

Exszindierung des WE / Vorzugspfandrecht / Überbauten

Wohnrechtliche Miscellen

Zwischen Privat- und Gemeinschaftsrecht

Händlerregress

Keine inländische Niederlassung

Grenzüberschreitende Bankgeschäfte

Sittenwidriger

Markenrechtserwerb

Pensionskassen

Gesetzlicher Mindestertrag

Zwischenstaatliches Steuerrecht

Einkünfte-Begriff

Produkthaftungs-RL

Lieferantenhaftung

Exszindierungsrecht des Wohnungseigentumsbewerbers

Das WEG 2002 gibt dem nach § 40 Abs 2 (§ 24 a Abs 2 alt) angemerkten Wohnungseigentumsbewerber zur Sicherung seines Einverleibungsanspruchs gegen die Zwangsversteigerung der Liegenschaft die Exszindierungsklage. Bedeutet dies, dass vielleicht schon eine einzige Anmerkung die Exekution zur Gänze verhindern kann? In einer ersten Stellungnahme hat Wilhelm¹⁾ das bezweifelt. Der vorliegende Beitrag nimmt das Thema wieder auf.

HARALD FRIEDL

A. EINLEITUNG

1. PROBLEMSTELLUNG

Ein Wohnungseigentumsbewerber (WE-B), zu dessen Gunsten die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum (WE) im Grundbuch angemerkte ist (§ 40 Abs 2 WEG),²⁾ hat nach dem WEG 2002 neben einem Aussonderungsrecht im Konkurs/Ausgleich des Liegenschaftseigentümers nun auch ein Exszindierungsrecht bei Zwangsversteigerung der Liegenschaft (§ 43 Abs 4). Vor der Reform war ein WE-B nahezu schutzlos, wenn ein Gläubiger des Wohnungseigentumsorganisations (WE-O)³⁾ Exekution auf die Liegenschaft führte. Er musste dem exekutiven Erwerber weichen. Den Ansatz in der neueren Lit,⁴⁾ dieses Rechtsschutzdefizit über § 150 EO zu schließen, hat der Gesetzgeber nicht verwirklicht. Statt den Katalog der vom Erwerber zu übernehmenden Lasten in § 150 EO zu erweitern, ist der vertragliche Anspruch auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils verbunden mit WE jetzt ein Recht, das die Zwangsversteigerung unzulässig macht.

Der Wortlaut in § 43 Abs 4 könnte zu der Annahme verleiten, dass die Exekutionsführung in die Liegenschaft schon aufgrund einer einzigen Anmerkung qua Widerspruchsklage zur Gänze unzulässig wird. Das wäre weder sachgemäß, noch kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine über das beanspruchte Recht hinausgehende Wirkung des Widerspruchs eintreten lassen wollte.⁵⁾ Der Exekution kann doch nur soweit widersprochen werden, als es dem dahinter stehenden materiellen Recht entspricht. Es wird daher im Anschluss an Wilhelm hier die Auffassung vertreten, dass der angemerkte WE-B nur den ihm später zukommenden Miteigentumsanteil exszindieren kann und eine Zwangsversteigerung auf den von Anmerkungen „freien“ Liegenschaftsanteil einzuschränken ist.⁶⁾

Wenn aufgrund der erfolgreichen Exszindierung nicht die gesamte Liegenschaft zwangsversteigert werden darf, dann müssen die Miteigentumsanteile in jenem Umfang beim verpflichteten Liegenschaftseigentümer verbleiben, die für die WE-Begründung an dem zugesagten Objekt erforderlich sind (Mindestanteil). Daraus folgt zwingend, dass ein präsumtiver Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren nur

mehr Miteigentum erwerben kann. Die anmerkungsgenständlichen Anteile entstehen aber erst mit der Einverleibung von WE und sind daher rechtlich – zumindest nach dem Grundbuchsstand – noch nicht existent.⁷⁾ Im Ergebnis muss der WE-B einen bislang fiktiven Miteigentumsanteil exszindieren. Der betrGl kann nur den nach Abzug dieser Anteile verbleibenden „Rest“ realisieren und ein exekutiver Erwerber nur diesen „Rest“ erwerben.

2. ANMERKUNG DER ZUSAGE UND BÜCHERLICHER RANG

Nach der Definition in § 2 Abs 6 wird man WE-B schon allein aufgrund der *schriftlichen* Zusage der Einräumung von WE an einem bestimmt zu bezeichnenden WE-Objekt.⁸⁾ Gegenstand der Anmerkung ist nur die Zusage selbst, ohne dass dabei der zu verschaffende Mindestanteil schon bekannt sein muss.⁹⁾

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

- 1) Editorial, *ecolex* 2002, 481.
- 2) Paragraphen ohne Angabe beziehen sich in der Folge auf das WEG 2002.
- 3) Der Liegenschaftseigentümer ist immer schon dann als WE-O anzusehen, wenn mit seinem „Wissen“ organisiert wird, dazu Würth in *Rummel II* § 23 WEG Rz 5. Die Definition befindet sich jetzt in § 2 Abs 6.
- 4) H. Böhm, Die Rangsisicherung im GBG, WEG, BTVG, *immolex* 1999, 117.
- 5) Der JAB spricht von einem dem Aussonderungsrecht inhaltlich entsprechenden Exszindierungsrecht (1050 BlgNR 21. GP, 11). Das kann aber nur eine Exszindierung im Umfang des späteren Mindestanteils sein.
- 6) So auch Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, § 43 WEG Rz 35.
- 7) Anders beim neuen *vorläufigen WE des Alleineigentümers* (§§ 45 ff). Schon vor Erteilung der Zusage wird die Liegenschaft in einzelne Miteigentumsanteile aufgeteilt und erst zeitlich darauf Anmerkungen an diesen Quoten vorgenommen.
- 8) Bei erst zu errichtenden Objekten unter Bezugnahme auf die Baupläne. Die Angabe der Top-Nummer allein ist jedenfalls zu wenig (5 Ob 83/02 w; 5 Ob 22/98 s *immolex* 1998/193 mwN). Bei der WE-Begründung im Althaus reicht die Top-Nummer aus (5 Ob 244/00 v), sofern nicht wesentliche bauliche Veränderungen vorgenommen werden.
- 9) Daher fordert Hoyer zu Recht für die Anmerkung im Grundbuch einen *behördlich bewilligten* Bauplan, da sonst der zu schützende Miteigentumsanteil nicht einmal annähernd bestimmbar sei (NZ 1998/426 [GBSlg]).

Dieser ergibt sich erst aus dem vom Sachverständigen zu erstellenden Nutzwertgutachten, das mit dem Einverleibungsgesuch dem Grundbuchsgericht vorzulegen ist (§ 6 Abs 1 Z 3).

Die Anmerkung der Zusage sichert den Rang für den späteren Eigentumserwerb. Nach erfolgter Einverleibung kann der WE-B als Eigentümer die Löschung aller nach der Anmerkung bewirkten Eintragungen¹⁰⁾ von „seinem“ Mindestanteil in entsprechender Anwendung von § 57 Abs 1 GBG erwirken. Daher sind der Exszindierungsklage nicht nur unbesicherte betrGl, sondern auch nachrangige Hypothekare uneingeschränkt ausgesetzt.¹¹⁾

Bei erst zu errichtenden Objekten wird in der Praxis immer eine *Anmerkung der vorbehaltenen Verpfändung* (§ 40 Abs 1) im besten Rang eingetragen sein, um die für das Bauvorhaben benötigten Darlehen zu besichern. Eine solche Anmerkung entfaltet aber *keine* rangwahrende Wirkung.¹²⁾ Pfandrechte, die in Ausnützung der vorbehaltenen Verpfändung, aber zeitlich erst nach der Anmerkung der Zusage eingetragen wurden, gehen dieser im Rang nach. Ihre Wirkung beschränkt sich allein darauf, dass der WE-B diese Pfandrechte nach seiner Einverleibung vom Mindestanteil nicht löschen lassen kann (§ 40 Abs 4 Z 3). Aus dieser Rangfolge ergibt sich, dass angemerkte WE-B auch diesen betrGl mit der Exszindierungsklage entgegentreten können. Der Darlehensgeber müsste sich bei einer Pfandverwertung entweder mit der teilweisen Versteigerung zufrieden geben, oder die Begründung von WE abwarten, um sich dann an die einzelnen Wohnungseigentümer zu halten, die die Hypothek anteilig übernehmen.¹³⁾ Einen Ausweg bietet nur die Anmerkung der beabsichtigten Verpfändung nach § 53 GBG. Der Rangordnungsbeschluss wirkt zwar nur ein Jahr, sichert aber dem Hypothekar den Rang und erspart ihm daher eine Auseinandersetzung mit dem WE-B.

B. GANG DES EXEKUTIONS- VERFAHRENS

Ist der Verpflichtete Alleineigentümer der Liegenschaft, kann die Zwangsversteigerung nur hinsichtlich des gesamten in einer Einlage enthaltenen Grundbuchkörpers beantragt werden. Ein Antrag auf Zwangsversteigerung von bloßen Teilen einer Liegenschaft bzw einer von vornherein fiktiven Quote ist als unzulässig zurückzuweisen.¹⁴⁾ Der zu respektierende zukünftige Mindestanteil wäre für den betrGl aus dem Buchstand auch gar nicht ersichtlich, da dieser von der Nutzwertfeststellung abhängt und das Nutzwertgutachten erst mit der Einverleibung den Grundbuchsunterlagen beigefügt wird. Eine Anmerkung nach § 40 Abs 2 stellt genauso wenig wie die Eigentumsvormerkung und die Anmerkung der Rangordnung ein Hindernis für die *Bewilligung* der Zwangsversteigerung an sich dar.¹⁵⁾ Mit der Bewilligung wird die Einleitung des Verfahrens im Grundbuch angemerkelt (§ 137 EO).

Die Aufnahme der WE-B in das gleichzeitig mit dem Exekutionsantrag beizubringende „Interessenverzeichnis“, das die Grundlage für die Zustellun-

gen bildet, ist in § 133 Abs 2 EO nicht vorgesehen. Da eine Klage nach § 37 EO in jeder Phase des Verfahrens erhoben werden kann, macht eine erfolgreiche Exszindierung nach bereits durchgeführter Liegenschaftsschätzung eine neuerliche Wertermittlung erforderlich. Das Verfahren würde an seinen Anfang zurückgeworfen. Die Folge wären nicht abschätzbare Kosten für den betrGl und eine Verzögerung, bis auch der letzte WE-B seine Rechte geltend gemacht hat. Der Beschluss über die Bewilligung der Zwangsversteigerung ist ohnedies über den Wortlaut in § 136 EO hinaus neben dem Wiederkaufsberechtigten auch all jenen *Buchberechtigten* zuzustellen, in deren Rechte unmittelbar eingegriffen wird.¹⁶⁾ Weil angemerkte WE-B aus dem Grundbuch namentlich bekannt sind, sollte aus Gründen der Verfahrensökonomie auch ihnen der Beschluss zugestellt werden, um derartige unlösbare Verwicklungen zu vermeiden.

1. EXSZINDIERUNGSKLAGE

Die Klage nach § 37 EO richtet sich auf Beseitigung der Anlassesekution. Gegenstand ist nicht die Feststellung des materiellen Rechts und damit auch nicht die Bestimmung des dem WE-B zukommenden Mindestanteils. Sie ist eine gegen den betrGl zu richtende Rechtsgestaltungsklage, lautend auf Unzulässigerklärung der Exekution, soweit diese in die Rechte des Klägers eingreift. Vorerst wird davon ausgegangen, dass eine Nutzwertfeststellung schon stattgefunden hat und die Größe des Mindestanteils schon bekannt ist.¹⁷⁾ Die genaue Kenntnis des Mindestanteils ist deshalb von Bedeutung, da der Exszindierungskläger im Hinblick auf § 226 ZPO im Klagebegehren bestimmt anzugeben hat, inwieweit die Exekution unzulässig ist, widrigenfalls die Klage zurückzuweisen ist.¹⁸⁾ Die Bezugnahme auf die der Zusage zugrunde liegenden Baupläne reicht nicht aus, da aus diesen zwar die genaue Größe des WE-Objektes in Quadratmeter ersichtlich ist, nicht aber die vom Nutzwert abhängige Größe des Mindestanteils.

10) Mit Ausnahme der in § 40 Abs 4 genannten.

11) Einem Hypothekar, dessen Pfandrang der Anmerkung vorgeht, kann so selbstverständlich nicht Einhalt geboten werden, da der WE-B selbst nur eine Anwartschaft auf schon belastetes Eigentum hat.

12) Vgl *Meinhart* WuS 1982, 37 (43); *Kaufmann* NZ 1983, 21 mit Auszügen aus den Mat zum IRÄG 1982 (AB 1147 BlgNR 15. GP); *Würth* in *Rummel* II² § 24 a WEG Rz 5; *Würth/Zingher*²⁰ § 24 a WEG Rz 4.

13) Solidarische Sachhaftung der einzelnen Wohnungseigentümer ohne persönliche Solidarschuld (vgl QuHGZ 1969/54; zur Folge der ideellen Aufteilung *Hofmann* in *Rummel* I³ § 451 Rz 13). Der Frage, ob sich die Pfandrealisierung vor WE-Begründung mit teilweiser Versteigerung auf den Bestand der Hypothek am vorläufig nicht der Exekution zugänglichen Liegenschaftsanteil auswirkt, kann hier nicht nachgegangen werden.

14) NZ 1983, 106; EvBl 1985/1. Zu den in engen Grenzen möglichen Ausnahmen vgl *Heller/Berger/Stix* II 1084f und unten unter B.2.

15) Vgl *Angst* in *Angst*, EO § 133 Rz 16ff.

16) ZB dem aus einem Veräußerungsverbot Berechtigten, vgl *Angst* in *Angst*, EO § 136 Rz 1.

17) Zur Problematik bei fehlendem Nutzwertgutachten unten 3.

18) Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 393.

Gleichzeitig ist auch ein Antrag auf Aufschiebung der Anlassetzekution nach § 42 Abs 1 Z 5 EO zu stellen, da sonst mit dem Versteigerungsverfahren ungeachtet der Anhängigkeit des Exszindierungsprozesses fortgefahren wird. Die Aufschiebung wird bis zur rechtskräftigen Erledigung der Widerspruchsklage zu bewilligen sein.¹⁹⁾

Dringt der WE-B mit seiner Exszindierungsklage durch, ist die Anlassetzekution schon von Amts wegen hinsichtlich der zugesagten (künftigen) Miteigentumsquote einzustellen. Damit erlischt das mit der Exekutionsbewilligung begründete Befriedigungsrecht des betrGl in diesem Umfang. Ob der exszindierte Anteil an den WE-B auszufolgen ist, ist nicht in diesem Verfahren zu klären, sondern richtet sich nach dem materiellen Rechtsverhältnis. Der Einverleibungsanspruch (§ 37 Abs 2) wird idR noch nicht fällig sein, sodass Alleineigentümer der Liegenschaft weiterhin der verpflichtete WE-O/Liegenschaftseigentümer bleibt.

Nach erfolgter Einschränkung der Exekution kann die Einleitung der Versteigerung bezüglich der gesamten Liegenschaft angemerkt bleiben, da kein dingliches Recht erworben, sondern nur der Rang für das Befriedigungsrecht begründet wird. Zwar kann bei Einstellung der Versteigerung ein dinglich nicht gesicherter betrGl nach § 208 EO die Einverleibung eines (exekutiven) Pfandrechts im Rang der Anmerkung verlangen, dies ist mit gleicher Wirkung aber auch rechtsgeschäftlich möglich. Das Recht zur Löschung dieser Zwischeneintragungen schützt den WE-B (§ 40 Abs 4).

2. FORTSETZUNG DES EXEKUTIONS- VERFAHRENS

Wenn der exszindierte (künftige) Mindestanteil nicht mitversteigert werden darf, kann ein präsumtiver Ersteher nur mehr Miteigentum erwerben. Obwohl dies nicht dem Grundbuchsstand entspricht, ermöglicht das WEG die Exszindierung eines bisher noch nicht in Existenz getretenen Miteigentumsanteils. Weil ein rechtliches Nullum nicht Gegenstand der Widerspruchsklage sein kann, fingiert das Gesetz bei erfolgreicher Exszindierung das Bestehen dieser dinglichen Rechtsposition im Fall der Zwangsversteigerung.²⁰⁾ Von dieser Fiktion kann erst bei tatsächlicher Exszindierung ausgegangen werden, da erst in diesem Zeitpunkt durch Urteil feststeht, in welchem Umfang der künftige Miteigentumsanteil bestehen soll. Die Anmerkung erfolgt ja ohne Bezugnahme auf eine Quote und das private Nutzwertgutachten hat vor der Verbücherung von WE – weil jederzeit abänderbar – keinen publizitätswirksamen Stellenwert.

Der Versteigerung der „fiktiven“ Miteigentumsquote (als Rest nach Abzug der angemerkten fiktiven Mindestanteile) steht § 13 GBG nicht entgegen. Ein auf die Bewilligung der Versteigerung von bloßen Teilen gerichteter Antrag ist zwar unzulässig, doch betrifft dies nur die Exekutionsbewilligung als solche. Davon unabhängig ist die Form des Vollzugs. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass ein Ersteher entgegen dem aktuellen Grundbuchsstand einen Liegen-

schaftsanteil durch Zuschlag erwerben kann. Beispiel ist die parzellenweise Versteigerung (§ 146 Abs 1 Z 1 EO). Durch Änderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen können Grundstücke, die Teil eines Grundbuchskörpers sind, einzeln ausbezogen und zugeschlagen werden. Auch wenn die Exekutionsbewilligung den gesamten Grundbuchskörper umfasst und diese Vorgehensweise nur den Vollzug betrifft, so erwirbt dennoch ein Ersteher das Eigentum an einem physischen Teil des Grundbuchskörpers. Entgegen § 3 GBG erfolgt durch Zuschlag sogar eine Realteilung der Liegenschaft, ohne dass zuvor eine bücherliche Abschreibung notwendig wäre.²¹⁾

Abgesehen davon ist nach der Rsp die Versteigerung eines Teils des Grundbuchskörpers auch noch in anderen Fällen zulässig. Als Vorstufe für die Zwangsversteigerung war nach altem Recht noch die exekutive Pfandbestellung erforderlich. Einer exekutiven wie auch rechtsgeschäftlichen Pfandbestellung an einem bloßen Anteil stehe § 13 GBG dann nicht entgegen, wenn der Umfang des belasteten Gutes bestimmt zum Ausdruck gelange, was etwa der Fall sei, wenn der Realitteanteil durch die Eintragung des „Vorbesitzers“ bezeichnet erscheine.²²⁾ Auf dieser Grundlage wurde es als zulässig angesehen, nicht den gesamten Miteigentumsanteil, sondern entgegen dem Buchstand nur den dem ursprünglich belasteten Miteigentumsanteil entsprechenden Teil der Zwangsversteigerung zu unterziehen.²³⁾ Nach geltendem Recht ist die zwangsweise Pfandbestellung kein notwendiger Zwischenschritt mehr, sodass es nicht einmal zu § 13 GBG widersprechenden Eintragungen auf bloßen Liegenschaftsteilen kommt.

So wie die Versteigerung aufgrund einer Hypothek an einem bloßen Teil des Grundbuchskörpers zulässig ist, muss dies auch aufgrund der gesetzlichen Fiktion des bestehenden Miteigentums bei erfolgreicher Exszindierung möglich sein. Durch die Anmerkung der Einräumung von WE und dem Urteil aus dem Exszindierungsprozess erscheint der zu versteigernde Liegenschaftsanteil ausreichend bestimmt. Da das Befriedigungsrecht des betrGl in jenem Ausmaß erloschen ist, muss es daher zulässig sein, so weiterzuverfahrend, als käme eine bereits existente Miteigentumsquote zur Versteigerung. Im Versteigerungs-

19) Vgl *Jakusch* in *Angst*, EO § 37 Rz 62.

20) Ähnlich *Bernat/Unterasinger* bei der Aussonderung, in *Kralik/Rechberger*, Aktuelle Probleme des Grundbuchsrechts (1984) 7 (37). Durch die Aussonderung verwandelt sich das angemerkte Anwartschaftsrecht in das dem WE-B zustehende Miteigentumsrecht samt dem damit verbundenen WE.

21) Zur Vorgehensweise siehe *Heller/Berger/Stix* II 1171; *Angst/Jakusch/Pimmer*, EO¹³ § 146.

22) GIU 15.857; Nachweise jüngerer Datums bei *Dittrich/Angst/Auer*, Grundbuchsrecht⁴ § 13 E 20 ff. Nach *Exner* (Das Oesterreichische Hypothekenrecht [1876] 52) bezweckt § 13 GBG bloß die Erhaltung der Übersichtlichkeit der Tabularstände und bildet eine Kautel gegen allzu schwere Verwicklungen im hypothekarischen Befriedigungsverfahren, weshalb Eintragungen an bloßen Liegenschaftsteilen grundsätzlich unzulässig seien.

23) GIUNF 220. Der Verpflichtete erwarb hier seit der Pfandbestellung weitere Miteigentumsanteile dazu; vgl zu dieser Frage auch *Klang* in *Klang* II² 459.

edikt nach § 170 EO ist die durch den Exszindierungsprozess mittelbar festgelegte zu versteigernde Miteigentumsquote des verpflichteten Liegenschaftseigentümers anzugeben. Der Ersteher erwirbt den so bezeichneten Liegenschaftsanteil sofort mit Erteilung des Zuschlags durch konstitutiven Hoheitsakt. Die Einverleibung selbst hat bloß deklarative Bedeutung.²⁴⁾

3. SCHUTZ AUCH OHNE EXSZINDIERUNG?

Nach § 170 a Z 1 EO sind Rechte, die eine Versteigerung unzulässig machen würden, spätestens im Versteigerungstermin anzumelden, widrigenfalls sie gegen den *gutgläubigen* Ersteher nicht mehr geltend gemacht werden können. Der WE-B kann sein Verschaffungsrecht demnach auch noch im Versteigerungstermin anmelden,²⁵⁾ ohne zuvor Klage zu erheben. Verabsäumt er dies, so bleibt auch dies ohne Folgen, da § 170 a Z 1 eine materiellrechtliche Vorschrift über den Eigentumserwerb des Erstehers ist. Der WE-B könnte sein Recht nur dann nicht gegen den Ersteher geltend machen, wenn dieser gutgläubig war.²⁶⁾ Kommt es zu keinem Exszindierungsprozess, erwirbt der Ersteher zwar die gesamte Liegenschaft, aber durch die Anmerkung der Zusage wird der gute Glaube, dass WE nicht begründet werden soll, ausgeschlossen.²⁷⁾ Das kann aber nur bedeuten, dass der Ersteher an die Zusage gebunden ist. Die schuldrechtliche Natur einer solchen Bindung ist fraglich. *H. Böhm*²⁸⁾ spricht sich bei einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung für einen Schuldbeitritt aus. Für den exekutiven Liegenschaftserwerb ist aber jedenfalls eine Einschränkung vorzunehmen. Ein Beitritt kann nur hinsichtlich jener Vertragsinhalte befürwortet werden, die der Ersteher aus dem Grundbuchsstand kennen musste, da auch nur insofern der gute Glaube zerstört wird. Das wird regelmäßig aber nur die Zusage der Einräumung selbst sein. Sie ist zwar Teil eines umfassenderen Vertrages, Gegenstand der Anmerkung ist aber nur diese. Der Ersteher wird daher bei erst zu errichtenden Objekten nicht die Bauleistung selbst schulden, aber immerhin die Erbringung dieser Leistung durch den „zusagenden“ WE-O auf der Liegenschaft zu dulden haben.

C. FEHLENDE NUTZWERTFESTSTELLUNG

Nicht selten wird Vertragsgegenstand zwischen den Parteien nur das WE-Objekt nach Quadratmetern sein und die Determinierung des zu erwerbenden Miteigentumsanteils einem späteren Nutzwertgutachten vorbehalten werden. In einem solchen Fall müsste eine Klage nach § 37 EO mangels Kenntnis des Mindestanteils an § 226 ZPO scheitern. Es kann aber dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er den Schutz des Erwerbers von der Zufälligkeit des Vorliegens eines Gutachtens abhängig machen wollte, zumal sich in den Mat für eine derartige Einschränkung keine Anhaltspunkte finden. Nach dem klaren Wortlaut des § 43 Abs 4 steht schon allein aufgrund der Anmerkung der Zusage ein Exszindierungsrecht zu. Weitere Voraussetzungen sind nicht vorgesehen. Der Schutzmechanismus müsste aber aus prozessualen Gründen versagen.²⁹⁾

Bei der Klage auf Einverleibung wurde sehr wohl auf die Besonderheit Bedacht genommen, dass ein WE-B bei der Verfolgung seiner Ansprüche letztlich immer auch von der genauen Kenntnis des ihm zu verschaffenden Mindestanteils abhängig ist. Wird der WE-O mit der Errichtung der zur Einverleibung unbedingt erforderlichen Urkunden und der Stellung der Anträge säumig, dann kann der WE-B – im Durchgriff – den Liegenschaftseigentümer auf Einwilligung in die Einverleibung klagen (§ 43 Abs 1). Fehlt eine Nutzwertfeststellung, darf sich der WE-B die bestimmte Angabe des beanspruchten Mindestanteils bis zum Vorliegen des Nutzwertgutachtens vorbehalten (Abs 2). Diese „wohnrechtliche Stufenklage“ stellt eine der seltenen Ausnahmen vom Bestimmtheitserfordernis des § 226 ZPO dar. Das Gericht hat das Verfahren mit Beschluss zu unterbrechen und den Parteien die Einholung des Nutzwertgutachtens aufzutragen. Dieser Auftrag ist kein exequierbarer Beschluss gegen eine der Parteien, sondern lediglich eine Aufforderung. Nach der Rsp ist der normative Inhalt des § 43 Abs 2 allein die Möglichkeit des Vorbehalts und die zwingende Unterbrechung des Verfahrens.³⁰⁾

1. ANALOGIE ZUR WOHNRECHTLICHEN STUFENKLAGE?

Der gesetzgeberische Wille kommt klar zum Ausdruck: Die Klagemöglichkeit soll keinesfalls an einem prozessualen Formerfordernis scheitern. Das Exszindierungsrecht sollte das schon bisher bestehende Rechtsschutzsystem noch weiter abrunden. Übersehen wurde dabei aber offensichtlich, dass in diesem Fall die Klagsführung ebenso am Bestimmtheitserfordernis scheitert, wenn der Mindestanteil noch nicht bekannt ist.³¹⁾ An einer planwidrigen Unvollständigkeit kann kein Zweifel bestehen, da dem WE-B sicher nicht ein nutzloses Klagerecht beigelegt werden sollte.³²⁾ Zur Schließung dieser Lücke drängt sich ein

Der gesetzgeberische Wille kommt klar zum Ausdruck: Die Klagemöglichkeit soll keinesfalls an einem prozessualen Formerfordernis scheitern. Das Exszindierungsrecht sollte das schon bisher bestehende Rechtsschutzsystem noch weiter abrunden. Übersehen wurde dabei aber offensichtlich, dass in diesem Fall die Klagsführung ebenso am Bestimmtheitserfordernis scheitert, wenn der Mindestanteil noch nicht bekannt ist.³¹⁾ An einer planwidrigen Unvollständigkeit kann kein Zweifel bestehen, da dem WE-B sicher nicht ein nutzloses Klagerecht beigelegt werden sollte.³²⁾ Zur Schließung dieser Lücke drängt sich ein

24) *Angst in Angst*, EO § 156 Rz 3.

25) Voraussetzung ist natürlich auch hier, dass die Mindestanteile schon bekannt sind.

26) *Angst in Angst* EO § 170 a Rz 5; *Heller/Berger/Stix* II 1307 f.

27) *Würth in Rummel* II² § 24 a WEG Rz 4.

28) *Immolex* 1999, 146.

29) Dasselbe gilt übrigens auch für das Aussonderungsrecht, das ebenfalls mit Klage geltend zu machen ist.

30) *MietSlg* 33.501.

31) Die Parallelproblematik bei der Aussonderung haben soweit ersichtlich bisher nur *Bernat/Unterasinger* thematisiert (in *Kralik/Rechberger*, 37 f). Diese Autoren schlagen eine Ersatzaussonderung analog zu § 44 Abs 2 KO vor. Übersehen wird dabei, dass auch dieser Anspruch durch Klage geltend zu machen ist und Gegenstand der Ersatzaussonderung, wie bei der Aussonderung selbst, der mutmaßliche Mindestanteil ist, der im Klagebegehren bestimmt anzugeben ist.

32) Die Ansicht, dass der Anspruch mangels inhaltlicher Bestimmtheit vorerst nicht bestehen kann, wäre verkürzt, denn bestimmbar ist er durch das Nutzwertgutachten allemal. Gleiches müsste andernfalls auch für den Anspruch auf Einverleibung gelten, dessen Inhalt vor Nutzwertfeststellung genauso unbestimmt ist.

Analogieschluss zu § 43 Abs 2 auf. Die wohnrechtliche Stufenklage verfolgt den einzigen Zweck, die Klage auch bei fehlendem Nutzwertgutachten gegen denjenigen zu ermöglichen, der letzten Endes die Ansprüche des WE-B erfüllen kann. Dass bei der Klage nach § 37 EO der betrGl Prozessgegner ist und nicht wie hier der Liegenschaftseigentümer, spricht nicht gegen eine Analogie. Die Ähnlichkeit bestimmt sich nach den „Gründen“ (§ 7 ABGB) der auf ihre analoge Anwendbarkeit zu prüfenden Bestimmung, nicht nach äußerlichen Ähnlichkeiten des Sachverhalts.³³⁾ Die „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses“ liegt im durch die Anmerkung gesicherten Verschaffungsrecht und der Notwendigkeit, selbiges mit Klage auch gegen einen anderen als den zu verfolgen, der die Zusage abgegeben hat.³⁴⁾ Bei einer Gesamtbetrachtung kommt man zum Ergebnis, dass die „wohnrechtliche Stufenklage“ an eine Situation anknüpft, die auch bei der Exszindierungsklage gegeben ist.

Gestattet man dem WE-B, sich auch bei der Exszindierungsklage die bestimmte Angabe des Mindestanteils in Analogie zu § 43 Abs 2 vorzubehalten, ist kein Nachteil des betrGl zu befürchten. Die Unterbrechung des Exszindierungsprozesses ermöglicht dem WE-B, die Nutzwertbestimmung zu veranlassen. Der Auftrag zur Einholung des Nutzwertgutachtens, der an beide Parteien ergeht, ist ohnedies nicht durchsetzbar. Die Aufschiebung der Zwangsversteigerung ist zwar bis zur rechtskräftigen Erledigung des Exszindierungsprozesses zu bewilligen, jedoch müssen die Aufschiebungsgründe während dieser gesamten Dauer gegeben sein.³⁵⁾ Bleibt daher der WE-B untätig, ist die Befriedigung des betrGl gefährdet und über entsprechenden Antrag wird das Versteigerungsverfahren diesfalls ungeachtet der Anhängigkeit des Exszindierungsprozesses fortgesetzt.

2. ANSPRUCH AUF DAS NUTZWERTGUTACHTEN

Bei der Klage auf Einwilligung in die Einverleibung kommt der WE-B nicht in die Verlegenheit, das kostspielige Gutachten selbst in Auftrag geben zu müssen. Gem § 37 Abs 2 Z 2 hat der WE-B nach Bauvollendung und Zahlung der vereinbarten Beträge gegen den WE-O den Anspruch auf die Errichtung der zur Einverleibung erforderlichen Urkunden. Dazu zählt auch die Verpflichtung zur Nutzwertermittlung.³⁶⁾ Diese kann zwar nicht im Verfahren nach § 43, wohl aber gesondert im Klageweg geltend gemacht werden.³⁷⁾ Diese Ansprüche stellen relativ zwingende Mindestinhalte für die „Vereinbarung“ (also den Vertrag) zwischen WE-O und WE-B dar, die *spätestens* nach Vollendung der Bauführung und Zahlung fällig werden. Der gesetzliche Fälligkeitzeitpunkt erklärt sich vor allem dadurch, dass der WE-B diese Urkunden benötigt, um die Einverleibung herbeizuführen. Diese Ansprüche entstehen aber schon mit Vertragsschluss. Es ist einleuchtend, dass dem WE-B nicht schon vorher ein gesetzlicher Anspruch in die Hand gegeben werden sollte, da er sonst unabhängig von der eigenen Gegenleistung die

Einverleibung beantragen könnte. Eindeutig war dem Gesetzgeber aber daran gelegen, dass der WE-B die Erstellung dieser Urkunden erzwingen kann, wenn dies zur Verwirklichung seines gesicherten Anwartschaftsrecht notwendig erscheint. Bei diesem Verständnis verliert aber die Voraussetzung der vollständigen Zahlung jegliche selbständige Bedeutung, wenn der WE-B zur Verteidigung des Anwartschaftsrechts noch vor Fälligkeit des Einverleibungsanspruchs das – vom Gesetz eingeräumte – Exszindierungsrecht geltend machen muss. Aus dem mit dem WE-O abgeschlossenen Vertrag kann als Nebenpflicht abgeleitet werden, dass der WE-O dem WE-B bei der Verteidigung seiner vertraglichen Ansprüche beizustehen hat und daher auf Nutzwertfeststellung geklagt werden kann. Es erscheint durchaus gerechtfertigt, einen gesetzlichen Anspruch aus § 37 Abs 2 Z 2 abzuleiten. Andernfalls würde sich das Rechtsschutzsystem als uneinheitlich erweisen, wenn der WE-B zur Durchsetzung seines Einverleibungsanspruches die Erstellung des Nutzwertgutachtens einklagen könnte, nicht aber, wenn er zur Verteidigung dieses Anspruchs die Exszindierungsklage erheben muss. Außerdem ist nicht einsichtig, warum durch eine Unzulänglichkeit im Gesetz *einem* WE-B die erheblichen Kosten für ein Gutachten aufgebürdet werden sollen, das aber in der Folge für die Begründung von WE auch *anderen* nützt. Fehlen dem WE-B nämlich die finanziellen Mittel, dann könnte er das Rechtsschutzsystem für sich nicht in Anspruch nehmen.

33) F. Bydliński, Methodenlehre², 475 f.

34) Die zur Klage nach § 43 erforderliche Säumigkeit des WE-O ist keine prozessuale, sondern materielle Voraussetzung für den Anspruch auf Einverleibung, die nach der Rsp bei der Stufenklage nur kursorisch zu prüfen ist (MietSlg 33.500).

35) Jakusch in *Angst*, EO § 42 Rz 28 ff.

36) Vgl Prader, WEG 2002 § 43 E 5 und 9.

37) MietSlg 31/47 mit Verweis auf Würth, Der Wohnungseigentumsbewerber, JBl 1979, 57 (130).

SCHLUSSSTRICH

Der vertragliche Anspruch des Wohnungseigentumsbewerbers auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils und der Einräumung von Wohnungseigentum ist neuerdings ein Recht, dass die Zwangsversteigerung der Liegenschaft unzulässig macht und daher zur Erhebung der Exszindierungsklage nach § 37 EO berechtigt. Dadurch wird aber nicht die gesamte Liegenschaft der Exekution entzogen, sondern es darf bloß der zukünftige Miteigentumsanteil nicht mitversteigert werden. Weil dieser Miteigentumsanteil zu diesem Zeitpunkt idR noch nicht existiert, muss dieser im Zwangsversteigerungsverfahren als bereits bestehend fingiert werden.