

# TE OGH 2011/1/19 3Ob148/10a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.01.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Neumayr, die Hofrätin Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Kornek, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. DI \*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, 2. Dr. M\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Mag. Dr. Michael Brunner, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unzulässigerklärung einer Exekution (§ 37 EO), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 28. Mai 2010, GZ 46 R 193/10f-19, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Döbling vom 2. März 2010, GZ 3 C 3/09x-12, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 2.078,21 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 346,37 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

An der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* GB S\*\*\*\*\* mit der Grundstücksadresse W\*\*\*\*\* Straße \*\*\*\*\* ist Wohnungseigentum begründet.

Der Kläger ist Wohnungseigentümer der Wohnung Top 1, der Erstbeklagte der Wohnungen Top 2, 3 und 5 und die Zweitbeklagte der Wohnung Top 4. Die Schwägerin des Klägers, C\*\*\*\*\* (in der Folge immer: Verpflichtete) ist Wohnungseigentümerin der Wohnungen Top 6 und 7 im Haus.

Nach dem Ankauf der Dachgeschosswohnungen Top 6 und 7 im Juni 1983 ließen die Verpflichtete und ihr damaliger Ehemann die beiden Wohnungen zusammenlegen und führten zu diesem Zweck bauliche Maßnahmen durch. So wurden beide Eingangstüren der Wohnungen samt Türstöcken und eine Trennwand zwischen dem WC der Wohnung Top 7 und dem Stiegenhaus auf einer Länge von ca 1 m entfernt. Im Stiegenhaus wurde zwischen dem ersten Stock, in welchem sich die Wohnungen Top 4 und 5 befinden, und dem Dachgeschoss ein Podest aufgedoppelt, eine Tür samt Türstock angebracht und von diesem Podest bis zum Dachgeschoss, entlang des ursprünglichen Stiegenländers, eine Trennwand errichtet. Der Dachbodenausstieg wurde um zumindest 1 m seitlich verschoben. Durch diese baulichen Maßnahmen wurde ein Teil des Stiegenhauses des Dachgeschosses von der Allgmeinfläche abgetrennt und in den Wohnungsverband der Wohnungen Top 6 und 7 einbezogen, sodass die Dachgeschosswohnung der Verpflichteten um etwa 7,06 m<sup>2</sup> zu Lasten der Allgmeinfläche vergrößert wurde.

Aufgrund einer Anzeige des Erstbeklagten wurde der Verpflichteten mit Bescheid der MA 37/19 vom 20. Juli 1998,

bestätigt durch den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 20. Oktober 1998, unter Androhung der Ersatzvornahme rechtskräftig aufgetragen, die im Zwischenpodest zwischen dem ersten Stock und dem Dachgeschoss hergestellte Tür samt Türstock und die Aufdoppelung des Podests zu entfernen, sowie die Türstöcke, die Wohnungseingangstüren der Wohnungen Top 6 und 7 sowie die Trennwand zwischen dem WC der Wohnung Top 7 und dem Stiegenhaus, die auf ca einem Meter Länge entfernt wurde, wiederherzustellen.

Im Verfahren AZ 4 C 354/99 des Bezirksgerichts Döbling klagte die Verpflichtete die nunmehrigen Beklagten auf Unterfertigung eines die Umbauarbeiten umfassenden Einreichplans, um eine nachträgliche Baubewilligung zu bewirken.

Mit Urteil vom 24. August 1999 wies das Erstgericht die Klage mit der Begründung ab, es liege weder eine ausdrückliche noch eine rechtswirksame konkludente Zustimmung der im Verfahren Beklagten vor.

Der dagegen von der Verpflichteten erhobenen Berufung gab das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht mit rechtskräftigem Urteil vom 11. Jänner 2000 (AZ 37 R 702/99f) nicht Folge.

Im Verfahren des Bezirksgerichts Döbling, AZ 5 Msch 19/00b, beantragte die Verpflichtete, die aus dem Einreichplan ersichtlichen Umbauarbeiten zu genehmigen, die Zustimmungen der hier Beklagten als Antragsgegner gerichtlich zu ersetzen bzw ihnen aufzutragen, den Einreichplan mitzuunterfertigen.

Mit Sachbeschluss vom 12. Jänner 2001 gab das Bezirksgericht Döbling diesem Sachantrag der Verpflichteten statt.

Mit Sachbeschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 25. September 2001, AZ 40 R 108/01f, wurde dem von den hier Beklagten als Antragsgegner gegen den Sachbeschluss erhobenen Rekurs Folge gegeben und der Sachbeschluss im Sinne einer Abweisung des Antrags abgeändert. Ein dagegen von der Verpflichteten erhobener außerordentlicher Revisionsrekurs wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 18. Dezember 2001, AZ 5 Ob 303/01x, zurückgewiesen.

In einem weiteren vor dem Bezirksgericht Döbling geführten Wohnrechtsverfahren (AZ 20 Msch 3/05t) beantragte die Verpflichtete die Genehmigung einer näher bezeichneten Alternativlösung.

Mit Sachbeschluss vom 28. Jänner 2006 wies das Bezirksgericht Döbling den Antrag der Verpflichteten ab.

Mit Sachbeschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 28. September 2006 (AZ 40 R 101/06h) wurde dem dagegen von der Verpflichteten erhobenen Rekurs nicht Folge gegeben.

Der Kläger - der seine Zustimmung zu den von der Verpflichteten durchgeführten baulichen Änderungen erteilt hatte - war an den außerstreitigen Wohnrechtsverfahren als weiterer Miteigentümer beteiligt.

Mit Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 12. September 2008, GZ 19 Cg 57/08d-10, wurde die Verpflichtete zur Rückgängigmachung der baulichen Maßnahmen und zur Wiederherstellung des früheren Zustands verpflichtet. Der dagegen von der Verpflichteten erhobenen Berufung wurde mit Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 12. März 2009 (AZ 13 R 232/08w) nicht Folge gegeben. Die außerordentliche Revision der Verpflichteten wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 13. Oktober 2009, AZ 5 Ob 90/09k, zurückgewiesen.

Mit Beschluss des Bezirksgerichts Döbling vom 24. Juli 2009, AZ 3 E 46/09a, wurde den Beklagten als betreibenden Parteien gegen die Verpflichtete aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 12. September 2008, AZ 19 Cg 57/08d, gemäß § 353 EO die Exekution bewilligt. Die Exekutionsbewilligung umfasst die Rückgängigmachung der von der Verpflichteten durchgeführten baulichen Maßnahmen durch technisch ordnungsgemäße Entfernung der von der Verpflichteten zwischen der Wohnebene Top 4 und 5 und der Dachgeschosswohnebene Top 6 und 7 vorgenommenen Aufdoppelung um eine Stufe des Zwischenpodests, die Entfernung der dort am Zwischenpodest hergestellten Wohnungseingangstüre samt dem Türstock und der gesamten Trennwand entlang der Stiege, sowie die Veränderung des Dachausstiegs vom vorletzten Podest (Wohnebene Top 4 und 5), sodass sich auch der Stiegenhausbereich - ohne Berechnung der Stufenauftrittsflächen - um ca 7,06 m<sup>2</sup> vergrößert sowie die Wiederherstellung des vorigen Zustands durch Errichtung der dem Wohnhaus entsprechenden Stiegenhausspindel als Gitter/Geländerkonstruktion mit Handlauf entlang der Stiege anstelle der Trennwand, des ursprünglichen Stiegenpodests und der ursprünglichen Wohnungseingangstüre der Wohnungen Top 6 und 7 samt den Türstöcken sowie des ursprünglichen Dachausstiegs vom letzten Podest (Wohnebene Top 6 und 7).

Gegen diese Exekutionsbewilligung wendet sich die Exszindierungsklage des Klägers mit dem Begehren auf Unzulässigerklärung der Exekution.

Der Kläger bringt vor, dass der von der Verpflichteten hergestellte und nach dem Titel wieder rückgängig zu machende Zustand baubehördlich gemäß § 70 der Wiener Bauordnung bewilligt sei. Für die nunmehr im Exekutionsverfahren beantragten massiven Eingriffe in allgemeine Teile des Hauses, nämlich Stiegenhaus, Gangteil, Trennwand sowie Versetzung des Dachausstiegs, liege keine baubehördliche Bewilligung vor. Ohne eine solche Bewilligung dürften die Arbeiten nicht vorgenommen werden. Er habe als Wohnungseigentümer das Recht, dass bewilligungspflichtige Arbeiten nicht durchgeführt würden, zumal für etwaige Folgen sämtliche Miteigentümer des Hauses hafteten. Zwar habe jeder einzelne Mit- bzw Wohnungseigentümer zur Abwendung eigenmächtig vorgenommener Änderungen durch einen anderen Wohnungseigentümer das Recht, mit Eigentumsfreitheitsklage vorzugehen. Allerdings sei der Kläger mit den im Exekutionsverfahren bewilligten massiven Eingriffen in allgemeine Teile des Hauses nicht einverstanden.

Die Beklagten wenden im Wesentlichen ein, dass die in der Klage erwähnte Baubewilligung (gemeint: bezüglich der von der Verpflichteten bereits durchgeführten Baumaßnahmen) durch Täuschung der Baubehörde zustande gekommen sei. Im Übrigen verkenne der Kläger, dass es keines Verfahrens gemäß § 16 WEG bedürfe, um den ursprünglichen Zustand des Hauses, der vor dem eigenmächtigen Eingriff bestanden habe, wiederherzustellen. Eine Zustimmung eines Wohnungseigentümers zur Herstellung des gesetzeskonformen Zustands sei nicht vorgesehen. Ein Eingriff in die Rechte eines Miteigentümers liege nicht vor, wenn die Exekutionsbewilligung bloß die Wiederherstellung eines durch einen widerrechtlichen Eingriff geänderten Zustands der gemeinsamen Sache zum Gegenstand habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es die Feststellung, dass die Verpflichtete für den Umbau eine (nachträgliche) Baubewilligung in Form eines Bescheids der MA 37 vom 31. Juli 2006 erwirkt habe.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass die Wiederherstellung eines durch einen widerrechtlichen Eingriff veränderten Zustand der gemeinsamen Sache keinen unzulässigen Eingriff in die Rechte eines Miteigentümers bewirke. Der Umstand, dass die von der Verpflichteten durchgeführten baulichen Maßnahmen zwischenzeitlich baubehördlich genehmigt seien, könne an diesem Ergebnis nichts ändern. Eine Baubewilligung stelle lediglich eine Bauerlaubnis da, die in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Wohnungseigentümern nicht eingreife. Sie ersetze die nötige zivilrechtliche Zustimmung nicht. Das Untersagungsrecht der anderen Mit- und Wohnungseigentümer bestehe vielmehr bei Beeinträchtigung ihrer schutzwürdigen Interessen selbst dann, wenn eine baubehördliche Bewilligung vorliege oder erwirkt werden könne.

Das Berufungsgericht gab der dagegen vom Kläger erhobenen Berufung nicht Folge, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Das Berufungsgericht billigte die Rechtsauffassung des Erstgerichts.

Mit seiner dagegen erhobenen außerordentlichen Revision beantragt der Kläger die Abänderung der Urteile der Vorinstanzen im Sinne einer gänzlichen Stattgebung des Klagebegehrens.

In seiner Revision verweist der Kläger zusammengefasst darauf, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in Widerspruch stehe, weil nicht berücksichtigt worden sei, dass die Rechte des Klägers infolge mangelnder baubehördlicher Bewilligung der Rückführung der von der Verpflichteten widerrechtlich vorgenommenen Baumaßnahmen beeinträchtigt seien. Die Beklagten müssten daher die Zustimmung des Klägers zu den im Titel aufgetragenen Baumaßnahmen im Außerstreitverfahren einholen.

Die Revision des Klägers ist zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob ein an einem Verfahren auf Wiederherstellung des vorigen Zustands nicht beteiligter Mit- und Wohnungseigentümer gegen die exekutive Durchsetzung des rechtskräftig zuerkannten Wiederherstellungsanspruchs mit Erfolg eine Exszindierungsklage erheben kann.

Es wurde daher den Beklagten die Erstattung einer Revisionsbeantwortung freigestellt.

In ihrer Revisionsbeantwortung beantragen die Beklagten die Zurückweisung der außerordentlichen Revision des Klägers; hilfsweise wird der Antrag gestellt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

1. Die von der Verpflichteten durchgeführten baulichen Änderungen, für welche auch gemeinsame Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen wurden, unterlagen § 13 Abs 2 Z 2 WEG 1975 (nun: § 16 Abs 2 Z 2 WEG). Zwei Anträge der Verpflichteten, die Zustimmung der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft (im Anlassfall: der Beklagten) durch gerichtliche Genehmigung zu ersetzen, blieben ebenso erfolglos wie eine Klage auf Unterfertigung des Baueinreichplans.

Es ist somit - vom Kläger auch gar nicht bestritten - davon auszugehen, dass die von der Verpflichteten durchgeführten Änderungen eigenmächtig und ohne Zustimmung bzw gerichtlich ersetzte Zustimmung der hier beklagten weiteren Wohnungseigentümer vorgenommen wurden.

2. Gegen einen Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Änderungen einschließlich Widmungsänderungen iSd § 16 Abs 2 WEG vornimmt, kann nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch jeder einzelne Wohnungseigentümer mit Unterlassungs- bzw Beseitigungsklage nach § 523 ABGB im streitigen Rechtsweg vorgehen (5 Ob 25/90 = wobl 1991/53 [Call]; 5 Ob 25/08z [Vonkilch] = immolex 2008/151 [Edelhauser] = ecolex 2008/366 [Friedl]; 5 Ob 241/09s = wobl 2010/18 [Illedits] = immolex 2010/92 [Edelhauser]; RIS-Justiz RS0083156).

Vom Streitrichter ist in einem solchen Fall die Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung und die eigenmächtige Rechtsanmaßung als Vorfrage über die Berechtigung des Unterlassungs- und Wiederherstellungsbegehrens zu prüfen; die Genehmigungsfähigkeit selbst ist nicht Gegenstand des Verfahrens (5 Ob 241/09s; RIS-Justiz RS0083156 [T1 und T20]).

3. Das Untersagungsrecht der anderen Mit- und Wohnungseigentümer besteht bei Beeinträchtigung ihrer schutzwürdigen Interessen selbst dann, wenn die behördliche Bewilligung vorliegt oder doch erwirkt werden könnte (RIS-Justiz RS0083330). Eine nachträglich erteilte baubehördliche Bewilligung der von der Verpflichteten widerrechtlich vorgenommenen Änderungen an ihren Wohnungseigentumsobjekten - die nach den insoweit ungeprüft gebliebenen Behauptungen der Beklagten durch Vorspiegelung falscher Tatsachen „erschlichen“ worden sein soll - entfaltet somit keine Relevanz dafür, dass den Beklagten als Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft nach zivilrechtlichen Grundsätzen ein Untersagungsrecht zusteht.

4. Entscheidungswesentlich ist die Frage, ob der Kläger als Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft mit Klage nach § 37 EO gegen die von einem anderen Wohnungseigentümer erwirkte Exekutionsbewilligung vorgehen kann, wenn er am Titelverfahren, das auf die Wiederherstellung des vorigen Zustands gerichtet war, nicht beteiligt war.

4.1 Nach der Rechtsprechung ist ein Miteigentümer auch ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer zur Erhebung einer Klage nach § 37 EO berechtigt, wenn die Klage den Zweck verfolgt, im Interesse der Gesamtheit den Angriff eines Dritten auf die gemeinsame Sache abzuwehren (RIS-Justiz RS0000710; 3 Ob 113/91 = wobl 1992/167).

4.2 Im konkreten Fall liegt jedoch in der exekutiven Durchsetzung des von den Beklagten gegen die Verpflichtete erwirkten Wiederherstellungstitels kein „Angriff auf die gemeinsame Sache“, der den Kläger nur deshalb zur Erhebung der Exszindierungsklage nach § 37 EO berechtigen könnte, weil er am Titelverfahren nicht beteiligt war: Vielmehr liegt der Zweck des von den Beklagten gegen die Verpflichtete erwirkten Titels und der aufgrund des Titels betriebenen Exekution bloß darin, die Wiederherstellung eines durch widerrechtlichen Eingriff der Verpflichteten veränderten Zustands der gemeinsamen Sache zu bewirken. Durch die exekutive Durchsetzung des Anspruchs auf Wiederherstellung des vorigen Zustands wird somit in die Rechte des Klägers als Wohnungseigentümer nicht eingegriffen, weil lediglich der ursprüngliche, auch mit dem zugrunde liegenden Wohnungseigentumsvertrag entsprechende Zustand wiederhergestellt werden soll (Markl/Endres, § 16 Abs 2 WEG 2002 § 37 EO - Recht auf Beibehaltung eines rechtswidrigen Zustands? wobl 2005, 368 ff). Die durch den Titel angeordneten Maßnahmen stellen auch keine genehmigungspflichtigen „Änderungen“ iSd § 16 Abs 2 WEG dar, weil darunter nur dem ursprünglichen Konsens nicht entsprechende Maßnahmen zu verstehen sind.

4.3 Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Entscheidung 3 Ob 169/59 (SZ 32/92). Dort wurde eine Exszindierungsklage einer Miteigentümerin gegen einen Dritten, der in einem Besitzstörungsverfahren einen Wiederherstellungstitel (Entfernung eines Bretterzauns und Wiedererrichtung der früheren Gartenumzäunung) gegen

einen anderen Miteigentümer erwirkt hatte, mit der Begründung abgewiesen, dass die Exszindierungsklägerin den „Besitzstörungsanspruch“ des Dritten berücksichtigen müsse (s auch Feil/Marent, Exekutionsordnung [2008] § 37 EO Rz 24; Jakusch in Angst, EO<sup>2</sup> § 37 EO Rz 21; LGZ Wien RpfLEO Nr 22/82).

4.4 Daraus folgt zusammengefasst, dass ein zur Klageführung nach § 37 EO berechtigender Eingriff in die Rechte eines Wohnungseigentümers nicht vorliegt, wenn die Exekutionsbewilligung bloß die Wiederherstellung eines durch widerrechtlichen Eingriff veränderten Zustands der gemeinsamen Sache durch einen anderen Wohnungseigentümer zum Gegenstand hat.

4.5 Eine andere Beurteilung könnte nur gerechtfertigt sein, wenn die Exekutionsbewilligung tatsächlich in die Rechte eines am Titelverfahren nicht beteiligten anderen Wohnungseigentümers eingreift, etwa wenn im Titel Maßnahmen aufgetragen werden, die dem ursprünglichen konsensgemäßen Zustand gerade nicht entsprechen. Dieser Fall ist aber hier unstrittig nicht verwirklicht.

5. Der Kläger sieht im Anlassfall eine Beeinträchtigung seiner Interessen durch die Exekutionsführung deshalb verwirklicht, weil die Vollstreckung des Beseitigungs- und Wiederherstellungstitels die Erwirkung einer (neuerlichen) baubehördlichen Bewilligung voraussetze. Ohne entsprechende Bewilligung durchgeführte Änderungen an der Liegenschaft beeinträchtigen seine Rechte als Miteigentümer.

Ob diese Behauptung des Klägers nach den einschlägigen Vorschriften der Wiener Bauordnung zutrifft, bedarf allerdings deshalb keiner Prüfung, weil nach ständiger Rechtsprechung die Ermächtigung nach § 353 Abs 1 EO dem betreibenden Gläubiger auch das Recht verschafft, die sonst dem Verpflichteten obliegenden Ansuchen um Erteilung der erforderlichen baubehördlichen Bewilligungen selbst zu stellen (RIS-Justiz RS0016620; 1 Ob 505/94 = SZ 67/126; 3 Ob 7/99x mwN; 3 Ob 176/08s). Ob es einer solchen Bewilligung überhaupt bedarf muss daher ebensowenig geprüft werden wie die Frage, ob die Beklagten als betreibende Gläubiger im Anlassfall die erforderlichen Anträge unmittelbar an die Baubehörde stellen können oder dafür noch eine baubehördliche Zustimmung des Klägers als weiteren Wohnungseigentümer erwirken müssen.

6. Der unberechtigten Revision des Klägers ist daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Schlagworte**

5 Exekutionssachen,

#### **Textnummer**

E96328

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

ECLI:AT:OGH0002:2011:0030OB00148.10A.0119.000

#### **Im RIS seit**

01.03.2011

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.06.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

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