

Eggmeier/Gruber/Sprohar in Schwimann³ ABGB § 834 Rz 23; *Call*, Anm zu wobl 1994/12; *Gamerith* in Rummel³ ABGB § 834 Rz 4; für den Wegfall der Bindung mit grundbücherlicher Einverleibung des Miteigentumsanteils: *H. Böhm* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 828 Rz 44). Das bedeutet nach der Rsp (RIS-JustizRS0013630), dass die mangelnde Bindung der Miteigentümer an eine Benützungvereinbarung im Fall der zur Einzelrechtsnachfolge eines neuen Gemeinschafters führenden Veräußerung eines Miteigentumsanteils noch nicht zum Verlust des Titels für eine Beibehaltung der bisherigen Benützungsverhältnisse führt. Diese Dauerrechtsbeziehungen enden ua mit einer konstitutiv wirkenden Regelung der Benutzung der gemeinsamen Sache durch Richterspruch (RIS-JustizRS0013630 [T5]; 10 Ob 21/11b).

9. Daraus kann für den vorliegenden Fall aber nicht abgeleitet werden, die vom Antrag erfassten Stellplätze stünden für eine gerichtliche Regelung gem § 17 Abs 2 WEG 2002 nicht zur Verfügung. Soweit in der E 5 Ob 246/09a Gegenteiliges anklingt, kann diese Rechtsansicht – jedenfalls für den vorliegenden Fall – nicht aufrecht gehalten werden. Hier sind einzelne der nach dem Inkrafttreten des WEG 2002 neu hinzugekommenen Miteigentümer in die Rechtsposition ihrer Rechtsvorgänger, was die Nutzung von Sonderrechten an einzelnen Stellplätzen anlangt, nicht eingetreten. Dadurch wurde der Schwebezustand, während dessen Dauer die übrigen Teilhaber an die Vereinbarung gebunden blieben, beendet, sodass die Wirksamkeit einer allenfalls davor bestandenen Vereinbarung für alle Teilhaber weggefallen ist (siehe Pkt 6.3). Die Bindung der nicht wechselnden Eigentümer an die bestehenden Nutzungsverhältnisse bedeutet in diesem Kontext daher nur, dass sich diese – solange keine neue Regelung getroffen ist – untereinander nicht darauf berufen können, diejenigen AG, die bisher einen Stellplatz nutzten, würden dies titellos tun. Einer ASt – auch durch nicht wechselnde Eigentümer, wie hier die (bisherigen) ASt – iSd § 17 Abs 2 WEG 2002 steht dieser Umstand aber nicht entgegen, ohne dass es noch auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes, wie die AG meinen, ankäme. Damit hat sich das ErstG im Ergebnis auch zu Recht mit der von den ASt begehrten Benützungsvorgang inhaltlich auseinandergesetzt, ohne dass es noch der vom RekursG vermissten Feststellungen bedürfte.

10. Eine abschließende Beurteilung der vom ErstG iSd AG getroffenen Benützungsvorgang ist aber noch nicht möglich. Die AG haben sich in ihrem Rek auch gegen den Inhalt der vom ErstG getroffenen Benützungsvorgang gewendet und dazu eine Mängelrüge erhoben, die das RekursG ausgehend von seiner durch den OGH nicht geteilten Rechtsansicht unerledigt gelassen hat. Damit ist dessen Entscheidung aufzuheben und die Rechtssache an dieses zur Erledigung der Mängelrüge zurückzuverweisen.

Vor seiner neuerlichen Entscheidung wird das RekursG der Rechtsnachfolgerin des Dritt- und der Viert-AG (siehe Pkt I.) Gelegenheit zu geben haben, sich am Verfahren zu beteiligen und den Antrag durch Beitritt aufrechtzuerhalten (vgl RIS-JustizRS0083185). (. . .)

105.

Zur Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Verfahren iZm der Errichtung eines Liftes in einer Wohnanlage

§ 838a ABGB; § 32 Abs 1 WEG 2002:

Die angestrebte Beteiligung eines anderen Wohnungseigentümers an den Lifterrichtungskosten ist im außerstreitigen Verfahren durchzusetzen. Dass der Kläger die

Anspruchsgrundlage (primär) im „Bereicherungsrecht“ sieht, ändert nichts an dieser Beurteilung: Die bloße Bezeichnung als „Bereicherungsanspruch“ reicht nämlich nicht aus, um die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs zu begründen.

OGH 24. 2. 2015, 5 Ob 200/14v (LGZ Wien 34 R 82/14g; BG Hietzing 6 C 401/13w)

Die Kl und die Bekl sind Wohnungseigentümerinnen in einer Wohnanlage, in der zwei Liftanlagen (auf den Stiegen 2 und 4) eingebaut wurden. Nach Erstellung der Schlussrechnung im Jahr 2006 bezahlte die damalige Hausverwalterin die Kosten für den Lifteinbau an das von ihr beauftragte Unternehmen.

Die Kl begehrte 8.146,92 €. Sie habe für die mehrheitlich von der Eigentümergemeinschaft beschlossene Errichtung der Liftanlagen zunächst 19.152,65 € auf das Konto der Hausverwalterin überwiesen. Denselben Betrag habe sie am 28. 12. 2006 irrtümlich noch einmal überwiesen. Nach dem Gesamtaufwand und der beschlossenen internen Verteilung nach Wohneinheiten auf der jeweiligen Stiege hätten für den Lift auf Stiege 2 nur 27.299,58 € bezahlt werden müssen. Die Kl habe – nach einer teilweisen Rückerstattung – um 11.005,73 € zu viel, die Bekl hingegen um den eingeklagten Betrag zu wenig bezahlt, nachdem sie die von der Hausverwalterin erhobene Nachforderung nicht beglichen habe.

Die Bekl bestritt die Aktivlegitimation der Klägerin. Nach § 18 WEG sei nur die Eigentümergemeinschaft berechtigt, Aufwendungen für die Lifterrichtung vorzuschreiben. Die Bekl sei auch nicht passiv legitimiert. Hätte die Kl tatsächlich zu viel bezahlt – was ausdrücklich bestritten werde – müsste sie die Eigentümergemeinschaft in Anspruch nehmen, weil die Beiträge der zahlungspflichtigen Wohnungseigentümer an die Hausverwalterin und damit an die Eigentümergemeinschaft geflossen seien. Der streitige Rechtsweg sei unzulässig, weil keine den Formvoraussetzungen des § 32 WEG entsprechende Vereinbarung der Eigentümer über die Aufteilung der Lifterrichtungskosten vorgelegen sei. Die rechtliche Auseinandersetzung über eine behauptete Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Aufteilungsschlüssels sei Gegenstand des Außerstreitverfahrens. Allfällige Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen die Bekl seien verjährt, weil das beauftragte Unternehmen die Schlussrechnungen bereits am 24. 4. 2006 erstellt habe. Die Bekl habe sämtliche ihr vorgeschriebenen Beiträge zur Lifterrichtung bereits 2006 bezahlt. Der Forderung der Kl fehle jegliche Rechtsgrundlage. Sollte es im Zuge der Abrechnung zu Versäumnissen und Unterlassungen gekommen sein, könne dies nicht der Bekl zur Last gelegt werden.

Das ErstG wies das Klagebegehren bereits aufgrund des – teils unstrittigen – Vorbringens der Kl ab. (. . .)

Das BerufungsG bestätigte das Urteil des ErstG und ließ die o Rev zu. (. . .)

Aus Anlass der Rev der Kl ist die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs aufzugreifen.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Die Vorinstanzen haben die Einrede der Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs weder im Spruch noch in den Entscheidungsgründen behandelt, weshalb dem OGH die Prüfung dieses Prozesshindernisses nicht verwehrt ist (RIS-JustizRS0114196 [T6, T8]; RS0039774 [T8, T9, T21]).

1.1 Maßgeblich für die Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Verfahren sind der Inhalt des Begehrens und die anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen (stRsp RIS-JustizRS0013639; RS0005861).

1.2 Die klagende Wohnungseigentümerin behauptete eine irrtümliche Überzahlung auf die Kosten einer von der Eigentümergemeinschaft mehrheitlich beschlossenen Errichtung von Liftanlagen, welche die bekl. Wohnungseigentümerin von ihrer Zahlungspflicht teilweise entlastet und sie bereichert habe. Dabei berief sie sich in erster Instanz auf eine im Beschluss der Eigentümergemeinschaft enthaltene Vereinbarung, nach der die Wohnungseigentümer der Stiegen 2 und 4 die Kosten der Errichtung des Lifts auf der jeweiligen Stiege nach Kopfteilen zu tragen hätten. Diese Regelung sah sie als wirksam vereinbartes Abweichen vom gesetzlichen Nutzwertschlüssel an. Als Rechtstitel nannte sie neben „Bereicherungs- und Schadenersatzrecht“ auch „jede Rechtsgrundlage“.

1.3 Auseinandersetzungen über solche Ansprüche gehören ungeachtet der genannten Rechtstitel zu den Streitigkeiten, die § 838a ABGB in das außerstreitige Verfahren verweist:

1.4 Diese mit dem FamErbRÄG 2004, BGBl I 2004/58, eingeführte Bestimmung ordnet an, dass über alle „Streitigkeiten zwischen Miteigentümern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten“ im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden ist.

1.5 Die Materialien (ErlRV 471 BlgNR 22. GP 33) nennen als Beispiele für solche Streitigkeiten die dem Richter nach den §§ 833 bis 838 ABGB zukommenden Aufgaben, Streitigkeiten aus einer Benützungsregelung, den Anspruch auf Rechnungslegung und die Verteilung des Erlöses zwischen den Miteigentümern bzw die Verteilung des Nutzens und des Aufwands unter ihnen. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Auseinandersetzung der Teilhaber eine Vereinbarung zu Grunde liege oder nicht. Auch über Ansprüche eines Miteigentümers gegen die anderen Teilhaber aus von diesen beschlossenen Handlungen des Verwalters und die Verteilung des Nutzens und des Aufwands unter den Miteigentümern soll allein im außerstreitigen Verfahren entschieden werden. Ansprüche, die nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern auf weitere Rechtsgrundlagen gestützt würden, wie Besitzstörungs-, Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche oder ein auf das Nachbarrecht gestützter Unterlassungsanspruch seien weiterhin im streitigen Verfahren geltend zu machen.

1.6 Jud und Lehre haben sich bereits umfangreich zu § 838a ABGB geäußert (s nur die ausführliche Darstellung in 2 Ob 71/12y = wobl 2013/89, 239 [Etzersdorfer]). Aus der Jud ist die E 5 Ob 40/11k hervorzuhoben, die den streitigen Rechtsweg für eine Klage von Mit- und Wohnungseigentümern (-und nicht der Eigentümergemeinschaft-) auf Zahlung von BK (aconti) gegen andere Teilhaber als unzulässig erachtete. Für die Zuordnung zum außerstreitigen Verfahren ist entscheidend, ob die Streitigkeit zwischen den Teilhabern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten den „Kern des Begehrens“ bildet (RIS-Justiz RS0128260 [T3]). Das ist nicht der Fall, wenn die Benützung aus einem individuellen Vertrag zwischen nur zwei Wohnungseigentümern und nicht einer gemeinschaftlichen Benützungsregelung abgeleitet wird (5 Ob 186/13h) oder eine Verpflichtung aus einem Kaufvertrag über den Erwerb eines WE-Objekts zwischen Wohnungseigentümern strittig ist (5 Ob 106/14w).

1.7 „Kern“ des Begehrens der Kl ist die auf einen – ihrer Auffassung nach wirksam zustande gekommenen – Beschluss der Eigentümergemeinschaft gegründete Verpflichtung der bekl. Wohnungseigentümerin, abweichend von gesetzlichen Nutzwertschlüssel des § 32 Abs 1 WEG

zu den Kosten der Errichtung des Lifts genauso viel beizutragen wie die Kl. Ein Beschluss der Eigentümergemeinschaft über den Einbau von Liftanlagen ist nach der Rsp des OGH eine Maßnahme der Verwaltung; die Kosten sind Aufwendungen für die Liegenschaft iSd § 32 Abs 1 WEG (5 Ob 142/06b; 5 Ob 252/06d; 5 Ob 90/07g).

1.8 Es geht demnach um die zwischen zwei Mit- und Wohnungseigentümern strittige Verteilung des Aufwands für die gemeinschaftliche Sache, der Folge einer Verwaltungsmaßnahme war. Auseinandersetzungen über die Beteiligung an Aufwendungen für die gemeinsame Sache ordnen die bereits zitierten Mat zunächst ausdrücklich dem außerstreitigen Verfahren zu. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass auch Bereicherungsansprüche gegen Miteigentümer wegen übermäßigen Gebrauchs der gemeinschaftlichen Sache unter § 838a ABGB fallen (*H. Böhm* in *Kletečka/Schauer ABGB*^{1,01} § 838a ABGB Rz 12; *Call*, wobl 2008, 243; *Limberg*, *immolex* 2013, 86). Das leuchtet insofern ein, als auch solchen Bereicherungsansprüchen als „Kern“ die Benützung (deren Ausmaß) der gemeinsamen Sache zugrunde liegt. Hätte der Gesetzgeber im Verhältnis zwischen den Teilhabern gar keine Leistungsansprüche, sondern ausschließlich Ansprüche auf rechtsgestaltende Entscheidungen (wie die Erlassung einer Benützungsregelung) in das außerstreitige Verfahren verweisen wollen, wäre sein Hinweis auf Rechnungslegungsansprüche gegen den verwaltenden Miteigentümer oder (auch aus einer Vereinbarung der Teilhaber abgeleitete) Ansprüche auf Verteilung von Erlös und Aufwendungen, die ohne Zweifel Leistungsansprüche darstellen, auch schwer verständlich.

1.9 *Vonkilch* (Zur [Un-]Rechtmäßigkeit übermäßigen Gebrauchs der gemeinsamen Sache, wobl 2006, 145 f) ordnet Verwendungsansprüche, die der Bekämpfung unrechtmäßiger Eingriffe in das Anteilsrecht dienen, der Kategorie von Ansprüchen zu, die nicht unmittelbar mit der Benützung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache zusammenhängen. Mit ihrem Leistungsanspruch verfolgt die Kl aber gar keinen unrechtmäßigen Eingriff, der sie von einer ihr – nach Miteigentumsanteilen – zukommenden Nutzung der gemeinsamen Sache ganz oder teilweise ausschließt.

1.10 Ergebnis: Die angestrebte Beteiligung einer anderen Wohnungseigentümerin an den Lifterrichtungskosten ist im außerstreitigen Verfahren durchzusetzen. Dass die Klägerin die Anspruchsgrundlage (primär) im „Bereicherungsrecht“ sieht, ändert nichts an dieser Beurteilung: Die bloße Bezeichnung als „Bereicherungsanspruch“ reicht nämlich nicht aus, um die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs zu begründen (vgl 4 Ob 75/13b). Dasselbe gilt für eine schadenersatzrechtliche Haftung der Bekl, die schon nach dem eigenen Vorbringen der Kl jeder Grundlage entbehrt.

1.11 Sämtliche materiell-rechtlichen Fragen zur Berechtigung des erhobenen Anspruchs, insbesondere Rechtswirksamkeit des Beschlusses der Eigentümergemeinschaft, Aktiv- und Passivlegitimation und Subsidiarität eines Verwendungsanspruchs nach § 1042 ABGB gegenüber einer Leistungskondition nach § 1431 ABGB – die der OGH in jüngeren Entscheidungen mit Zustimmung in der Lehre ausdrücklich verneint hat (ausführlich 2 Ob 157/10t; *Rummel*, JBl 2011, 591 [594 f]; *Fidler*, ÖJZ 2011/101, 982; *Apathy* in ÖBA 2011, 1752, 820 [823]; 2 Ob 236/13y) – sind in diesem Verfahrensstadium nicht zu beantworten, weil sie nicht die Zulässigkeit der Verfahrensart betreffen. (. . .)

* * *

I. Die vorliegende E des 5. Senats des OGH beschäftigt sich einmal mehr (s nur die unter RIS-Justiz RS0128260 RS0127563, RS0122986, RS0124971 angeführten E) mit der schwierigen Abgrenzung zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren bei miteigentumsrechtlichen Streitigkeiten. Sie ist zugleich ein weiterer Beleg dafür, dass das – freilich sehr ambitionierte – Anliegen des Gesetzgebers, mit § 838a ABGB „eine eindeutige, Zuständigkeits- und Rechtswegsstreitigkeit nicht provozierende Regel“ zu schaffen (ErlRV 471 BlgNR 22. GP 33), als wenig gelungen bezeichnet werden muss (ebenso Sailer, Miteigentum in und außer Streitsachen, Zak 2014, 83). Dem Gesetzgeber den „schwarzen Peter“ zuzuschreiben, wäre jedoch schon deshalb unangebracht, weil ein Teil der Probleme daraus resultiert, dass dessen in den Materialien geäußerten Vorstellungen – auch in der vorliegenden E – nicht ausreichend beachtet werden.

II. Gegenstand der zu beurteilenden Klage ist das Vorbringen einer Wohnungseigentümerin, der Klägerin, sie hätte für die Errichtung einer Liftanlage zu viel an den Hausverwalter als Vertreter der Eigentümergemeinschaft bezahlt, weshalb eine andere Miteigentümerin, die Beklagte, unrechtmäßig bereichert sei. Die Klägerin habe nämlich einen Anteil der Kosten übernommen, zu dessen Zahlung nach der intern vereinbarten Kostenübernahme eigentlich die Beklagte verpflichtet gewesen wäre.

Sedes materiae der Klage ist sohin offensichtlich und auch nach dem Vorbringen der Klägerin primär § 1042 ABGB; die hilfsweise Stützung des Begehrens auf den Titel des Schadenersatzes findet indes im vorgetragenen anspruchsbegründenden Sachverhalt – und darauf hat es iSd zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie (instruktiv dazu zB Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ [2010] Rz 384 ff) anzukommen – keinerlei Deckung, weshalb der OGH diesem Aspekt zu Recht keine Beachtung schenkt (Punkt 1.10.).

Obwohl es sich also der Sache nach, und nicht nur nach der „bloßen Bezeichnung“ durch den Kläger, wie der OGH meint (Punkt 1.10.), um einen Bereicherungsanspruch handelt, subsumiert der 5. Senat die Streitigkeit unter § 838a ABGB, ordnet sie also dem Verfahren außer Streitsachen zu. Der „Kern“ (Punkt 1.7.) des Rechtsstreits sei nämlich „die zwischen zwei Mit- und Wohnungseigentümern strittige Verteilung des Aufwands“ für eine Verwaltungsmaßnahme (Punkt 1.8.). Das überrascht (wohl nicht nur die Prozessparteien), zumal die erwähnten Gesetzesmaterialien explizit hervorheben, dass Begehren, die nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern auch auf andere Anspruchsgrundlagen gestützt werden, wie eben zB Bereicherungsrecht, im streitigen Verfahren abzuhandeln sind (ErlRV 471 BlgNR 22. GP 33).

Im Ergebnis entfernt sich der 5. Senat somit zugunsten einer Art „Kernpunkttheorie“ (vgl EuGH 8.12.1987, C-144/86, Gubisch/Palumbo zur Abgrenzung des Streitgegenstands nach Art 27 EuGVVO aF [nunmehr Art 29 nF]) von der Auffassung des historischen Gesetzgebers. Das zeigt sich deutlich, wenn der OGH obiter auch Verwendungsansprüche wegen übermäßigen Gebrauchs einer Sache unter § 838a ABGB subsumiert (Punkt 1.8.); er stützt sich dafür auf mehrere Stimmen im Schrifttum, von denen sich tatsächlich jedoch nur H. Böhm, nicht aber Call und Limberg zum Bereicherungsanspruch äußern; letzterer dürfte wegen seiner Forderung, der Anspruch müsse sich „unmittelbar und ausschließlich“ auf die mit der Verwaltung/Benützung des Miteigen-

tums zusammenhängenden Rechte und Pflichten stützen (immolex 2013/26, 86 [Anm]), konsequenterweise sogar zum gegenteiligen Ergebnis gelangen. Auch der zitierte Vonkilch (Punkt 1.9.) äußert sich zwar nicht zum gegenständlichen Problem, redet aber im Gegensatz zu H. Böhm und dem 5. Senat dem Verständnis der Gesetzesmaterialien das Wort.

Freilich hat ein Abstellen auf den Kern des Rechtsstreits aus teleologischer Sicht Vieles für sich, wenn man sich vergewärtigt, dass Materien der jeweiligen Verfahrensart zugewiesen werden, weil sie vom Gesetzgeber als für die Behandlung des typischen Streitgegenstands als geeigneter angesehen werden (vgl allgemein G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 1 Rz 69 ff [Stand 1.11.2013, rdb.at]). Gerade der Bereicherungsanspruch gem § 1042 ABGB täuscht typischerweise über den wahren Gehalt des Streitgegenstands, nämlich den Bestand und die Höhe der für den vermeintlich Bereicherten getilgten Schuld; die Norm wird nicht umsonst als Ausprägung desselben Rechtsgedankens verstanden, der auch der notwendigen (§ 1422 ABGB) bzw gesetzlichen (§ 1358 ABGB) Zession zugrunde liegt (Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, ABGB³ [2008] § 896 Rz 7). In diesem Sinn bestünde wohl kein Zweifel, dass es um die Verteilung von Verwaltungskosten iSd § 838a ABGB ginge, wenn der Streit bereits anlässlich der Installation des Liftes entbrannt wäre und die Klägerin die Kosten nicht zunächst übernommen und erst anschließend qua § 1042 ABGB zurückgefordert hätte.

Dass Bereicherungsansprüche den typischen Kern des Streitinhalts mitunter „verdecken“, dürfte aber nicht nur eine Eigentümlichkeit von § 1042 ABGB sein. Dennoch hielt der historische Gesetzgeber für Ansprüche, die sich auch auf Bereicherungsrecht stützen, das streitige Verfahren für anwendbar, weil er ganz offensichtlich ein anderes telos höher gewichtete, nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit: Die Anspruchsgrundlage eines Vorbringens ist nun einmal erheblich leichter abzugrenzen als der „Kern“ eines Rechtsstreits. Eine Wertentscheidung des Gesetzgebers einer so jungen Norm, die ihrem Ziel auch gerecht wird, darf mE aber nicht einfach ignoriert werden. Dass es damit der Kläger/Antragsteller in der Hand hat, die ihm genehme Verfahrensart zu „wählen“ (daher krit Schwab, EvBl 2013/38, 265 [Anm]), mag in gewissem Maße zutreffen, ist allerdings wegen der herrschenden Prämisse (zB RIS-Justiz RS0013639; Tanczos, Der Streit um das gemeinsame Mietrecht [2. Teil], wobl 2014, 323 [330]), dass es allein auf dessen Vorbringen ankommt, (seit jeher) unvermeidlich (zutr Sailer, Zak 2014, 83 [86]).

Ausgehend (auch) von der vorliegenden E ist nunmehr gerade das passiert, was der Gesetzgeber verhindern wollte: Es herrscht beträchtliche Rechtsunsicherheit. Ein kaum aufzulösendes Spannungsverhältnis besteht etwa zur E 4 Ob 91/13f. Darin wurden gegen den verwaltenden Miteigentümer (auch) Bereicherungsansprüche geltend gemacht, und zwar mit der Begründung, dass dieser über die tatsächlichen Verwaltungsaufwendungen hinausgehende Zahlungen erhalten habe. Obwohl es im „Kern“ somit darum ging, welcher Aufwand auf die jeweiligen Miteigentümer entfiel, hielt der 4. Senat unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien das streitige Verfahren für anwendbar, weil der Anspruch eben ausdrücklich auf Bereicherungsrecht gestützt wurde. Andererseits scheint die E 4 Ob 75/13b, wonach es irrelevant sei, dass ein Anspruch (auch) bereicherungsrechtlich begründet werden könnte, auf den ersten Blick tatsächlich für die vorliegende Auffassung des 5. Senats zu sprechen. Jedoch dürfte der – nur knapp wiedergegebene – Sachverhalt so gelagert gewesen sein, dass ein Bereicherungsanspruch wegen seiner Subsidia-

rität nur dann einschlägig gewesen wäre, wenn entgegen dem Vorbringen des Klägers keine miteigentumsrechtliche Anspruchsgrundlage bestanden hätte. Dass die Stützung auf das Bereicherungsrecht als bloßen Aufgangtatbestand nicht ausreicht, ist mE zutreffend, weil sonst der Anwendungsbereich von § 838a ABGB in kaum vertretbarer Weise eingeschränkt würde. Das war im vorliegenden Sachverhalt aber wie gezeigt nicht der Fall; selbst der OGH bezeichnet ja das Verhältnis von § 1042 ABGB zu § 1431 ABGB als „materiell-rechtliche Frage zur Berechtigung des erhobenen Anspruchs“ (Punkt 1.10.).

Zusammengefasst sind mE aufgrund historischer Auslegung und im Interesse einfacherer und rechtssicherer Beurteilung entgegen der Auffassung des 5. Senats Ansprüche nach § 1042 ABGB im streitigen Verfahren durchzusetzen, mögen sie ihren Kern auch in der Tilgung einer fremden miteigentumsrechtlichen Pflicht haben.

III. Wie hoch Rechtssicherheit bei der Abgrenzung streitiger und außerstreitiger Materien zu gewichten ist, zeigt die Rechtsfolge des Vergreifens in der Verfahrensart: Das Verfahren ist für nichtig zu erklären (statt vieler Mayr in Rechberger, ZPO⁴ [2014] § 40a JN Rz 3 mwN) und muss nunmehr – allenfalls nach Überweisung gem § 44 JN – neuerlich ab initio im Außerstreitverfahren geführt werden. Wer nun darauf hofft, dass schon wegen des dort nur eingeschränkten Unmittelbarkeitsgrundsatzes (ausf dazu Rechberger in Rechberger, AußStrG² [2013] Vor § 13 Rz 7) immerhin die bisherigen Beweisergebnisse problemlos verwertet werden können, wird von der hM allerdings enttäuscht: Die Nichtigkeit erfasse auch die Beweisergebnisse, weshalb diese selbst bei ausdrücklicher Zustimmung beider Parteien, oder wenn das Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht (§ 281a ZPO), nicht verlesen werden dürfen (LG Salzburg EFSlg 97.884; Ballon in Fasching/Konecny I² [2000] § 40a JN Rz 5; ausf Simotta, Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen [§ 40a JN], FS Fasching [1988] 463 [474 ff]).

Dieses völlig prozessunökonomische Ergebnis ist mE aber nur auf den ersten Blick zwingende Konsequenz der – im Übrigen nirgends ausdrücklich geregelten – Nichtigkeit des Verfahrens. Eine Differenzierung ist nämlich mangels gegenteiliger *lex scripta* durchaus nicht unzulässig: Es überzeugt zwar, dass eine aufgrund aller Besonderheiten des AußStrG nach der ZPO ergangene Entscheidung keinen Bestand haben soll und zB auch die Prozessvoraussetzungen aufgrund des geänderten Prüfungsmaßstabs erneut beurteilt werden müssen (insoweit zutr Simotta in FS Fasching 475 f). Das heißt aber noch nicht, dass jedes „Produkt“ des nichtigen Verfahrens endgültig und für alle Zeiten von der Wahrheitsfindung ausgeklammert werden muss. Dass ein nach der ZPO bestellter Sachverständiger sein Gutachten (gegen nochmaliges Entgelt?) erneut erstellen/vortragen oder ein Zeuge zweimal aussagen muss, ist angesichts der unwesentlich abweichenden Regeln zur Beweisaufnahme (§ 31 AußStrG) formalistisch.

Vielmehr sprechen alle sachlichen Gründe dafür, aber keine zwingenden methodischen Bedenken dagegen, Beweisergebnisse aus einem – wegen Unzulässigkeit des streitigen Verfahrens (zur Terminologie Mayr, Die Zulässigkeit des streitigen beziehungsweise außerstreitigen Verfahrens, in FS Rechberger [2005] 363 ff) – für nichtig erklärten Prozess nicht von der Verwertung im anschließend nach dem AußStrG zu führenden Verfahren auszuschließen und umgekehrt (ebenso noch Klicka/Oberhammer, Außerstreitverfahren³ [2000] Rz 8; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁴ [1994] Rz 278, 611 [in den Folgeauflagen jeweils weggefallen]). Im letzteren

Fall müssen freilich wegen des strengen Unmittelbarkeitsprinzips in der ZPO stets die Voraussetzungen des § 281a *leg cit* gegeben sein; ferner können sich die Parteien wegen § 183 Abs 2 ZPO gemeinsam auch gegen die Verlesung einzelner Urkunden- oder Zeugenbeweise aussprechen, sofern diese zuvor amtswegig aufgenommen wurden. Umgekehrt bleibt die Möglichkeit des Außerstreitrichters unberührt, aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes (§ 13 AußStrG; instruktiv Mayr/Fucik, Verfahren außer Streitsachen [2013] Rz 118) im Einzelfall Zeugen, Sachverständige oder Parteien einer erneuten und eingehenderen Befragung zu unterziehen.

Univ.-Ass. MMag. Dr. Martin Trenker

106.

Über die Zustimmung zum Antrag auf eine baubehördliche Bewilligung auf Grundlage eines Kaufvertrags ist im streitigen Verfahren zu entscheiden

§ 838a ABGB:

In das Außerstreitverfahren fallen auch die mit der Verwaltung und Benützung unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten der Teilhaber. Ansprüche, die nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern darüber hinaus auch noch auf weitere Rechtsgrundlagen gestützt würden, sind weiterhin im streitigen Verfahren geltend zu machen.

OGH 23. 10. 2014, 5 Ob 106/14w (OLG Wien 16 R 7/14p; LGZ Wien 16 Cg 143/11h)

Die Kl ist Wohnungseigentümerin der im ersten Stock des Hauses gelegenen Wohnung 2 und die Bekl ist Wohnungseigentümerin der Wohnung 3. Ein weiteres Objekt steht im WE einer dritten Person.

Die Bekl verkaufte mit Kaufvertrag vom 24. 7. 2009 an die Kl 185/419 Miteigentumsanteile an der Liegenschaft mit der Zusage, WE an der Wohnung 2 zu begründen. Der Dachboden über der Wohnung 2 wurde ausschließlich diesem WE-Objekt als Zubehör zugeordnet. Die Kl verpflichtete sich in Pkt VI.b. des Kaufvertrags, den Dachboden bei Lebzeiten der Bekl nicht auszubauen und der Bekl ein „persönliches, nicht übertragbares, lebenslängliches unentgeltliches Mitnutzungsrecht am Dachboden, insb für das Wäschetrocken (sic!) einzuräumen.“ Am selben Tag wurde der WE-Vertrag geschlossen.

Strittig ist zwischen den Streitteilen, ob sich das WE-Recht der Kl auch auf das Stiegenhaus ab dem Podest des ersten Stocks bis zum Dachboden und dem dortigen Podest erstreckt. Diese Podeste werden im Nutzwertgutachten als „Vorraum“ der Wohnung 2 mit einem Ausmaß von 1,3 m² und 3,07 m² bezeichnet.

Die Kl beehrte zuletzt und soweit für das RevRek-Verfahren noch wesentlich zu 2. des Klagebegehrens, „die bekl P (sei) schuldig, ihre Zustimmung gegenüber der zuständigen Baubehörde zum Antrag auf baubehördliche Bewilligung gem Einreichplan zu erteilen.“ (. . .)

Das ErstG sprach aus, dass der von der bekl Partei erhobene Einwand der Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs verworfen werde, der streitige Rechtsweg zulässig (Pkt 1.) und das ErstG für die gegenständliche Rechtssache zuständig sei (Pkt 2.).

Das RekursG gab dem gegen diese Entscheidung erhobenen und im Übrigen erfolglosen Rek der Bekl dahin Folge, dass es – soweit für das RevRek-Verfahren noch wesentlich – gem § 40a JN aussprach, das Klagebegehren zu Pkt 2., wonach die Bekl schuldig sei, ihre Zustimmung gegenüber der zuständigen Baubehörde zum Antrag auf