene Regelung des Paragraph 23, Absatz 4, WEG bringe nur für bereits eingetragene schlichte Miteigentümer die Verfügungsrechte über das Wohnungseigentumsobjekt nach dem WEG (Würth/Zingher, WohnR 99, Anmerkung 2 zu Paragraph 23, WEG).

Diese Entscheidung enthält in der Fassung des nach § 508 Abs 3 ZPO ergangenen Abänderungsbeschlusses vom 6. 2. 2001 nunmehr den Ausspruch, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Begründet wurde dies damit, dass die Judikatur zur Frage fehle, ob § 23 Abs 4 WEG auch Wohnungseigentumsbewerbern, die noch nicht als schlichte Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind, Verfügungsrechte über das Wohnungseigentumsobjekt nach dem WEG verschafft. Mit der jetzt vorliegenden Revision strebt der Beklagte gestützt auf die Anfechtungsgründe der Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtigen rechtlichen Beurteilung primär die Abänderung des Berufungsurteils in einer Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung an; hilfsweise hat er Aufhebungsanträge mit den Varianten gestellt, das Verfahren vom Berufungsgericht oder vom Erstgericht ergänzen zu lassen und auf dieser Basis neuerlich zu entscheiden. Diese Entscheidung enthält in der Fassung des nach Paragraph 508, Absatz 3, ZPO ergangenen Abänderungsbeschlusses vom 6. 2. 2001 nunmehr den Ausspruch, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Begründet wurde dies damit, dass die Judikatur zur Frage fehle, ob Paragraph 23, Absatz 4, WEG auch Wohnungseigentumsbewerbern, die noch nicht als schlichte Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind, Verfügungsrechte über das Wohnungseigentumsobjekt nach dem WEG verschafft. Mit der jetzt vorliegenden Revision strebt der Beklagte gestützt auf die Anfechtungsgründe der Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtigen rechtlichen Beurteilung primär die Abänderung des Berufungsurteils in einer Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung an; hilfsweise hat er Aufhebungsanträge mit den Varianten gestellt, das Verfahren vom Berufungsgericht oder vom Erstgericht ergänzen zu lassen und auf dieser Basis neuerlich zu entscheiden.

Die Klägerin hat sich dazu in einer Revisionsbeantwortung geäußert und beantragt, die Revision mangels Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen oder ihr nicht Folge zu geben. Die Klägerin hat sich dazu in einer Revisionsbeantwortung geäußert und beantragt, die Revision mangels Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückzuweisen oder ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und ist ihres eine neuerliche Entscheidung des Berufungsgerichtes fordernden Aufhebungsantrages auch berechtigt. Die vom Berufungsgericht zur Diskussion gestellte Rechtsfrage, ob ein Wohnungseigentumsbewerber, zu dessen Gunsten zwar die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechtes grundbücherlich angemerkt, aber noch kein (schlichtes) Miteigentum einverleibt ist, die Änderungsrechte des Wohnungseigentümers nach § 13 WEG oder die dem (schlichten) Miteigentümer an der gemeinsamen Sache gemäß § 828 ABGB zustehenden (Mit-)Benützungsrechte geltend machen kann, wurde zwar mittlerweile in einem die Parteien dieses Rechtsstreites betreffenden Msch-Verfahren so weit geklärt, dass sie die Anrufung des Obersten Gerichtshofes nicht zu rechtfertigen vermag (siehe dazu die Entscheidung 5 Ob 38/01a vom 27. 2. 2001, die derartige Verfügungsrechte auch im Lichte des § 23 Abs 4 WEG verneinte), doch erfordert die vom Berufungsgericht nicht überzeugend begründete Verneinung eines dem Beklagten von der Klägerin vertraglich eingeräumten Sondernutzungsrechts an der strittigen Dachfläche die meritorische Behandlung der Revision. Die Revision ist zulässig und ist ihres eine neuerliche Entscheidung des Berufungsgerichtes fordernden Aufhebungsantrages auch berechtigt. Die vom Berufungsgericht zur Diskussion gestellte Rechtsfrage, ob ein Wohnungseigentumsbewerber, zu dessen Gunsten zwar die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechtes grundbücherlich angemerkt, aber noch kein (schlichtes) Miteigentum einverleibt ist, die Änderungsrechte des Wohnungseigentümers nach Paragraph 13, WEG oder die dem (schlichten) Miteigentümer an der gemeinsamen Sache gemäß Paragraph 828, ABGB zustehenden (Mit-)Benützungsrechte geltend machen kann, wurde zwar mittlerweile in einem die Parteien dieses Rechtsstreites betreffenden Msch-Verfahren so weit geklärt, dass sie die Anrufung des Obersten Gerichtshofes nicht zu rechtfertigen vermag (siehe dazu die Entscheidung 5 Ob 38/01a vom 27. 2. 2001, die derartige Verfügungsrechte auch im Lichte des

Paragraph 23, Absatz 4, WEG verneinte), doch erfordert die vom Berufungsgericht nicht überzeugend begründete Verneinung eines dem Beklagten von der Klägerin vertraglich eingeräumten Sondernutzungsrechts an der strittigen Dachfläche die meritorische Behandlung der Revision.

Dazu ist vorzuschicken, dass die vom Beklagten gerügten Aktenwidrigkeiten und Verfahrensmängel (soweit sie nicht ohnehin Fehlern der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen sind) nicht bestehen (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO). Zielführend ist hingegen die rechtliche Argumentation des Revisionswerbers, nach den getroffenen Feststellungen habe sich die Klägerin die rechtsgeschäftlichen Erklärungen jener Personen zurechnen zu lassen, die ihm im Zuge der Anbahnung des Kaufvertrages Sondernutzungsrechte am Dach seines Wintergartens zusagten. Dazu ist vorzuschicken, dass die vom Beklagten gerügten Aktenwidrigkeiten und Verfahrensmängel (soweit sie nicht ohnehin Fehlern der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen sind) nicht bestehen (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO). Zielführend ist hingegen die rechtliche Argumentation des Revisionswerbers, nach den getroffenen Feststellungen habe sich die Klägerin die rechtsgeschäftlichen Erklärungen jener Personen zurechnen zu lassen, die ihm im Zuge der Anbahnung des Kaufvertrages Sondernutzungsrechte am Dach seines Wintergartens zusagten.

Auch das Berufungsgericht geht in seinen Rechtsausführungen nicht

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