

Erwerb der Rechte am Dachgeschoß - Sicherung nach WEG, ABGB und BTVG -

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science“

eingereicht bei
Dr. Herbert Gartner

Dr. Peter Aschauer

0204211

Wien, am 20.03.2013

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **DR. PETER ASCHAUER**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "ERWERB DER RECHTE AM DACHGESCHOß - SICHERUNG NACH WEG, ABGB UND BTVG", 86 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 20.03.2013

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	III
1. Einleitung.....	1
1.1. Zentrale Fragestellung	1
1.2. Gegenstand und Zielsetzung	2
1.3. Aufbau der Arbeit	3
2. Grundlagen.....	4
2.1. Der Begriff des „Dachgeschoßausbaus“	4
2.1.1. Baurechtliche Einordnung	4
2.1.2. Mietrechtliche Einordnung	6
2.2. Eigentumsverhältnisse	11
2.2.1. Alleineigentum.....	11
2.2.2. Miteigentum.....	11
2.2.3. Wohnungseigentum	12
3. Erwerb der Rechte am Dachgeschoß	13
3.1. Überblick.....	13
4. Erwerb vom Alleineigentümer.....	15
4.1. Erwerb als Bauträger.....	15
4.1.1. Kaufvertrag über (provisorischen) Miteigentumsanteil.....	16
4.2. Sicherungsmittel	17
4.2.1. Anwartschaftsvertrag	17
4.2.2. Die Benützungsregelungsvereinbarung	18
4.2.3. Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG 2002	19
5. Erwerb vom ideellen Miteigentümer	22
5.1. Verfügungsrecht des Veräußerers.....	22
5.1.1. Sicherung durch Benützungsregelung	23
5.2. Miteigentümer als Wohnungseigentumsbewerber.....	27
5.2.1. Nutzungsvorbehalt am Dachboden	28
5.2.2. Sonderfall: Dachboden als Zubehör-WE	31
5.3. Duldungspflicht der Eigentümergemeinschaft	35
5.3.1. Genehmigungspflichtige Änderungen	37

5.3.2. Änderungen unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile	38
5.3.3. Behördliche Bewilligung	41
5.3.4. Rechtsdurchsetzung / Verfahren	42
5.3.5 Resümee	44
5.4. Exkurs: Duldungspflicht des Mieters.....	46
5.4.1. Umfang des Benützungsrechts.....	46
5.4.2. Duldungspflicht des Mieters	47
5.4.3. Entschädigung des Mieters	52
5.4.4. Resümee	53
6. Erwerb bei bestehendem Wohnungseigentum.....	55
6.1. Sicherungsmittel	55
6.2. Benützungsregelung gem. § 17 WEG.....	55
6.2.1. Zustandekommen der Benützungsregelung.....	57
6.2.2. Benützungsentgelt.....	59
6.3. Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG 2002.....	60
7. (Weiter-)Veräußerung vor Fertigstellung	61
7.1. Durchgreifende Erneuerung.....	61
7.2. Sicherung nach BTVG.....	62
7.2.1. Schuldrechtliche Sicherung	63
7.2.2. Grundbücherliche Sicherung	64
7.3. Treuhänderrangordnung.....	65
7.4. Kombination von Sicherungsinstrumenten.....	67
8. Schlussfolgerungen	69
Kurzfassung	75
Literaturverzeichnis	76
Geschäftszahlenverzeichnis	78

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idgF
Abs.	=	Absatz
aF	=	alte Fassung
Aufl.	=	Auflage
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BlgNR	=	Beilage zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BO	=	Bauordnung für Wien
BTVG	=	Bauträgervertragsgesetz BGBI I 1997/7 idgF
bzw.	=	beziehungsweise
ca.	=	circa
d.h.	=	das heißt
E	=	Entscheidung
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
Erk	=	Erkenntnis
ErlRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc.	=	et cetera
EWr	=	Entscheidungen Wohnrecht
ff	=	die folgenden
GBG	=	Allgemeines Grunbuchsgesetz 1955 BGBI 1955/39 idgF
gem.	=	gemäß
GesRZ	=	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GP	=	Gesetzgebungsperiode
hA	=	herrschender Ansicht
idF	=	in der Fassung
idgF	=	in der geltenden Fassung
idZ	=	in diesem Zusammenhang
immolex	=	Fachzeitschrift für Immobilienrecht
iSd	=	im Sinne des
iVm	=	in Verbindung mit
JBl	=	Juristische Blätter
m ²	=	Quadratmeter
MietSlg	=	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	=	Mietrechtsgesetz BGBI 1981/520 idgF
MRN 2001	=	Mietrechtsnovelle 2001 BGBI I 2001/161
OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖVI	=	Österreichischer Verband der Immobilientreuhänder

Pkt.	= Punkt
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rsp	= Rechtsprechung
Rz	= Randzahl
S.	= Seite
sog.	= sogenannt, -e, -er, -es
vgl.	= vergleiche
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	= Sammlung der Erkenntnisse und wichtigen Beschlüsse des VwGH
WE	= Wohnungseigentum
WEG	= Wohnungseigentumsgesetz 2002 (BGBl I 2002/70)
wobl	= Wohnrechtliche Blätter
WRN 2006	= Wohnrechtsnovelle 2006 (BGBl I 2006/124)
WRN 2009	= Wohnrechtsnovelle 2009 (BGBl I 2009/25)
Z	= Ziffer
z.B.	= zum Beispiel

1. Einleitung

Immer mehr Österreicher¹ zieht es in die Städte. Die Bevölkerung der Landeshauptstädte wächst seit Jahren kontinuierlich an. Schenkt man den demografischen Prognosen Glauben, wird Wien in den nächsten drei Jahrzehnten die Zwei-Millionen-Marke überschreiten.² Dieses Bevölkerungswachstum führt zu einer steigenden Wohnungsnachfrage. Verstärkt wird dieser Trend durch Veränderungen in der Gesellschaftsstruktur. Der rasante Anstieg der Singlehaushalte und Kleinfamilien verursacht zusätzliche Nachfrage.³

Dieser enorme Nachfragedruck kann allein durch die Neubautätigkeit nicht aufgefangen werden. Im innerstädtischen Bereich, wo Wohnraum nicht beliebig vermehrbar ist, übersteigt bereits jetzt oftmals die Nachfrage das Angebot deutlich. Als Folge ist ein Anstieg der Immobilienpreise festzustellen.⁴ Mit dem Preisanstieg sind zunehmend starke „Ausweichtendenzen“ auf das Umland der Städte („Speckgürtel“) verbunden.

1.1. Zentrale Fragestellung

Eine Möglichkeit diesem Ungleichgewicht in den Ballungszentren gegenzusteuern ist neben der Stadterweiterung die Stadtverdichtung innerhalb der Stadtgrenzen. Der Dachausbau entspricht dabei dem Ideal der sanften Stadtverdichtung, indem vorhandener Stadtraum besser genutzt wird. Die unausgebauten Dachböden stellen eine wichtige Wohnraumreserve im gut erschlossenen Stadtgebiet dar. Durch den Ausbau von Dachböden wird wertvoller neuer Wohnraum geschaffen.

¹ Alle geschlechtsspezifischen Bezeichnungen in dieser Arbeit gelten sinngemäß für beide Geschlechter.

² Siehe *Fellner, Georg; Gielge, Johannes; Ritter, Hellmuth* (2007): Kleinräumige Bevölkerungsprognose für Wien 2005 bis 2035, Werkstattberichte der Stadtentwicklung Wien (Nummer 86). Magistratsabteilung 18 und Statistik Austria, Wien.

³ Siehe dazu Näheres in Statistik Austria.

⁴ Siehe Immobilienpreisspiegel 2012.

Es wird Wohnraum geschaffen, ohne Aufschließungskosten zu generieren. Gleichzeitig wird die vorhandene Infrastruktur genutzt und die innerstädtische Substanz erhalten. Vielerorts wird so die Attraktivität des Wohngebietes gesteigert und Impulse zur Gebäudesanierung gesetzt. Die optimale Nutzung und Erhaltung des Bestandes ist eine der zentralen Herausforderungen der Gegenwart.

Zur Umsetzung einer nachhaltigen Stadtverdichtung bedarf es insbesondere auch des politischen Willens bezüglich einschlägiger Gesetze, Normen und deren Interpretation. Für Haus- und Wohnungseigentümer müssen Anreize geschaffen werden, neuen Wohnraum zur Verfügung zu stellen. Die Sicherung des Erwerbs der Rechte am Dachgeschoß ist ein zentrales Thema sowie notwendige Voraussetzung für jede Projektentwicklung. In den Mittelpunkt rückt dabei die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 5 Ob 223/05p⁵, die folgende Frage aufwirft: *Wie kann die Rechtsposition des Erwerbers - vor dem Hintergrund steigender Wohnungsnachfrage - abgesichert werden?*

1.2. Gegenstand und Zielsetzung

Abhängig vom Entwicklungsstadium und den rechtlichen Verhältnissen am Objekt sehen sich Liegenschaftseigentümer und Projektentwickler beim Erwerb von (unausgebauten) Dachböden unterschiedlichen wirtschaftlichen, bautechnischen und rechtlichen Herausforderungen ausgesetzt.

Gegenstand der Arbeit ist die schematische Darstellung und genaue Prüfung aller rechtlich relevanten Aspekte des Erwerbs eines (unausgebauten) Dachbodens unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung. Besonderes Augenmerk wird auf den Fall nachträglich zu errichtender Dachgeschoßwohnungen in Wien gelegt.

Ziel ist es, eine umfangreiche und gesicherte rechtliche Grundlage für sämtliche Entscheidungen und Veranlagungen in diesem Segment zu geben.

⁵ 5 Ob 223/05p (OGH 21.03.2006) = 11 R 118/04k = immolex 2006, 287 = wobl 2006, 271.

1.3. Aufbau der Arbeit

In einem ersten Arbeitsschritt wird die zentrale Fragestellung bzw. Zielsetzung der Arbeit erörtert. Anschließend werden wichtige thematische Grundlagen aufbereitet und dargelegt.

Der nächste Schritt beinhaltet die verschiedenen Möglichkeiten des Erwerbs eines Dachbodens und die damit verbundenen Sicherungsinstrumente unter Berücksichtigung der aktuellen (höchstgerichtlichen) Rechtsprechung und deren Auswirkungen für die Praxis.

Im letzten Arbeitsschritt wird das Bauträgervertragsgesetz, das dem Erwerber konkrete Sicherungsinstrumente bei der Abwicklung von Bauvorhaben zur Hand gibt, behandelt und danach die Ergebnisse der Arbeit vorgelegt.

2. Grundlagen

Zur Aufbereitung und dem besseren Verständnis werden wichtige Begriffe definiert sowie notwendige Abgrenzungen vorgenommen.

2.1. Der Begriff des „Dachgeschoßausbaus“

Um die Übersichtlichkeit zu wahren und Verwechslungen zu vermeiden, werden die sich in den einschlägigen Gesetzen wiederfindenden unterschiedlichen Auslegungen des Begriffs des „Dachgeschoßausbaus“ (Dachbodenausbaus) näher erläutert:

2.1.1. Baurechtliche Einordnung

Die BO für Wien versteht unter dem Begriff „Dachgeschoß“ ein über dem letzten Hauptgeschoß gelegenes Nebengeschoß, das vollständig oder zumindest mit Teilen eines Raumes innerhalb des gem. § 81 Abs 4 BO zulässigen Dachumrisses liegt.⁶

Ein unter dem Dach gelegener Raum, der wenig isoliert und kaum eingerichtet ist, wird in der Regel als „Dachboden“ bezeichnet. Sie sind oftmals ungenutzt oder dienen der Lagerung von Gegenständen. Wenn ein solcher Dachboden in gewohnter Verbindung mit baulichen Maßnahmen für Aufenthaltsräume⁷ (z.B. zum Wohnen) genutzt wird, dann spricht man idZ von einem Dachgeschoßausbau. Mit baulichen Maßnahmen sind etwa die Errichtung von Zwischenwänden, das Anbringen einer Dämmung oder der Einbau von Fenstern gemeint.⁸

Ein Dachgeschoßausbau kann ohne Änderung der Kubatur, d.h. innerhalb des bestehenden Gebäudeumrisses, erfolgen. Dabei ist zwischen dem Einbau von

⁶ Siehe dazu Erk 27.02.2002, 2001/05/1066; Erk 06.07.2010, 2010/05/0015.

⁷ Unter Aufenthaltsräume versteht man gem. § 87 Abs 3 BO Räume, die zum längeren Aufenthalt von Personen bestimmt sind (z.B. Arbeitsräume, Wohn- und Schlafräume).

⁸ Siehe Kirchmayer, Wolfgang in Kirchmayer, Wolfgang; Kolbitsch, Andreas; Popp, Roland (2011): Dachgeschoßausbau in Wien. Verlag Österreich, Wien, S. 28.

Büroräumen und Wohnungen zu unterscheiden. Während der Einbau von Büroräumlichkeiten baurechtlich als Umbau qualifiziert wird, fällt der Einbau von Wohnungen kraft gesetzlicher Vorschrift⁹ unter die „sonstigen“ Änderungen von Bauwerken nach § 60 Abs 1 lit c BO.

Mit dieser Ausnahme soll eine Erleichterung des Dachgeschoßausbaus bewirkt werden, da gem. § 60 Abs 3 BO, anders als bei Um- und Zubauten, Bestimmungen des Bebauungsplans nicht zwingend eingehalten werden müssen.

In zahlreichen anderen Fällen wird aber das Dach angehoben bzw. aufgeklappt, um die für Aufenthaltsräume notwendige Raumhöhe zu erreichen. Es wird also eine vertikale Erweiterung des Gebäudes vorgenommen. Alle Vergrößerungen eines Gebäudes sowohl in horizontaler als auch vertikaler Richtung, mit Ausnahme der Dachgauben, sind nach § 60 BO als Zubauten zu qualifizieren.

Neben dem Einbau von Wohnungen in ein Dachgeschoß, ohne dass dadurch die Kubatur vermehrt wird, wird auch die Errichtung von Dachgauben als „bloße“ Änderung eines Gebäudes qualifiziert. So sind beispielsweise Ausbauten auch dann zulässig, wenn sich das bestehende Gebäude nach dem aktuellen Bebauungsplan auf einer gärtnerisch auszugestaltenden Grundfläche befindet oder die zulässige Gebäudehöhe überschreitet. Weiters besteht bei diesen Bauführungen keine Verpflichtung zur Herstellung eines Gehsteiges.

Allen Bauführungen, d.h. für die Errichtung eines Zu- oder Umbaus sowie für Änderungen von Bauwerken iSd § 60 Abs 1 lit c BO, ist vor Baubeginn die Erwirkung einer behördlichen Baubewilligung immanent.¹⁰

Die bloße Erstattung einer Bauanzeige gem. § 62 BO kommt nicht in Betracht, zumal der Einbau von Aufenthaltsräumen in einen vorher als Dachboden gewidmeten Raum nach dem Wiener Garagengesetz in der Regel die Verpflichtung zur Schaffung von Stellplätzen auslöst.¹¹

⁹ Siehe § 60 Abs 1 lit a BO.

¹⁰ Vgl. § 70 BO.

¹¹ Siehe § 48 Wiener Garagengesetz.

2.1.2. Mietrechtliche Einordnung

Das Mietrechtsgesetz ist nicht für alle Mietverhältnisse im gleichen Umfang gültig. Es wird zwischen Voll-, Teil- und Nichtanwendung unterschieden. Der Anwendungsbereich des MRG orientiert sich grundsätzlich nach der Art des Objektes bzw. dem Datum der Baubewilligung des Gebäudes.

Das MRG sieht einen weitgehenden Schutz des Mieters vor. Dieser Zweck wird vor allem durch die Vorschriften über den Kündigungs- und Preisschutz (Mietzinsbeschränkungen) sowie den Schutz des Mietobjektes selbst (Erhaltungspflichten des Vermieters) verwirklicht.¹²

Im Vollenwendungsbereich müssen alle Bestimmungen des MRG angewendet werden. Die Bestimmungen sind zwingend, d.h. sie können zwischen Vermieter und Mieter nicht zum Nachteil des Mieters abgeändert werden.

Im Teilanwendungsbereich gelten jedenfalls die Regelungen des MRG über den Kündigungsschutz. Nicht zur Anwendung gelangen jedoch die Bestimmungen über die Mietzinsbildung sowie über die Erhaltungspflichten des Vermieters. Es sind hier vielmehr (subsidiär) die bestandsrechtlichen Normen des ABGB anzuwenden.

Die Nichtanwendbarkeit der mietrechtlichen Normen kann nicht rechtswirksam vereinbart werden.¹³ Die Vertragsparteien können sich sehr wohl aber über die (volle) Anwendbarkeit des MRG einigen.¹⁴

Die interessante Frage lautet hier, ob bzw. in welchen Bereich des MRG ein Mietvertrag über eine Dachgeschoßwohnung fällt. In der Praxis wird gerade in den Großstädten deutlich, dass auf den überwiegenden Teil der Mietverträge die Bestimmungen des MRG zur Anwendung gelangen.¹⁵

¹² Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): MRG idF WRN 2009, ÖVI, Wien, S. 23.

¹³ Vgl. 1 Ob 294/03x (OGH 18.03.2004); 5 Ob 137/99d (OGH 26.05.1999).

¹⁴ Vgl. dazu 5 Ob 186/99k (OGH 13.07.1999).

¹⁵ Siehe dazu 5 Ob 118/04w (OGH 29.10.2004).

Die Anwendbarkeit des MRG setzt voraus, dass ein Mietgegenstand iSd § 1 MRG vorliegt. Unter einem Mietgegenstand ist gem. § 1 Abs 1 MRG eine Räumlichkeit zu verstehen, die zu Wohn- und/oder Geschäftszwecken verwendet werden kann.¹⁶

In den Vollanwendungsbereich des MRG fallen somit (Dachgeschoß-) Wohnungen, Teile von Wohnungen, als auch Geschäftsräume. Unausgebaute Dachbodenräumlichkeiten („Rohdachböden“) zählen auch dazu, sofern sie mit der Abrede vermietet werden, dass darin eine Wohnung oder Geschäftsräumlichkeit errichtet werde.¹⁷

Unter einer Wohnung wird nach ständiger Rsp ein *„in sich baulich abgeschlossener Teil eines Gebäudes, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen“* verstanden.¹⁸

Der Ausbau des Dachbodens fällt unter folgenden Voraussetzungen in den Voll- bzw. Teilausnahmebereich des MRG:¹⁹

Nach § 1 Abs 2 Z 5 MRG²⁰ fallen nicht in den Anwendungsbereich *„Mietgegenstände in einem Gebäude mit nicht mehr als zwei selbständigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten, wobei Räume, die nachträglich durch einen Ausbau des Dachbodens neu geschaffen wurden oder werden, nicht zählen.“*

Eine am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung spricht für ein enges Verständnis der Bestimmung dahin, dass hier nur „Dachbodenausbauten“ im eigentlichen Sinn erfasst sind – nicht jedoch Aufstockungen.

¹⁶ Ein Raum ist ein „dreidimensional abgegrenztes Gebilde, wobei in der Rechtsprechung eine 5-flächige Begrenzung als ausreichend angesehen wird; vgl. 3 Ob 11/05x (OGH 20.10.2005).

¹⁷ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): MRG idF WRN 2009, ÖVI, Wien, S. 28.

¹⁸ Vgl. 5 Ob 225/05g (OGH 07.03.2006); 5 Ob 244/99i (OGH 12.10.1999); 5 Ob 57/93 (OGH 22.09.1993).

¹⁹ Siehe *Vonkilch, Andreas* (2002): Die Neuerungen der MRG-Novelle 2001 und ihr Beitrag zur Konsolidierung des Wohnrechts, immolex 2002, 41 ff; *Stabentheiner, Johannes* (2002): Die Mietrechtsnovelle 2001, wobl 2002, 5 ff.

²⁰ Durch die MRN 2001 wurde der Tatbestand des § 1 Abs 2 Z 5 MRG, der seit der Stammfassung des MRG in modifizierter Form in § 1 Abs 4 Z 2 MRG aF enthalten gewesen war, vom Teilanwendungs- in den Vollanwendungsbereich verschoben.

Unter Aufstockung versteht man im Bauwesen die Hinzufügung eines oder mehrerer zusätzlicher Stockwerke bzw. Vollgeschoße auf ein bereits bestehendes Gebäude. Der wesentliche Unterschied zu einem Dachgeschoßausbau besteht darin, dass es sich nicht um den Innenausbau eines schon vorhandenen Dachraums innerhalb der Kubatur eines Gebäudes handelt, sondern vielmehr um eine Erhöhung, bei der zusätzlicher Raum (Bruttogrundfläche) geschaffen wird, ohne dass weitere Flächen überbaut werden müssen.

Nach Auffassung des OGH besteht für eine Subsumtion von echten Aufstockungen, bei denen die Kubatur wesentlich erhöht und das Dach eben nicht erhalten bleibt, unter diesen Tatbestand keine Grundlage.²¹

Für eine restriktive Auslegung des Begriffes des Dachbodenausbaus spricht weiters die Ausnahmefähigkeit, handelt es sich bei § 1 Abs 2 MRG doch um einen Vollausnahmetatbestand. Die dort erfassten Tatbestände genießen nicht den Schutz des MRG.

In der Lehre ist die Auslegung des Begriffs allerdings strittig²², nicht zuletzt auch deshalb, weil im Zuge der WRN 2006 klare Tendenzen erkennbar waren, die eine weite Interpretation zulassen.²³

In jenen Fällen, wo mit einem Dachbodenausbau gleichzeitig eine Änderung der Kubatur einhergeht, könnten Abgrenzungsprobleme auftreten. Ob beispielsweise eine Änderung der Dachneigung, die Anhebung des Dachfirstes oder das Aufklappen des Daches noch als „Ausbau des Dachbodens“ zu werten sei, werde letztlich durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen.

Ein Dachbodenausbau ist nur dann privilegiert, wenn er einerseits nachträglich, d.h. nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtungsphase

²¹ Vgl. 6 Ob 140/10x (OGH 11.10.2010) = wobl 2011, 318 ff.

²² Siehe Würth, Helmut; Zingher, Madeleine; Kovanyi, Peter (2009): Miet- und Wohnrecht, Band 1, 22. Aufl., Manz, Wien; Dirnbacher, Wolfgang (2009): MRG idF WRN 2009, ÖVI, Wien; aA Hausmann in Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., § 1 MRG Rz 95, Springer, Wien.

²³ Siehe dazu ErlRV 1183 BlgNR 22. GP 34.

des Gebäudes, erfolgte.²⁴ Andererseits muss durch ihn neuer Wohnraum geschaffen worden sein.²⁵ Von einer Neuschaffung von Wohnräumen durch einen nachträglichen Ausbau des Dachbodens kann nicht die Rede sein, wenn bereits bestehende Räume im Dachgeschoß durch die Einleitung von Wasser bewohnbar gemacht werden.²⁶ Findet aber gleichzeitig das Versetzen von Wänden und die Errichtung eines Badezimmers in zuvor als Abstellraum gewidmeten Räumen statt, wird sehr wohl neuer Wohnraum geschaffen.²⁷

Nach *Hausmann*²⁸ ist bei der Beantwortung der Abgrenzungsfrage, was als „Ausbau“ anzusehen ist, maßgebend, ob es die Räume zu Wohnzwecken nach der Verkehrsanschauung schon als solche zum relevanten Zeitpunkt gab.

In den Teilanwendungsbereich²⁹ des MRG fallen allgemein Mietgegenstände, die ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel auf Grund einer nach dem 30. Juni 1953 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden sind.³⁰ Gleiches gilt für jene Mietgegenstände, die im Wohnungseigentum stehen, sofern der Mietgegenstand in einem Gebäude gelegen ist, das auf Grund einer nach dem 8. Mai 1945 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden ist.³¹

Neben dem Ausnahmetatbestand wurde durch die MRN 2001 eine neue Teilausnahme des Dachbodenausbaus, die mit der WRN 2006 eine Neufassung und Erweiterung um „Aufbauten“ erfahren hat, geschaffen. In den Teilanwendungsbereich des MRG fallen gem. § 1 Abs 4 Z 2 *„Mietgegenstände, die durch den Ausbau eines Dachbodens oder einen Aufbau aufgrund einer nach dem 31. Dezember 2001 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden sind, sowie unausgebaute Dachbodenräumlichkeiten, die mit der Abrede vermietet werden, dass – wenn auch zum Teil oder zur Gänze durch den Hauptmieter – entweder in*

²⁴ Vgl. MietSlg 42.183.

²⁵ Vgl. 5 Ob 2328/96f (OGH 08.10.1996).

²⁶ Vgl. MietSlg 36.244.

²⁷ Vgl. MietSlg 38.264.

²⁸ Siehe *Hausmann, Till* in *Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas* (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., § 1 MRG Rz 93, Springer, Wien.

²⁹ Es gelten die §§ 14, 16b, 29 bis 36, 45, 46 und 49, nicht jedoch die übrigen Bestimmungen des I. und II. Hauptstückes.

³⁰ Vgl. § 1 Abs 4 Z 1 MRG.

³¹ Vgl. § 1 Abs 4 Z 3 MRG.

ihnen oder in einem an ihrer Stelle durchgeführten Aufbau eine Wohnung oder Geschäftsräumlichkeit errichtet werde.“

Ein gleiches Verständnis des „Dachbodenausbaus“ im Teilanwendungsbereich wie im Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 5 MRG ist nicht zwingend.

Ein Blick auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage³² im Zuge der Gesetzwerdung verrät das Anliegen des Gesetzgebers, mit der Erweiterung der Teilausnahme die aufgetretenen Zweifel über die Reichweite des Ausnahmetatbestandes „Dachbodenausbau“ (Abgrenzungsprobleme) gleichsam durch authentische Interpretation in Richtung eines großzügigen Verständnisses zu lösen. Man wollte dahingehend Klarstellung, dass jegliche mit einem Dachbodenausbau verbundene Änderung, wie beispielsweise eine Vergrößerung der Kubatur oder eine Aufstockung, erfasst werden. In letzter Konsequenz sollte sogar die Aufstockung eines mit einem Flachdach ausgestatteten Gebäudes ausnahmefähig sein, d.h. wenn der Aufbau nicht mit einem Dachbodenausbau verbunden ist.

Unter sog. Aufbauten iSd § 1 Abs 4 Z 2 MRG sind vertikale Erweiterungen des obersten Geschoßes von Gebäuden, die über keinen Dachboden verfügen („Flachdächer“) nach oben („Aufstockung“) zu verstehen.³³

Die Intention des Gesetzgebers, die hinter dieser neuen Teilausnahme steht, ist dem Markt auf Grund der bisherigen Rechtslage brachliegende Objekte zuzuführen und so vor allem in Großstädten eine Steigerung des Wohnungsangebotes zu erreichen.³⁴ Für das Abstellen auf Dachbodenausbauten sei als Begründung deren Spezifika, im speziellen deren Kostenintensität, angeführt worden.³⁵ Gleiches gelte natürlich auch für Aufbauten.

Im Detail knüpft § 1 Abs 4 Z 2 MRG an zwei Fallkonstellationen an. Für die erste Gruppe spielen zusätzlich zeitliche Einschränkungen eine Rolle. Danach wird nur

³² Siehe ErlRV 1183 BlgNR 22. GP 34; vgl. auch *Stabentheiner, Johannes* (2006): Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 244ff.

³³ Vgl. *Hausmann, Till* in *Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas* (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., § 1 MRG Rz 98a, Springer, Wien.

³⁴ Vgl. AB 854 BlgNR 21. GP.

³⁵ Vgl. die Begründung zum IA 533/A 21. GP.

die Neuerrichtung von Räumlichkeiten durch den Ausbau eines Dachbodens bzw. eine Aufstockung aufgrund einer nach dem 31.12.2001 erteilten Baubewilligung erfasst.³⁶ Der Grund für die zeitliche Beschränkung sei darin gelegen, mögliche spekulative Vorgangsweisen im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zu vermeiden.³⁷

2.2. Eigentumsverhältnisse

Die genaue Kenntnis der Eigentumsverhältnisse sowie der damit einhergehenden Besonderheiten bei Liegenschaften ist nicht nur ausschlaggebend für die Kaufentscheidung, sondern gibt Aufschluss darüber, welches gesicherte Entwicklungspotenzial vorhanden ist. Es ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Liegenschaft im Alleineigentum, Miteigentum oder Wohnungseigentum handelt.

2.2.1. Alleineigentum

Eine Liegenschaft kann im Eigentum einer Person stehen. Sie ist befugt „*mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen*“ (§ 354 ABGB). Man spricht hier vom *Alleineigentum*.³⁸

2.2.2. Miteigentum

Es kommt häufig vor, dass mehrere Personen gemeinsam Eigentümer derselben Liegenschaft sind. In diesem Fall liegt „schlichtes“ *Miteigentum* vor.³⁹ Das Eigentumsrecht wird nach Bruchteilen (Quoten) aufgeteilt. Bildlich gesprochen kommt es hier zu einer Teilung des Rechts und nicht der Liegenschaft. Die Miteigentümer haben Eigentum nach „ideellen Anteilen“. Dem Miteigentümer gehört kein realer Teil, sondern sein Anteilsrecht bezieht sich immer auf die

³⁶ Hier ist die Übergangsbestimmung des § 49e Abs 2 Z 1 MRG zu berücksichtigen: Wurde der Mietgegenstand durch einen nicht mit einem Dachbodenausbau verbundenen Aufbau geschaffen, so gelangt die Teilausnahme lediglich für Mietverträge zur Anwendung, die nach dem 30.09.2006 geschlossen wurden; Näheres dazu ErlRV 1183 BlgNR 22. GP 44.

³⁷ Vgl. die Begründung zum IA 533/A 21. GP.

³⁸ Vgl. Kletecka in Koziol, Helmut; Welser, Rudolf (2006): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I. 13. Aufl., MANZ, Wien, S. 293.

³⁹ Siehe § 825 ABGB.

gesamte Liegenschaft. Gem. § 829 ABGB kann jeder Miteigentümer allein über den ihm zustehenden Anteil, der in Bruchzahlen, z.B. $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{10}$, angegeben wird, verfügen.

2.2.3. Wohnungseigentum

Eine Sonderform des Miteigentums ist das Wohnungseigentum⁴⁰, welches in § 2 Abs 1 WEG definiert ist (Legaldefinition): „*Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer einer Liegenschaft oder einer Eigentümerpartnerschaft eingeräumte dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.*“

Der Wohnungseigentümer erhält sohin ein (fruchtgenussähnliches) ausschließliches Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt.⁴¹ Er kann über seinen Miteigentumsanteil, mit dem das betreffende Wohnungseigentumsobjekt untrennbar verbunden ist, frei verfügen. Der Verfügungsgewalt des einzelnen sind jedoch dahingehend Grenzen gesetzt, dass die Interessen der anderen Wohnungseigentümer nicht beeinträchtigt werden dürfen.⁴²

An den allgemeinen Teilen der Liegenschaft bzw. des Gebäudes kommen dem einzelnen Wohnungseigentümer lediglich die Rechte eines Miteigentümers („ideelles Miteigentum“) zu. Die allgemeinen Teile einer Liegenschaft dienen nach ihrer Zweckbestimmung der allgemeinen Benützung. Darunter sind etwa das Stiegenhaus, die Fassade, der Gang, das Dach, der Aufzug, die Gemeinschaftsräume etc. zu verstehen.⁴³

Das Wohnungseigentum erfreut sich heute größter Beliebtheit. Diese Rechtsform wird in riesigen Wohnhausanlagen ebenso wie in Reihenhausanlagen begründet. Neben der Deckung des eigenen Wohnbedürfnisses findet das Wohnungseigentum zunehmend auch als Veranlagungsform Verbreitung.

⁴⁰ Siehe 5 Ob 68/07x (OGH 03.04.2007).

⁴¹ Siehe 5 Ob 61/06s (OGH 21.03.2006).

⁴² Vgl. insbesondere § 16 WEG.

⁴³ Vgl. Dirnbacher, Wolfgang (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 32.

3. Erwerb der Rechte am Dachgeschoß

Dachgeschoßwohnungen gelten als eine der beliebtesten Wohnformen. Das Zusammentreffen vielfältiger Interessenlagen, vor allem aber die Komplexität in rechtlicher Hinsicht erfordern beim Erwerb der Rechte am Dachgeschoß (Kauf) umfassende Kenntnisse und erhöhte Aufmerksamkeit.

3.1. Überblick

Der Trend in den Städten von der Miet- zur Eigentumswohnung ist seit Jahren deutlich spürbar. Wohnimmobilien in wachsenden, attraktiven Ballungszentren sind sehr gefragt. Die Nachfrage nach Immobilien wird derzeit durch drohende inflationäre Tendenzen noch verstärkt.

Auf der Käuferseite finden sich neben Projektentwicklern vor allem vermögende Privatinvestoren und Stiftungen mit langfristigem Anlagehorizont, die nicht auf eine schnelle Gewinnrealisierung bedacht sind.⁴⁴

Auf der Verkäuferseite ist aufgrund der hohen Preise, insbesondere für Zinshausbesitzer, der Verkauf von Eigentumswohnungen aktuell die profitabelste Strategie.

Vor dem Hintergrund der eingangs erwähnten Angebotsknappheit bei Wohnraum in Großstädten und des deutlichen Preisanstiegs für Eigentumswohnungen führen diese Entwicklungen zu einem stark gestiegenen Interesse am Immobilienmarkt, neuen Wohnraum auf bestehenden (Gründerzeit-)Häusern zu errichten. Gerade in den Wiener Gründerzeithäusern gibt es noch viele Reserven. Es besteht daher das vordringliche Anliegen, den Ausbau von (bestehenden) Dachböden rasch und vor allem auf einer sicheren Grundlage zu ermöglichen.

⁴⁴ Siehe EHL, Zinshaus Marktbericht Wien 2011/2012.

Der Käufer sieht sich dabei mit unterschiedlichen rechtlichen Verhältnissen konfrontiert, die es zu prüfen gilt.

4. Erwerb vom Alleineigentümer

Hat der Alleineigentümer einer Liegenschaft die Entscheidung getroffen, den bestehenden Dachboden auszubauen und zu verkaufen, stellt sich für ihn die entscheidende Frage, wie eine reibungslose Abwicklung gewährleistet werden kann. Es sind verschiedene Vorgänge und Modalitäten möglich.

Da es sich bei einem Dachbodenausbau in der Regel um ein komplexes Vorhaben mit hohem Risiko handelt, wird der Alleineigentümer häufig fachmännische Unterstützung, etwa in Form eines konzessionierten Bauträgers, zum Zwecke des Ausbaues und der Weiterveräußerung, in Anspruch nehmen.

4.1. Erwerb als Bauträger

Der Bauträger ist für die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben, worunter sowohl Neubauten als auch durchgreifende Sanierungen subsumierte werden können, auf eigene oder fremde Rechnung verantwortlich. Der Bauträger ist auch zur Verwertung dieser Objekte berechtigt.⁴⁵

Es handelt sich um ein reglementiertes Gewerbe, wofür ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist.⁴⁶

Der Bauträger fungiert hier als Bauherr auf eigene Rechnung. Er bereitet auf seine Verantwortung und sein Risiko den Dachbodenausbau vor und setzt die notwendigen Ausführungsmaßnahmen. Das Projekt wird nach seinen Vorstellungen in wirtschaftlicher und funktionaler Hinsicht unter Einsatz der dafür erforderlichen Mittel vorgenommen.

Der Bauträger erwirbt als Käufer einen Teil der Liegenschaft mit der Absicht, den Dachboden auszubauen und weiter zu veräußern. Er wird zwar in eigenem Namen

⁴⁵ Vgl. § 117 Abs 4 GewO.

⁴⁶ Näheres dazu in § 2 Immobilitentreuhänder-Verordnung.

tätig, setzt seine Baumaßnahmen aber in Hinblick auf eine künftige vertragliche Beziehung zum Nutzer (= Erwerber) der Räumlichkeiten. Wesentlich ist, dass er mit diesem ein Rechtsverhältnis begründet, woraus er diesem verpflichtet ist.

Aus der Drittbindung ergibt sich für den Bauträger die Verantwortung, dem künftigen Nutzer das Verfügungsrecht und die vereinbarte Rechtsstellung ordnungsgemäß zu verschaffen.⁴⁷

4.1.1. Kaufvertrag über (provisorischen) Miteigentumsanteil

Der Alleineigentümer schließt üblicherweise zuerst mit dem Bauträger einen Kaufvertrag über einen provisorischen Miteigentumsanteil. Der (ideelle) Miteigentumsanteil entspricht dabei dem geschätzten Mindestanteil der geplanten Wohnung(en) am Dachboden.

Unter dem Mindestanteil wird jener Miteigentumsanteil an der Liegenschaft verstanden, der zum Erwerb von Wohnungseigentum an einem Wohnungseigentumsobjekt erforderlich ist. Er entspricht dem Verhältnis des Nutzwerts des Objekts zur Summe der Nutzwerte aller Wohnungseigentumsobjekte der Liegenschaft.⁴⁸

Mit diesem Anteil soll schließlich Wohnungseigentum an einem bestimmten Objekt verbunden werden. Da sich in den meisten Fällen der Dachbodenausbau noch in Planung befindet und die Nutzwertfestsetzung daher vor dieser Veräußerung nicht tunlich erscheint, wird der Wohnungseigentumsvertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt zwischen allen Miteigentümern der Liegenschaft abgeschlossen.

Bei einer im Umbau befindlichen Liegenschaft können zwar schon während der Bauführung bzw. sogar nur anhand der Baupläne die Nutzwerte festgesetzt werden, doch wird üblicherweise bis zum Abschluss der Bauarbeiten und der Erteilung der Benützungsbewilligung gewartet, weil dann die Abweichungen der

⁴⁷ Das Berufsbild des Bauträgers hat eine in der Praxis und Lehre unbestrittene Grundstruktur („Fünf-Säulen-Modell“); siehe dazu www.wkimmo.at.

⁴⁸ Siehe § 2 Abs 9 WEG.

gebauten Wohnungen vom ursprünglichen Bauplan berücksichtigt werden können.

4.2. Sicherungsmittel

Mit dem zeitlichen Auseinanderfallen des Vertragsabschlusses und der Erlangung der gewünschten Rechtsstellung des Käufers im Grundbuch, besteht aus der Sicht des Käufers das notwendige Bedürfnis, diese ehestmöglich abzusichern. So sollen insbesondere (freiwillige oder unfreiwillige) Verfügungen des Verkäufers über die Liegenschaft während der Abwicklungsdauer vermieden bzw. ohne Mitwirkung desselben beseitigt werden.

Schließlich trägt der Miteigentümer im gegenständlichen Fall als Bauträger auch die Gesamtverantwortung für das Bauvorhaben, wozu vor allem das ordnungsgemäße Verschaffen der Verfügung und rechtlichen Sicherstellung der künftigen Nutzer gehört. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, muss er seine eigene Position rechtlich bestmöglich absichern.

4.2.1. Anwartschaftsvertrag

In aller Regel sollte bereits im Kauf- oder Anwartschaftsvertrag festgelegt werden, dass es zur Begründung von Wohnungseigentum („Parifizierung“) kommen und der Eigentümer die hierfür erforderliche Zustimmung abgeben werde.

Für den Fall, dass die Errichtung einer Liftanlage geplant ist, sollte auch die Zustimmung des Eigentümers für die Errichtung einer solchen Anlage im Vertrag vereinbart werden.

Mit dem Anwartschaftsvertrag wird das Recht eingeräumt, später nach Nutzwertfestsetzung eine bestimmte Wohnung zur ausschließlichen Nutzung in Wohnungseigentum zugeordnet zu bekommen.

Der Käufer tritt in diesem konkreten Fall im Vertrag als Bauherr auf und sagt zu, dass er den Anteil zum Zwecke des Dachbodenausbaues und der Weiterveräußerung erwirbt.⁴⁹

Umgekehrt wird der Verkäufer darauf Bedacht sein, dass der Inhalt des späteren Wohnungseigentumsvertrags möglichst zur Gänze und wörtlich im Kauf- oder Anwartschaftsvertrag schon vereinbart wird, weil jede Änderung des in Aussicht genommenen Vertrags einen Miteigentümer veranlassen könnte, die spätere Unterzeichnung des Wohnungseigentumsvertrags zu verweigern bzw. Abweichungen mitunter nur einstimmig schriftlich realisiert werden können.

Nichtsdestotrotz sollte die Nutzwertfestsetzung und der Abschluss des Wohnungseigentumsvertrags ehestmöglich, idealerweise sofort nach Baubewilligung, erfolgen. Die Veräußerung von einverleibtem Wohnungseigentum ist jedenfalls unproblematischer als die Abtretung der mit den schlichten Miteigentumsanteilen verbundenen Anwartschaftsrechten auf Wohnungseigentum.

4.2.2. Die Benützungsregelungsvereinbarung

Gleichzeitig zum Kaufvertrag wird der Erwerber eine Benützungsregelungsvereinbarung mit dem Veräußerer über den Dachboden abschließen. Art und Umfang der Benutzung obliegt den Miteigentümern.⁵⁰ Notwendigerweise wird darin festzuhalten sein, dass mit den vom Käufer erworbenen Anteilen bis zur Parifizierung ein alleiniges Nutzungsrecht an dem von ihm noch auszubauenden Dachboden verbunden ist.

Weiters sind auch die mit der Bauführung bedingten wechselseitigen Belastungen in der Benützungsvereinbarung sorgfältig zu regeln, weil zu erwarten ist, dass das

⁴⁹ Siehe dazu 5 Ob 64/09m (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 86.

⁵⁰ Solche Vereinbarungen wie auch nachträgliche Veränderungen können nur einstimmig beschlossen werden. Vgl. 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = immolex 2002, 116; 5 Ob 156/02f (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 185 = immolex 2003, 114.

Verhältnis zwischen den Vertragsteilen während der Bauführung dadurch mitunter massiv beeinträchtigt wird.

Nach der Rechtsprechung⁵¹ sind Benützungsregelungen im schlichten Miteigentum auf Grund ihres obligatorischen Charakters in ihrem Bestand durch den Eintritt einer Einzelrechtsnachfolge bei einem Miteigentümer bedroht. Wenn also einer der Miteigentümer seinen Anteil veräußert, könnte dies das Ende einer zwischen den früheren Miteigentümern getroffenen Benützungsregelung bedeuten.⁵²

Um Bestandsicherung für eine solche Benützungsvereinbarung auch gegenüber Rechtsnachfolgern des Teilhabers zu erlangen, ist deren Verbücherung vorzunehmen.⁵³ Gesamtrechtsnachfolger sind allerdings auch ohne Anmerkung im Grundbuch gebunden, sofern dies nicht in der Benützungsvereinbarung selbst ausgeschlossen ist.⁵⁴

4.2.3. Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG 2002

Ein in der Praxis unverzichtbares Instrument für größtmögliche Sicherheit des Erwerbers ist die „Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002“ an den zu schaffenden Wohnungen. Die Zusage ist auf Antrag des Wohnungseigentumsbewerbers oder -organisators im Grundbuch anzumerken.⁵⁵ Es bedarf hierfür der Zustimmung aller Miteigentümer.⁵⁶

⁵¹ Siehe 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = ecolex 2002, 222.

⁵² Vgl. Kletecka in Koziol, Helmut; Welser, Rudolf (2006): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I. 13. Aufl., MANZ, Wien, S. 295; 4 Ob 62/97i = immolex 1997, 280; MietSlg 32.073 f, 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = ecolex 2001, 85.

⁵³ Siehe § 828 Abs 2 ABGB.

⁵⁴ Vgl. Sailer, Hansjörg in Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund (2007): Kurzkomentar zum ABGB, 2. Aufl., Springer, Wien NewYork, § 828 Rz 11; vgl. auch 10 Ob 512/94 = wobl 1994, 180 Call = 1 Ob 1649/95 (OGH 05.12.1995) = wobl 1996, 257.

⁵⁵ Siehe § 40 Abs 2 Satz 1 WEG.

⁵⁶ Vgl. Dirnbacher, Wolfgang (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 447.

Nach § 40 Abs 2 WEG bedarf es einer öffentlichen Beglaubigung dieser Zustimmungserklärungen nicht mehr.⁵⁷

In der Anmerkung sind der Wohnungseigentumsbewerber und die Bezeichnung des wohnungseigentumstauglichen Objekts anzuführen.⁵⁸

Die grundbücherliche Anmerkung ist auch für erst zu schaffende Wohnungseigentumsobjekte, beispielsweise durch Dachbodenausbau, zulässig. Nach der Rechtsprechung sind in diesem Fall die Objekte möglichst genau, in der Regel durch die Bezugnahme auf den behördlich genehmigten Bauplan, zu bezeichnen. Ausnahmen hievon kann es geben. So kann mitunter bei bestehenden Objekten die Bezugnahme auf die der Eintragung zugrunde zu legenden Urkunde, nämlich dem Kaufvertrag, und eine genaue lokale Beschreibung des Wohnungseigentumsobjekts ausreichen.⁵⁹

Nach § 37 Abs 1 WEG werden vor Eintragung dieser Anmerkung die mit dem Wohnungseigentumsbewerber bzw. Käufer vereinbarten Kaufpreiszahlungen nicht fällig. Der Wohnungseigentumsorganisator darf sie vor Fälligkeit weder fordern noch annehmen.

Sobald die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist und der Wohnungseigentumsbewerber bereits Miteigentum erworben hat, gelten für die Verwaltung der Liegenschaft und die Rechte der Miteigentümer die §§ 16 bis 34, 36 und 52 WEG.

Wird an dem in der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum angeführten wohnungseigentumstauglichen Objekt Wohnungseigentum begründet, so kann der eingetragene Bewerber die Einverleibung seines Eigentums am Mindestanteil und des Wohnungseigentums im Rang dieser Anmerkung auch

⁵⁷ Vgl. *Vonkilch, Andreas* in *Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas* (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., § 40 WEG Rz 15, Springer, Wien.

⁵⁸ Vgl. § 40 Abs 2 Satz 3 WEG.

⁵⁹ Vgl. 5 Ob 31/07f (OGH 20.03.2007) = immolex 2007, 197; ähnlich 5 Ob 304/02w (OGH 28.01.2003) = immolex 2003, 94.

dann verlangen, wenn die Liegenschaft nach der Anmerkung einem Dritten übertragen oder belastet wurde.⁶⁰

Die Anmerkung dient somit der (frühzeitigen) grundbücherlichen Sicherung des Wohnungseigentumsbewerbers, besonders der Sicherung seines Ranges zum Schutz gegen nachfolgende Veräußerung oder Belastung und der Durchsetzbarkeit seines Anspruches auf Wohnungseigentumsbegründung auch gegen spätere Miteigentümer.

Durch die Wohnrechtsnovelle 2006⁶¹ wurde zudem in § 43 Abs 4 WEG festgelegt, dass diese Anmerkungen im Fall einer Zwangsversteigerung der Bauträgerliegenschaft vom Ersteher übernommen werden müssen. Die Erwerber behalten ihren Anspruch auf Wohnungseigentumsbegründung auch gegen den neuen Käufer bzw. Ersteher.⁶²

In weiterer Folge bewirkt die Anmerkung der Zusage der Einräumung des WE-Rechts, dass in sinngemäßer Anwendung des § 57 Abs 1 GBG zur Umsetzung des Rangprinzips die Löschung sämtlicher, nicht nach § 40 Abs 4 Z 1-3 WEG ausgenommener Eintragungen begehrt werden kann. Der durch die Anmerkung Gesicherte soll durch die Löschung der Zwischeneintragungen so gestellt werden, wie wenn sein Recht schon im Zeitpunkt der Anmerkung einverleibt worden wäre.

Gem. § 40 Abs 2 letzter Satz WEG kann die Anmerkung mit rangwahrender Wirkung an den Erwerber des Rechts auf Einräumung des Wohnungseigentums übertragen werden auf Grund eines Rechtsgeschäftes (Anmerkung der Übertragung des Rechts auf Wohnungseigentumseinräumung).

⁶⁰ Vgl. § 40 Abs 4 Satz 1 WEG.

⁶¹ BGBl I 2006/124.

⁶² Näheres dazu *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): *Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch*. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 194 f.

5. Erwerb vom ideellen Miteigentümer

Beim Erwerb ideeller Miteigentumsanteile ist eingangs zu prüfen, ob der Veräußerer überhaupt berechtigt ist, über den Dachboden zu verfügen und dem Erwerber die gewünschte Rechtsstellung verschaffen kann. Unausgebaute Dachböden stehen meist im Miteigentum aller Hauseigentümer.

5.1. Verfügungsrecht des Veräußerers

Der Veräußerer als Miteigentümer hat das vollständige Eigentum des ihm gehörigen Teiles. Er kann selbständig über seinen Anteil verfügen.⁶³ Allerdings ist dieses gegenüber dem Vollrecht an der gesamten Liegenschaft dahingehend beschränkt, als es eben nicht an einem realen, sondern bloß ideellen (Bruch-)Teil besteht und die Rechte der anderen Miteigentümer nicht verletzen darf.

Es gilt der Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat.

Jedem Miteigentümer steht auch das Recht auf anteilige Mitbenutzung der gemeinsamen Liegenschaft zu. Es gibt jedoch kein Recht auf ausschließliche Nutzung eines bestimmten Teils, solange keine Benützungsregelung vereinbart wurde.⁶⁴

Die Miteigentümer dürfen daher grundsätzlich den Dachboden regelmäßig ohne Absprache mit den anderen benützen, soweit dadurch das Recht der anderen nicht beschränkt wird.⁶⁵

⁶³ Vgl. *Eccher, Bernhard* in *Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund* (2007): *Kurzkomentar zum ABGB*, 2. Aufl., Springer, Wien NewYork, § 361 Rz 1.

⁶⁴ Vgl. *Sailer, Hansjörg* in *Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund* (2007): *Kurzkomentar zum ABGB*, 2. Aufl., Springer, Wien NewYork, § 829 Rz 3.

⁶⁵ Vgl. § 828 Abs 1 Satz 1 ABGB; siehe dazu 6 Ob 119/04z (OGH 08.07.2004) = *immolex* 2004, 347.

5.1.1. Sicherung durch Benützungsregelung

Ein wirksames Mittel dem Erwerber eines ideellen Miteigentumsanteils die ausschließliche Benützung des Dachbodens auf Dauer zuzuweisen ist die bereits oben beschriebene Benützungsregelungsvereinbarung. Sie begründet sog. Sondernutzungsrechte am Dachboden.

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine solche bereits existiert oder noch vereinbart werden muss bzw. ob Einigkeit aller Anteilseigner über den Inhalt besteht. Sie hat jedenfalls folgenden Anforderungen zu entsprechen:

Voraussetzung für eine solche Zuweisung ist zum einen die Verfügbarkeit des Dachbodens. Dies trifft dann nicht zu, wenn er wirksam vermietet ist.⁶⁶

Zum anderen werden solche Benützungsvereinbarungen (traditionell) als wichtige Veränderungen iSd § 834 ABGB behandelt.⁶⁷ Nach einhelliger Meinung können diese Vereinbarungen wie auch nachträgliche Änderungen, die Verfügungen über die Anteile aller darstellen, nur einstimmig beschlossen werden.⁶⁸

Bei Uneinigkeit über die Benützung steht den Miteigentümern vorzugsweise der Antrag auf richterliche Entscheidung im außerstreitigen Verfahren offen. Der OGH legt dar, dass eine Benützungsregelung einer Miteigentumsgemeinschaft jedoch nicht zum Ausbau des Dachbodens des gemeinschaftlich benützten Gebäudes legitimiert.⁶⁹

⁶⁶ Zu beachten ist, dass Nutzungsrechte Einzelner sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung entstehen können, wenn zum Beispiel in einem Mietshaus einzelne Mieter mit Wissen des Eigentümers den Dachboden oder Teile davon zum Wäschetrocknen benützen.

⁶⁷ Als wichtige Veränderungen sind alle Maßnahmen zur Erhaltung oder besseren Benützung der Liegenschaft anzusehen, die nicht zur ordentlichen Verwaltung iSd § 833 Satz 2 ABGB gehören.

⁶⁸ Vgl. 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = immolex 2002,116; 5 Ob 156/02f (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 185 = immolex 2003, 114.

⁶⁹ Vgl. 5 Ob 174/02b (OGH 12.09.2002) = ecollex 2003, 5.

Ein mit der Benützungsvereinbarung verbundener Ausbau des Dachbodens ist ebenso als wichtige Veränderungen iSd § 834 ABGB zu qualifizieren.⁷⁰ Es handelt sich um einen schwer wiegenden faktischen Eingriff, wofür auch das Mehrheitsprinzip des § 833 ABGB gilt.⁷¹

Gleiches gilt auch für die Errichtung eines Aufzuges in der Wohnung eines Miteigentümers und von dieser auf die Dachterrasse, weil hier jedenfalls allgemeine Teile der Liegenschaft betroffen sind und es über die Maßnahmen der Erhaltung und Verwaltung des gemeinsamen Gutes iSd § 833 ABGB hinausgeht.⁷²

Wenn Widerspruch nur eines Überstimmten in letzterem Fall erhoben wird, kann der Mehrheitsbeschluss vorläufig nicht vollzogen werden.

Nach herrschender Auffassung ist jeder Miteigentümer antragsberechtigt, unabhängig davon ob er der Mehr- oder Minderheit angehörte.⁷³ Voraussetzung ist jedoch immer ein positiver Mehrheitsbeschluss. Das heißt, dass die Minderheit nicht über die Mehrheit hinweg Veränderungen erzwingen kann.⁷⁴ Identisches gilt auch für die richterliche Benützungsregelung im Hinblick auf die Antragslegitimation.⁷⁵

Eine richterliche Entscheidung kann daher sowohl über wichtige Veränderung iSd § 834 ABGB als auch über die Benützungsregelung ergehen.⁷⁶ Die richterliche Entscheidung, der rechtsgestaltende Wirkung zukommt, ist eine im Wesentlichen von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung, die davon abhängt, ob die Veränderung offenbar vorteilhaft, bedenklich oder nachteilig ist.⁷⁷

⁷⁰ Vgl. 5 Ob 150/92 (OGH 16.02.1993) = wobl 1993, 231; 4 Ob 513/90 (OGH 24.04.1990) = wobl 1991, 161.

⁷¹ Vgl. *Sailer, Hansjörg* in *Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund* (2007): *Kurzkomentar zum ABGB*, 2. Aufl., Springer, Wien New York, § 834 Rz 2.

⁷² Vgl. 5 Ob 27/12z (OGH 26.07.2012) = *immolex* 2012, 265.

⁷³ Vgl. dazu 5 Ob 150/92 (OGH 16.02.1993) = wobl 1993, 231.

⁷⁴ Siehe 5 Ob 54/99y (OGH 13.04.1999) = wobl 2002, 49.

⁷⁵ Vgl. 5 Ob 442/97d (OGH 09.12.1997) = *MietSlg* 49.523; 8 Ob 1613/92 (OGH 31.08.1992) = wobl 1992, 237.

⁷⁶ Vgl. § 835 ABGB.

⁷⁷ Siehe dazu 1 Ob 267/02z (OGH 28.01.2003) = *MietSlg* 55.064 = *GesRZ* 2003, 158; 4 Ob 2229/96 (OGH 15.10.1996) = *JBl* 1997, 233.

Ob dies der Fall ist, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls und vom Standpunkt der Gesamtheit aller Miteigentümer und nicht allein von jenem des Mehrheitseigentümer aus zu beurteilen.⁷⁸

So hatte der OGH über einen (vom Hälfteeigentümer beantragten) Dachbodenausbau im schlichten Miteigentum durch geänderte Benützungsregelung zu entscheiden. Er verneinte bei einem Haus mit 2 Wohneinheiten in gehobener Wohngegend, dass die durch den geplanten Dachbodenausbau geschaffene zusätzliche Wohnung sämtlichen Miteigentümern offenbar zum Vorteil gereicht, zumal diese Maßnahmen für die Wohnqualität nachteilig sein kann, auch wenn der Ausbau den Wert des Hauses zu steigern vermag.⁷⁹

Wenn über die Benützung selbst Einigkeit besteht, ist zu prüfen, ob der Veräußerer über die entsprechenden Anteile verfügt, um den Dachboden ausschließlich benutzen zu können, ohne den anderen Anteilseigner allenfalls ein angemessenes Entgelt zahlen zu müssen. Als Grundsatz gilt: Den Miteigentümern ist gem. § 839 ABGB eine annähernd ihren Anteilen entsprechende Nutzung zu ermöglichen.⁸⁰ Die Nutzung eines größeren Anteils ist grundsätzlich durch ein Benützungsentgelt auszugleichen. Möglich ist auch die bloße Festsetzung eines Entgelts für die Benützung.⁸¹

Benützungsvereinbarungen haben bekanntlich nur obligatorische Wirkung und binden neu hinzukommende Miteigentümer nicht. Nach der bisherigen Rsp. sind die verbleibenden Miteigentümer bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils gegenüber dem neuen Miteigentümer an eine bisherige Gebrauchsregelung nur dann gebunden, wenn sie im Wege einer Vertragsübernahme dessen Eintritt ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt haben.⁸² Die Fortsetzung einer Benützungsvereinbarung als obligatorisches Dauerschuldverhältnis mit einem neuen Miteigentümer ist daher nur mit Zustimmung der verbliebenen früheren Teilhaber möglich.

⁷⁸ Vgl. 7 Ob 5/04t (OGH 13.02.2004) = MietSlg 56.076.

⁷⁹ Vgl. 6 Ob 83/06h (OGH 21.12.2006) = wobl 2007, 145.

⁸⁰ Vgl. 5 Ob 1026/92 (OGH 26.05.1992) = wobl 1993, 20.

⁸¹ Vgl. *Sailer, Hansjörg in Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund* (2007): *Kurzkomentar zum ABGB*, 2. Aufl., Springer, Wien NewYork, § 835 Rz 6f.

⁸² Vgl. 10 Ob 21/11b (OGH 29.03.2011) = immolex 2012, 25; 4 Ob 62/97i (OGH 11.03.1997) = immolex 1997, 280; 1 Ob 727/81 (OGH 06.11.1981) = JBl 1982, 599.

Die Miteigentümer können sich jedoch dazu verpflichten, dass die Benützungsvereinbarung auch für den Einzelrechtsnachfolger eines Miteigentümers wirkt. Damit steht nicht in Widerspruch, dass der neu hinzukommende Miteigentümer in eine bestehende Benützungsregelung eintritt, wenn ihm diese im Kaufvertrag überbunden wurde.⁸³ Die bisherigen Miteigentümer sind allerdings nicht gegen eine Verletzung der Überbindungspflicht gesichert.⁸⁴

Selbst wenn eine derartige Benützungsregelung vereinbart wurde, besteht letztlich das Risiko, dass sie ohne Kenntnis des Veräußerers aufgrund eines späteren Eigentümerwechsels bei den Miteigentümern mangels Übernahme ihre Wirksamkeit gegenüber den Erwerbern verloren hat. Es ist daher unumgänglich, die übrigen Miteigentümer in das Vertragsverhältnis miteinzubeziehen.⁸⁵

Die mangelnde Bindung eines Miteigentümers im Falle der Veräußerung eines Miteigentumsanteils (Einzelrechtsnachfolge) bedeutet jedoch nicht, dass die bisherigen Benützungsverhältnisse verloren gehen. Vielmehr enden derartige Benützungsvereinbarungen erst mit Abschluss einer neuen Benützungsregelung, bzw. mit einer gemeinsamen Auflösungserklärung oder mit einer (neuen) Entscheidung des Außerstreitrichters über die Benützung. Eine Benützungsvereinbarung kann aber auch wie jedes Dauerrechtsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden.⁸⁶

Die Bindung der nicht wechselnden bisherigen Miteigentümer untereinander an die Benützungsregelung geht jedenfalls durch die Veräußerung eines Miteigentumsanteils nicht verloren und kann nur in der oben genannten Weise aufgelöst werden.⁸⁷

⁸³ Vgl. *Hagen, Markus* (2012): Keine Bindung der verbleibenden Miteigentümer an Benützungsregelungen bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils gegenüber dem neuen Miteigentümer, *immolex* 2012, 25.

⁸⁴ Vgl. *Klein, Alexander* (2011): Benützungsvereinbarung – Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern, *immolex* 2011, 51.

⁸⁵ Vgl. *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 134.

⁸⁶ Vgl. 5 Ob 2219/96a (OGH 24.09.1996) = wobl 1993, 19.

⁸⁷ Vgl. 4 Ob 62/97i (OGH 11.03.1997).

Es ist zulässig eine gerichtlich oder vertraglich vereinbarte Benützungsregelung im Grundbuch anzumerken.⁸⁸ Nur im Fall der Anmerkung wirkt eine Benützungsregelung auch für neu hinzukommende Miteigentümer bzw. Einzelrechtsnachfolger. Gesamtrechtsnachfolger sind auch ohne Anmerkung an die Benützungsvereinbarung gebunden, sofern sie dies nicht von vornherein ausschloss.⁸⁹ Unabhängig vom Zustandekommen ist allerdings bei verbücherten Benützungsregelungen eine Auflösung aus wichtigem Grund möglich.⁹⁰ Die rechtliche Bedeutung der Anmerkung gem. § 828 Abs 2 ABGB beschränkt sich somit einzig und allein auf die Bindung neu hinzukommender Miteigentümer.

Bei Einigkeit über eine Benützungsregelung und einen damit verbundenen Dachbodenausbau sei nochmals darauf hinzuweisen, dass eine genaue und umfassende Regelung über die mit der Bauführung einhergehenden Wirkungen, wie z.B. Schmutz, Lärm etc., vorzusehen ist.

5.2. Miteigentümer als Wohnungseigentumsbewerber

Bloßes Miteigentum ist oftmals auch die Vorstufe für die Begründung von Wohnungseigentum. Dem Kaufvertrag, der den Kauf von Miteigentumsanteilen zum Gegenstand hat, kommt in Verbindung mit den vom Wohnungseigentumsorganisator⁹¹ abgeschlossenen restlichen Kaufverträgen für die Zeitspanne bis zur Wohnungseigentumsbegründung die Funktion einer Benützungsvereinbarung unter Miteigentümern zu. Den gekauften Anteilen ist die ausschließliche Nutzung eines bestimmten Objektes (z.B. Wohnung, Kfz-Abstellplatz etc.) nur vertraglich zugeordnet.

⁸⁸ Vgl. § 828 Abs 2 ABGB.

⁸⁹ Vgl. 6 Ob 233/10y (OGH 17.12.2010) = immolex 2011, 37.

⁹⁰ Vgl. *Fleischmann, Friedrich* (2002): Benützungsregelungen bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 141.

⁹¹ Wohnungseigentumsorganisator ist gem. § 2 Abs 6 2. Satz WEG der Eigentümer der Liegenschaft und jeder, der mit Wissen des Eigentümers die organisatorische Abwicklung des Bauvorhabens oder die Wohnungseigentumsbegründung durchführt oder an dieser Abwicklung in eigener Verantwortlichkeit beteiligt ist.

Derartige Benützungsregelungsvereinbarungen, die einen Nutzungs- und Verwertungsvorbehalt für den Dachboden beinhalten, bieten im folgenden Fall eine in der Praxis oftmals außer acht gelassene Möglichkeit der Anfechtung.

In der Regel ist der Verkäufer der Rechte am Dachboden der ursprüngliche Alleineigentümer bzw. aktuelle Wohnungseigentumsorganisator. Sollten die Miteigentümer Wohnungseigentumsbewerber vor Nutzwertfestsetzung sein, und der Verkäufer der Rechte am Dachboden der ursprüngliche Alleineigentümer bzw. aktuelle Wohnungseigentumsorganisator sein, so müsse ferner geprüft werden, ob der Vorbehalt des Dachbodens gegenüber den Bewerbern nicht gegen § 38 WEG 2002 verstößt.

Wohnungseigentumsbewerber ist derjenige, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentums-tauglichen Objekt zugesagt wurde.⁹²

Sobald die Einverleibung des Miteigentumsrechts und die Wohnungseigentumsbegründung grundbücherlich durchgeführt sind, wird der Wohnungseigentumsbewerber zum Wohnungseigentümer.

In den meisten Fällen erfolgt die Begründung von Wohnungseigentum durch schriftliche Vereinbarung aller Miteigentümer, dem sog. Wohnungseigentumsvertrag. Darin wird allen Miteigentümern wechselseitig das Recht auf ausschließliche Nutzung und alleinige Verfügung an dem jeweils zugeordneten Wohnungseigentumsobjekt eingeräumt. Aus wirtschaftlichen Überlegungen spielten in jüngerer Vergangenheit dabei gerade Nutzungsvorbehalte vermehrt eine tragende Rolle.

5.2.1. Nutzungsvorbehalt am Dachboden

Im Zuge der Wohnungseigentumsbegründung kommt es häufig vor, dass sich der Verkäufer das ausschließliche Nutzungsrecht am Dachboden vorbehält, damit er

⁹² Vgl. § 2 Abs 6 erster Satz WEG.

ihn zu einem späteren Zeitpunkt ausbauen und als Dachgeschoßwohnung verkaufen kann.

Der Vorbehalt auf Nutzung bzw. Ausbau und Verwertung des gemeinschaftlichen Dachbodens durch den Wohnungseigentumsorganisator kann als ein gem. § 38 Abs 1 Z 1 WEG rechtsunwirksamer Nutzungsvorbehalt angesehen werden.

Zufolge § 38 Abs 1 Z 1 WEG sind Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken, rechtsunwirksam, wie insbesondere von Wohnungseigentumsorganisatoren vereinbarte Nutzungsvorbehalte über Teile der Liegenschaft, die sich nur als Zubehörobjecte iSd § 2 Abs 3 WEG eignen.

Es werden also Liegenschaftsteile iSd § 2 Abs 3 WEG erfasst, wie etwa Keller- oder Dachbodenräume, jedoch nur soweit daran nicht Zubehörwohnungseigentum besteht.

Nach einhelliger Judikatur sind davon nur unbillige, einer vernünftigen Interessenabwägung widersprechende Beschränkungen der gesetzlich zustehenden Rechte betroffen, nicht aber solche, die ein Wohnungseigentumsbewerber auch bei Gleichgewicht der Vertragslage auf sich nehmen würde.⁹³ Der Begünstigte eines solchen Nutzungsvorbehalts müsste also nachweisen, dass die anderen Wohnungseigentümer dadurch nicht unbillig benachteiligt werden.

§ 38 WEG ist eine Schutzbestimmung zugunsten der Wohnungseigentumsbewerber bzw. Wohnungseigentümer. Sie soll insbesondere vor der Übermacht des Wohnungseigentumsorganisators schützen.⁹⁴

Unter den Anwendungsbereich des § 38 Abs 1 Z 1 WEG wurde aufgrund der Vertragsübermacht des Wohnungseigentumsorganisators – in der Vor- und

⁹³ Vgl. 5 Ob 45/10v (OGH 27.05.2010) = wobl 2011, 47; vgl. auch immolex 1999, 84.

⁹⁴ § 38 WEG ist deshalb nur auf vertragliche Gestaltungen zwischen den einzelnen Wohnungseigentümern nicht anwendbar, ausgenommen der veräußernde Wohnungseigentümer ist gleichzeitig auch der Wohnungseigentumsorganisator. Vgl. *Illedits, Alexander* (2006): Das Wohnungseigentum, 3.Aufl., Orac, 2006, Wien, Kapitel 1 Rz 95.

Gründungsphase – der Vorbehalt des Dachbodenausbaus gegenüber den Wohnungseigentumsbewerber subsumiert, wenn der Dachboden bisher ein allen Miteigentümern gemeinsamer Teil des Hauses war.⁹⁵ Der Nutzungsvorbehalt ist auch dann rechtsunwirksam, wenn der Vorbehalt sowohl in der schriftlichen Zusage von Wohnungseigentum durch den Organisator als auch im Wohnungseigentumsvertrag während weiterhin aufrechter Übermacht enthalten ist.⁹⁶

Gleiches gilt für das in der Vor- und Gründungsphase eingeräumte Recht des Wohnungseigentumsorganisations, nach seinem Belieben die Widmung eines bis dato gemeinschaftlich genutzten Dachgeschoßes zu ändern und in eine, seiner ausschließlichen Verfügung vorbehaltene Wohnung umzugestalten.⁹⁷

Den Wohnungseigentumsorganisator trifft in diesem Fall die Beweislast dafür, dass der Nutzungsvorbehalt nicht die Nutzungs- und Verfügungsrechte der Vertragspartner unbillig beschränkt.⁹⁸

Jeder der Wohnungseigentümer kann sich mit einem Begehren auf Unterlassung auf die Rechtsunwirksamkeit berufen. Ein solcher Verstoß führt in letzter Konsequenz zur Nichtigkeit sämtlicher Verzichtserklärungen. Das heißt, dass der Dachboden als allgemeiner Teil des Hauses angesehen wird, über den die Teilhaber nur gemeinschaftlich entscheiden können.⁹⁹

Die Rechtsunwirksamkeit erstreckt sich auch auf den daraus begünstigten Dritten, es sei denn, dass ihm die Absicht, auf der Liegenschaft Wohnungseigentum zu begründen, weder bekannt war noch bekannt sein musste.¹⁰⁰

Bei einem schon bezogenen Gebäude sind im Fall nachträglicher Wohnungseigentumsbegründung Vereinbarungen, durch die bereits zuvor bestehende Nutzungsrechte am Dachboden nunmehr in entsprechende Rechte wie etwa in Zubehör-Wohnungseigentum oder eine Benützungsregelung gem. § 17 WEG

⁹⁵ Vgl. MietSlg. 51.572.

⁹⁶ Vgl. 5 Ob 223/05p (OGH 21.03.2006) = immolex 2006, 287 = wobl 2006, 271.

⁹⁷ Vgl. MietSlg. 30.582.

⁹⁸ Vgl. 5 Ob 51/08y (OGH 14.05.2008) = EWär W/38/4 ff.

⁹⁹ Vgl. Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter (2011): Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 134.

¹⁰⁰ Vgl. § 38 Abs 2 WEG.

umgewandelt werden, regelmäßig nicht nach § 38 Abs 1 Z 1 WEG rechtsunwirksam.¹⁰¹

5.2.2. Sonderfall: Dachboden als Zubehör-WE

Dem Risiko einer Anfechtungsmöglichkeit kann sich der Alleineigentümer bzw. Wohnungseigentumsorganisator insofern entziehen, als er den Dachboden als Zubehör zu einem in seinem Eigentum verbleibenden späteren Wohnungseigentumsobjekt widmet.

Unter Zubehör-Wohnungseigentum versteht man das mit dem Wohnungseigentum verbundene Recht, andere, mit dem Wohnungseigentumsobjekt baulich nicht verbundene Teile der Liegenschaft, wie beispielsweise Dachbodenräume, ausschließlich zu nutzen. Diese rechtliche Verbindung setzt voraus, dass das Zubehörobjekt ohne Inanspruchnahme anderer Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte zugänglich und deutlich abgegrenzt ist.¹⁰²

Der Wohnungseigentumsorganisator erwirbt an dem zum Ausbau vorgesehenen Dachgeschoß als Zubehör zu einer Wohnung unselbständiges Wohnungseigentum. Der Dachboden, der das rechtliche Schicksal des Wohnungseigentumsobjektes teilt, ist der Allgemeinnutzung und –widmung durch die Miteigentümer bzw. Wohnungseigentumsbewerber entzogen.¹⁰³ Ihm steht aufgrund seiner Stellung als Wohnungseigentümer gem. § 2 Abs 3 WEG das Recht zu, das Dachgeschoß ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.

Das Zubehörobjekt muss deutlich abgegrenzt und ohne Inanspruchnahme anderer Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte zugänglich sein.¹⁰⁴ Entscheidend für die Zubehörtauglichkeit von Flächen oder Räumen ist letztlich die Verkehrsauffassung. Offene Balkone und Terrassen sind daher keine zubehörtauglichen

¹⁰¹ Vgl. *Illedits, Alexander* (2006): Das Wohnungseigentum, 3.Aufl., Orac, 2006, Wien, Kapitel 1 Rz 103.

¹⁰² Vgl. § 2 Abs 3 WEG.

¹⁰³ Vgl. 5 Ob 19/09v (OGH 28.04.2009) = EWär W/16/141 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 45.

Flächen mehr, wenn sie mit dem Wohnungseigentumsobjekt baulich verbunden sind. Sie sind vielmehr Teil der Wohnung.

Nach § 3 Abs 2 WEG ist die Begründung von Wohnungseigentum nur mehr zulässig, wenn sie sich auf sämtliche wohnungseigentumstauglichen Objekte bezieht, die nach der Widmung als Wohnungseigentumsobjekte vorgesehen sind. Ist eine Fläche weder als Zubehör zu einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt noch als eigenes wohnungseigentumstaugliches Objekt im Grundbuch eingetragen, handelt es sich nach der jüngeren Judikatur um einen allgemeinen Teil der Liegenschaft.¹⁰⁵ Maßgebend ist grundsätzlich die Widmung, die ausschließlich der Wohnungseigentumsorganisator bestimmt.¹⁰⁶ Es obliegt daher allein der Entscheidung des Organisators, ob er an wohnungseigentumstauglichen Objekten Wohnungseigentum begründet oder diese in der Allgemeinfläche belassen will.¹⁰⁷

Allgemeine Teile der Liegenschaft sind solche, die der allgemeinen Benützung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Benützung entgegensteht.¹⁰⁸ An allgemeinen Teilen der Liegenschaft kann Wohnungseigentum weder neu begründet werden noch bestehen bleiben. Bei notwendig allgemeinen Teilen ist die zur Begründung von Wohnungseigentum erforderliche Möglichkeit ausschließlicher Benützung durch einen Wohnungseigentümer nicht gegeben, wie etwa bei Stiegenhäusern, aber auch Durchgängen und Durchgangszimmern, die zur Erreichung allgemeiner Teile oder mehrerer Wohnungseigentumsobjekte erforderlich sind. Gleiches gilt, wenn ein Teil der Miteigentümer auf die Benützung angewiesen ist.¹⁰⁹

In diesem Sinne hat der OGH in einer Entscheidung ausgesprochen, dass ein einem anderen Wohnungseigentümer dienender Durchgang im Dachboden sowie die dort befindlichen Satellitenanlagen und Kamintürchen der Allgemeinheit einer

¹⁰⁵ Vgl. 4 Ob 108/12d (OGH 02.08.2012) = immolex 2012, 252; 4 Ob 150/11d (OGH 22.11.2011) = immolex 2012, 18.

¹⁰⁶ Vgl. 5 Ob 157/03d (OGH 08.07.2003) = MietSlg 55.464.

¹⁰⁷ Vgl. 5 Ob 157/11s (OGH 20.03.2012) = immolex 2012, 133.

¹⁰⁸ Vgl. § 2 Abs 4 WEG.

¹⁰⁹ Vgl. 5 Ob 181/02g (OGH 12.09.2002) = wobl 2003, 31.

Einordnung als Zubehör entgegenstehenden und dieser Dachbodenteil daher nur allgemeiner Teil der Liegenschaft sein kann.¹¹⁰

Die Entscheidung stieß in der Lehre im Ergebnis zwar auf Zustimmung, doch wurde mit Blick auf die Praxis darauf hingewiesen, dass Einrichtungen wie Kamintürchen der Allgemeinheit oder eine Satellitenanlage nicht so intensiv in allgemeiner Benützung oder in entsprechender Zweckbestimmung stünden, dass eine Sondernutzung in Zubehörwohnungseigentum von vornherein ausscheide. Viele Dachböden würden ansonsten ihre sachenrechtliche Eigenschaft als Objekt des selbständigen Wohnungseigentums oder von Zubehörwohnungseigentum verlieren.¹¹¹

Bei dem dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt handelte es sich um einen Dachboden, der nicht nur vom Rauchfangkehrer als Zugang zu den Kamintürchen, sondern auch von einer anderen Wohnungseigentümerin als einziger Zugang zu ihrem im Zubehörwohnungseigentum stehenden Dachbodenteil verwendet wurde. Dieses jederzeit ausübbares Recht stand einer ausschließlichen Nutzung des Dachbodens als Zubehörwohnungseigentum entgegen und beseitigte dessen Wohnungseigentumstauglichkeit.

In einer jüngst ergangenen Entscheidung vertrat der OGH die Ansicht, dass durch bestimmte Duldungspflichten die Qualifikation als Wohnungseigentumsobjekt oder als Teil einer Eigentumswohnung nicht ausgeschlossen wird.¹¹²

Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem im oben genannten Fall zu beurteilenden Sachverhalt insofern, als kein anderer Wohnungseigentümer die Terrasse des Klägers betreten kann und nur der Rauchfangkehrer über den notwendigen Schlüssel verfügt, um auf den von ihm benötigten Rauchfangkehrerzugang auf die zweite Terrasse zu gelangen.

¹¹⁰ Vgl. 5 Ob 245/04x (OGH 15.03.2005) = wobl 2005, 237.

¹¹¹ Vgl. *Call, Gottfried* (2005): Dachboden als allgemeiner Teil der WE-Liegenschaft oder als Zubehör-WE?, wobl 2005, 237ff.

¹¹² Vgl. 10 Ob 19/12k (OGH 24.07.2012).

Der OGH verweist darauf, dass es Liegenschaftseigentum und auch Wohnungseigentum ganz allgemein mit sich bringt, dass gelegentlich ein Betreten einer Wohnung oder etwa Terrasse etc. durch Dritte nicht verhindert werden darf, weil bestimmte Arbeiten durchzuführen sind oder mögliche Gefahrenquellen überprüft bzw. gewartet werden müssen. In diesem Sinne müssen auch Feuerungs- und Heizungsanlagen eines Wohnobjektes regelmäßig gewartet und gekehrt werden.

Nach § 16 Abs 3 WEG hat der Wohnungseigentümer vielmehr das Wohnungseigentumsobjekt und die hierfür bestimmten Einrichtungen, vor allem die Strom-, Gas- und Wasserleitungen sowie die Beheizungs- und Sanitäranlagen, auf seine Kosten so zu warten und Instand zu halten, dass den anderen Wohnungseigentümern kein Nachteil erwächst. Er hat zudem das Betreten und die Benützung des Wohnungsobjektes zu gestatten soweit dies zur Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft und der Behebung ernster Schäden des Hauses erforderlich ist.

Wenngleich es durch diese Duldungspflicht zwar zu einer Beeinträchtigung des ausschließlichen Nutzungsrechts des Wohnungseigentümers kommt, wird dadurch aber nicht das Eigentumsrecht des Einzelnen oder die Qualifikation als Wohnungseigentumsobjekt oder als Teil einer Eigentumswohnung in Frage gestellt.

Nach Ansicht des erkennenden Senats kann daher nicht von einer allgemeinen Benützung der zweiten Terrasse des Klägers durch die Wohnungseigentümer oder einer entsprechenden Zweckbestimmung ausgegangen werden, wenn ein Teil dieser Terrasse vom Rauchfangkehrer vier Mal im Jahr zu konkreten Terminen als Zugang für kurzzeitige Putzarbeiten an einem Fang des Hauses benutzt wird.

Die zweite Terrasse ist somit auch Teil des Wohnungseigentumsobjektes und nicht ein allgemeiner Teil der Liegenschaft iSd § 2 Abs 4 WEG. Die gesamte Terrassenfläche steht dem Käufer mit Ausnahme des kurzzeitigen Zugangs des Rauchfangkehrers zur alleinigen und uneingeschränkten Verfügung.

Der Wohnungseigentümer des Objekts, mit dem der Dachboden als Zubehör verbunden ist, kann innerhalb der Grenzen des § 16 WEG das Dachgeschoß zu einem späteren Zeitpunkt ausbauen und aus einem Wohnungseigentumsobjekt mehrere Wohnungseigentumsobjekte machen.¹¹³

Die Zuordnung des Zubehörs zum Wohnungseigentumsobjekt erfolgt durch die Eintragung des Wohnungseigentums und des Umfangs des Zubehörs im Grundbuch.¹¹⁴ Nach ständiger, von der Lehre zum Teil kritisierten Rsp kann sich ein Wohnungseigentümer jedoch mangels Eintragung des Zubehörwohnungseigentums im Grundbuch nicht auf das ausschließliche Recht an dieser Fläche berufen.¹¹⁵

Voraussetzung für die Schaffung von Zubehör-Wohnungseigentum ist laut OGH neben der Zubehörtauglichkeit also eine entsprechende Widmung sowie die Erfassung des Zubehörs im Rahmen der Nutzwertfestsetzung samt Intabulation im Grundbuch.

Wurde Zubehör-Wohnungseigentum begründet, bleibt somit für die Anwendbarkeit von § 38 Abs 1 Z 1 WEG kein Raum. Eine derartige Vereinbarung wäre letztlich nach der Generalklausel des § 38 Abs 1 WEG zu beurteilen.¹¹⁶

5.3. Duldungspflicht der Eigentümergemeinschaft

Aus der Sicht des Erwerbers stellt sich die interessante Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Eigentümergemeinschaft den Ausbau eines (als Zubehör-Wohnungseigentum gewidmeten) „Rohdachbodens“ dulden muss?

¹¹³ Vgl. 5 Ob 263/99h (OGH 28.09.1999) = MietSlg 33.492.

¹¹⁴ Vgl. 4 Ob 108/12d (OGH 02.08.2012) = immolex 2012, 252; 4 Ob 150/11d (OGH 22.11.2011) = immolex 2012, 18.

¹¹⁵ Vgl. *Hausmann, Till* (2011): Praktische Konsequenzen der wohnungseigentumsrechtlichen „Zubehör-Rechtsprechung“ des OGH, wobl 2011, 160; aA *Bittner, Ludwig* (2011): Zubehör-Wohnungseigentum ohne Eintragung ins Hauptbuch – nicht nur aus der Sicht des Praktikers, wobl 2011, 153.

¹¹⁶ Vgl. MietSlg 33.491.

Der Wohnungseigentümer, nicht jedoch der schlichte Miteigentümer, hat die Möglichkeit, die im Wohnungseigentum stehende Wohnung oder sonstige Räumlichkeit inklusive des Zubehörs¹¹⁷ unter den in § 16 Abs 2 WEG genannten Voraussetzungen zu verändern.¹¹⁸ Dieses Änderungsrecht steht nach § 37 Abs 5 WEG auch bereits dem Wohnungseigentumsbewerber zu, wenn zu seinen Gunsten die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG angemerkt ist und er das Wohnungseigentumsobjekt bereits bezogen hat.

§ 16 WEG regelt ausschließlich unter welchen Voraussetzungen eine angestrebte Änderung genehmigungsfähig ist. Das Gesetz enthält jedoch keine Aussage darüber, welche Änderungen tatsächlich genehmigungspflichtig sind.¹¹⁹

Aus der reichhaltigen Judikatur des OGH lassen sich allerdings Grundsätze ableiten, wann eine Veränderung genehmigungspflichtig ist:

Allgemein gilt, dass der Änderungsbegriff des § 16 Abs 2 WEG weit auszulegen ist.¹²⁰ Unter den Begriff der Änderung fallen auch Widmungsänderungen im weitesten Sinne.¹²¹

In jenen Fällen, in denen eine erhebliche Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen anderer Wohnungseigentümer denkbar ist, liegt eine genehmigungspflichtige Änderung vor.¹²² Das Vorliegen einer genehmigungspflichtigen Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG kann daher nur bei bagatellhaften Umgestaltungen verneint werden.¹²³ Im Zweifel wird nicht vermutet, dass (bauliche und widmungstechnische) Änderungen bagatellhaft sind.¹²⁴

¹¹⁷ Vgl. 5 Ob 334/99z (OGH 25.01.2000).

¹¹⁸ Vgl. 5 Ob 40/12m (OGH 09.08.2012) = immolex 2012, 297.

¹¹⁹ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 154.

¹²⁰ Vgl. 5 Ob 235/09h (OGH 25.03.2010) = EW r W/16/164 f; 5 Ob 69/06t (OGH 30.05.2006) = EW r W/17/9 ff.

¹²¹ Vgl. 5 Ob 48/89 (OGH 12.12.1989) = wobl 1991, 52.

¹²² Vgl. 5 Ob 275/05k (OGH 07.03.2006) = EW r W/16/57ff; 5 Ob 86/03p (OGH 13.05.2003) = EW r II/13/163 ff.

¹²³ Vgl. 5 Ob 25/08z (OGH 14.07.2008) = EW r W/16/109ff; 5 Ob 402/97x (OGH 09.12.1997) = EW r II/13/80 ff.

¹²⁴ Vgl. *Prader, Christian; Malaun, Gerald* (2008): Zur Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung des Änderungsrechts des Wohnungseigentümers gem § 16 WEG im Kaufvertrag, immolex 2008, 326.

Nach der höchstgerichtlichen Judikatur sind beispielsweise Veränderungen an einer nichttragenden Innenwand in einem Wohnungseigentumsobjekt¹²⁵, das Einschlagen von Nägeln oder das Anbohren von Wänden¹²⁶ nicht genehmigungspflichtig.

5.3.1. Genehmigungspflichtige Änderungen

Sofern also die Möglichkeit besteht, dass Änderungen eines Wohnungseigentumsobjektes schutzwürdige Interessen der übrigen Wohnungseigentümer beeinträchtigen, ist die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer einzuholen.

Jeder Teilhaber fungiert hier nicht als Träger eines einheitlichen Gesamtwillens, sondern jeder für sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft. Für die Erteilung der Zustimmung zu Maßnahmen gem. § 16 Abs 2 WEG bedarf es somit keiner vertraglichen Vereinbarung unter Beteiligung aller Zustimmungsberechtigten. Solche einmal abgegebenen Willenserklärungen sind nach § 876 ABGB nicht mehr frei widerrufbar, sondern können nur mehr wegen Willensmängeln angefochten werden.¹²⁷ Auch die Wirksamkeit einer Vereinbarung im Kaufvertrag, mit der die Zustimmung zum Ausbau des Dachgeschoßes erteilt wird, wurde in der Rsp des OGH nicht in Frage gestellt.¹²⁸

In der Judikatur des OGH wurden beispielsweise die Errichtung eines (außenliegenden) Aufzuges für Wohnungen, die Errichtung einer Terrasse auf dem Flachdach, die Vergrößerung einer bereits bestehenden Dachterrasse und der Ausbau des Dachbodens als genehmigungspflichtige Änderungen bejaht.

Nicht jede genehmigungspflichtige Änderung ist zugleich aber auch eine genehmigungsfähige.

¹²⁵ Vgl. 5 Ob 258/06m (OGH 29.12.2006) = EW_r W/16/78 f.

¹²⁶ Vgl. 5 Ob 50/02t (OGH 12.03.2002) = EW_r II/13/158 f.

¹²⁷ Vgl. 3 Ob 151/11v (OGH 08.11.2011) = immolex 2012, 6.

¹²⁸ Vgl. 1 Ob 144/02m (OGH 24.02.2003).

Der Änderung eines Wohnungseigentumsobjektes durch einen Dachgeschoßausbau steht nicht jede Beeinträchtigung von Interessen der Miteigentümer entgegen, sondern nur eine wesentliche, die die Interessen der Miteigentümer am Unterbleiben der Änderung so schutzwürdig erscheinen lässt, dass das Recht des Wohnungseigentümers auf Durchführung von Änderungen zurückzustehen hat. Die Interessenabwägung hat stets, auf den Einzelfall sowie auf die Benützungssituation der gesamten Liegenschaft bezogen, die Änderung in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Daher ist nicht bereits jede bauliche Veränderung als empfindlicher Eingriff in die Rechtssphäre der übrigen Miteigentümer anzusehen.¹²⁹

Grundvoraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit ist jedenfalls, dass der änderungswillige Wohnungseigentümer die Kosten der Änderungsmaßnahme selbst tragen muss.¹³⁰

§ 16 Abs 2 Z 1 WEG zählt weitere (demonstrativ) Kriterien auf, die eine Änderung unzulässig machen und überlässt dem Rechtsanwender somit einen weiten Wertungsspielraum. Die Änderung darf zudem weder eine Schädigung noch eine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von Sachen zur Folge haben.

Die fehlende Zustimmung eines oder mehrerer Miteigentümer kann durch gerichtlichen Beschluss im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren (§ 52 Abs 1 Z 2 WEG) ersetzt werden.

5.3.2. Änderungen unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile

§ 16 Abs 2 Z 2 WEG regelt den Fall der Änderung eines Wohnungseigentumsobjektes unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile einer Liegenschaft.

Ein Dachbodenausbau ohne Inanspruchnahme allgemeiner Teile ist in der Praxis nicht denkbar. Wird ein im Wohnungseigentum stehender (Roh-)Dachboden

¹²⁹ Vgl. 5 Ob 241/97w (OGH 10.02.1998) = immolex 1998, 109.

¹³⁰ Vgl. § 16 Abs 2 erster Satz WEG.

ausgebaut, kommt es zu einer Änderung der Dachhaut, die einen allgemeinen Teil der Liegenschaft darstellt.¹³¹ Zudem berühren die mit einem Dachbodenausbau notwendig verbundenen baulichen Maßnahmen, wie etwa das Verlegen von Leitungen, die Errichtung eines Aufzugs oder allfällige Änderungen des Stiegenhauses, allgemeine Teile der Liegenschaft.

Beabsichtigt der änderungswillige Wohnungseigentümer auch allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch zu nehmen, muss die Änderung entweder der Übung des Verkehrs oder einem wichtigen Interesse des Wohnungseigentümers entsprechen.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs 2 Z 2 WEG kommt es besonders darauf an, ob die beabsichtigte Änderung dazu dient, dem Wohnungseigentümer eine dem heute üblichen Standard entsprechende Nutzung seines Objektes zu ermöglichen.¹³² Diese Beurteilung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, die in ihrer Gesamtheit zu beurteilen sind.¹³³

Bei der Beurteilung der Frage, was der Übung des Verkehrs entspricht, wird den Gerichten ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden.¹³⁴

Auch wenn ein Dachbodenausbau heute als weitgehend verkehrsüblich anzusehen ist, können die örtlichen Gegebenheiten oder eine bestimmte Beschaffenheit des betreffenden Hauses gegen eine solche Annahme sprechen.¹³⁵

Mit der Frage der Verkehrsüblichkeit hatte sich der OGH zuletzt gleich in mehreren Fällen vor dem Hintergrund der Errichtung von Dachterrassen zu befassen. Die Ansicht, wonach Dachterrassen inzwischen generell verkehrsüblich seien, fand darin keine Deckung. Vielmehr wurde wiederholt klargestellt, dass generell die Ausstattung von Wohnungen mit Dachterrassen nicht zu den verkehrsüblichen Änderungen zählt. Für die Verkehrsüblichkeit der betreffenden Maßnahme kommt es nicht auf eine ganz allgemeine, generalisierende Be-

¹³¹ Vgl. 5 Ob 34/10a (OGH 22.06.2010); 5 Ob 97/09i (OGH 07.07.2009) = immolex 2010, 91.

¹³² Vgl. 5 Ob 70/11x (OGH 27.04.2011).

¹³³ Vgl. 5 Ob 63/08p (OGH 01.04.2008) = wobl 2008, 93.

¹³⁴ Vgl. 5 Ob 47/06g (OGH 21.02.2006); 5 Ob 63/08p (OGH 01.04.2008) = wobl 2008, 93.

¹³⁵ Vgl. 5 Ob 248/00g (OGH 24.10.2000) = EWär II/13/139 ff.

trachtung einer vom Standort abstrahierenden Baupraxis an. Maßgeblich ist vielmehr die bestimmte Beschaffenheit des Hauses und seines Umfeldes.¹³⁶

Im Hinblick auf den Ausbau von Rohdachböden ist im Lichte der neuesten Judikatur zu Dachterrassen in vielen Fällen nicht von einer Verkehrsüblichkeit auszugehen, vor allem dann, wenn beispielsweise die Beschaffenheit des Fundaments des Hauses dem Ausbau des Dachbodens nicht genügt.¹³⁷

In einer früheren Entscheidung hat der OGH schon ausgesprochen, dass die Zerlegung eines Wohnungseigentumsobjektes in mehrere Objekte, beispielsweise die Teilung einer Wohnung in zwei kleinere Wohneinheiten, nicht der Übung des Verkehrs entspricht.¹³⁸

Bei Fehlen der Verkehrsüblichkeit kann das Bestehen eines wichtigen Interesses des ausbauenden Wohnungseigentümers diesen zur Vornahme der Änderung ermächtigen. Zum „wichtigen Interesse“ des Wohnungseigentümers an einer Änderung seines Objektes iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG liegt bereits eine umfangreiche Judikatur vor. Auch hier erfolgt die Prüfung nach den Umständen des Einzelfalls.

Das Argument der gesteigerten Lebensqualität oder einer Wertsteigerung des geänderten Wohnungseigentumsobjektes allein genügt für die Annahme eines wichtigen Interesses in der Regel nicht.¹³⁹ Doch ist etwa der mit dem Ausbau einer Zubehör-Fläche am Dachboden zu einer Eigentumswohnung einhergehenden Wertsteigerung nicht per se die Eignung abzusprechen, ein wichtiges Interesse zu begründen.¹⁴⁰

Auch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen sind nicht mit dem geforderten wichtigen Interesse gleichzusetzen.¹⁴¹

¹³⁶ Vgl. 5 Ob 98/11i (OGH 25.08.2011) = wobl 2012, 22; 5 Ob 70/11x (OGH 27.04.2011).

¹³⁷ Vgl. 5 Ob 16/12g (OGH 14.02.2012).

¹³⁸ Vgl. 5 Ob 47/81 (OGH 22.12.1981) = MietSlg 33.466.

¹³⁹ Vgl. 5 Ob 63/08p (OGH 01.04.2008) = wobl 2008, 93; 5 Ob 159/06b (OGH 12.09.2006) = immolex 2007, 40 = wobl 2007, 4.

¹⁴⁰ Vgl. 5 Ob 261/99i (OGH 11.01.2000) = EWär II/13/133 f.

¹⁴¹ Vgl. 5 Ob 180/08v (OGH 26.08.2008) = EWär W/16/128 f; 5 Ob 269/98i (OGH 27.10.1998) = wobl 2000, 39.

Das für die Inanspruchnahme allgemeiner Teile der Liegenschaft geforderte „wichtige Interesse“ muss über das selbstverständliche Interesse des Eigentümers an einer Wertsteigerung des Objektes hinausgehen.¹⁴² Die Wichtigkeit des Interesses an der angestrebten Änderung ist in Relation zum Ausmaß der Inanspruchnahme allgemeiner Teile der Liegenschaft zu sehen.¹⁴³

Es müssen überdies die Voraussetzungen nach § 16 Abs 2 Z 1 WEG erfüllt sein. Werden für eine solche Änderung, beispielsweise durch eine im Zuge des Dachbodenausbaus geplante notwendige Lifterrichtung, auch fremde Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte in Anspruch genommen, ist überdies eine Interessenabwägung nach § 16 Abs 2 Z 3 WEG vorzunehmen.

5.3.3. Behördliche Bewilligung

Wenn für Änderungen, die die anderen Wohnungseigentümer dulden müssen, eine behördliche Bewilligung erforderlich ist, dürfen diese eine allenfalls erforderliche Zustimmung nicht verweigern.¹⁴⁴

In einem Verfahren über einen Antrag nach § 16 Abs 2 WEG spielt die Frage, ob eine baubehördliche Bewilligung erforderlich und zu erlangen ist, immer dann eine Rolle, wenn mit einer Bewilligung der Baubehörde nicht gerechnet werden kann oder zumindest Vorschriften der Bauordnung der beabsichtigten Änderung offensichtlich entgegenstehen.¹⁴⁵ In diesem konkreten Fall kann die Zustimmung des widersprechenden Wohnungseigentümers nicht ersetzt werden.¹⁴⁶

Hingegen bewirkt eine nach den baurechtlichen Vorschriften zulässige Änderung für sich allein noch keine Duldungspflicht der anderen Wohnungseigentümer. Sie

¹⁴² Vgl. 5 Ob 5/01y (OGH 16.01.2001) = EWär II/13/145 f.

¹⁴³ Vgl. 5 Ob 261/99i (OGH 11.01.2000) = EWär II/13/133 f.

¹⁴⁴ Vgl. § 16 Abs 2 Z 4 WEG.

¹⁴⁵ Vgl. dazu 5 Ob 58/99m (OGH 23.03.1999) = MietSlg 51.521; 5 Ob 93/92 (OGH 22.12.1992) = MietSlg 44.626.

¹⁴⁶ Vgl. 5 Ob 257/11x (OGH 17.01.2012) = immolex 2012, 116.

gehört vielmehr zu den selbstverständlichen Erfolgsvoraussetzungen eines Änderungsvorhabens.¹⁴⁷

5.3.4. Rechtsdurchsetzung / Verfahren

Bei Fehlen der Genehmigung auch nur eines einzigen Mit- bzw. Wohnungseigentümers ist der änderungswillige Wohnungseigentümer verpflichtet, sich diese fehlende Zustimmung durch eine rechtsgestaltende Entscheidung des Außerstreitrichters ersetzen zu lassen.¹⁴⁸ Liegt weder die Zustimmung aller Mit- und Wohnungseigentümer noch eine rechtskräftige Genehmigung durch das Außerstreitgericht vor, so läuft ein Wohnungseigentümer, der die Veränderung dennoch vornimmt, Gefahr, mit Abwehransprüchen der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer belangt zu werden. Er handelt diesfalls unerlaubterweise in Eigenmacht.¹⁴⁹

Die fehlende Genehmigung kann nicht durch einen Beschluss der Eigentümergemeinschaft ersetzt werden.¹⁵⁰ Auch ein vertragliches Änderungsverbot schließt die Einleitung eines Außerstreitverfahrens nach § 52 WEG und die Genehmigung der begehrten Änderung nicht aus.¹⁵¹ Die zwingende Regelung des § 16 Abs 2 WEG normiert ein Individualrecht des Wohnungseigentümers auf Änderung.¹⁵²

Im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren nach § 52 Abs 1 Z 2 WEG wird nur untersucht, ob das Änderungsrecht des änderungswilligen Wohnungseigentümers nach den Voraussetzungen des § 16 Abs 2 Z 1 und 2 WEG ausgeübt werden darf und diesen Kriterien entsprechend eine Duldungspflicht der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer besteht.¹⁵³

Der vom OGH zum wiederholten Male bemühte Wertungs- und Ermessensspielraum des entscheidenden Gerichts macht die Prognose, ob eine nach § 16

¹⁴⁷ Vgl. 5 Ob 82/95 (OGH 07.06.1995) = EWär II/13/53 ff.

¹⁴⁸ Vgl. 5 Ob 104/09v (OGH 09.06.2009); 5 Ob 297/98g (OGH 23.02.1999).

¹⁴⁹ Vgl. 5 Ob 56/07g (OGH 08.05.2007).

¹⁵⁰ Vgl. 5 Ob 173/08i (OGH 26.08.2008).

¹⁵¹ Vgl. 5 Ob 84/04w (OGH 11.05.2004) = EWär W/16/4 f.

¹⁵² Vgl. 5 Ob 84/04w (OGH 11.05.2004) = EWär W/16/4 f.

¹⁵³ Vgl. 5 Ob 250/05h (OGH 13.12.2005) = immolex 2006, 54.

Abs 2 WEG genehmigungspflichtige Veränderung eines Wohnungseigentumsobjektes im Außerstreitverfahren genehmigungsfähig ist, de facto unmöglich.

Der Dachbodenausbau unter Inanspruchnahme allgemeiner Teile ist nur dann erzwingbar, wenn er der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des ausbauwilligen Wohnungseigentümers dienen würde und nicht gegen die Kriterien gem. § 16 Abs 2 Z 1 WEG verstößt.

Eine Vereinbarung mit sämtlichen Wohnungseigentümer, in der bereits bestimmten Änderungen zugestimmt wird, wäre im streitigen Rechtsweg durchsetzbar. Voraussetzung ist hierbei, dass die Vereinbarung so konkret ausgestaltet ist, dass sie sich auf die beabsichtigte Änderung bezieht.¹⁵⁴

Antragslegitimiert ist jener bürgerliche Wohnungseigentümer, der eine Genehmigung für eine Änderung an seinem Wohnungseigentumsobjekt erlangen möchte.¹⁵⁵ Der Wohnungseigentümer kann auch die nachträgliche Zustimmung zu schon durchgeführten Veränderungen im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren begehren.¹⁵⁶ Ebenfalls zur Antragseinbringung sachlegitimiert ist der Wohnungseigentumsbewerber, sofern die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist und er das wohnungseigentumstaugliche Objekt bezogen hat.¹⁵⁷

Den antragstellenden Wohnungseigentümer trifft die Behauptungs- und Beweispflicht dafür, dass die positiven Voraussetzungen für die Genehmigung der Änderung erfüllt sind.¹⁵⁸ Umgekehrt trifft den Antragsgegner die Behauptungs- und Beweispflicht hinsichtlich des Vorliegens negativer Voraussetzungen.¹⁵⁹

Gegen einen Wohnungseigentümer, der eigenmächtig, also ohne vorherige Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer, Änderungen einschließlich Widmungsänderungen iSd § 16 Abs 2 WEG vornimmt, kann nach ständiger

¹⁵⁴ Vgl. 5 Ob 114/05h (OGH 30.08.2005) = EWri W/16/49 ff; 5 Ob 248/98a (OGH 09.02.1999) = EWri II/13/117 f.

¹⁵⁵ Vgl. 5 Ob 70/99a (OGH 27.02.2001); 5 Ob 334/99z (OGH 25.01.2000).

¹⁵⁶ Vgl. 5 Ob 104/09v (OGH 09.06.2009) = EWri W/52/68 f.

¹⁵⁷ Vgl. 5 Ob 232/01f (OGH 13.11.2001).

¹⁵⁸ Vgl. 5 Ob 248/00g (OGH 24.10.2000) = EWri II/13/139 ff.

¹⁵⁹ Vgl. 5 Ob 2334/96p (OGH 30.09.1997) = EWri II/13/76 f.

höchstgerichtlicher Rechtsprechung jeder einzelne Wohnungseigentümer im streitigen Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen petitorisch mit Klage nach § 523 ABGB (Eigentumsfreiheitsklage) auf Beseitigung der Änderung und Wiederherstellung des früheren Zustands sowie gegebenenfalls auf Unterlassung künftiger Änderungen vorgehen.¹⁶⁰

5.3.5 Resümee

Wer die Absicht hat, eine (zu errichtende) Dachgeschoßwohnung im Bestand zu erwerben, sollte neben einer optimalen vertraglichen Gestaltung folgende Punkte beachten:

Ist jemand Miteigentümer einer bebauten Liegenschaft ohne nicht auch gleichzeitig Wohnungseigentümer zu sein, kann er eine Dachgeschoßwohnung nur dann selbst nutzen, wenn er mit den übrigen Miteigentümern einen eigenen Mietvertrag geschlossen oder eine Benützungsregelung vereinbart hat. In einer derartigen Vereinbarung können die Miteigentümer die Benützung der einzelnen Wohnungen untereinander vertraglich aufteilen. Die Benützungsregelung sollte jedoch unbedingt im Grundbuch angemerkt werden. In diesem Fall gilt sie auch für (Einzel-)Rechtsnachfolger.

Der schlichte Miteigentümer könnte also durch geeignete Vertragsgestaltung praktisch dieselben Nutzungsrechte wie Wohnungseigentümer haben. Zu beachten ist hier allerdings, dass die erwähnte Benützungsregelung als Dauerschuldverhältnis von jedem Miteigentümer mittels Antrag beim Bezirksgericht aus wichtigem Grund wieder aufgehoben oder abgeändert werden kann. Der Erwerber hat somit kein dauerhaftes und gesichertes Recht auf die Benützung des Dachgeschoßes bzw. der Dachgeschoßwohnung. Die Benützungsregelung, auch wenn sie im Grundbuch angemerkt ist, stellt keine rechtlich gleichwertige Alternative zur Wohnungseigentumsbegründung dar.

¹⁶⁰ Vgl. 4 Ob 109/11z (OGH 20.09.2011) = immolex 2012, 85; 5 Ob 104/09v (OGH 09.06.2009) = EWär W/52/68 f.

Die Benützungsregelung legitimiert zudem nicht zum Ausbau eines (Roh-)Dachbodens. Wenn Widerspruch erhoben wird, besteht die Möglichkeit einer richterlichen Entscheidung, der rechtsgestaltende Wirkung zukommt. Sie ist eine im Wesentlichen von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung, die nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist.

Die Rechtsstellung des Erwerbers würde wesentlich verbessert werden, wenn Wohnungseigentum am Dachgeschoß bzw. an der zu errichtenden Dachgeschoßwohnung begründet wird. Im Unterschied zum schlichten Miteigentum hat der Wohnungseigentümer mit seinem Miteigentumsanteil an der Liegenschaft untrennbar das dingliche Recht zur ausschließlichen Nutzung eines bestimmten Wohnungseigentumsobjektes verbunden.

Sollte der Verkäufer der Rechte am Dachgeschoß der ursprüngliche Alleineigentümer bzw. nunmehrige Wohnungseigentumsorganisator sein, wäre zu prüfen, ob ein unzulässiger Nutzungsvorbehalt zu Gunsten des Bauträgers oder Dritter vorliegt. Derartige Verzichtserklärungen der Wohnungseigentumsbewerber sind mitunter gem. § 38 WEG nichtig. Der Vorbehalt des Dachbodens wird nach ständiger Rsp dann als rechtsunwirksam angesehen, wenn dieser Raum bisher allgemeiner Teil des Hauses war.

Anders ist dies jedoch bei einem Dachgeschoß, das als Zubehör einem Wohnungseigentumsobjekt zugeordnet wird. Der Käufer hätte an dem zum Ausbau vorgesehenen Dachgeschoß als Zubehör zu einer bestimmten Wohnung unselbständiges Wohnungseigentum erworben. Nur er darf das Objekt nutzen.

Doch auch hier erlangt der Erwerber kein gesichertes Recht zum Ausbau des Dachgeschoßes bzw. zur Errichtung einer Dachgeschoßwohnung. Da regelmäßig allgemeine Teile der Liegenschaft, wie etwa das Dach, in Anspruch genommen werden, ist die Zustimmung der übrigen Mit- bzw. Wohnungseigentümer einzuholen. Mangels Einigkeit besteht grundsätzlich die Möglichkeit die fehlende Zustimmung durch eine rechtsgestaltende Entscheidung des Außerstreitrichters ersetzen zu lassen. Maßgebend ist dabei, ob diese Maßnahmen genehmigungsfähig sind. Bei dieser Beurteilung wird dem Gericht ein Wertungs- und

Ermessensspielraum, der auf die Umstände des Einzelfalls abstellt, eingeräumt. Dieser Spielraum macht letztlich die Prognose, ob der Ausbau eines Dachgeschoßes genehmigt wird, ebenfalls unmöglich.

5.4. Exkurs: Duldungspflicht des Mieters

Betrachtet man die Segmente des Wohnungsbestandes in Österreich zeigt sich, dass Miete vor allem ein großstädtisches Phänomen ist. Dadurch, dass die Vollanwendung des MRG primär auf das Gebäudealter abstellt, reduziert sich dessen wohnrechtliche Bedeutung auf Wien und einzelne größere Landeshauptstädte.¹⁶¹

Der Ausbau von Dächern im (Alt-)Bestand ist eine Zukunftsaufgabe und dient der Nachverdichtung im urbanen Stadtgebiet. Die interessante Frage lautet hier, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Mieter zur Duldung eines Dachbodenausbaus verpflichtet sind?

5.4.1. Umfang des Benützungsrechts

Der Mieter ist berechtigt, den Mietgegenstand dem Vertrag gemäß zu gebrauchen und zu benützen.¹⁶² Das Benützungsrecht des Mieters bestimmt sich nach dem Inhalt und den Zweck des Mietvertrages unter Berücksichtigung des Ortsgebrauches und der Verkehrssitte.¹⁶³

Zu beachten ist, dass das Gebrauchsrecht des Mieters auch eine Ausdehnung erfahren kann. Als Beispiel sei erwähnt, wenn in einem Mietshaus einzelne Mieter mit Wissen der Eigentümer über längere Zeit hindurch den Dachboden zum Wäschetrocknen oder als Abstellraum benützen. Häufig gibt es darüber mündliche Absprachen, die nicht dokumentiert sind. Es entsteht dann ein erweitertes Gebrauchsrecht des Mieters, das nicht mehr gesondert vom

¹⁶¹ Vgl. Weinberger, Udo (2012): 30 Jahre Mietrechtsgesetz, wobl 2012, 300.

¹⁶² Vgl. § 8 Abs 1 erster Satz MRG.

¹⁶³ Vgl. 6 Ob 534/95 (OGH 09.03.1995) = EWär I/8/29 ff; 5 Ob 257/01g (OGH 23.10.2001) = EWär III/364 A/24 f.

vertraglichen Mietrecht gelöst werden kann.¹⁶⁴ Wird für die Dachbodennutzung ein gesondertes Entgelt gezahlt, kann sogar schlüssig ein Mietvertrag über diese Fläche zustande gekommen sein.

Der Gebrauch ist durch den Mieter schonend auszuüben.¹⁶⁵

5.4.2. Duldungspflicht des Mieters

Mit dem Ausbau des Dachgeschoßes gehen zwangsläufig auch Arbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses einher. Stellen die Arbeiten bzw. das angestrebte Bauvorhaben eine Verbesserung iSd § 8 Abs 2 Z 1 MRG dar, so hat der Mieter eine vorübergehende Benützung und (dauernde) Veränderung seines Mietgegenstandes zuzulassen, wenn und soweit ein solcher Eingriff in das Mietrecht zur Durchführung der Verbesserungsarbeiten notwendig oder zweckmäßig ist.¹⁶⁶

Bei der Prüfung kommt es nach hA vor allem darauf an, ob der Eingriff hinsichtlich der Zielsetzung der Arbeiten, gerade im Vergleich zu anderen Gestaltungsmöglichkeiten, notwendig und zweckmäßig ist.¹⁶⁷ Die Rsp spricht klar aus, dass für eine nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG geplante Maßnahme auch das Schonungsprinzip (§ 8 Abs 3 MRG) gilt, weshalb deren Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit in dem Sinn zu prüfen ist, dass nicht mehr als unbedingt nötig in die Rechte des Mieters eingegriffen wird.¹⁶⁸

Das in § 8 Abs 3 MRG angesprochene Schonungsprinzip sagt jedoch nichts darüber aus, welche Arbeiten der Mieter zu dulden hat.¹⁶⁹ Die Duldungspflicht des Mieters hängt nicht davon ab, dass der Vermieter die bestmögliche Verbesserung durchführt, sondern dass er überhaupt eine Verbesserungsarbeit durch-

¹⁶⁴ Vgl. 4 Ob 2313/96t (OGH 12.11.1996) = EW_r III/863 A/9 f.

¹⁶⁵ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): MRG idF WRN 2009, ÖVI, Wien, S. 105.

¹⁶⁶ Vgl. 5 Ob 151/02w (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 101; 5 Ob 160/09d (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 147.

¹⁶⁷ Vgl. 5 Ob 26/89 (OGH 02.05.1989) = wobl 1989, 41; *Vonkilch, Andreas* in *Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas* (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., Springer, Wien, § 8 MRG Rz 33 f.

¹⁶⁸ Vgl. 5 Ob 160/09d (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 147; 5 Ob 152/11f (OGH 25.08.2011) = wobl 2012, 18.

¹⁶⁹ Vgl. 5 Ob 18/92 (OGH 10.03.1992) = wobl 1992, 132.

führt. Die Auswahl der Verbesserungsarbeiten bleibt dem Vermieter vorbehalten.¹⁷⁰

Eine Einschränkung erfolgt lediglich durch die gebotene Beachtung des Schonungsprinzips gem. § 8 Abs 3 MRG. Maßgeblich ist, ob der Eingriff in das Mietrecht unumgänglich, sachlich geboten oder zumindest für die Erreichung des Arbeitsziels sinnvoll erscheint. Der Gesetzgeber stellt keineswegs nur auf die Notwendigkeit des Eingriffes ab. Selbst wenn die Verbesserungsarbeiten unter erhöhten Mühen und Komplikationen ohne Eingriff in das Mietrecht vorgenommen werden könnten, lässt § 8 Abs 2 Z 1 MRG den Eingriff zu, wenn er sich als zweckmäßig, möglicherweise einfachere, wirtschaftlichere und bessere Maßnahme zur Erreichung des Arbeitsziels herausstellt.¹⁷¹ Der Vermieter muss daher die Maßnahme nicht so ausführen, dass ein Mieter möglichst wenig beeinträchtigt wird.

Das in § 8 Abs 3 MRG normierte Schonungsprinzip macht es jedoch dann, wenn eine für den Mieter schonendere und für den Vermieter nicht ungünstigere Alternative zur Erreichung desselben Zwecks offen steht, erforderlich, dass der Vermieter diese Alternative ergreift.¹⁷²

Eine Verbesserungsarbeit strebt an, aus dem bestehenden Zustand einen besseren, vorteilhafteren, aus verschiedenen Gründen positiver bewerteten zu machen, auch wenn der gegenwärtige Zustand nicht mangelhaft erscheint.¹⁷³ Ergibt die Abwägung der mit einer konkreten Maßnahme verbundenen Vor- und Nachteile unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein Überwiegen der Vorteile, so liegt eine derartige Verbesserungsarbeit vor, die der Mieter bzw. Nutzungsberechtigte nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG zu dulden hat, ohne dass eine weitere Interessenabwägung vorzunehmen wäre.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Vgl. 5 Ob 20/11v (OGH 07.10.2011) = wobl 2012, 18.

¹⁷¹ Vgl. 5 Ob 26/89 (OGH 02.05.1989) = wobl 1989, 41.

¹⁷² Vgl. 5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.

¹⁷³ Vgl. 5 Ob 15/92 (OGH 10.03.1992) = wobl 1992, 123.

¹⁷⁴ Vgl. 5 Ob 20/11v (OGH 07.10.2011) = wobl 2012, 18; 5 Ob 151/02w (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 101.

Der OGH hatte jüngst in einer Entscheidung die Duldung von Eingriffen in das Benützungsrecht infolge eines Lifteinbaus zu beurteilen.¹⁷⁵

Im Anlassfall war die Neuerrichtung einer Liftanlage geplant, wodurch es für den Mieter zu einer dauerhaften Verkleinerung seines Mietobjektes kommen würde.

Dass es sich bei einem Lifteinbau um eine Verbesserungsarbeit iSd § 8 Abs 2 Z 1 MRG handelt, wurde in der Rsp schon mehrfach bejaht.¹⁷⁶ Wesentlich ist hier allerdings, ob die vorgesehene Verkleinerung der Wohnung und die damit einhergehende Grundrissumgestaltung noch eine vom Mieter nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG zu duldende Veränderung darstellt, oder aber wegen der damit verbundenen tiefgreifenden Umgestaltung den Begriff der „Veränderung des Mietgegenstandes“ überschreitet.

Bei der Beurteilung ist dem Gericht ein Wertungsspielraum eingeräumt.¹⁷⁷ Dieser Wertungsspielraum hat sich jedoch wie bereits erwähnt nicht auf die Frage der Zumutbarkeit der Veränderung des Mietgegenstandes, sondern einzig und allein darauf zu beziehen, ob nach der Veränderung noch vom „selben“ Mietgegenstand auszugehen ist. Es ist daher anhand eines objektiven, nicht an den Bedürfnissen des konkreten Mieters orientierten Maßstabs zu beurteilen.¹⁷⁸

Für die Beurteilung, ob noch von einer „Veränderung des Mietgegenstandes“ auszugehen ist, kann die Frage, in welchem Ausmaß, gemessen an der Gesamtnutzfläche, die Nutzfläche des Mietgegenstandes verringert wird, eine Rolle spielen. So wurde beispielsweise die Abtretung von 1,725m² von einer Küche einer 125m² großen Wohnung als zu duldende Verringerung qualifiziert.¹⁷⁹

Es kommt für die Beurteilung, ob es sich noch um eine bloße Veränderung oder schon um eine so tiefgreifende Umgestaltung des Mietgegenstandes handelt, dass sie nicht mehr unter § 8 Abs 2 Z 1 MRG subsumiert werden kann, aber nicht nur

¹⁷⁵ Vgl. 5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.

¹⁷⁶ Vgl. 5 Ob 26/89 (OGH 02.05.1989) = wobl 1989, 41; 5 Ob 151/02w (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 101; 5 Ob 160/09d (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 147; Das Fehlen einer unmittelbaren Verpflichtung zur Errichtung eines Lifts steht der Duldungspflicht des Mieters nicht entgegen.

¹⁷⁷ Vgl. 5 Ob 240/99a (OGH 12.10.1999) = MietSlg 51.251.

¹⁷⁸ Vgl. 5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.

¹⁷⁹ Vgl. 5 Ob 26/89 (OGH 02.05.1989) = wobl 1989, 41.

auf eine Verringerung der Nutzfläche an, sondern darauf, ob durch die Veränderung der Mietgegenstand in einem wesentlichen Punkt seiner Funktion nicht mehr entspricht.¹⁸⁰

Im dem hier vorliegenden Sachverhalt kam der OGH zu dem Ergebnis, dass bei einer ca. 86m² großen Wohnung, die 4,6m² Nutzfläche in einem Hauptwohnraum einbüßen würde, von keinem so weitgehenden Funktionsverlust gesprochen werden, dass nach dem geplanten Lifteinbau eine gänzlich veränderte Wohnung vorläge. Er führte weiter aus, dass der Nutzflächenverlust einen durchaus massiven Eingriff in die Grundrissgestaltung des einen Hauptraumes bedingt. Ein verbleibender Raum von ca. 20m² ist aber gleich wie ein Raum mit 24,3m² als Wohnraum, wenngleich mit einem tatsächlich ungünstigeren Grundriss, anzusehen. Nach der Verkehrsanschauung kann nicht von einem tiefgreifenden Funktionsverlust ausgegangen werden.

Nach dem maßgeblichen objektiven Prüfmaßstab ist nicht entscheidend, wie der betroffene Mieter den Raum bisher nutzte und ob die dort vorhandenen Möbel „sinnvoll“ umgestellt werden können. Diese Frage wäre eventuell bei der Beurteilung, welche Entschädigung dem Mieter für diese Beeinträchtigungen zu leisten ist, relevant.¹⁸¹

Weiters hat der Mieter die vorübergehende Benützung und die Veränderung seines Mietgegenstandes zuzulassen, wenn und soweit ein solcher Eingriff in das Mietrecht zur Veränderung (Verbesserungen) in einem anderen Mietgegenstand notwendig, zweckmäßig und bei billiger Abwägung aller Interessen auch zumutbar ist. Die Zumutbarkeit wird insbesondere dann angenommen, wenn die Veränderung keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Mietrechts zur Folge hat.¹⁸²

Nach ständiger Rsp des OGH ist der Begriff des „anderen Mietgegenstands“ iSd § 8 Abs 2 Z 2 MRG keineswegs eng auszulegen.¹⁸³ Darunter werden nicht nur

¹⁸⁰ Vgl. 5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.

¹⁸¹ Vgl. 5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.

¹⁸² Vgl. § 8 Abs 2 Z 2 MRG.

¹⁸³ Vgl. 6 Ob 55/07t (OGH 25.05.2007) = wobl 2008, 12; 5 Ob 65/01x (OGH 27.03.2001) = wobl 2001, 276.

Bestandsobjekte, sondern auch Teile eines Hauses, die bisher weder zu Wohn- noch zu Geschäftszwecken benutzt wurden, subsumiert, also beispielsweise auch ein auszubauender Dachboden. Der „andere Mietgegenstand“ kann auch ein Wohnungseigentumsobjekt sein.¹⁸⁴

Damit ist hinreichend geklärt, dass auch ein Dachbodenausbau durch einen Wohnungseigentümer nicht unter § 8 Abs 2 Z 1 MRG zu subsumieren ist, weil es sich dabei naturgemäß nicht um Erhaltungs- oder Verbesserungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Miethauses handelt, sondern unter § 8 Abs 2 Z 2 MRG.¹⁸⁵

Zur Darlegung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Eingriffs in das Mietrecht ist weder die Einleitung noch der Abschluss eines Baubewilligungsverfahrens erforderlich. Es bedarf auch keiner Prüfung der behördlichen Genehmigungsfähigkeit des Projektes.¹⁸⁶

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist eine Interessenabwägung, bei der auch subjektive Komponenten, wie etwa hohes Alter, Größe der Wohnung zu berücksichtigen sind, vorzunehmen.¹⁸⁷ Außer Betracht bleibt allerdings die Höhe des vom Mieter entrichteten Hauptmietzinses.¹⁸⁸

Es wurde auch bereits mehrmals judiziert, dass der Mieter unter den Zumutbarkeitsvoraussetzungen des § 8 Abs 2 Z 2 MRG die Verlegung bzw. sogar eine geringfügige Verkleinerung einer von ihm mitbenützten Dachbodenfläche dulden muss, um einen Dachgeschoßausbau zu ermöglichen. Im Falle der Bereitstellung eines Ersatzraumes muss der Mieter auch ein mitgemietetes, also ihm zur alleinigen Nutzung überlassenes Dachbodenabteil im Verfahren gem. § 37 Abs 1 Z 5 iVm § 8 Abs 2 Z 2 MRG aufgeben, um dem Vermieter den Ausbau des Dachbodens bzw. den Verkauf des Dachbodens zum Zweck des Ausbaus durch den Käufer zu ermöglichen.

¹⁸⁴ Vgl. 5 Ob 86/89 (OGH 03.10.1989) = wobl 1990, 56.

¹⁸⁵ Vgl. *Limberg, Clemens* (2010): Entschädigung bei Dachausbau durch WEer?, *immolex* 2010, 98.

¹⁸⁶ Vgl. 5 Ob 65/01x (OGH 27.03.2001) = wobl 2001, 276.

¹⁸⁷ Vgl. 5 Ob 240/99a (OGH 12.10.1999) = *MietSlg* 51.251; 5 Ob 1037/93 (OGH 29.06.1993) = *EW r* I/8/14 f.

¹⁸⁸ Vgl. 5 Ob 109/90 (OGH 30.04.1991) = *EW r* I/8/1.

Der gebotene Schutz des Mieters wird dabei durch die vorgeschriebene billige Abwägung aller Interessen sichergestellt.

Sofern es sich bei den mitbenutzten Dachbodenräumen um eine „Allgemeinfläche“ handelt, hat der Gesetzgeber in § 18c Abs 2 MRG als Sondervorschrift zu § 8 MRG besondere Duldungspflichten des Mieters normiert.¹⁸⁹

§ 18c Abs 2 MRG erlaubt also nur die Einschränkung von Mitbenutzungsrechten an allgemeinen Teilen der Liegenschaft, nicht aber von Sonderrechten an räumlich abgegrenzten mitvermieteten Räumlichkeiten wie z.B. Dachbodenabteile.

§ 18c Abs 2 MRG verpflichtet den Mieter zur Duldung des Dachbodenausbaus unter der Voraussetzung, dass ihm entweder gleichwertige Benützungsrechte oder die sonstige Möglichkeit zur gleichwertigen Befriedigung seiner Interessen eingeräumt werden oder der Verlust des Benützungsrechts unter Berücksichtigung der bisherigen Ausübung in Form einer Geldentschädigung abgegolten wird. Es kommt hierbei auf die tatsächliche Ausübung dieser Benützungsrechte an.¹⁹⁰

Nach § 37 Abs 1 Z 5 MRG entscheidet das Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Miethaus gelegen ist, im Verfahren außer Streitsachen über Anträge auf Duldung von Eingriffen in das Mietrecht zur Durchführung von Verbesserungs-, Änderungs- und Errichtungsarbeiten einschließlich des Anspruches auf angemessene Entschädigung. Nach der höchstgerichtlichen Rsp gehören dazu nicht nur die Streitigkeiten über Duldungspflichten des Mieters, sondern auch seine Unterlassungs- und Wiederherstellungsansprüche.¹⁹¹

5.4.3. Entschädigung des Mieters

Die Bestimmung des § 8 Abs 3 MRG sieht vor, dass alle Verbesserungs-, Änderungs- und Errichtungsarbeiten, die ein Mieter gem. § 8 Abs 2 MRG zuzu-

¹⁸⁹ Vgl. 5 Ob 60/99f (OGH 23.03.1999) = wobl 1999, 200.

¹⁹⁰ Vgl. 5 Ob 53/03k (OGH 09.09.2003) = Zivilrechtsinfo 2003, 442.

¹⁹¹ Vgl. 6 Ob 206/00p (OGH 30.08.2000); 2 Ob 516/92 (OGH 15.01.1992) = wobl 1992, 140.

lassen hat, unter möglicher Schonung des betroffenen Mieters durchzuführen sind.¹⁹² Für wesentliche Beeinträchtigungen hat der Vermieter den Mieter, der hierdurch in seinen Rechten beeinträchtigt wird, angemessen zu entschädigen, wobei im Fall von zumindest grob fahrlässigem Verhalten dem Mieter auch immaterieller Schaden zu ersetzen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung trifft die in § 8 Abs 3 MRG normierte Ersatzpflicht für Beeinträchtigungen des betroffenen Mieters denjenigen, dem die Arbeiten zuzurechnen sind.¹⁹³ Die Ersatzpflicht trifft nicht jedenfalls auch den Vermieter.

Gemäß OGH resultiert diese Entschädigungspflicht nicht aus einer fraglichen Haftung, sondern stellt eine „Eingriffshaftung eigener Art“ dar, für die Rechtswidrigkeit genauso wenig Haftungs Voraussetzung ist wie Verschulden.¹⁹⁴ Hat also nicht der Vermieter den Eingriff gesetzt, sondern ein anderer, z.B. ein anderer Wohnungseigentümer, so ist dieser zur Entschädigung nach § 8 Abs 3 MRG verpflichtet.

5.4.4. Resümee

Der Mieter hat die vorübergehende Benützung und (dauernde) Veränderungen des eigenen Mietgegenstandes zuzulassen, wenn dies notwendig oder zweckmäßig ist, um Verbesserungsarbeiten iSd § 8 Abs 2 Z 1 MRG am Haus, wie etwa die Neuerrichtung einer Liftanlage, durchzuführen.

Die vorübergehende Benützung bzw. (dauernde) Veränderung ist auch zu dulden, wenn dies zur Verbesserung eines „anderen Mietgegenstandes“, worunter auch ein auszubauender Dachboden im Wohnungseigentum subsumiert wird, notwendig, zweckmäßig und zumutbar ist. Die Zumutbarkeit ist anzunehmen, wenn die Veränderung keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Mietrechts zur Folge hat. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist eine Interessen-

¹⁹² Vgl. 5 Ob 18/92 (OGH 10.03.1992) = wobl 1992, 132.

¹⁹³ Vgl. 5 Ob 251/02a (OGH 20.11.2002) = wobl 2004, 81; 5 Ob 297/99h (OGH 15.06.2000) = immolex 2000, 195.

¹⁹⁴ Vgl. 5 Ob 169/09b (OGH 24.11.2009) = immolex 2010, 98.

abwägung, bei der auch subjektive Komponenten, wie etwa hohes Alter, Größe der Wohnung zu berücksichtigen sind, vorzunehmen.

Der Mieter hat somit unter den genannten Voraussetzungen die Neuschaffung von Miet- bzw. Wohnungseigentumsobjekten durch den Ausbau des Dachbodens zu dulden.

Wenn dadurch in bestehende Rechte von Mietern eingegriffen wird, beispielsweise die Möglichkeit des Wäschetrocknens wegfallen würde, besteht die Duldungspflicht nur, wenn dem Betroffenen entweder eine entsprechende (gleichwertige) Ersatzmöglichkeit (zum Wäschetrocknen) geschaffen oder eine entsprechender Geldersatz geleistet wird.

Alle zu dulgenden Verbesserungs-, Änderungs- oder Erhaltungsarbeiten sind gem. § 8 Abs 3 MRG möglichst schonungsvoll durchzuführen. Es darf nicht mehr als unbedingt nötig in die Rechte des Mieters eingegriffen werden. Maßgeblich ist, ob der Eingriff in das Mietrecht unumgänglich, sachlich geboten oder zumindest für die Errichtung des Arbeitsziels sinnvoll erscheint.

Für wesentliche Beeinträchtigungen hat derjenige, der die Arbeiten durchführen lässt, den Mieter, der hierdurch in seinen Rechten beeinträchtigt wird, angemessen zu entschädigen.

6. Erwerb bei bestehendem Wohnungseigentum

Das Wohnungseigentum ist auf Dauer angelegt. Eine Teilung der Liegenschaft, wie etwa bei schlichtem Miteigentum, ist nicht vorgesehen und auch nicht erwünscht. Das WEG nennt bekanntlich drei Kategorien bei im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaften: Wohnungseigentumsobjekte, Zubehör und allgemeine Teile der Liegenschaft.

Sollte der Dachboden nicht schon im Zuge der Nutzwertfestsetzung als eigene Wohnungseigentumseinheit gewidmet worden sein, ist er allgemeiner Teil des Hauses und steht daher im ideellen Miteigentum aller Wohnungseigentümer.

6.1. Sicherungsmittel

Unausgebaute Dachböden stehen meist im Miteigentum aller Hauseigentümer. Es kann aber auch sein, dass Sondernutzungsrechte Einzelner am Dachboden oder Teilen davon bestehen, etwa weil ihnen die Wohnungseigentumsgemeinschaft diese Flächen zur alleinigen Benutzung vermietet oder verliehen hat.

Je nachdem, ob und in welcher Form der bestehende Dachboden genutzt werden soll, gibt es unterschiedliche Möglichkeiten der Sicherung.

6.2. Benützungsregelung gem. § 17 WEG

Die Benützungsvereinbarung¹⁹⁵ ist die Zuweisung körperlich begrenzter Teile zur ausschließlichen, auf Dauer oder zumindest längere Zeit gedachten Benützung an die bzw. den Teilhaber.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den Bezeichnungen „Benützungsregelung“ und „Benützungsvereinbarung“.

¹⁹⁶ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 195.

Benützungsregelungen im Wohnungseigentum können nur über die verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft getroffen werden.¹⁹⁷ Die Definition des Begriffes „allgemeine Teile der Liegenschaft“ ist in § 2 Abs 4 WEG normiert.

Die Verfügbarkeit des Liegenschaftsteils setzt voraus, dass dieser nicht durch Gesetz oder Vereinbarung, etwa zufolge eines aufrechten Mietvertrages oder einer schon bestehenden Gebrauchsordnung in dinglicher Sondernutzung steht. Entscheidend ist somit die rechtliche Verfügbarkeit der in Betracht kommenden Liegenschaftsteile.¹⁹⁸ An allgemeinen Teilen der Liegenschaft, die ihrer Bestimmung nach unabdingbar von allen Miteigentümern zu benutzen sind, wie z.B. Hauseingang oder Stiegenhaus, kann ebenfalls mangels Verfügbarkeit keine Benützungsvereinbarung bestehen.¹⁹⁹

Zu beachten ist, dass solche Nutzungsrechte Einzelner auch ohne ausdrückliche Vereinbarung entstehen können. Als Beispiel sei erwähnt, wenn in einem Mietshaus einzelne Mieter mit Wissen der Eigentümer den Dachboden zum Wäschetrocknen benutzen. Häufig gibt es darüber mündliche Absprachen, die nicht dokumentiert sind. Wird für die Dachbodennutzung ein gesondertes Entgelt gezahlt, kann sogar schlüssig ein Mietvertrag über diese Fläche zustande gekommen sein.

Ob ein Dachboden zur Verfügung steht oder nicht, ist als Vorfrage in einem Außerstreitverfahren zu klären.²⁰⁰

Auch ein ausbaufähiger Dachboden kann Gegenstand einer Benützungsregelung sein.²⁰¹ Eine Einigung sämtlicher Wohnungseigentümer über den nachträglichen Einbau eines Liftes, etwa im Zuge eines Dachbodenausbaus, dessen Nutzung denjenigen Wohnungseigentümern zukommen soll, die sich anteilig an den

¹⁹⁷ Vgl. § 17 Abs 1 WEG.

¹⁹⁸ Vgl. 5 Ob 235/02w (OGH 05.11.2002) = EWär II/15/51 f.

¹⁹⁹ Vgl. 5 Ob 201/09h (OGH 11.02.2010) = MietSlg 51.555.

²⁰⁰ Vgl. 5 Ob 47/97s (OGH 25.02.1997) = MietSlg 16.039.

²⁰¹ Vgl. 5 Ob 205/03p (OGH 21.10.2003) = wobl 2004, 25.

Errichtungs- und Betriebskosten beteiligen, stellt ebenso eine Benützungsvereinbarung dar.²⁰²

Eine gewöhnliche Benützungsvereinbarung bewirkt nur die Umgestaltung allgemeiner Gebrauchsbefugnisse eines Mit- und Wohnungseigentümers in Sondernutzungsrechte an bestimmten (gemeinsamen) Teilen der Liegenschaft, nicht jedoch Substanzveränderungen.²⁰³ Es besteht daher auch kein Recht zum Dachbodenausbau. Die Durchsetzung einer baulichen Veränderung findet in § 17 WEG keine Deckung. Hierbei ist vielmehr ein Vorgehen nach § 16 Abs 2 WEG notwendig.²⁰⁴

Liegt keine wirksame Benützungsregelung vor, kommt jedem Wohnungseigentümer das Recht zur Nutzung des Dachbodens als allgemeiner Teil der Liegenschaft zu. Der Gebrauch ist jedoch nur insoweit zulässig, als dadurch nicht der Gebrauch der anderen Miteigentümer gestört wird.²⁰⁵

Wird der Dachboden entgegen den Anordnungen einer wirksamen Benützungsregelung von einem Wohnungseigentümer benützt, so stellt dies eine eigenmächtige Störung dar. Jedem Wohnungseigentümer, der dadurch beeinträchtigt wird, kommt ein im streitigen Rechtsweg durchsetzbarer Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch als Ausfluss seines Anteils- und Verfügungsrechts gegen den Störer zu.²⁰⁶

6.2.1. Zustandekommen der Benützungsregelung

Nach § 17 Abs 1 WEG können sämtliche Wohnungseigentümer schriftlich eine Vereinbarung über die Benützung der verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft treffen.

²⁰² Siehe dazu MietSlg 45.548.

²⁰³ Vgl. 5 Ob 205/03p (OGH 21.10.2003) = wobl 2004, 25; 5 Ob 174/02b (OGH 12.09.2002) = ecollex 2003, 5; 1 Ob 47/04z (OGH 18.03.2004) = immolex 2005, 11.

²⁰⁴ Vgl. 5 Ob 69/06t (OGH 30.05.2006) = EWär W/17/9 ff; siehe dazu Prader, Christian (2011): WEG 2002. 3. Aufl., MANZ, Wien, § 17 E 69.

²⁰⁵ Vgl. 5 Ob 61/06s (OGH 21.03.2006).

²⁰⁶ Vgl. 5 Ob 106/03d (OGH 07.10.2003) = EWär W/17/1 ff.

Seit dem Inkrafttreten des WEG 2002 ist für das wirksame Zustandekommen einer Benützungsregelung die Schriftform notwendig. Alle Wohnungseigentümer müssen die Vereinbarung unterfertigen. Damit scheidet im WEG ein konkludenter Neuabschluss einer Benützungsregelung aus.²⁰⁷ Die Abänderung einer Benützungsvereinbarung ist nur einstimmig möglich.²⁰⁸

Benützungsregelungen, die die Miteigentümer bindet, können auch unmittelbar in gleich lautenden Kauf- und Wohnungseigentumsverträgen aufgenommen oder in einer eigenen Vereinbarung getroffen werden. Die in derartigen Summenverträgen getätigte Zusage ist als einstimmige Benützungsvereinbarung wirksam.²⁰⁹

Jeder Wohnungseigentümer kann auch eine gerichtliche Benützungsregelung oder die gerichtliche Abänderung einer bestehenden Regelung beantragen.²¹⁰

Antragslegitimiert ist jeder einzelne Wohnungseigentümer und auch Wohnungseigentumsbewerber, sofern eine Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist und zumindest ein Wohnungseigentumsbewerber Miteigentum erworben hat.²¹¹

Sofern noch keine Benützungsregelung über den Regelungsgegenstand besteht, bedarf der Antrag keiner speziellen Begründung.²¹² Liegt jedoch bereits eine Regelung darüber vor, kann eine Änderung nur aus wichtigen Gründen erfolgen.

Die Benützungsregelung ist eine von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung. Es sind daher im Rahmen einer Interessenabwägung die persönlichen und familiären Verhältnisse der Teilhaber zu berücksichtigen.²¹³

²⁰⁷ Vgl. 5 Ob 51/08y (OGH 14.05.2008) = EWär W/38/4 ff.

²⁰⁸ Vgl. 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = immolex 2002, 60.

²⁰⁹ Vgl. Prader, Christian (2011): WEG 2002. 3. Aufl., MANZ, Wien, § 17 E 2; siehe dazu MietSlg 48.494.

²¹⁰ Vgl. § 17 Abs 2 erster Satz WEG.

²¹¹ Siehe § 37 Abs 5 WEG; 5 Ob 77/04s (OGH 14.09.2004) = EWär W/24/5 ff.

²¹² Vgl. 5 Ob 159/06b (OGH 12.09.2006) = immolex 2007, 40 = wobl 2007, 4.

²¹³ Vgl. 9 Ob 82/01a (OGH 23.05.2001) = immolex 2002, 30; 9 Ob 22/03f (OGH 21.05.2003) = MietSlg 55.066.

Grundsätzlich können Benützungsregelungen als Dauerrechtsverhältnis aus wichtigen Gründen durch formlose Erklärung vorzeitig aufgelöst werden.²¹⁴ Es macht dabei keinen Unterschied, ob eine Benützungsregelung durch Vereinbarung oder durch den Außerstreitrichter zustande gekommen ist.

Die Benützungsvereinbarung gilt für die vereinbarte Dauer. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt sie auf unbestimmte Zeit, längstens aber bis zu einer neuerlichen Regelung bzw. einer gemeinschaftlichen Auflösungserklärung.

Sowohl die Benützungsvereinbarung als auch eine gerichtliche Benützungsregelung wird durch den Wechsel eines Wohnungseigentümers nicht berührt.²¹⁵ Die Bindung des Einzelrechtsnachfolgers besteht unabhängig davon, ob die Benützungsvereinbarung aus dem Grundbuch ersichtlich ist oder nicht.²¹⁶

Die Benützungsregelung ist bei Festsetzung durch das Gericht von Amts wegen, sonst, sofern die Unterschrift auch nur eines Wohnungseigentümers öffentlich beglaubigt ist, auf Antrag dieses oder eines anderen Wohnungseigentümers im Grundbuch ersichtlich zu machen.²¹⁷

6.2.2. Benütungsentgelt

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung des OGH sprach dieser neuerlich aus, dass eine Benützungsregelung grundsätzlich jedem Miteigentümer eine annähernd seinem Miteigentumsanteil entsprechende Nutzung der gemeinschaftlichen Sache zu verschaffen habe.²¹⁸

Unvermeidliche Begünstigungen oder Benachteiligungen sind durch die Einhebung eines angemessenen Benütungsentgelts auszugleichen, wobei eine alle Miteigentümer umfassende Interessenabwägung, die die persönliche Verhältnisse

²¹⁴ Vgl. 7 Ob 207/97k (OGH 13.07.1998) = EWär III/1118 A/69 ff.

²¹⁵ Vgl. § 17 Abs 3 erster Satz WEG.

²¹⁶ Vgl. *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): WEG idF WRN 2009. ÖVI, Wien, S. 199.

²¹⁷ Vgl. § 17 Abs 3 zweiter Satz WEG.

²¹⁸ Vgl. 5 Ob 69/11z (OGH 07.07.2011).

und die insgesamt vorhandene Nutzungsmöglichkeit der gemeinschaftlichen Sache berücksichtigt, vorgenommen werden muss.²¹⁹

Hinsichtlich der Höhe des Benützungsentgelts kann die Frage erzielbarer Mietzinseinnahmen von Bedeutung sein.²²⁰

6.3. Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG 2002

Nach der neueren Rsp des OGH ist die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG auch dann zulässig, wenn ein Objekt, an dem bereits WE begründet wurde, durch bauliche Maßnahmen in mehrere selbständige Wohnungseigentumseinheiten geteilt werden soll.²²¹

Die grundbücherliche Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum muss sich auf ein bestimmtes, dem zu übertragenden Miteigentumsanteil (Mindestanteil) entsprechendes Objekt beziehen, was die möglichst genaue Bezeichnung des Objektes voraussetzt.

Nach ständiger Rsp des OGH reicht bei bereits bestehenden Objekten die Angabe der topografischen Bezeichnung aus, um den Zweck der Anmerkung zu erfüllen.²²² Zweck der Anmerkung ist wie bereits ausführlich dargelegt die Rangsisicherung für die spätere Einverleibung des konkret zugesagten Rechts an der Dachgeschoßwohnung.

In der Praxis wird eine Identifizierung regelmäßig nur durch die Bezugnahme auf den behördlich genehmigten Bauplan gelingen.

²¹⁹ Vgl. 5 Ob 2219/96a (OGH 24.09.1996) = wobl 1993, 19; Prader, Christian (2011): WEG 2002. 3. Aufl., MANZ, Wien, § 17 E 10.

²²⁰ Vgl. 9 Ob 82/01a (OGH 23.05.2001) = immolex 2002, 30.

²²¹ Vgl. 5 Ob 31/07f (OGH 20.03.2007) = immolex 2007, 197.

²²² Vgl. 5 Ob 304/02w (OGH 28.01.2003) = immolex 2003, 94; 5 Ob 31/07f (OGH 20.03.2007) = immolex 2007, 197.

7. (Weiter-)Veräußerung vor Fertigstellung

Viele Bauträger verkaufen die von Ihnen entwickelten Immobilien aufgrund einer entsprechenden Vertriebsstruktur mittlerweile selbst. In aller Regel wird die Wohnung beim Abschluss des Kaufvertrages jedoch erst gebaut oder befindet sich gerade im Planungsprozess.

Für die Käuferseite ergeben sich dadurch eine Reihe von Vorteilen, zum Beispiel die Möglichkeit sich in einer sehr frühen Phase an einem Projekt zu beteiligen und seine persönlichen Vorstellungen bei Architektur und Ausstattung einbringen zu können.

Der Wohnungswerber, der direkt vom Bauträger kauft, hat meist schon während der Bauphase finanzielle Mittel für die Realisierung aufzubringen, sei es durch direkte Geldleistungen oder Anzahlungen.

7.1. Durchgreifende Erneuerung

Gem. § 2 Abs 1 BTVG ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen.

Der Gesetzgeber definiert den Begriff der „durchgreifenden Erneuerung“ nicht.²²³ Nach den Materialien ist von einer „durchgreifenden Erneuerung“ von Wohnungen, Geschäftsräumen oder Gebäuden auszugehen, wenn die Sanierungs- bzw Umbaumaßnahmen am Vertragsobjekt in einer Bauphase ansetzen, die in etwa mit dem Stadium nach Fertigstellung des Rohbaus und des Dachs eines erst zu errichtenden Objekts verglichen werden kann. Als weiterer Anhaltspunkt für eine „durchgreifende Erneuerung“ können die Kosten der Renovierung heran-

²²³ Vgl. 8 Ob 113/04g (OGH 17.02.2005) = wobl 2006, 59.

gezogen werden: Wenn diese die Hälfte der gesamten (fiktiven) Neuherstellungskosten erreichen, so wird der Vertrag als Bauträgervertrag zu qualifizieren sein.²²⁴

Nach der Rsp ist von einer "durchgreifende Erneuerung" iSd BTVG bereits dann grundsätzlich auszugehen, wenn sich der Verkäufer verpflichtet hat, den Grundriss einer bestehenden Wohnung zu ändern, allgemeine Teile des Hauses in diese Wohnung einzubeziehen, sämtliche elektrische Leitungen und die Türen zu erneuern sowie völlig neue sanitäre Einrichtungen zu schaffen.²²⁵

Maßgeblich ist, dass die Wohnung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages noch durchgreifend zu erneuern war, d.h. dass das Objekt noch nicht fertig gestellt war. Ist an der betreffenden Wohnung bereits Wohnungseigentum zugunsten des Verkäufers begründet, dann ist der Bauträgervertrag ein reiner Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil, mit dem Wohnungseigentum an der betreffenden Wohnung untrennbar verbunden ist.

Im Zusammenhang mit Altbau und Sanierung werden Bauträgerverträge über "durchgreifend zu erneuernde" Objekte regelmäßig wohl bei Dachbodenausbauten vorliegen.²²⁶

7.2. Sicherung nach BTVG

Wer „vom Plan Weg“ eine (Dachgeschoß-)Wohnung kauft, ist dem permanenten Risiko ausgesetzt, dass der Bauträger vor Fertigstellung zahlungsunfähig wird.

Für ein hohes Maß an Schutz sorgt das Bauträgervertragsgesetz, das als zentralen Punkt die Absicherung des Erwerbers für vor Fertigstellung des Bauvorhabens geleistete Zahlungen vorsieht.²²⁷ Der Bauträger muss das Vertragsverhältnis so gestalten, dass die Rechte des Käufers sichergestellt werden. Der Bauträger-

²²⁴ Vgl. ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 13.

²²⁵ Vgl. 8 Ob 113/04g (OGH 17.02.2005) = wobl 2006, 59.

²²⁶ Der Bauträgervertrag ist als Vertrag sui generis anzusehen, mit Elementen eines Kauf- und Werkvertrages; Zudem sind die Regeln des Bestand-, Leasing- und Wohnungseigentumsrechts zu berücksichtigen.

²²⁷ Vgl. § 7 Abs 1 BTVG.

vertrag muss jedenfalls die Art der Sicherung enthalten.²²⁸ Überdies hat der Bauträger dem Erwerber alle wesentlichen Informationen über den Vertragsinhalt rechtzeitig mitzuteilen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht eine Woche vor Abgabe der Vertragserklärung des Erwerbers nach, kann dieser von seiner Erklärung zurücktreten.²²⁹

Das BTVG schreibt konkrete Sicherungssysteme zugunsten des Erwerbers vor. Der Bauträger muss zumindest eines der gesetzlich geregelten Sicherungsmodelle dem Vertrag zugrunde legen, wobei mehrere Sicherungsarten auch kombinierte werden können.²³⁰ In der Praxis wird vor allem die „schuldrechtliche“ und „grundbücherliche“ Sicherung angewendet.

7.2.1. Schuldrechtliche Sicherung

Bei der schuldrechtlichen Sicherstellung hat der Bauträger dem Erwerber eine (Bank-)Garantie oder eine geeignete Versicherung zur Absicherung allfälliger Rückforderungsansprüche zu übergeben.²³¹ Eine Bankgarantie muss abstrakt formuliert sein, d.h. sie darf an keine Bedingungen geknüpft werden.²³² Der Abschluss eines Versicherungsvertrages hat bis dato in der Praxis keine Anwendung gefunden.

Als Garanten kommen Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, die zur Geschäftsausübung im Inland berechtigt sind, oder inländische Gebietskörperschaften in Frage.²³³

Die Sicherungspflicht erstreckt sich nicht nur auf die Höhe der vom Käufer geleisteten Zahlungen, sondern auch auf Zinsen für drei Jahre bis zu der in § 14 Abs 1 genannten Höhe.²³⁴

²²⁸ Vgl. § 4 Abs 1 Z 7 BTVG.

²²⁹ Siehe § 5 Abs 1 und 2 BTVG.

²³⁰ Vgl. § 7 Abs 2 BTVG.

²³¹ Vgl. § 8 Abs 1 BTVG.

²³² Ausgenommen ist die Bedingung, dass der Erwerber den Betrag, den er von der Bank fordert, ordnungsgemäß bezahlt haben muss.

²³³ Vgl. § 8 Abs 3 BTVG.

²³⁴ Vgl. § 8 Abs 1 zweiter Satz BTVG.

Die Rückforderungsansprüche umfassen sämtliche Forderungen auf Rückzahlung der vom Erwerber geleisteten Beträge. Darunter sind grundsätzlich alle Zahlungen zu subsumieren, die der Erwerber vor Fälligkeit, entgegen den Bestimmungen des BTVG oder auch nach Vertragsaufhebung beispielsweise wegen Rücktritts geleistet hat. Bloße Gewährleistungsansprüche sind nicht umfasst. Sie werden vielmehr durch den für den Bauträger verpflichtend zu gewährenden Haftrücklass gedeckt.²³⁵

Die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Erwerber gilt allerdings automatisch als Rücktritt vom Bauträgervertrag.²³⁶ Zu beachten ist, dass der Rücktritt nur dann zulässig ist, wenn der Erwerber dafür einen wichtigen Grund iSd § 918 ABGB hat.

Die Bankgarantie kann durch eine der Höhe nach begrenzte Fertigstellungsgarantie ersetzt werden.²³⁷ Sie soll als taugliches Sicherungsinstrument nicht nur die tatsächliche Fertigstellung garantieren, sondern auch die Rückforderungsansprüche samt Zinsen decken.

7.2.2. Grundbücherliche Sicherung

Der Erwerber kann auch durch eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan gesichert werden.²³⁸

Bei diesem Sicherungssystem muss der Bauträger zwingend einen Treuhänder bestellen.²³⁹ Als Treuhänder kann nur ein Rechtsanwalt oder Notar bestellt werden.²⁴⁰ § 12 Abs 3 BTVG regelt die Verpflichtungen des Treuhänders. Er muss vor allem den Erwerber bei der Einhaltung des Ratenplans durch Überwachung des Baufortschrittes unterstützen.

²³⁵ Vgl. *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): *Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch*. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 190 f.

²³⁶ Vgl. § 8 Abs 5 zweiter Satz BTVG.

²³⁷ Vgl. § 8 Abs 2 BTVG.

²³⁸ Vgl. § 9 Abs 1 BTVG.

²³⁹ Vgl. § 12 Abs 1 BTVG.

²⁴⁰ Vgl. § 12 Abs 2 BTVG.

Bei der Zahlung nach Ratenplan ist der vereinbarte Kaufpreis in Raten zu entrichten, die nach Abschluss der festgelegten Bauabschnitte fällig werden.²⁴¹ Bei der Beurteilung, ob ein bestimmter Bauabschnitt abgeschlossen ist, wird sich der Treuhänder in der Regel eines sachverständigen Baufortschrittsprüfers bedienen.

Darin liegt auch der große Vorteil der grundbücherlichen Sicherung. Der Baufortschrittsprüfer, ein für den Hochbau zuständiger Ziviltechniker oder ein gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für das Bauwesen, übt in gewisser Weise eine begleitende Baukontrolle aus.

Dem Zusammenwirken des Treuhänders mit dem Baufortschrittsprüfer kommt daher zentrale Bedeutung zu. Der Treuhänder muss diesbezügliche Interessen des Erwerbers auch gegen die Interessen des Bauträgers bzw. der das Projekt finanzierenden Bank schützen.²⁴²

Schließlich hat der Treuhänder als Überwachungsorgan auch dafür Sorge zu tragen, dass die Lastenfreiheit der Liegenschaft hergestellt oder die künftige Lastenfreiheit, beispielsweise durch Abschluss einer entsprechenden Lastenfreistellungsvereinbarung, gesichert wird.²⁴³

7.3. Treuhänderrangordnung

In Erweiterung des mit dem BTVG verstärkten Schutzes des Erwerbers wurde die Möglichkeit zur Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG im Rang einer auf der vertragsgegenständlichen Liegenschaft angemerkten „Treuhänderrangordnung“ gem. § 42 WEG geschaffen. Unter der Treuhänderrangordnung ist die Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum zu verstehen.²⁴⁴ Sie ist Grundlage für die vom Gesetzgeber

²⁴¹ Vgl. § 10 Abs 1 BTVG.

²⁴² Vgl. *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): *Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch*. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 192.

²⁴³ Vgl. § 9 Abs 3 BTVG.

²⁴⁴ Vgl. § 42 WEG.

als ausreichende grundbücherliche Sicherheit iSd § 9 Abs 2 BTVG genannte Anmerkung gem. § 40 Abs 2 WEG.²⁴⁵

Die Treuhänderrangordnung, die zeitlich nicht befristet ist, bezieht sich anders als die Anmerkung gem. § 40 Abs 2 WEG nicht nur auf bestimmte einzelne Wohnungseigentumseinheiten, sondern auf die gesamte vom Bauträgervertrag umfasste Liegenschaft. Sie schützt die Rechte der Wohnungseigentumsbewerber vor dem Zugriff von Gläubigern des Bauträgers und ermöglicht die Fertigstellung bzw. Verwertung des Projektes im Fall der Insolvenz des Bauträgers.

Dies bedeutet, dass nachrangige Gläubiger nicht mehr die Möglichkeit haben, Liegenschaftsanteile selbständig zu verwerten. Vielmehr können spätere Wohnungskäufer bestehende im Rang der Treuhänderrangordnung schlechter gestellte Belastungen auch gegen den Willen der Gläubiger löschen. Es handelt sich um eine rangwahrende Anmerkung zugunsten der künftigen Erwerber.²⁴⁶

Die Treuhänderrangordnung kann nur auf Antrag des nach § 12 BTVG bestellten Treuhänders im Grundbuch angemerkt sowie gelöscht werden.²⁴⁷ Weiters muss auf der Liegenschaft bereits zumindest eine Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG oder das Miteigentum an einem Anteil auf Grund eines Vertrages, der Anspruch auf eine derartige Anmerkung gibt, einverleibt sein.²⁴⁸

Soweit für wohnungseigentumstaugliche Objekte noch keine Wohnungseigentumsbewerber vorhanden sind, übt der Treuhänder die Rechte aus, die den Bewerbern nach § 41 Abs 2 und § 44 WEG zustehen würden.²⁴⁹

Wohnungseigentumsbewerber können die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum im Rang der Anmerkung der Rangordnung verlangen.²⁵⁰

²⁴⁵ Vgl. *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): *Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch*. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 193.

²⁴⁶ Siehe *Dirnbacher, Wolfgang* (2009): *WEG idF WRN 2009*. ÖVI, Wien, S. 450 f.

²⁴⁷ Vgl. § 42 Abs 1 erster Satz WEG.

²⁴⁸ Vgl. § 42 Abs 1 WEG.

²⁴⁹ Vgl. § 42 Abs 2 lit. 1 WEG.

²⁵⁰ Vgl. § 42 Abs 2 lit. 2 WEG.

7.4. Kombination von Sicherungsinstrumenten

Soweit der Sicherungszweck dadurch nicht beeinträchtigt wird, können die Sicherungen auch nebeneinander eingesetzt oder nachträglich im Einvernehmen ausgetauscht werden.²⁵¹

Die Sicherungspflicht des Bauträgers endet jedenfalls erst mit der tatsächlichen Übergabe des fertig gestellten eigentlichen Vertragsgegenstandes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung.²⁵² Die Anmerkung gem. § 40 Abs 2 Satz 1 WEG wird vom Gesetzgeber als ausreichend grundbücherliche Sicherheit im Sinne des § 9 Abs 2 BTVG angesehen.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass in erster Linie eine Kombination zwischen Bankgarantie und grundbücherlicher Sicherung gewählt wird.²⁵³ So kann beispielsweise der Bauträger schon vor Erreichen des jeweiligen Baufortschrittes und somit außerhalb des Ratenplans eine Zahlung entgegennehmen, wenn die Rückforderungsansprüche des Erwerbers in entsprechender Höhe abgesichert sind. Nachdem der Baufortschritt erreicht und vom Sachverständigen geprüft wurde, geht der bereits vorweg bezahlte Betrag von der schuldrechtlichen in die grundbücherliche Sicherstellung über. Es besteht nunmehr die Möglichkeit, dass die ausgestellte Bankgarantie an das Bankinstitut zurückgestellt oder neuerlich zur Besicherung weiterer Kaufpreistraten herangezogen wird. In diesem Fall kann wiederum eine Zahlung vor Erreichung des entsprechenden Baufortschrittes verlangt werden.

Die Wirksamkeitsdauer der Bankgarantie kann dabei mit dem Erreichen des genannten Baufortschrittes beschränkt werden. Die anfänglich durch Bankgarantie besicherten Zahlungen des Erwerbers werden nun durch den Wert des Bauwerks gesichert.

²⁵¹ Vgl. § 7 Abs 3 BTVG.

²⁵² Vgl. § 7 Abs 5 BTVG.

²⁵³ Näheres dazu in *Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter* (2011): *Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch*. 6 Aufl., MANZ, Wien, S. 201 f.

Wichtig ist bei allen Kombinationsmodellen, dass dem Erwerber rechtzeitig die entsprechenden Informationen und Vertragsunterlagen übermittelt werden, um den Erfordernissen des BTVG nachzukommen.

8. Schlussfolgerungen

Die vorherigen Ausführungen haben den Zweck verfolgt, dem Praktiker einen Überblick über wohnrechtliche Sicherungsinstrumente beim Erwerb der Rechte am Dachgeschoß und den Stand der Rechtsprechung zu verschaffen, sowie Grenz- und Problemfälle aufzuzeigen.

Die zentrale Herausforderung der Gegenwart in den Großstädten ist die optimale, nachhaltige Nutzung des Bestandes. Durch zulässige Aufstockungen bzw. den Ausbau von Dachböden kann sowohl der Wert von (Zins-)Häusern wesentlich erhöht als auch neuer Wohnraum geschaffen werden. Es ist zu unterscheiden, ob eine Liegenschaft im Allein-, Mit- oder Wohnungseigentum steht bzw. die Absicht der Teilhaber besteht, Wohnungseigentum zu begründen.

Häufig gehört ein Zinshaus zunächst einem Alleineigentümer, der dann Wohnungseigentum begründet und die ausgebauten (Dachgeschoß-)Wohnungen der Reihe nach abverkauft. Es sind vermehrt die gewerblichen Bauträger und Immobilienentwickler, die die Zinshäuser kaufen, sanieren und parifizieren.

Mit dem zeitlichen Auseinanderfallen des Vertragsabschlusses und der Erlangung der gewünschten Rechtsstellung des Käufers im Grundbuch, besteht aus der Sicht des Käufers das notwendige Bedürfnis, diese ehestmöglich abzusichern.

Mit dem Anwartschaftsvertrag wird dem Käufer das Recht eingeräumt, später nach Nutzwertfestsetzung die Dachgeschoßwohnung zur ausschließlichen Nutzung in Wohnungseigentum zugeordnet zu bekommen.

Ein in der Praxis unverzichtbares Instrument für größtmögliche Sicherheit des Erwerbers ist „die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG“ im Grundbuch an der zu schaffenden Wohnung. Der Erwerber als Wohnungseigentumsbewerber erwirkt einen auch

gegen spätere Miteigentümer durchsetzbaren Anspruch auf Wohnungseigentumsbegründung an der Dachgeschoßwohnung.

Trotz zahlreicher Entscheidungen finden sich gerade bei Wohnungseigentumsverträgen von Bauträgern nach wie vor häufig unzulässige Nutzungsvorbehalte und Rechtseinräumungen zu Gunsten des Bauträgers oder Dritter am Dachboden. Sollte der Verkäufer der Rechte am Dachboden der ursprüngliche Alleineigentümer bzw. Wohnungseigentumsorganisator sein, erscheint eine genaue Prüfung des Erwerbers angebracht.

Nicht immer lassen sich aber Pläne rechtlich verwirklichen, die „stille Baulandreserven“ durch bautechnisch sinnvollen Ausbau des Dachbodens nutzbar zu machen.

Unausgebaute Dachböden („Rohdachböden“) stehen meist im Miteigentum aller Hauseigentümer.

Erwirbt der Käufer die Rechte am Dachboden „nur“ vom ideellen Miteigentümer, ist zu prüfen, ob der Veräußerer überhaupt berechtigt ist, über den Dachboden zu verfügen und dem Erwerber die gewünschte Rechtsstellung verschaffen kann.

Steht eine Liegenschaft im ideellen Miteigentum, hat jeder Miteigentümer das Recht auf anteilige Mitbenutzung der gemeinsamen Liegenschaft. Ein wirksames Instrument dem Erwerber eines ideellen Miteigentumsanteils die ausschließliche Benützung des Dachbodens auf Dauer zuzuweisen ist die Benützungsregelungsvereinbarung.

Die Benützungsregelung gilt als Dauerschuldverhältnis, das zwischen den Miteigentümern durch Einstimmigkeit zustande kommt. Bei fehlender Zustimmung gibt es die Möglichkeit, diese durch richterliche Entscheidung im außerstreitigen Verfahren zu ersetzen.

Vertraglich oder gerichtlich vereinbarte Benützungsregelungen haben bloß obligatorische Wirkung. Dies gilt auch, wenn die Benützungsregelungsvereinbarung im Grundbuch angemerkt ist.

Nach bisheriger Rsp ergibt sich daraus, dass bei Neueintritt eines Miteigentümers als Einzelrechtsnachfolger zwar die bisherigen Miteigentümer an eine Benützungsregelung untereinander gebunden sind, jedoch eine Bindung derselben gegenüber dem neuen Miteigentümer mangels ausdrücklicher oder konkludenter Vertragsübernahme nicht eintritt. Dies führt zu unklaren Rechtsverhältnissen und in der Praxis letztlich oftmals zu Konflikten.

Die Ersichtlichmachung einer schriftlichen Benützungsvereinbarung im Grundbuch wirkt nur deklarativ. Bedeutend dabei ist, dass eine Benützungsregelung durch formlose Kündigung aus wichtigem Grund – unabhängig davon, ob auf bestimmte oder unbestimmte Dauer geschlossen – als Dauerrechtsverhältnis wegen des vorausgesetzten besonderen Vertrauens zwischen den Parteien gelöst werden kann. Die rechtliche Bedeutung der Anmerkung einer Benützungsvereinbarung gem. § 828 Abs 2 ABGB besteht einzig und allein in der Bindung auch neu hinzukommender Miteigentümer.

Die Möglichkeit, eine Benützungsvereinbarung unter Miteigentümern abzuändern bzw. aufzukündigen, führt letztlich zu dem Schluss, dass ein Erwerber kein dauerhaftes und gesichertes Recht auf die Benützung des Dachbodens hat.

Die Anmerkung einer Benützungsvereinbarung gem. § 828 Abs 2 ABGB im Grundbuch stellt somit keine rechtlich gleichwertige Alternative zur Wohnungseigentumsbegründung dar. Für eine rechtliche Gleichstellung von Miteigentum mit angemerkter Benützungsregelung und Wohnungseigentum (am Dachboden) fehlt die gesetzliche Grundlage.

Der OGH legt dar, dass eine Benützungsregelung einer Miteigentumsgemeinschaft nicht zum Ausbau des Dachbodens des gemeinschaftlich benützten Gebäudes legitimiert.

Ein mit der Benützungsvereinbarung verbundener Ausbau des Dachbodens ist vielmehr als wichtige Veränderungen iSd § 834 ABGB zu qualifizieren. Es handelt sich um einen schwer wiegenden faktischen Eingriff, wofür das Mehrheitsprinzip des § 833 ABGB gilt.

Wenn Widerspruch auch nur eines Miteigentümers erhoben wird, kann ein Mehrheitsbeschluss vorläufig nicht vollzogen werden. Es bedarf vielmehr eines Antrags auf richterliche Entscheidung im Außerstreitverfahren.

Der beantragte Dachbodenausbau durch geänderte Benützungsregelung ist eine im Wesentlichen von Billigkeitserwägungen mit offenem Wertungsspielraum getragene Ermessensentscheidung des Außerstreitrichters. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Dachbodenausbau als „bessere Benützung des Hauptstammes“ im Einzelfall offenbar vorteilhaft, bedenklich oder nachteilig ist.

Erwirbt der Käufer die Rechte am Dachboden bei bestehendem Wohnungseigentum, ist zunächst zu prüfen, ob der Dachboden bei der Nutzwertfestsetzung als eigene Wohnungseigentumseinheit bereits berücksichtigt wurde. Sollte er nicht berücksichtigt worden sein, ist er „allgemeiner Teil“ des Hauses und steht im ideellen Miteigentum aller Wohnungseigentümer.

Gem. § 17 WEG ist eine Benützungsregelungsvereinbarung im Hinblick auf allgemeine Teile des Hauses zulässig und verbücherungsfähig. Diese bindet auch spätere Erwerber. Eine gewöhnliche Benützungsregelung räumt dem Erwerber jedoch lediglich Sondernutzungsrechte am Dachboden ein, nicht das Recht zum Ausbau. Die Durchsetzung von baulichen Maßnahmen findet in §17 WEG keine Deckung.

Auch hier können Benützungsregelungen als Dauerrechtsverhältnis aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden, unabhängig davon, ob sie durch Vereinbarung oder durch den Außerstreitrichter zustande gekommen sind.

Als Wohnungseigentümer hat man einen Miteigentumsanteil an der gesamten Liegenschaft, an der Wohnung selbst jedoch nur ein ausschließliches Nutzungs- und Verfügungsrecht. Streng genommen sind alle Wohnungseigentumseinheiten Eigentum aller Wohnungseigentümer gemeinsam. Dies hat in der Praxis zur Folge, dass man mit seiner Wohnungseinheit eben doch nicht alles tun darf, was man will. So darf man nicht ohne Weiteres einen als WE-Objekt oder Zubehör-WE gewidmeten Dachboden ausbauen, ohne die Zustimmung der anderen Miteigentümer gem. § 16 Abs 2 WEG einzuholen. Es kommt dabei darauf an, ob die Maßnahmen genehmigungsfähig sind. Hier kann auch der Fall eintreten, dass man zu Gericht gehen muss, um fehlende Unterschriften durch einen richterlichen Beschluss ersetzen zu lassen.

Während der Gesetzgeber beim schlichten Miteigentum in den §§ 834, 835 ABGB im Einzelnen ausformulierte Wertungskriterien vermissen lässt, werden im Wohnungseigentumsecht wertungsrelevante Gesichtspunkte, wie z.B. „Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer“ genannt. In beiden Lagern wird in der außerstreitrichterlichen Ermessensentscheidung auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt.

Der vom OGH zum wiederholten Male bemühte Wertungs- und Ermessensspielraum des entscheidenden Gerichts macht die Prognose, ob der Ausbau eines Dachgeschoßes nach § 16 Abs 2 WEG im Außerstreitverfahren genehmigungsfähig ist, de facto unmöglich.

Zahlreiche Entscheidungen des OGH zuletzt machen deutlich, welche große wirtschaftliche Bedeutung diesen Fragen zukommt.

Eine Änderung der aktuellen Rechtslage ist vielleicht in absehbarer Zeit aus politischer Hinsicht zur weiteren Förderung einer Nachverdichtung der bestehenden Gebäudesubstanz durch den Ausbau von Dachböden erwünscht.

In aller Regel schließt der Erwerber den Kaufvertrag über einen auszubauenden Rohdachboden im Zuge der Sanierung und Parifizierung vor Fertigstellung ab.

Bei Dachbodenausbauten werden meistens wohl Bauträgerverträge über durchgreifend zu erneuernde Objekte vorliegen, sodass die Bestimmungen des BTVG zur Anwendung gelangen.

Durch das BTVG wurde der Schutz des Erwerbers bei der Abwicklung jedenfalls konsequent weiter ausgebaut. Umfassende Informationspflichten und die Einführung zwingend notwendiger Sicherungsinstrumente sollen insbesondere die finanziellen Ansprüche des Erwerbers absichern.

Kurzfassung

Das prognostizierte Wachstum der Stadtbevölkerung wird nicht ausschließlich mit den bisher unverbauten Flächenreserven der Städte gedeckt werden können. Eine Möglichkeit, wie in Zukunft diesem Bevölkerungswachstum in den dicht bebauten Stadtteilen begegnet werden kann, ist die Schaffung von qualitativem Wohnraum im Zuge von Aufstockungen bzw. Dachgeschoßausbauten („sanfte Stadtverdichtung“). Wer die Absicht hat, eine Dachgeschoßwohnung zu erwerben, sollte neben einer optimalen vertraglichen Gestaltung auch eine optimale Absicherung des aufgewendeten Kapitals zum Erwerb der Wohnung treffen. Die Arbeit befasst sich schwerpunktmäßig mit den rechtlichen Fragen der Sicherung der Rechtsposition des Erwerbers. Der Gesetzgeber sieht dabei eine Reihe von wohnrechtlichen Sicherungsinstrumenten vor. Ein in der Praxis unverzichtbares Instrument für größtmögliche Sicherheit des Erwerbers ist „die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gem. § 40 Abs 2 WEG“ im Grundbuch an der zu schaffenden Wohnung. Der Erwerber als Wohnungseigentumsbewerber erwirkt einen auch gegen spätere Miteigentümer durchsetzbaren Anspruch auf Wohnungseigentumsbegründung an der Dachgeschoßwohnung. Unausgebaute Dachböden („Rohdachböden“) stehen meist im Miteigentum aller Hauseigentümer. Ein taugliches Mittel zur Sicherung der Rechte am Dachgeschoß ist eine Benützungsregelung, die der Zustimmung aller Miteigentümer bedarf. Benützungsregelungen als Dauerschuldverhältnis können aber jederzeit aus wichtigen Gründen formlos aufgelöst werden. Ihr Anspruch ist somit nicht immerwährend. Mangels Einigkeit besteht die Möglichkeit die fehlende Zustimmung (zum beantragten Ausbau des Dachbodens) durch eine rechtsgestaltende Entscheidung des Außerstreitrichters ersetzen zu lassen. Sie ist eine im Wesentlichen von Billigkeitserwägungen mit offenem Wertungsspielraum getragene Ermessensentscheidung, die auf die Umstände des Einzelfalls abstellt. Bei dieser Beurteilung ist dem Gericht ein Wertungsspielraum eingeräumt. Sofern dieser Spielraum nicht überschritten wird, haben die Mit- bzw. Wohnungseigentümer die Änderung des ausbauwilligen Erwerbers zu dulden.

Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis gliedert sich zum einen in Allgemeine Werke (Teil A) und zum anderen in Aufsätze und Abhandlungen (Teil B).

A) Allgemeine Werke

Dirnbacher, Wolfgang (2009): MRG idF WRN 2009, ÖVI, Wien

Dirnbacher, Wolfgang (2009): WEG idF WRN 2009, ÖVI, Wien.

Dittrich, Robert; Tades, Helmuth (2011): Das Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch. 23. Aufl., MANZ, Wien.

Hausmann, Till; Vonkilch, Andreas (2012): Kommentar zum Österreichischen Wohnrecht. 2. Aufl., Springer, Wien.

Illedits, Alexander (2006): Das Wohnungseigentum, 3.Aufl., Orac, Wien.

Illedits, Alexander; Reich-Rohrwig, Otto (2011): Wohnrecht Kurzkommentar. 1.Aufl., Orac, Wien.

Kallinger, Winfried; Gartner, Herbert; Stingl, Walter (2011): Bauträger und Projektentwickler – Praxishandbuch. 6 Aufl., MANZ, Wien.

Kirchmayer, Wolfgang; Kolbitsch, Andreas; Popp, Roland (2011): Dachgeschoßausbau in Wien. Verlag Österreich, Wien.

Koziol, Helmut; Welser, Rudolf (2006): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I. 13. Aufl., MANZ, Wien.

Prader, Christian (2011): WEG 2002. 3. Aufl., MANZ, Wien.

Rummel (2007): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl., MANZ, Wien.

Würth, Helmut; Zingher, Madeleine; Kovanyi, Peter (2009): Miet- und Wohnrecht, Band 1, 22. Aufl., MANZ, Wien.

B) Aufsätze und Abhandlungen

Bittner, Ludwig (2011): Zubehör-Wohnungseigentum ohne Eintragung ins Hauptbuch – nicht nur aus der Sicht des Praktikers, wobl 2011, 153.

Call, Gottfried (2005): Dachboden als allgemeiner Teil der WE-Liegenschaft oder als Zubehör-WE?, wobl 2005, 237.

EHL, Zinshaus Marktbericht 2011/2012.

Fellner, Georg; Gielge, Johannes; Ritter, Hellmuth (2007): Kleinräumige Bevölkerungsprognose für Wien 2005 bis 2035, Werkstattberichte der Stadtentwicklung Wien (Nummer 86). Magistratsabteilung 18 und Statistik Austria, Wien.

Fleischmann, Friedrich (2002): Benützungsregelungen bei Miteigentum an Liegenschaften, immolex 2002, 136.

Hagen, Markus (2012): Keine Bindung der verbleibenden Miteigentümer an Benützungsregelungen bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils gegenüber dem neuen Miteigentümer, immolex 2012, 25.

Hausmann, Till (2011): Praktische Konsequenzen der wohnungseigentumsrechtlichen „Zubehör-Rechtsprechung“ des OGH, wobl 2011, 160.

Klein, Alexander (2011): Benützungsvereinbarung – Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern, immolex 2011, 51.

Limberg, Clemens (2010): Entschädigung bei Dachausbau durch WEer?, immolex 2010, 98.

Prader, Christian; Malaun, Gerald (2008): Zur Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung des Änderungsrechts des Wohnungseigentümers gem § 16 WEG im Kaufvertrag, immolex 2008, 326.

Stabentheiner, Johannes (2002): Die Mietrechtsnovelle 2001, wobl 2002, 1.

Stabentheiner, Johannes (2006): Die miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 2006, wobl 2006, 241.

Vonkilch, Andreas (2002): Die Neuerungen der MRG-Novelle 2001 und ihr Beitrag zur Konsolidierung des Wohnrechts, immolex 2002, 39.

VwGH: Dachbodenausbau ist kein selbst hergestelltes Gebäude, RdW 2012, 365.

Weinberger, Udo (2012): 30 Jahre Mietrechtsgesetz, wobl 2012, 300.

Geschäftszahlenverzeichnis

1. OGH

- 1 Ob 47/04z (OGH 18.03.2004) = immolex 2005, 11.
- 1 Ob 144/02m (OGH 24.02.2003).
- 1 Ob 267/02z (OGH 28.01.2003) = MietSlg 55.064.
- 1 Ob 294/03x (OGH 18.03.2004).
- 1 Ob 727/81 (OGH 06.11.1981) = JBl 1982, 599.
- 1 Ob 1649/95 (OGH 05.12.1995) = wobl 1996, 257.

- 2 Ob 516/92 (OGH 15.01.1992) = wobl 1992, 140.

- 3 Ob 11/05x (OGH 20.10.2005).
- 3 Ob 151/11v (OGH 08.11.2011) = immolex 2012, 6.

- 4 Ob 62/97i (OGH 11.03.1997) = immolex 1997, 280.
- 4 Ob 108/12d (OGH 02.08.2012) = immolex 2012, 252.
- 4 Ob 109/11z (OGH 20.09.2011) = immolex 2012, 85.
- 4 Ob 150/11d (OGH 22.11.2011) = immolex 2012, 18.
- 4 Ob 513/90 (OGH 24.04.1990) = wobl 1991, 161.
- 4 Ob 2229/96 (OGH 15.10.1996) = JBl 1997, 233.
- 4 Ob 2313/96t (OGH 12.11.1996) = EW r III/863 A/9 f.

- 5 Ob 5/01y (OGH 16.01.2001) = EW r II/13/145 f.
- 5 Ob 15/92 (OGH 10.03.1992) = wobl 1992, 123.
- 5 Ob 18/92 (OGH 10.03.1992) = wobl 1992, 132.
- 5 Ob 20/01d (OGH 27.09.2001) = immolex 2002, 116.
- 5 Ob 20/11v (OGH 07.10.2011) = wobl 2012, 18.
- 5 Ob 25/08z (OGH 14.07.2008) = EW r W/16/109ff.
- 5 Ob 26/89 (OGH 02.05.1989) = wobl 1989, 41.
- 5 Ob 27/12z (OGH 26.07.2012) = immolex 2012, 265.
- 5 Ob 31/07f (OGH 20.03.2007) = immolex 2007, 197.
- 5 Ob 34/10a (OGH 22.06.2010).
- 5 Ob 40/12m (OGH 09.08.2012) = immolex 2012, 297.
- 5 Ob 45/10v (OGH 27.05.2010) = wobl 2011, 47.
- 5 Ob 47/06g (OGH 21.02.2006).
- 5 Ob 47/81 (OGH 22.12.1981) = MietSlg 33.466.
- 5 Ob 47/97s (OGH 25.02.1997) = MietSlg 16.039.
- 5 Ob 48/89 (OGH 12.12.1989) = wobl 1991, 52.
- 5 Ob 50/02t (OGH 12.03.2002) = EW r II/13/158 f.
- 5 Ob 51/08y (OGH 14.05.2008) = EW r W/38/4 ff.
- 5 Ob 53/03k (OGH 09.09.2003) = Zivilrechtsinfo 2003, 442.
- 5 Ob 54/02f (OGH 26.02.2002) = MietSlg 54.473.
- 5 Ob 54/99y (OGH 13.04.1999) = wobl 2002, 49.
- 5 Ob 56/07g (OGH 08.05.2007).
- 5 Ob 57/93 (OGH 22.09.1993).
- 5 Ob 58/99m (OGH 23.03.1999) = MietSlg 51.521.
- 5 Ob 60/99f (OGH 23.03.1999) = wobl 1999, 200.

5 Ob 61/06s (OGH 21.03.2006) = EW_r W/17/6 ff.
5 Ob 63/08p (OGH 01.04.2008) = wobl 2008, 93.
5 Ob 64/09m (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 86.
5 Ob 65/01x (OGH 27.03.2001) = wobl 2001, 276.
5 Ob 68/07x (OGH 03.04.2007) = EW_r W/3/13ff.
5 Ob 69/06t (OGH 30.05.2006) = EW_r W/17/9 ff.
5 Ob 69/11z (OGH 07.07.2011).
5 Ob 70/11x (OGH 27.04.2011).
5 Ob 70/99a (OGH 27.02.2001).
5 Ob 73/12i (OGH 26.07.2012) = wobl 2012, 417.
5 Ob 77/04s (OGH 14.09.2004) = EW_r W/24/5 ff.
5 Ob 82/95 (OGH 07.06.1995) = EW_r II/13/53 ff.
5 Ob 84/04w (OGH 11.05.2004) = EW_r W/16/4 f.
5 Ob 86/03p (OGH 13.05.2003) = EW_r II/13/163 ff.
5 Ob 86/89 (OGH 03.10.1989) = wobl 1990, 56.
5 Ob 93/92 (OGH 22.12.1992) = MietSlg 44.626.
5 Ob 97/09i (OGH 07.07.2009) = immolex 2010, 91.
5 Ob 97/12v (OGH 12.06.2012) = immolex 2012, 229.
5 Ob 98/11i (OGH 25.08.2011) = wobl 2012, 22.
5 Ob 104/09v (OGH 09.06.2009) = EW_r W/52/68 f.
5 Ob 106/03d (OGH 07.10.2003) = EW_r W/17/1 ff.
5 Ob 114/05h (OGH 30.08.2005) = EW_r W/16/49 ff.
5 Ob 118/04w (OGH 29.10.2004).
5 Ob 137/99d (OGH 26.05.1999).
5 Ob 150/92 (OGH 16.02.1993) = wobl 1993, 231.
5 Ob 151/02w (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 101.
5 Ob 152/11f (OGH 25.08.2011) = wobl 2012, 18.
5 Ob 156/02f (OGH 27.08.2002) = wobl 2003, 185 = immolex 2003, 114.
5 Ob 157/03d (OGH 08.07.2003) = MietSlg 55.464.
5 Ob 157/11s (OGH 20.03.2012) = immolex 2012, 133.
5 Ob 159/06b (OGH 12.09.2006) = immolex 2007, 40 = wobl 2007, 4.
5 Ob 160/09d (OGH 01.09.2009) = wobl 2010, 147.
5 Ob 173/08i (OGH 26.08.2008).
5 Ob 174/02b (OGH 12.09.2002) = ecolex 2003, 5.
5 Ob 180/08v (OGH 26.08.2008) = EW_r W/16/128 f.
5 Ob 181/02g (OGH 12.09.2002) = wobl 2003, 31.
5 Ob 186/99k (OGH 13.07.1999).
5 Ob 201/09h (OGH 11.02.2010) = MietSlg 51.555.
5 Ob 205/03p (OGH 21.10.2003) = wobl 2004, 25.
5 Ob 223/05p (OGH 21.03.2006) = immolex 2006, 287 = wobl 2006, 271.
5 Ob 225/05g (OGH 07.03.2006).
5 Ob 232/01f (OGH 13.11.2001).
5 Ob 235/02w (OGH 05.11.2002) = EW_r II/15/51 f.
5 Ob 235/09h (OGH 25.03.2010) = EW_r W/16/164 f.
5 Ob 240/99a (OGH 12.10.1999) = MietSlg 51.251.
5 Ob 241/97w (OGH 10.02.1998) = immolex 1998, 109.
5 Ob 244/99i (OGH 12.10.1999).
5 Ob 245/04x (OGH 15.03.2005) = wobl 2005, 237.
5 Ob 248/00g (OGH 24.10.2000) = EW_r II/13/139 ff.
5 Ob 248/98a (OGH 09.02.1999) = EW_r II/13/117 f.
5 Ob 250/05h (OGH 13.12.2005) = immolex 2006, 54.

5 Ob 251/02a (OGH 20.11.2002) = wobl 2004, 81.
5 Ob 257/01g (OGH 23.10.2001) = EWr III/364 A/24 f.
5 Ob 257/11x (OGH 17.01.2012) = immolex 2012, 116.
5 Ob 258/06m (OGH 29.12.2006) = EWr W/16/78 f.
5 Ob 261/99i (OGH 11.01.2000) = EWr II/13/133 f.
5 Ob 263/99h (OGH 28.09.1999) = MietSlg 33.492.
5 Ob 269/98i (OGH 27.10.1998) = wobl 2000, 39.
5 Ob 275/05k (OGH 07.03.2006) = EWr W/16/57ff.
5 Ob 297/98g (OGH 23.02.1999).
5 Ob 297/99h (OGH 15.06.2000) = immolex 2000, 195.
5 Ob 304/02w (OGH 28.01.2003) = immolex 2003, 94.
5 Ob 334/99z (OGH 25.01.2000).
5 Ob 402/97x (OGH 09.12.1997) = EWr II/13/80 ff.
5 Ob 442/97d (OGH 09.12.1997) = MietSlg 49.523.
5 Ob 1026/92 (OGH 26.05.1992) = wobl 1993, 20.
5 Ob 1037/93 (OGH 29.06.1993) = EWr I/8/14 f.
5 Ob 2219/96a (OGH 24.09.1996) = wobl 1993, 19.
5 Ob 2328/96f (OGH 08.10.1996).
5 Ob 2334/96p (OGH 30.09.1997) = EWr II/13/76 f.

6 Ob 55/07t (OGH 25.05.2007) = wobl 2008, 12.
6 Ob 83/06h (OGH 21.12.2006) = wobl 2007, 145.
6 Ob 119/04z (OGH 08.07.2004) = immolex 2004,347.
6 Ob 140/10x (OGH 11.10.2010) = wobl 2011, 317.
6 Ob 206/00p (OGH 30.08.2000).
6 Ob 233/10y (OGH 17.12.2010) = immolex 2011, 37.
6 Ob 534/95 (OGH 09.03.1995) = EWr I/8/29 ff.

7 Ob 5/04t (OGH 13.02.2004) = MietSlg 56.076.
7 Ob 207/97k (OGH 13.07.1998) = EWr III/1118 A/69 ff.

8 Ob 113/04g (OGH 17.02.2005) = wobl 2006, 59.
8 Ob 1613/92 (OGH 31.08.1992) = wobl 1992, 237.

9 Ob 22/03f (OGH 21.05.2003) = MietSlg 55.066.
9 Ob 82/01a (OGH 23.05.2001) = immolex 2002, 30.

10 Ob 19/12k (OGH 24.07.2012).
10 Ob 21/11b (OGH 29.03.2011) = immolex 2012, 25.
10 Ob 512/94 (OGH 14.04.1994) = wobl 1994, 180.

2. VwGH

Erk 20.09.2001, 98/15/0071 = VwSlg. 7649/F.
Erk 27.02.2002, 2001/05/1066.
Erk 06.07.2010, 2010/05/0015.
Erk 25.4.2012, 2008/13/0128 = RdW 2012/388.