

Jetzt neu!
Aktuellste Leitsätze
in der immolex

Zivilrecht

Die Begründung von
Wohnungseigentum durch Klage
nach §43 WEG

Mietrecht

Muster: ABGB-Mietvertrag

Steuerrecht

Steuerfreie Vermietung an Diplomaten

Leitsätze

Grobes Verschulden bei nicht
erhaltenem Lohn

Haftung des Reinigungsunternehmens
gegenüber Angehörigen des Mieters

Die Begründung von Wohnungseigentum durch Klage nach § 43 WEG

Nach kontroversiellen Stellungnahmen in der Literatur stehe die zwingende Begründung von Wohnungseigentum an allen dafür tauglichen Objekten (§ 3 Abs 2 WEG) in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zur Klage auf Einwilligung in die Einverleibung nach § 43 WEG. Deshalb wurde ua vorgeschlagen, dass die Neubegründung von sog Mischhäusern entgegen § 3 Abs 2 WEG weiterhin zulässig sein müsse. Wie hier zu zeigen sein wird, besteht dazu allerdings kein Anlass.

HARALD FRIEDL

A. EINLEITUNG

Nach § 3 Abs 2 WEG 2002¹⁾ ist die Neubegründung von Wohnungseigentum (WE) nur mehr dann zulässig, wenn davon alle WE-tauglichen Objekte erfasst sind. Ziel ist es, das Neuentstehen von sog Mischhäusern (schlichtes Miteigentum neben WE) in Zukunft wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten zu verhindern. Bereits bestehende gemischte Objekte bleiben gem § 56 Abs 4 unangetastet.

Es wird immer wieder betont, die zwingende Begründung sei erst in letzter Minute in das Gesetz „hineinreklamiert“ worden und konnte daher nicht in allen damit zusammenhängenden Gesetzesspassagen ausreichend Berücksichtigung finden.²⁾ § 3 Abs 2 ist jedoch mit der Klage auf Einwilligung in die Einverleibung nach § 43 eines *einzelnen* Wohnungseigentumsbewerbers (WE-B) ohne weiteres vereinbar, obwohl WE gleichzeitig an allen Anteilen begründet werden muss.

In einer kürzlich ergangenen E des OGH über eine Klage nach § 37 Abs 2 gegen den Wohnungseigentumsorganisator (WE-O) auf Abgabe eines geänderten Nutzwertgutachtens beschäftigte sich der OGH quasi en passant mit der vorliegenden Problematik und billigte ohne näherer Analyse die Auffassung *Vonkilchs*,³⁾ § 3 Abs 2 habe bei der Klage nach § 43 unbeachtlich zu bleiben⁴⁾. In diesem Verfahren war das Klagebegehren aber schon deshalb abzuweisen, weil ein geändertes Nutzwertgutachten zur Einverleibung selbst dann nicht erforderlich ist, wenn auf der Liegenschaft noch nicht alle vorgesehenen Gebäude errichtet sind.⁵⁾

Mit dieser Auffassung werden besondere „Gründungshelferkonstruktionen“ forciert, bei denen sich ein WE-O nach § 43 klagen lässt, um so das Mischhaus zu erreichen oder in einem weiteren Schritt durch WE-Begründung mit dem vormaligen Kl die Rechtsfolgen des § 49 Abs 2 über die Unwirksamkeit von Festlegungen der „Scheineigentümergeinschaft“ auszuschließen versucht.⁶⁾ Das wirtschaftliche Naheverhältnis nachzuweisen wird entsprechend schwer fallen, wenn zwischen den beiden einzigen

Mitgliedern der Eigentümergemeinschaft schon Rechtsstreitigkeiten anhängig waren.

B. KLAGE NACH § 43 WEG 2002

Die Klage auf Einwilligung in die Einverleibung gegen den Liegenschaftseigentümer dient dem WE-B zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den WE-O, insb wenn dieser nicht gleichzeitig auch Liegenschaftseigentümer ist. Nach § 37 Abs 2 Z 2 hat der WE-B nach Vollendung der Bauführung und Zahlung der vereinbarten Beträge den unabdingbaren Anspruch gegen den verfügungsberechtigten WE-O auf Errichtung derjenigen Urkunden, die zur Einverleibung seines Eigentumsrechts am Mindestanteil und seines WE erforderlich sind. Dies ist Teil der vertraglichen Hauptleistungspflicht des WE-O, die auf die Einverleibung des WE-B abzielt. Dieser Anspruch zerfällt in mehrere Einzelansprüche, wozu ua die Erstellung des Nutzwertgutachtens zur Bestimmung des Mindestanteils, die Errichtung eines einverleibungsfähigen Kaufvertrages und eines WE-Vertrages zählt. Die Einverleibung hat der WE-B, wie auch jeder andere Liegenschaftserwerber, selbst herbeizuführen. Wird der WE-O mit der Erfüllung auch nur eines dieser in Etappen zu erfüllenden Teilansprüche säumig, dann kann der WE-B – im Durchgriff – den Liegenschaftseigentümer direkt auf Einwilligung in die Einverleibung nach § 43 klagen.

Zwischen mehreren WE-O besteht nach hA⁷⁾ echte Korrealität, weswegen es unerheblich ist, zu

Mag. Harald Friedl ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

- 1) Paragraphen ohne Angabe sind jene des WEG 2002.
- 2) § 3 Abs 2 wurde mit diesem Regelungsinhalt erst durch den Abänderungsantrag im JA eingefügt.
- 3) In *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, § 43 Rz 6 ff.
- 4) 5 Ob 184/03 z, *ecolex* 2004/126, ohne Auszug aus der in diesem Punkt äußerst kurz gehaltenen Begründung.
- 5) Vgl *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 6 Rz 12.
- 6) Dazu *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, § 49 Rz 11.
- 7) *Würth*, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979, 57 (69); *Ofner* in *Schwimann* IV § 23 WEG 1975 Rz 12; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Vor §§ 37–44 Rz 28; *Würth* in *Rummel* II³ § 37 Rz 3.

welchem eine vertragliche Beziehung des WE-B besteht. Der Liegenschaftseigentümer, der nach § 2 Abs 6 selbst WE-O ist, hat allerdings bloß mit seiner Liegenschaft einzustehen.

Das klagsstattgebende Urteil im Verfahren nach § 43 ersetzt nicht nur die Aufsandungserklärung⁸⁾ zur Einverleibung am Mindestanteil, sondern auch den WE-Vertrag als „Titel“ für die Verbücherung von WE. Da nach dem WEG 1975 die Begründung von WE an nur einem Objekt mit gleichzeitigem Entstehen eines Mischhauses zulässig war, musste mittels Urteil auch bloß ein WE-Vertrag für die Verbücherung an *einem* Objekt ersetzt werden, wie dem Gesetz überhaupt nichts Näheres über die inhaltlichen Anforderungen des Urteils zu entnehmen war.

C. STELLUNGNAHMEN IN DER LEHRE

Würth⁹⁾ geht davon aus, dass der Klage nach § 43 so wie § 25 WEG 1975 die Vorstellung zugrunde liege, dass WE an einem einzelnen Anteil begründet werden könne. Die Klage nach § 43 allein sei wertlos, weshalb Würth und M. Zingher¹⁰⁾ den Ansprüchen des WE-B in § 37 Abs 2 Z 2 eine neue Bedeutung beimessen möchten. Der WE-B könne den WE-O *gesondert* auf Begründung von WE an allen Anteilen gestützt auf § 37 Abs 2 klagen. Sollte sich aber schon aus dieser Bestimmung eine gesonderte Klagemöglichkeit ergeben, wäre die Klage nach § 43 überhaupt obsolet. Eine Norm so auszulegen, dass sich ihre Rechtsfolge bereits aus einer anderen Norm ergibt und diese daher überflüssig macht, ist systematisch zu vermeiden.¹¹⁾

Bemerkenswert ist, dass beiden Autoren aus § 37 Abs 2 einen materiellrechtlichen Anspruch herleiten, eine Durchsetzbarkeit nach § 43 aber verneinen, stellt doch diese Klage gerade die Sanktion der Säumigkeit mit der Erfüllung der materiellrechtlichen Ansprüche dar. Jede denkbare Konstellation dieser Auffassung führt immer dazu, dass zwei gesonderte Klagen bei möglicher abweichender Zuständigkeit einzubringen wären. Ein klagsstattgebendes Urteil im Verfahren nach § 43 müsste dann etwa unter dem Vorbehalt stehen, dass der WE-B mit einer Klage nach § 37 Abs 2 obsiegt.¹²⁾ Solche Vorbehaltsurteile sind dem österreichischen Prozessrecht jedoch fremd.¹³⁾

Vonkilch geht vom gleichen Grundverständnis zu § 43 aus, weswegen er eine teleologische Reduktion (gegen den Willen des Gesetzgebers) befürwortet. Dabei stützt er sich im Wesentlichen darauf, dass § 3 Abs 2 „gleichsam in letzter Sekunde“ durch den Abänderungsantrag im JAB „in das Gesetz hineingepresst“ worden sei und der Gesetzgeber zur lückenlosen Umsetzung sicher nicht bereit gewesen sei, die völlige Entwertung von § 43 als effizienter Erwerberschutznorm einhergehen zu lassen. Im Zusammenhang mit dem Erwerberschutz verweist er auf die Schaffung spezieller Schutzvorschriften (§§ 49 f) für die ebenfalls „in letzter Sekunde kreierte“ Begründung von vorläufigem WE. Der Gesetzgeber habe in einem „programmatischen Be-

kenntnis“ im JAB¹⁴⁾ unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass dort, wo Defizite für den Erwerberschutz drohen, es diese zu vermeiden gelte. Weiters meint Vonkilch, dass der Vermeidung von Mischhäusern gegenüber dem Erwerberschutz eine deutlich niedrigere Regelungspriorität zukomme, weshalb ihre Neubegründung bei der nicht alltäglichen Klage nach § 43 in praktisch vernachlässigbarem Umfang weiterhin möglich sei.

Dieses „programmatische Bekenntnis“ hat allerdings keinen eigenen Stellenwert, weil es ohnedies ein generelles Anliegen war, den Erwerberschutz weiter auszubauen. Die zitierte Passage steht mit der hier zu erörternden Problematik in gar keinem Zusammenhang, sondern es wird nur ausgesagt, dass mit der Einführung des neuen *Rechtsinstituts des vorläufigen WE* der ausdrückliche politische Wille verbunden sei, damit die Rechte der Bewerber keinesfalls zu verkürzen. Ob der Vermeidung von Mischhäusern tatsächlich eine niedrigere Regelungspriorität zukomme, ist bedeutungslos, weil der Wille des Gesetzgebers eindeutig ist. Vonkilch ist zugestehen, dass aus den Bemerkungen im JAB¹⁵⁾ zur zwingenden Begründung „(deretwegen es bei künftigen Wohnungseigentumsbegründungen – zumindest in aller Regel – nur noch Wohnungseigentümer und keine schlichten Miteigentümer mehr geben wird)“ auch abgeleitet werden könne, dass Ausnahmen möglich seien. Diese Bemerkung findet sich allerdings zur notwendig gewordenen Änderung des § 1 – Regelungsgegenstand des WEG –, und damit könnte auch die weitere WE-Begründung bei alten Mischhäusern gemeint sein. Das In-Klammer-Setzen im Originaltext impliziert eher, dass es sich mehr um eine vorsichtige Formulierung ob der radikalen Rechtsänderung handelt.

Aus der Übergangsbestimmung des § 56 Abs 4 ergibt sich weiters, dass dem Gesetzgeber sogar daran gelegen ist, bereits bestehende Mischhäuser zurückzudrängen, weil die weitere Begründung von WE nur dann zulässig sein soll, wenn die gesamte Liegenschaft ins WE überführt wird. Entgegen Vonkilch zeigt diese Bestimmung auch nicht die Bereitschaft des Gesetzgebers, die Existenz von Mischhäusern auf „theoretisch unbestimmte Zeit zuzulassen“, wenn diese durch die Novelle unangetastet bleiben, sondern entspricht der verfassungsgesetzlich eingeschränkten Möglichkeit, in bestehende dingliche Rechtspositionen einzugreifen.

8) Ein Vertrag, als Titel für den Eigentumserwerb, muss natürlich vorliegen.

9) Sonderprobleme der WE-Begründung, wobl 2002, 118 (120); Würth/Zingher, WohnR II 2002 II § 37 Anm 2; § 43 Anm 1; in *Rummel* IP § 37 Rz 7; § 43 Rz 1.

10) In *Würth/Zingher/Kovany*²¹ § 37 Rz 14; § 43 Rz 2.

11) *F. Bydliński*, Methodenlehre, 445.

12) Keine Vorfagenproblematik, weil kein strittiges präjudizielles Rechtsverhältnis iSd § 190 ZPO.

13) *Fasching* III 551.

14) 1050 BlgNR 21. GP 11.

15) 1050 BlgNR 21. GP 2.

D. EIGENE AUFFASSUNG

§ 3 Abs 1 nennt in Z 1–4 jene Titel, die Grundlage für die Begründung von WE sein können. Dazu zählen neben der Vereinbarung aller Miteigentümer durch WE-Vertrag, drei Arten der Begründung durch Richterspruch. Anders als in § 2 Abs 2 WEG 1975 ist in dieser Aufzählung nunmehr auch die „gerichtliche Entscheidung über eine Klage nach § 43“ ausdrücklich genannt. § 3 Abs 2 ordnet an, welche Anforderungen die in Abs 1 genannten Titel zu erfüllen haben. Eine Einschränkung, dass die zwingende Begründung an allen tauglichen Objekten nur für den WE-Vertrag gelten soll, lässt sich weder aus dem Gesetz noch den Mat entnehmen. Damit ist aber eindeutig klargestellt, dass auch die gerichtliche Entscheidung über eine Klage nach § 43 die Begründung von WE an allen Objekten zum Inhalt haben muss. Daher ist jenen Auffassungen schon von vornherein der Boden entzogen, die davon ausgehen, dass ein nach § 43 ergehendes Urteil lediglich den Titel für WE-Begründung an einem einzelnen Anteil supplieren könne, weil hier gerade Gegenteiliges angeordnet ist.

1. ZWINGENDE BEGRÜNDUNG KEIN NOVUM DES WEG 2002

Die zwingende Begründung von WE an allen Anteilen *durch Richterspruch* ist kein Novum des WEG 2002. Schon zum alten Recht war im Teilungsverfahren nach § 830 ABGB unter schlichten Miteigentümern – über entsprechende Einwendung des Bekl – WE an allen Miteigentumsanteilen zu begründen. Nach stRsp entspreche die Beibehaltung von schlichtem Miteigentum nicht der Intention des Gesetzgebers, eine Teilung durch WE-Begründung herbeizuführen.¹⁶⁾ Daher war das Entstehen von gemischten Objekten im Teilungsverfahren auch schon bisher ausgeschlossen. Dies galt auch dann, wenn nur einer von mehreren bekl Miteigentümern diese Einwendung erhob.¹⁷⁾ Wurde ein Teilungsvorschlag – nämlich durch (privates) Nutzwertgutachten – erstattet, so bestand zumindest theoretisch die Möglichkeit, jedem Miteigentümer entsprechend seinem Anteil schon im Titelverfahren WE einzuräumen, und zwar ohne darauf folgendes Exekutionsverfahren nach § 351 EO.¹⁸⁾ Damit konnte unmittelbar die Einverleibung herbeigeführt werden.¹⁹⁾ Daher hat jeder Miteigentümer, der auf Teilung geklagt wird und die Begründung von WE grundsätzlich möglich ist, *einen Anspruch* darauf, dass WE nicht nur verbunden mit seinem Anteil, sondern *an allen Anteilen begründet wird*. Dies folgt, wie § 56 Abs 12 zeigt, keineswegs aus der bereits bestehenden dinglichen Rechtsgemeinschaft. Schlichte Miteigentümer können ihre Zustimmung zur WE-Begründung *nur dann nicht verweigern*, wenn WE bereits an zumindest einem Anteil begründet wurde (also nur bei gemischten Objekten).

Neu ist, dass ein Miteigentümer direkt auf Begründung von WE klagen kann. Da für die Einverleibung des dinglichen Rechts WE aus Vertrag sonst eine Aufsandungserklärung aller Miteigentümer erforderlich wäre, wird diese hier durch Richterspruch

wie auch bei der Klage nach § 43 ersetzt. Diese Teilungsklage ist in ihrer nunmehrigen Gestalt in Wahrheit gar nichts anderes als eine Klage auf Einwilligung in die WE-Begründung.²⁰⁾ Der Teilungskläger hat auch nur einen Anspruch darauf, dass ihm eine seinem Miteigentumsanteil entsprechende Wohnung zugewiesen wird, zwingt im Übrigen aber den bekl Miteigentümern zulässigerweise WE auf.

Nach hA steht sogar einem WE-B, der bereits schlichter Miteigentümer ist, die Klage nach § 43 auf Einwilligung in die Einverleibung des WE *als Miteigentümer* gegenüber dem Anspruch auf Einverleibung des Eigentumsrechts zu.²¹⁾ Dieser WE-B könnte sogar wählen, ob er nun die Klage auf Teilung in WE oder jene nach § 43 erhebt. Bei bloßem Unterschied im Formalen sind beide Begehren im Prinzip auf denselben Erfolg gerichtet. Eine Unvereinbarkeit mit § 3 Abs 2 besteht hier bei der Klage nach § 43 jedenfalls nicht.

2. VERTRAGLICHE ANSPRÜCHE UND § 37 ABS 2 WEG

Der Erwerb eines Miteigentumsanteils verbunden mit WE bei erst zu begründendem WE ist ein *zweistufiger Rechtserwerb*. Es wird ein Miteigentumsanteil bei gleichzeitiger ideeller Aufteilung des Liegenschaftseigentums erworben, wobei sich in einem zweiten Schritt die nunmehrigen Miteigentümer gegenseitig das beschränkte dingliche Recht WE an „ihrem“ WE-Objekt einräumen. Dass beide Schritte normalerweise gemeinsam vollzogen werden, ändert an der Zweiaktigkeit nichts.

Mit der Zusage der Einräumung von WE verspricht der WE-O dementsprechend auch zweierlei, nämlich die Verschaffung von Miteigentum an der Liegenschaft und gleichzeitig auch die Einräumung von WE. Durch § 3 Abs 2 tritt nunmehr eine weitere Komponente hinzu. Wer die Einräumung von WE zusagt, verspricht – nach dem Empfängerhorizont (§ 914 ABGB)²²⁾ – gleichzeitig auch, dass WE an allen dafür tauglichen Objekten begründet wird, weil nach der Rechtsordnung nur auf diese Weise eine WE-Begründung möglich ist und daher eine Zusage nur mit diesem Inhalt verstanden werden kann.²³⁾ Der WE-O schuldet daher aus dem hinter der Zusage stehenden Vertrag die Begründung von WE an allen Objekten als Teil seiner Hauptleistung.

§ 37 Abs 2 Z 2 normiert nach hA zugunsten des WE-B relativ zwingende Mindestinhalte für den Vertrag auch *als gesetzliche Ansprüche* des WE-B, die ua

16) 5 Ob 222/02 m mwN, NZ 2003/56.

17) Pittl in Schwimann IV² § 2 WEG 1975 Rz 33 f.

18) Eingehend Kletečka/Löcker, Praktische Aspekte der Begründung von Wohnungseigentum im Teilungsprozess, immolex 1998, 115.

19) 5 Ob 2399/96 x, immolex 1998/27.

20) Kletečka, WEG 2002, Anm zu § 3; Derbolav, Nochmals zur Klage auf „Teilung“ in Wohnungseigentum, wobl 2003, 4.

21) 5 Ob 2309/96 m NZ 1997, 287; Faistenberger/Barta/Call, WEG 1975, 755 Rz 7; Würth/Zingher²⁰ § 25 WEG 1975 Rz 16; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch § 43 Rz 11.

22) StRsp zur Auslegung der Zusage, vgl 5 Ob 56/03 a, immolex 2004/25.

23) Vgl MietSlg 43.406.

auf die Errichtung des WE-Vertrages und die Ermöglichung der Verbücherung gerichtet sind.²⁴⁾ Welchen WE-Vertrag der WE-O aus § 37 Abs 2 schuldet, beantwortet § 3 Abs 2 (insb zur Ermöglichung der Verbücherung). Der *Liegenschaftseigentümer*, der nicht auch zugleich zusagender WE-O ist, hat wegen der in § 37 Abs 2 normierten Korrealität *für die Erfüllung* dieser Ansprüche mit seiner Liegenschaft über § 43 – mit den Worten des OGH – als *gesetzlicher Haftung* einzustehen.²⁵⁾

3. WE-BEGRÜNDUNG MIT DEM LIEGENSCHAFTSEIGENTÜMER

Ein nach § 43 ergehendes Urteil ersetzt einen den Anforderungen des § 3 Abs 2 entsprechenden WE-Vertrag, wie auch die gerichtliche Entscheidung nach der eindeutigen Anordnung im § 3 diesen Anforderungen zu genügen hat. Es ist WE an den verbleibenden durch das Nutzwertgutachten präzisierten Anteilen zugunsten des bekl Liegenschaftseigentümers zu begründen. Diese Rechtsfolge geht weder über den vertraglichen noch über den gesetzlichen Anspruch hinaus. Nicht anders wäre es, wenn der WE-O diesen Anspruch ab Fälligkeit freiwillig erfüllen würde. Insofern ist also *Würth* und *M. Zingher* zuzustimmen, wenn sie einen materiellrechtlichen Anspruch aus § 37 Abs 2 herleiten, womit aber schon dem Erfordernis entsprochen ist, dass die Klage nach § 43 ausschließlich der Durchsetzung der dort normierten gesetzlichen Ansprüche dient.

Auch im *Verfahren nach § 43* erfolgt ein *zweistufiger Rechtserwerb*. Miteigentümer einer Liegenschaft können sich das dingliche Recht WE an einem einzelnen Objekt eben nur mehr dann gegenseitig einräumen, wenn dies an allen dafür tauglichen Objekten der Liegenschaft erfolgt. Es wird hier gar nicht bezweifelt, dass die Klage eindeutig auf die Abgabe der Aufsandungserklärung abzielt, mehr ist auch nicht erforderlich. Das Klagebegehren lautet wie schon zum § 25 WEG 1975 auf Einwilligung in die Einverleibung am Mindestanteil und in dem weiteren Begehren auf Einwilligung in die Einverleibung des dinglichen Rechtes WE an einem bestimmten Objekt (zwei Aufsandungserklärungen).

Der Kl wird in einer quasi „juristischen Sekunde“ Miteigentümer und räumt sofort zusammen mit dem zweiten Begehren auf Einwilligung in die Einräumung von WE dem bekl Liegenschaftseigentümer zu dessen Gunsten WE an den übrigen Anteilen ein. In dieser logischen „Sekunde“ besteht kein Unterschied zur Teilungsklage unter schlichten Miteigentümern, weil sich das zweite Begehren im Ergebnis mit jenem des Teilungsklägers deckt.²⁶⁾ Der vorher notwendige, auch bloß gedachte Zwischenschritt, ideelle Aufteilung²⁷⁾ des Liegenschaftseigentums für den Bekl, ergibt sich aus dessen Sachhaftung, wofür mangels Beschränkung oder Übertragung des Eigentums auf eine andere Person iSd § 32 GBG keine Aufsandung erforderlich ist. Diese gedachten Einzelschritte werden in einem vollzogen und das klagsstattgebende Urteil ist Grundlage für die Verbücherung.

4. KEIN RECHTSSCHUTZDEFIZIT

a) Mehrere nicht verbundene Verfahren

Sind mehrere Klagen nach § 43 beim zuständigen Gericht anhängig und werden die Verfahren, aus welchem Grund auch immer, nicht verbunden (§ 187 ZPO), ergeben sich auch daraus keinerlei nachteilige Konsequenzen. Dringt einer mit seiner Klage schneller durch, werden die übrigen WE-B dadurch bloß teilweise klaglos gestellt. Da die einmal eingetretene Säumnis bloß durch umfassende Klaglosstellung beseitigt werden kann, wobei die Rsp auf die Einverleibung abstellt,²⁸⁾ ist der Klage dadurch nicht die Grundlage entzogen. Die verbliebenen Kl schränken daraufhin ihr Begehren auf Einwilligung in die Einverleibung am Mindestanteil und bezüglich des weiteren Begehrens auf Kosten ein.²⁹⁾

b) Anmerkungen nach § 40 Abs 2 WEG

Anmerkungen (der Zusage) der Einräumung von WE nach § 40 Abs 2 anderer WE-B kann der Liegenschaftseigentümer als nunmehrigen Wohnungseigentümer nach erfolgter Eintragung des WE nicht über § 40 Abs 4 einfach löschen lassen, weil die Liegenschaft keinem Dritten übertragen wurde und es sich deswegen nicht um Zwischeneintragungen iSd § 57 GBG handelt. Die Anmerkung „haftet“ nach wie vor an der Liegenschaft und könnte nur mit Zustimmung des WE-B gelöscht werden (§ 40 Abs 5). Sie bezieht sich sogar genau auf jenen zugesagten Miteigentumsanteil, verbunden mit WE am zugesagten Objekt, dessen Eigentümer nach wie vor der sachhaftende Liegenschaftseigentümer ist.

c) Weiterhin Klagebefugnis nach § 43 WEG

Der OGH hat sich in SZ 50/14 der Auffassung von *Faistenberger/Bartal/Call*³⁰⁾ angeschlossen, wonach die Stellung als WE-B und der diesbezügliche Schutz bis zur Erlangung des Vollrechts reiche, wozu Übergabe und Verbücherung gehören.³¹⁾ Deswegen können die übrigen WE-B ab Fälligkeit ungeachtet der zwischenzeitig erfolgten WE-Begründung weiterhin die Klage nach § 43 gegen Liegenschaftseigentümer, der nunmehr Wohnungseigentümer ist, erheben.³²⁾ Das Begehren auf Übertragung eines bloßen Miteigentumsanteils wäre zwar gegenüber dem Anspruch des WE-B ein Aliud, ist es aber dann nicht, wenn es auf einen mit WE verbundenen Miteigentumsanteil gerichtet ist, weil das Begehren auf Abgabe der (ersten) Aufsandungserklärung in Ansehung des Gesamtrechts ein Minus ist. Es wäre auch durch nichts zu rechtfertigen, den Liegenschaftseigentümer plötzlich aus seiner Sachhaftung zu entlassen, könnte er sich doch

24) *Würth* in *Rummel* III³ § 37 Rz 2; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* § 37 Rz 27; *Palten*, Wohnungseigentumsrecht³ Rz 340; uva.

25) 5 Ob 292/03 g, immolex 2004/108.

26) Wie bereits gezeigt, ist aus der dort schon bestehenden dinglichen Rechtsgemeinschaft nichts abzuleiten.

27) Auch sonst zulässig, *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht Rz 94; *Feil*, Grundbuchsrecht³ 130.

28) SZ 50/15; *Würth/Zingher/Kovany*²¹ § 43 Rz 8 mwN.

29) Ausführlich *M. Bydlinski*, Kostenersatz im Zivilprozess 194.

30) WEG 1975, 640.

31) Ähnlich 5 Ob 228/99 m, wobl 2000/6 (*Call*).

32) So ausdrücklich 5 Ob 52/84 mit Verweis auf 6 Ob 786/80.

sonst jederzeit seiner gesetzlichen Haftung entziehen. WE-B, deren Zusage bislang nicht angemerkt wurde, können so auch die mit gleicher Wirkung ausgestattete Anmerkung der Klage nach § 43 Abs 3 begehren.

d) Neu hinzukommende Kaufinteressenten

Vorweg kann darauf hingewiesen werden, dass WE-B, die zwar eine schriftliche Zusage in Händen haben, aber nicht angemerkt sind, ihren Übertragungsanspruch mittels exekutivem Veräußerungs- u Belastungsverbot qua EV sichern können, wenn die Voraussetzungen der Klage nach § 43 vorliegen, diese aber etwa mangels Fälligkeit noch nicht erhoben werden kann. Die Rsp geht für die Gefahrenbescheinigung sogar davon aus, dass sich ein WE-B zwangsläufig in einer Gefahrensituation befinde. Die Rechtfertigung kann durch Klage auf Feststellung, dass der Betreffende WE-B ist, erfolgen.³³⁾ Die hier vertretene Auffassung bringt den Vorteil mit sich, dass das Veräußerungs- u Belastungsverbot wegen Kenntnis des Miteigentumsanteils nach § 382 Abs 1 Z 6 EO im Grundbuch angemerkt werden kann.

Der Problembereich der bürgerlichen Sicherung von Kaufinteressenten bei bereits bestehendem WE ist eigentlich aber gar kein Spezifikum des hier Erörterten, sondern wegen der Möglichkeit der WE-Begründung „auf der grünen Wiese“ mit einem „Gründungshelfer“ schon bisher allein aufgrund der behördlich bewilligten Baupläne oder durch das neue vorläufige WE des Alleineigentümers von genereller Natur.

Jene Rsp,³⁴⁾ die eine Anmerkung der Zusage nicht mehr zulässt, wenn WE bereits begründet ist, wurde schon zum alten Recht mit gewichtigen Argumenten in Zweifel gezogen,³⁵⁾ weswegen in der Folge die Anmerkung bei Unterteilung eines bereits bestehenden Objektes zugelassen wurde, weil sonst keine anderen adäquaten Sicherungsmittel zur Verfügung stünden.³⁶⁾ Sonst werden WE-B regelmäßig auf Anmerkung der Rangordnung (§ 53 GBG) und Vormerkung (§ 35 GBG) verwiesen. Die Vormerkung ist jedoch bloß dann möglich, wenn auch die Einverleibung des Eigentumsrechts hätte bewirkt werden können, weswegen die stRsp die Vormerkung eines aufschiebend bedingten oder durch einen Anfangstermin betagten dinglichen Rechts nicht zulässt,³⁷⁾ insb können keine Anwartschaftsrechte gesichert werden.³⁸⁾ Die Anmerkung der Rangordnung kann ihre Sicherungsfunktion insb bei sukzessiv zur verbauenden Liegenschaften³⁹⁾ nur dann erfüllen, wenn die Fälligkeit des Einverleibungsanspruchs vor Ablauf der Einjahresfrist vertraglich vereinbart wird. Beim neuen vorläufigen WE des Alleineigentümers jedenfalls sollen den Bewerbern, die dort Miteigentumsbewerber heißen, wegen des Pauschalverweises in § 50 auf die Erwerberschutznormen die gleichen Rechte zukommen wie WE-B. Vorbehaltlich einer gesonderten Untersuchung spricht sehr viel dafür, mit den dazu ergangenen Lehrmeinungen die Anmerkung der Zusage dort bei bereits begründetem WE zuzulassen.⁴⁰⁾ Der nächste Schritt wäre dann jedenfalls, die Anmerkung nach § 40 Abs 2 überhaupt – oder analog – als besondere Rangicherung beim

Liegenschaftserwerb iZm WE anzuerkennen.⁴¹⁾ Ein Wertungsunterschied zwischen einem Miteigentumsbewerber, der bereits begründetes WE erwirbt, und einen WE-B ist nicht zu erkennen.

E. ERGEBNIS

Insgesamt besteht kein Anlass, den Grundsatz der zwingenden Begründung von WE an allen dafür tauglichen Objekten bei der Klage auf Einwilligung in die Einverleibung zu durchbrechen. Sonst wäre § 3 Abs 2 überhaupt obsolet, denn das hier gewonnene Ergebnis entspricht jenem der WE-Begründung ohne vorherige Klage. Wird der Anspruch auf Einverleibung eines WE-B fällig, dann ist der Miteigentumsanteil zu übertragen und WE verbunden mit diesem Anteil am zugesagten Objekt einzuräumen. Hinsichtlich noch nicht veräußerter Objekte oder bei noch nicht fälligen Einverleibungsansprüchen ist eben WE für den Liegenschaftseigentümer oder zusagenden WE-O zu begründen.

33) 5 Ob 36/82 NZ 1983, 156; 5 Ob 97/93 MietSlg 45/30; uva.

34) Vgl RIS-Justiz RS 0108146.

35) Hoyer, Anm zu NZ 1998/418 und zu NZ 1999/438; H. Böhm, Anmerkung der Wohnungseigentumszusage nach Wohnungseigentumsbegründung?, immolex 2001, 53.

36) 5 Ob 277/00 x, immolex 2001/57.

37) SZ 34/192; 7 Ob 602/89, JBl 1989, 780; 6 Ob 179/97 k, JBl 1999, 45.

38) 3 Ob 18/82, NZ 1983, 137.

39) Dort wäre im Übrigen die Anwendbarkeit des Sicherungsregimes des BTVG zu prüfen.

40) Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Vor §§ 37–44 Rz 33 f, § 40 Rz 12; Würth in Rummel II³ § 40 Rz 5; M. Zingher in Würth/Zingher/Kovany²¹ § 40 Rz 5, § 50 Rz 2.

41) H. Böhm hat dies schon zum WEG 1975 beim Erwerb vom eigentlichen WE-O gefordert, immolex 2001, 53.

SCHLUSSSTRICH

Die in § 3 Abs 2 WEG angeordnete zwingende Begründung von WE an allen dafür tauglichen Objekten ist auch bei der Klage auf Einwilligung in die Einverleibung eines einzelnen Wohnungseigentumsbewerbers gegen den Liegenschaftseigentümer nach § 43 WEG zu beachten. Als Folge der gesetzlichen Durchgriffshaftung ist Wohnungseigentum mit dem erfolgreichen Kläger und hinsichtlich der übrigen Anteile zugunsten des Liegenschaftseigentümers zu begründen.