

# TE OGH 2018/1/18 5Ob191/17z

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.01.2018

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofräatin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Grundbuchsache der Antragstellerin G\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Rupert Brix, öffentlicher Notar in Wien, wegen Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum ob der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des nach § 12 BTVG bestellten Treuhänders MMag. Martin A\*\*\*\*\*, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 28. Juli 2017, AZ 46 R 190/17g, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 3. April 2017, TZ 1480/2017, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Grundbürgerliche Alleineigentümerin der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* war bei Beschlussfassung erster Instanz die Y \*\*\*\*\* GmbH, die (FN \*\*\*\*\*) nunmehr die Firma „R\*\*\*\*\* GmbH“ führt. Sie ist Bauträgerin und Wohnungseigentumsorganisatorin. Ob der Liegenschaft ist zu TZ 328/2016 die Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 42 WEG 2002 und der Name des Einschreiters als bestellter Treuhänder nach § 12 BTVG angemerkt. Zu Gunsten von insgesamt sieben Personen findet sich die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an näher genannten Objekten gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002. Erst nach Beschlussfassung erster Instanz kam es zur Einverleibung des Eigentumsrechts an entsprechenden Miteigentumsanteilen zu Gunsten dieser Wohnungseigentumsbewerber.

Die Antragstellerin beantragte die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 an Wohnung Top 2, Kfz-Stellplatz 1, Kfz-Stellplatz 12 und Motorradabstellplatz 13. Sie legte die Urkunde zur Erwirkung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum vom 14. März 2017 vor, wonach sie mit der Alleineigentümerin R\*\*\*\*\* GmbH einen Kaufvertrag über das genannte Objekt abgeschlossen und diese ihr die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt habe. Die Urkunde enthält eine entsprechende Aufsandungserklärung der Liegenschaftseigentümerin. Außerdem legte sie einen historischen Firmenbuchauszug betreffend die Firmenwortlautänderung der Liegenschaftseigentümerin vor.

Das Erstgericht bewilligte die beantragte Anmerkung.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Treuhänders nicht Folge. Es bejahte die Rekurslegitimation, weil der

Treuhänder in der Rangordnung namentlich genannt sei und die Verletzung eigener bucherlicher Rechte behaupte. Der Rekurs sei aber nicht berechtigt. Das WEG enthalte keine ausdrückliche Regelung der Frage, wer die Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Rang der Anmerkung der Treuhänderrangordnung nach § 42 Abs 1 WEG beantragen könne. § 42 Abs 1 und 3 WEG verlange nur bei Begründung und Löschung der Anmerkung der Rangordnung die Antragstellung durch den Treuhänder. Die bloß partielle Ausnützung der Rangordnung für einzelne Zusagen gemäß § 40 Abs 2 WEG führe aber nicht einmal zur teilweisen Löschung der Rangordnung, sondern diene der Sicherung der Rechte der Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Bauträger. Ein konkreter Wohnungseigentumsbewerber wie die Antragstellerin bedürfe dieser bucherlichen Absicherung der Rechte durch den Treuhänder nicht mehr, wenn sie selbst die Anmerkung der Zusage nach § 40 Abs 2 WEG im Rang des § 42 Abs 1 WEG für sich erwirkt habe. Der Wohnungseigentumsbewerber sei daher zur Antragstellung nach § 40 Abs 2 WEG auch dann berechtigt, wenn er dies im Rang der Anmerkung der Rangordnung des § 42 Abs 1 WEG verlange. Aus den Bestimmungen über die Namens- bzw Treuhänderrangordnung nach § 57a GBG ließen sich keine Rückschlüsse auf die Sicherungsinstrumente für Wohnungseigentumsbewerber nach den §§ 40 ff WEG 2002 bzw den gleichlautenden Vorgängerbestimmungen im WEG 1975 ableiten, zumal § 57a GBG erst mit der Grundbuchsnotiz 2012 eingeführt worden sei. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage der Legitimation zum Antrag auf Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG im Rang einer Treuhänderrangordnung nach § 42 Abs 1 WEG fehle.

Im ordentlichen Revisionsrekurs strebt der Treuhänder eine Abänderung der Beschlüsse der Vorinstanzen im Sinne einer Abweisung des Antrags auf Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum für die Antragstellerin an.

Die Argumentation des Rekursgerichts zur (alleinigen) Antragslegitimation der Wohnungseigentumsbewerber sei unschlüssig. Aus § 42 Abs 2 Z 2 WEG, der anordne, dass Wohnungseigentumsbewerber die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum im Rang der Anmerkung der Rangordnung verlangen könnten, ergebe sich unmissverständlich, dass der Gesetzgeber keine Antragslegitimation des Wohnungseigentumsbewerbers vorsehen habe wollen; diesfalls hätte er einen anderen Begriff als „verlangen“ verwendet. Soweit sich die Literatur überhaupt mit der Legitimationsfrage auseinandersetzt, vertrete sie die Auffassung des Einschreiters, diese komme dem Treuhänder nach § 12 BTVG zu. Dies ergebe sich auch aus der Entscheidung<sup>5</sup> Ob 186/14k zumindest implizit. Da die Anmerkung der Rangordnung der Sicherung der Rechte der potentiellen Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Bauträger diene, könnten Wohnungseigentumsbewerber lediglich vom Treuhänder verlangen, dass dieser die Anmerkung im Rang der Treuhänderrangordnung für sie beantrage; insoweit bestehe lediglich ein gesetzlicher Anspruch gegenüber dem Treuhänder, nicht aber eine unmittelbare Antragslegitimation der Wohnungseigentumsbewerber. Dies sei deshalb gerechtfertigt, weil dem Treuhänder bei Wahrnehmung der aus der Anmerkung resultierenden Befugnisse die entscheidende Schlüsselfunktion zukomme. Beantrage der Wohnungseigentumsbewerber in Umgehung und ohne Mitwirkung des Treuhänders die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Rang der Treuhänderrangordnung, sei es dem Treuhänder nicht mehr möglich, alle ihm gesetzlich obliegenden Pflichten nach dem BTVG zu erfüllen, vor allem dann, wenn – wie hier – keine Rechtsbeziehung zwischen dem Treuhänder und dem Wohnungseigentumsbewerber bestehe. Die vom Rekursgericht hervorgehobenen Unterschiede der Treuhänderrangordnung gemäß § 42 Abs 1 WEG von der allgemeinen Rangordnung gemäß §§ 53 ff GBG bzw der Treuhänderrangordnung gemäß § 57a GBG seien nicht zu erkennen. In Anbetracht der Parallelität von § 57a GBG und § 42 WEG 2002 sei davon auszugehen, dass der Treuhänder allein antragslegitimiert sei bzw bei der Antragstellung jedenfalls mitzuwirken habe.

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

### 1. Rechtsmittellegitimation:

1.1. Vorweg ist die vom Rekursgericht bejahte Frage der Rechtsmittellegitimation des einschreitenden Treuhänders nach § 12 BTVG zu klären. Hätte das Rekursgericht nämlich über einen unzulässigen Rekurs meritorisch entschieden, wäre der Mangel der funktionellen Zuständigkeit für eine solche Erledigung aus Anlass des gegen die unzulässige Sachentscheidung erhobenen Revisionsrekurses als ein einer Nichtigkeit gleichkommender schwerer Verfahrensmangel, der eine erhebliche Rechtsfrage aufwirft, wahrzunehmen und der unzulässige Rekurs gegen den Beschluss der ersten Instanz zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0115201; RS0042059).

1.2. Die Rechtsmittellegitimation anderer Personen als des mit seinem Begehr nicht (vollständig) durchdringenden Antragstellers setzt nach gefestigter grundbuchsrechtlicher Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0006710; RS0006677) grundsätzlich voraus, dass der Betroffene in seinen bürgerlichen Rechten verletzt sein könnte, indem bürgerliche Rechte durch die bekämpfte Entscheidung belastet, abgetreten, beschränkt oder aufgehoben werden. Dabei ist es Sache des Rekurswerbers aufzuzeigen, welche seiner bürgerlichen Rechte durch den angefochtenen Beschluss verletzt werden (RIS-Justiz RS0006710 [T4]). Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage der meritorischen Berechtigung des Rekurses, worüber mit Sachentscheidung abzusprechen ist (vgl RIS-Justiz RS0006677 [T4, T6]; RS0006710 [T9]). Demgemäß wird die Rechtsmittellegitimation eines eingetragenen Buchberechtigten schon dann bejaht, wenn er behauptet, durch die angefochtene Eintragung in seinen bürgerlichen Rechten verletzt zu sein (RIS-Justiz RS0006710 [T29]).

1.3. Hier behauptete der Einschreiter in seinem Rekurs, in seinen bürgerlichen Rechten als namentlich in der Rangordnung nach § 42 Abs 2 WEG 2002 genannter Treuhänder durch die Ausnutzung dieses Rangs seitens eines Wohnungseigentumsbewerbers ohne seine Mitwirkung verletzt worden zu sein. Diese – abstrakt nicht auszuschließende – Behauptung reicht im Sinn der zitierten Rechtsprechung für die Rechtsmittellegitimation aus. Ob es zu einer Beeinträchtigung oder Beschränkung seiner bürgerlichen Rechte durch die bekämpfte Eintragung tatsächlich gekommen sein konnte, ist im Zusammenhang mit der inhaltlichen Behandlung seines Rechtsmittels zu klären.

2. Rechtsstellung des Treuhänders nach § 12 BTVG bei Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum nach § 42 WEG 2002:

2.1. Ist auf einer Liegenschaft zumindest eine Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum § 40 Abs 2 WEG 2002) eingetragen oder das Miteigentum an einem Anteil aufgrund eines Vertrags einverleibt, der Anspruch auf eine derartige Anmerkung gibt, so ist gemäß § 42 Abs 1 WEG 2002 auf Antrag des nach § 12 BTVG bestellten Treuhänders im Grundbuch die unbefristete Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum anzumerken. In dieser Anmerkung ist der Treuhänder anzugeben. Nach § 42 Abs 2 WEG 2002 hat die Anmerkung folgende Rechtswirkungen:

Z 1: Soweit für wohnungseigentumtaugliche Objekte noch keine Wohnungseigentumsbewerber vorhanden sind, übt der Treuhänder die Rechte aus, die Wohnungseigentumsbewerber nach § 41 Abs 2 WEG 2002 und § 44 WEG 2002 zustehen würden.

Z 2: Wohnungseigentumsbewerber können die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum im Rang der Anmerkung der Rangordnung verlangen.

Gemäß § 42 Abs 3 WEG 2002 kann die Anmerkung nur auf Antrag des Treuhänders gelöscht werden.

2.2. Wie das Rekursgericht richtig erkannte und auch der Revisionsrekurswerber betont, lässt sich aus den im Gesetz beschriebenen Rechtsfolgen der auf § 42 Abs 1 WEG 2002 beruhenden Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Einräumung von Wohnungseigentum ableiten, dass diese der Sicherung der Rechte der (potentiellen) Wohnungseigentumsbewerber gegenüber dem Bauträger dienen sollen (5 Ob 219/13m = wobl 2016/62). Dass die Anmerkung nur auf Antrag des Treuhänders gelöscht werden kann, zeigt deutlich, dass dem Treuhänder bei der Wahrnehmung der aus der Anmerkung resultierenden Befugnisse grundsätzlich eine Schlüsselposition zukommt (Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht 3 § 42 WEG Rz 9; 5 Ob 186/14k = wobl 2015/89). In der Entscheidung 5 Ob 186/14k sprach der erkennende Senat demgemäß aus, dass der Liegenschaftseigentümer (Bauträger) – vom hier wie dort nicht vorliegenden Fall des § 42 Abs 4 WEG 2002 abgesehen – nicht zur Disposition über eine Anmerkung nach § 42 Abs 1 WEG 2002 befugt sei (RIS-Justiz RS0129910). Mit der Frage der Antragslegitimation des Wohnungseigentumsbewerbers befasste sich 5 Ob 186/14k hingegen nicht.

2.3. In den Entscheidungen 5 Ob 97/16z und 5 Ob 96/16b wurde diese Rechtsprechung dahingehend ergänzt, dass auch die Inanspruchnahme der Rechtswirkungen der Anmerkung nach § 42 Abs 2 Z 2 WEG 2002 als Disposition anzusehen sei, die dem Bauträger bzw Liegenschaftseigentümer nicht zukomme (vgl RIS-Justiz RS0129910 [T1]). Dort wurde allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 40 Abs 2 Satz 1 WEG 2002 neben dem Wohnungseigentumsbewerber auch den Wohnungs-eigentumsorganisator berechtige, einen Antrag auf Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum zu stellen, dass § 42 Abs 2 Z 2 WEG 2002 aber als denjenigen, der die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum im Rang der Anmerkung nach § 42 Abs 1

WEG 2002 verlangen und damit im Ergebnis die Treuhänderrangordnung zu seinen Gunsten ausnützen könne, nur den Wohnungseigentumsbewerber nenne. Dass der Treuhänder nach § 12 BTVG bei einer derartigen „Ausnützung der Treuhänderrangordnung“ jedenfalls mitzuwirken habe, ergibt sich aus diesen Entscheidungen nicht.

2.4. Im Schrifttum befasst sich lediglich Gartner mit dieser Frage, der in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht2, § 42 WEG Rz 7 ausführt, dass die Treuhänderrangordnung ihren im Regelfall frühen Grundbuehrang für sämtliche später gemäß § 40 Abs 2 anzumerkende WE-Bewerber wahrt, wenn der Treuhänder deren Eintragung im Rang der Treuhänderrangordnung beantragt. Dass er damit zum Ausdruck bringen hätte wollen, nur der Treuhänder könne eine derartige Anmerkung beantragen, ergibt sich daraus aber nicht.

2.5. Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Gesetzesystematik lassen den Schluss zu, die Ausnützung der Treuhänderrangordnung nach § 42 Abs 2 WEG 2002 bedürfe in jedem Fall der Mitwirkung des Treuhänders. Weder im WEG 2002 noch im BTVG findet sich eine Einschränkung der Antragsbefugnis des Wohnungseigentumsbewerbers zur Erwirkung der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 oder ein Hinweis darauf, dass diese nur unter Mitwirkung des Treuhänders möglich wäre. § 40 Abs 2 WEG 2002 nennt im Gegenteil – ohne Einschränkungen – ausdrücklich auch den Wohnungseigentumsbewerber. § 42 Abs 2 Z 2 WEG ergänzt nach der Gesetzesystematik diese Bestimmung in dem Sinn, dass die Wohnungseigentumsbewerber die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum im Rang der Anmerkung der Rangordnung verlangen können; dass durch die Verwendung des Verbs „verlangen“ zum Ausdruck gebracht hätte werden sollen, die Antragstellung bedürfe jedenfalls der Mitwirkung des Treuhänders, ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien zu § 42 Abs 2 WEG 2002 bzw der Vorgängerbestimmung des § 24c WEG 1975, die mit dem BTVG eingeführt worden war (ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 29 f). Insbesondere der ausdrückliche Hinweis in § 42 Abs 3 WEG 2002, dass die Anmerkung nur auf Antrag des Treuhänders gelöscht werden könne, zeigt vielmehr, dass sich der Gesetzgeber des Umfangs der Schlüsselfunktion des Treuhänders durchaus bewusst war und demgemäß sowohl die Anmerkung selbst als auch deren Löschung an den Antrag des Treuhänders knüpfen wollte, nicht jedoch die bloß partielle Ausnützung der Anmerkung der Rangordnung durch einen einzelnen Wohnungseigentumsbewerber im Hinblick auf ein einzelnes Objekt im Sinn des § 42 Abs 2 Z 2 WEG.

2.6. Auch nach Sinn und Zweck des Gesetzes ist nicht nachvollziehbar, weshalb den Wohnungseigentumsbewerbern zwar ein – auch vom Revisionsrekurswerber ausdrücklich zugestandener – Rechtsanspruch ihm gegenüber darauf zustehen sollte, dass er die Anmerkung im Rang der Treuhänderrangordnung für sie beantragt, nicht aber ein eigenes Antragsrecht. Wie schon das Rekursgericht zutreffend ausführte, dient die Treuhänderrangordnung dem Schutz der potentiellen Wohnungseigentumsbewerber; warum der Gesetzgeber diese vor einer unmittelbaren Antragstellung durch sie selbst schützen hätte sollen, ist nicht nachzuvollziehen.

2.7. Durch eine nur partielle Ausnützung werden bucherliche Rechte des Treuhänders daher entgegen seiner Behauptung weder belastet noch beschränkt und schon gar nicht aufgehoben. Dass ihm die Erfüllung seiner Pflichten als Treuhänder bloß faktisch erschwert wird, ist als Darlegung eines bloß wirtschaftlichen oder schuldrechtlichen Interesses zu werten, das seine bucherlichen Rechte nicht beeinträchtigt, zumal die Anmerkung der Rangordnung nach bloß partieller Ausnützung durch einen einzelnen Wohnungseigentumsbewerber ja unverändert aufrecht zu bleiben hat.

2.8. Auch an der grundsätzlich weiter gegebenen Rechtsstellung des Treuhänders, diejenigen Rechte nach §§ 41 Abs 2 und 44 WEG 2002 hinsichtlich der wohnungseigentumstauglichen Objekte auszuüben, für die noch keine Wohnungseigentumsbewerber vorhanden sind, änderte sich nach der zutreffenden Auffassung des Rekursgerichts durch die (partielle) Ausnützung der Treuhänderrangordnung nur insoweit etwas, als dem Treuhänder diese Rechtsausübung jedenfalls hinsichtlich des Objekts der nunmehrigen Antragstellerin nicht mehr zukommt. Allerdings hat der Treuhänder auch diese Rechte nicht im eigenen Namen für sich, sondern im Interesse der potentiellen Wohnungseigentumsbewerber auszuüben. Überdies kommen diese Rechte nach überwiegender Lehre (vgl Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht4 § 41 WEG Rz 12 und § 44 Rz 2; Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, WEG § 41 Rz 2; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II23 § 41 WEG Rz 3; Würth in Rummel3 § 41 WEG Rz 2; Prader WEG4.01 § 41 Anm 1) dem Wohnungseigentumsbewerber bereits unabhängig von der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 zu, sodass die vom Treuhänder hier ins Treffen geführte Einschränkung seiner Rechtsausübung keine Folgewirkung der hier bekämpften Eintragung, sondern des Vertragsabschlusses zwischen der Liegenschaftseigentümerin und der Antragstellerin ist. Schon mit diesem Vertragsabschluss – und nicht erst mit der Anmerkung der Einräumung der Zusage von Wohnungseigentum im Rang der Treuhänderrangordnung – gehen die in

§ 41 Abs 2 und 44 WEG 2002 genannten Rechte (Zustimmung zur Nachfinanzierung bzw Fortsetzung der Bauführung bei Insolvenz) bereits auf die Wohnungseigentumsbewerber über. Eine allenfalls durch die bekämpfte Anmerkung erfolgte Beeinträchtigung von rechtlich geschützten Interessen des Treuhänders (vgl 5 Ob 128/08x) ist somit auch insoweit nicht zu erkennen. Die vom Treuhänder ins Treffen geführten faktischen Schwierigkeiten bei der Erfüllung seiner Pflichten nach dem BTVG haben keinen Zusammenhang mit der hier bekämpften Anmerkung; die Pflichten nach dem BTVG kommen dem Treuhänder unabhängig davon zu, ob der Wohnungseigentumsbewerber nun die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 im laufenden Rang oder im Rang der Treuhänderrangordnung beantragt, sie bestehen auch dann, wenn eine Treuhänderrangordnung im Sinn des § 42 Abs 2 WEG im Grundbuch gar nicht angemerkt ist.

2.9. Warum aus den Bestimmungen über die Namensrangordnung nach §§ 53 ff GBG bzw Treuhänderrangordnung nach § 57a GBG für die hier zu beurteilende Rechtsfrage nichts zu gewinnen ist, hat bereits das Rekursgericht ausführlich und zutreffend begründet, darauf kann verwiesen werden (§ 71 Abs 3 AußStrG).

2.10. Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass der Treuhänder nach§ 12 BTVG weder in seinen bucherlichen Rechten noch an seinen sonst rechtlich geschützten Interessen dadurch verletzt wird, dass ein Wohnungseigentumsbewerber die Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum im Rang dieser Treuhänderrangordnung beantragt, ohne den Treuhänder in diese Antragstellung miteinzubeziehen.

3. Dem Revisionsrekurs war daher nicht Folge zu geben.

**Textnummer**

E120900

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0050OB00191.17Z.0118.000

**Im RIS seit**

21.03.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

10.12.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

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