

Das Baurechtswohnungseigentum - Eine Untersuchung über die Kompatibilität von Wohnungseigentums- und Baurechtsgesetz

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades
"Master of Science"

eingereicht bei
Mag. Markus Reithofer, MSc MRICS

Mag. Marco Studeny

01406366

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. MARCO STUDENY**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "DAS BAURECHTSWOHNUNGSEIGENTUM - EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE KOMPATIBILITÄT VON WOHNUNGSEIGENTUMS- UND BAURECHTSGESETZ", 86 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich das Thema dieser Arbeit oder Teile davon bisher weder im In- noch Ausland zur Begutachtung in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 18.02.2025

Unterschrift

Kurzfassung

Die vorliegende Arbeit widmet sich dem Baurechtswohnungseigentum. Einleitend erfolgt ein kurzer Problemaufriss sowie anschließend eine kurze Einführung in die relevanten Rechtsbereiche. Im zentralen Teil der Arbeit wird das Baurechtswohnungseigentum auf Basis der Systematik des Wohnungseigentumsgesetzes untersucht. Schließlich werden im letzten Kapitel auch die Erkenntnisse der Arbeit in Form von Thesen kurz zusammengefasst. Die Problemstellung des gewählten Themas liegt darin, dass zum einen kein gesammeltes Werk zum Baurechtswohnungseigentum vorliegt und zum anderen auch viele offene Rechtsfragen bestehen. Zweiteres ist vor allem darauf zurückzuführen, dass sich der Gesetzgeber bei der Positivierung des Baurechtswohnungseigentums dazu entschied, lediglich die sinngemäße Anordnung des Wohnungseigentumsgesetzes anzuordnen. Erschwerend kommt natürlich hinzu, dass aufgrund der meist langen Dauer der Baurechtsverträge auch bislang kaum Judikatur vorliegt. Die Arbeit versucht in diesem Sinne einen Überblick über diese Materie zu ermöglichen, Sensibilität für strittige Themenbereiche zu schaffen sowie Ideen und Lösungen für den weiteren Diskurs zu bieten. Zurückgegriffen wurde dabei auf eine umfassende Recherche der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, der in diesen oder verwandten Themenbereichen ergangenen Judikatur sowie schließlich auf die bestehende Literatur. Die wesentlichen Erkenntnisse wurden zuletzt in den Schlussfolgerungen dieser Arbeit in sieben Thesen unter Angabe der jeweiligen Seiten zusammengefasst, um der interessierten, jedoch pragmatischen, Leser:in einen Überblick zu ermöglichen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Einführung in die relevanten Rechtsbereiche	3
2.1	Das Baurecht iSd des Baurechtsgesetzes	3
2.2	Das Wohnungseigentumsgesetz	4
3	Das Baurechtswohnungseigentum	6
3.1	Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen	6
3.2	Begründung und Erwerb von Baurechtswohnungseigentum	7
3.2.1	Arten der Begründung von Baurechtswohnungseigentum	7
3.2.2	Ablauf der Begründung von Baurechtswohnungseigentum	9
3.2.3	Rechte der Grundeigentümer	10
3.2.4	Der Grundeigentümer als Baurechtswohnungseigentümer	11
3.3	Nutzfläche, Nutzwert und Mindestanteil	14
3.4	Eigentümerpartnerschaft	16
3.4.1	Grundlegendes zur Eigentümerpartnerschaft	16
3.4.2	Wirkung der Eigentümerpartnerschaft gegenüber Dritten	17
3.4.3	Beendigung der Eigentümerpartnerschaft	19
3.5	Die Nutzung der Wohnungseigentumsobjekte und der allgemeinen Teile der Liegenschaft beim Baurechtswohnungseigentum	20
3.5.1	Nutzung des Baurechtswohnungseigentumsobjektes	21
3.5.2	Änderungen am Baurechtswohnungseigentumsobjekt	23
3.5.3	Erhaltung des Baurechtswohnungseigentumsobjektes	25
3.5.4	Vereinbarung von Benützungsregelungen	25
3.6	Eigentümergeinschaft, Verwalter und Vorzugspfandrecht beim Baurechtswohnungseigentum	25
3.6.1	Die Baurechtswohnungseigentümergeinschaft	26
3.6.2	Vertretung der Baurechtswohnungseigentümergeinschaft	27

3.6.3	Willensbildung der Baurechtswohnungseigentümergeinschaft ..	29
3.6.4	Das Vorzugspfandrecht beim Baurechtswohnungseigentum	32
3.7	Verwaltung der Liegenschaft beim Baurechtswohnungseigentum	39
3.7.1	Ordentliche Verwaltung	41
3.7.2	Außerordentliche Verwaltung	43
3.7.3	Minderheitsrechte und Anzeigepflicht bei Schäden	47
3.7.4	Rücklage, Aufwendungen und Erträge im Baurechtswohnungseigentum	48
3.8	Beendigung des Baurechtswohnungseigentums	63
3.8.1	Aufhebung der Baurechtswohnungseigentümergeinschaft	63
3.8.2	Ausschluss von Baurechtswohnungseigentümern	65
3.9	Schutz des Wohnungseigentümers beim Baurechtswohnungseigentum	66
3.10	Vorläufiges Baurechtswohnungseigentum des alleinigen Baurechtsnehmers	67
3.11	Verfahrens- und gebührenrechtliche Bestimmungen sowie Schlussbestimmungen des WEG im Zusammenhang mit dem Baurechtswohnungseigentum	68
4	Schlussfolgerungen	70
	Literaturverzeichnis	73
	Abkürzungsverzeichnis	79

1 Einleitung

Die Möglichkeiten des Baurechtsgesetzes erfreuen sich in Zeiten steigender Grundstückspreise immer größerer Beliebtheit. Der Vorteil liegt darin, dass nur das Bauwerk, nicht aber das Grundstück selbst, finanziert werden muss. Im Gegenzug ist für die Nutzung des Grundstücks ein in der Regel laufender Baurechtszins an die Grundeigentümer:in zu leisten.¹

Geschaffen wurde das Baurechtsgesetz bereits im Jahre 1912, wobei die Zielsetzung damals eine andere war. Die politische Motivation lag in der sozialen Wohnungsfürsorge, weshalb § 2 BauRG 1912 die Begründung des Baurechts grundsätzlich der öffentlichen Hand einräumte. In Ergänzung dazu konnten Kirchen oder gemeinnützigen Anstalten dann als Baurechtsgeberin auftreten, wenn die zuständige Behörde vorab das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses ausgesprach.²

Die zahlreichen Einschränkungen (eingeschränkter Kreis der Baurechtsgeber, beschränkte Dauer³ sowie das Verbot der Wertsicherung⁴) führten zu einer praktischen Bedeutungslosigkeit des Baurechtsgesetzes.⁵

Unter dem Lichte der immer stärker werdenden Kritik in der Literatur sowie auch bereits bestehender Rückforderungsprozesse in Bezug auf das Wertsicherungsverbot, fand im Jahr 1990 letztlich eine entscheidende Novelle des Baurechtsgesetzes statt.⁶ Neben der Abänderung der bereits im letzten Absatz erwähnten Problembereiche entschied sich der Gesetzgeber auch, die Möglichkeit der Schaffung von Baurechtswohnungseigentum eindeutig zu normieren.⁷ Zuvor war dieser Punkt in der

¹ Redl Bernadette (2020): Baurecht: Das Haus gehört mir, das Grundstück dir <https://www.derstandard.at/story/2000114541175/baurecht-das-haus-gehoert-mir-das-grundstueck-dir> (abgerufen am 11.02.2025).

² § 2 BauRG idF RGrB 1912/86; vgl. auch Urbanek in Rudolph/UrbaneK (Hrsg.), Baurechtsgesetz² (2020) Vor §§ 1–21 BauRG Rz 1f.

³ § 3 Abs 1 BauRG idF RGrB 1912/86.

⁴ § 3 Abs 2 BauRG idF RGrB 1912/86.

⁵ Urbanek in Rudolph/UrbaneK, Vor §§ 1–21 BauRG Rz 2f.

⁶ Urbanek in Rudolph/UrbaneK, Vor §§ 1–21 BauRG Rz 4.

⁷ § 6a BauRG idF BGBl 1990/258.

Lehre strittig⁸. Zu einer gefestigten Rechtsprechung kam es – offensichtlich mangels entsprechender Bauprojekte – nicht.

Der Gesetzgeber begnügte sich im Rahmen der Novelle leider damit, die Begründung von Baurechtswohnungseigentum unter Verweis auf das Wohnungseigentumsgesetz für zulässig zu erklären. Nähere Regelungen wurden nicht getroffen. Dies wurde von der Literatur bereits kritisiert, weil die Besonderheiten des Baurechtsgesetzes durchaus einige Fragen aufwerfen.⁹

Im Rahmen der zu verfassenden Masterarbeit soll daher eine umfassende Untersuchung des Baurechtswohnungseigentums auf Basis der derzeitigen Rechtslage unternommen werden. Sofern daher Gesetze ohne Zusatz einer Fassung angegeben werden, ist von den im Februar 2025 jeweils geltenden Fassungen auszugehen. Ziel soll es sein, Projektentwickler:innen, Vertragsverfasser:innen oder auch Grundeigentümer:innen einen Überblick über diese Materie zu ermöglichen und allenfalls auch spannende Argumentationsansätze für die rechtliche Praxis zu schaffen. Es soll dabei systematisch anhand des Wohnungseigentumsgesetzes vorgegangen und die Besonderheiten zwischen Wohnungseigentum und Baurechtswohnungseigentums herausgearbeitet werden. Idealerweise sollen sich dabei auch Lösungsansätze zum Auffangen von Schwächen im Vertragswerk oder Ideen für Lehre, Judikatur oder Gesetzgebung ergeben. Die generelle Reform des Baurechts ist bereits seit mehreren Jahren ein Thema und befand sich auch bereits in mehreren Regierungsprogrammen.¹⁰

⁸ Urbanek in *Rudolph/Urbane*k, § 6a BauRG Rz 1.

⁹ *Staudigl*, Einführung in das Baurechtsgesetz (2021), S 80.

¹⁰ Regierungsprogramm 2020-2024, S 33.

2 Einführung in die relevanten Rechtsbereiche

Der erste Teil der Arbeit soll der Aufbereitung von Grundzügen der jeweiligen Rechtsbereiche dienen. In einem ersten Schritt soll dabei das Wesen des Baurechts und anschließend jenes des Wohnungseigentumsrechtes kurz illustriert werden.

2.1 Das Baurecht iSd des Baurechtsgesetzes

Das Baurecht ist gemäß § 1 BauRG das dingliche, veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben.¹¹ Das Baurecht wird daher als eine mit Gebrauchs- und Nutzungsrechten verbundene Belastung der Liegenschaft gesehen.¹² Das Baurechtsgesetz zielt nicht auf das Bauwerk selbst ab, sondern mit dem Recht an einer fremden Liegenschaft, auf der eine Baulichkeit errichtet werden soll.¹³ Auf der Liegenschaft befindliche Bauwerke sind dem Baurecht jedoch zugeordnet und stehen auf Dauer des Baurechts im Eigentum des Baurechtsberechtigten.¹⁴

Die Liegenschaft und das Baurecht stellen daher zwei verschiedene Rechtsobjekte dar. Die Grundeigentümer:in (in Folge auch Liegenschaftseigentümer:in genannt) kann die Liegenschaft weiterhin frei veräußern, belasten und vererben, wobei die Beschränkungen des Baurechtsvertrages zu beachten sind.¹⁵ Das Baurecht hat im C - Blatt der Stammliegenschaft auch zwingend im Rang vor Pfand- oder anderweitigen Belastungsrechten, welche auf Geld gerichtet sind (z.B. Reallasten), zu stehen.¹⁶

Die mit dem Baurecht verbundene Nutzungsberechtigung ist dem Fruchtgenussrecht derart ähnlich, dass darauf im Zweifel die bestehenden Regeln zum Fruchtgenuss analog anwendbar sind.¹⁷ Die gesetzlich normierte Dinglichkeit bewirkt eine Güterzuordnung zu den jeweiligen (Baurechts-)berechtigten.¹⁸ Sie können mit ihrem

¹¹ § 1 BauRG.

¹² *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II² § 1 BauRG Rz 4 (Stand 15.1.2024, rdb.at), vgl auch *Nitsch* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ (2022) § 1 BauRG Rz 1.

¹³ *Artner/Kohlmaier* (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht, 4. Aufl. (2023) S 176f.

¹⁴ § 6 BauRG.

¹⁵ RIS-Justiz RS0125005.

¹⁶ *Urbanek* in *Rudolph/Urbanek* § 5 BauRG Rz 4.

¹⁷ RIS-Justiz RS0125005.

¹⁸ *Illedits*, Sachenrecht (Stand 29.5.2024, Lexis Briefings in lexis360.at).

Baurecht daher grundsätzlich nach freiem Willen walten und es auch gegenüber Dritten durchsetzen.¹⁹

§ 1 BauRG definiert aber nicht nur das Baurecht, sondern stellt in seinem Absatz 2 und 3 auch gesetzliche Anforderungen auf. Gemäß § 1 BauRG Abs 2 und 3 kann sich das Baurecht auch auf Teile eines Grundstückes erstrecken, die für das Bauwerk selbst nicht erforderlich, aber für dessen Benützung vorteilhaft sind. Nicht zulässig ist aber die Beschränkung des Baurechtes auf bloße Teile eines Gebäudes, wie etwa auf ein einzelnes Stockwerk.²⁰

Gemäß § 6 BauRG gilt das Baurecht zudem als eine unbewegliche Sache und kann daher, sobald eine eigene Baurechtseinlage im Grundbuch eröffnet wurde, auch wie ein Grundstück belastet werden. Auch von Seiten des Gesetzgebers wird das Baurecht hinsichtlich bücherlicher Lasten grundsätzlich gleich wie bücherlich eingetragene Liegenschaften behandelt.²¹

Weitere zwingende inhaltliche Bestimmungen finden sich im § 3 Abs 1 (Mindest- und Höchstdauer), § 3 Abs 2 (Vorgaben zur Wertsicherung) und § 4 (weitgehendes Verbot auflösender Bedingungen) des Baurechtsgesetzes. Diese Regelungen betreffen allerdings nur einzelne Teilbereiche, weshalb die inhaltliche Ausgestaltung in weiten Teilen der jeweiligen Vertragserrichter:in obliegt. Dies trifft umso mehr auf das Baurechtswohnungseigentum zu, welches alleine in § 6a BauRG geregelt ist.

§ 6a BauRG normiert, dass einem Baurechtsberechtigten von einem anderen Baurechtsberechtigten Wohnungseigentum eingeräumt werden kann, wobei die Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes sinngemäß gelten würden. Zur Errichtung von Baurechtswohnungseigentum bedarf es daher auch der Kenntnis des Wohnungseigentumsgesetzes, welches in den folgenden Zeilen kurz umrissen werden soll.

2.2 Das Wohnungseigentumsgesetz

Gemäß § 2 Abs 1 WEG handelt es sich bei Wohnungseigentum um das einem Miteigentümer oder einer Eigentümerpartnerschaft einer Liegenschaft eingeräumte

¹⁹ Helmich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 308 Rz 2 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

²⁰ § 1 BauRG, vgl auch OGH 31.01.2024, 3 Ob 220/23h.

²¹ OGH 29.08.1995, 5 Ob 142/94.

dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.²²

Das Wohnungseigentum entstand im Jahr 1948, somit kurz nach dem zweiten Weltkrieg, als besondere Form des Miteigentums und hatte zwei politische Ziele vor Augen: Ankurbelung der privaten Bautätigkeit in der Nachkriegszeit und Schaffung von Eigentum für die Mittelschicht.²³

Mit diesen Interessen vor Augen lässt sich auch das WEG verstehen. Es wurden gezielte Regelungen zur Gewichtung des jeweiligen Objektes im Gesamtverband (Festlegung von Nutzwerten) geschaffen, ein Rahmen zur Nutzung der Liegenschaft (alleiniges Nutzungsrecht an der Wohnung bzw. gemeinsame Nutzung von allgemeinen Teilen) gegeben und etwa auch die Zivilteilung der Liegenschaft ausgeschlossen. Diese Regelungen wurden aber allesamt vor dem Hintergrund des Eigentums getroffen. Das zwar bereits mit dem RGBI 1912/86 geschaffene Baurecht war bis zum Jahr 1990 nur einem engen Kreis an Baurechtsgebern vorenthalten, welche typischerweise keinerlei Interesse an der Schaffung von Wohnungseigentum hatten.²⁴

Im Folgenden soll nunmehr im Sinne des § 6a BauRG die sinngemäße Anwendbarkeit der Bestimmungen des WEG untersucht werden.

²² § 2 WEG.

²³ Sten. Prot. der Sitzung des Nationalrates vom 8. 7. 1948, S 2485 f.

²⁴ § 2 BauRG idF RGBI 1912/86; vgl auch *Urbanek* in *Rudolph/Urbaneck* (Hrsg), Vor §§ 1–21 BauRG Rz 1ff.

3 Das Baurechtswohnungseigentum

Pointiert, aber treffend, beschreibt Call²⁵ die Einführung des § 6a BauRG mit der Novelle 1990 als einen Fall experimenteller Gesetzgebung, welcher – unter Verweis auf das Westgalizische Gesetzbuch – wohl gelegentlich geboten erscheine. Eine inhaltliche Novelle fand bislang nicht statt. Zweifelsohne kam es zwischenzeitig aber zu einiger Literatur und auch vereinzelt Entscheidungen. Wesentliche Bereiche sind jedoch – soweit überblickbar – noch nicht ausjudiziert, was angesichts der regelmäßig langen Dauer jener Baurechtsverträge, welche mit dem Ziel der zukünftigen Begründung von Baurechtswohnungseigentum abgeschlossen werden, nicht verwundert.

Ziel dieses Kapitels ist die gezielte Untersuchung und rechtliche Einordnung des Baurechtswohnungseigentums. Die Gliederung richtet sich nach den wesentlichen Abschnitten des derzeit in Geltung stehenden Wohnungseigentumsgesetzes, welches gemäß § 6a BauRG sinngemäß anzuwenden ist.

Festzuhalten ist aber auch, dass noch weitere Bestimmungen im Falle von Baurechtswohnungseigentum anzuwenden sind. Dazu zählt in erster Linie etwa das 16. Hauptstück des ABGB („Von der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte“). Zu denken ist aber auch an Verweise auf den Begriff des Wohnungseigentums – wie etwa in § 1 Abs 4 Z 3 MRG – welche mutatis mutandis idR auch für das Baurechtswohnungseigentum gelten.²⁶

3.1 Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen

Der erste Abschnitt des WEG besteht aus zwei Paragraphen. § 1 WEG normiert den Regelungsgegenstand und § 2 WEG enthält Begriffsbestimmungen. Wie auch schon in den Materialien angeführt, bedeutet die sinngemäße Anwendung unter anderem, dass an die Stelle der Grundeigentümer:in die Bauberechtigte und an die Stelle von Miteigentumsanteilen an der Liegenschaft die Anteile am Baurecht treten.

Gemäß § 2 Abs 1 WEG 2002 iVm § 6a BauRG ist Baurechtswohnungseigentum somit das der Mitbauberechtigten einer Liegenschaft oder einer Partnerschaft an

²⁵ Call, Baurechtswohnungseigentum in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 39.

²⁶ Call in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 45.

Mitbauberechtigten eingeräumte dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.

Aus der generellen Definition, welche eine Liegenschaft voraussetzt, ergibt sich zudem, dass die Einräumung von Wohnungseigentum an einem Superädifikat nicht möglich ist.²⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass weder eine Liegenschaft noch ein gemäß § 6a BauRG sinngemäß ebenso erfasster Grundbuchskörper (die Baurechtseinlage) vorhanden ist.²⁸ Tatsächlich besteht die Berechtigung zur Nutzung der Liegenschaft bei einem Superädifikat idR auf einem Dauerschuldverhältnis (wie etwa einem Mietvertrag).

3.2 Begründung und Erwerb von Baurechtswohnungseigentum

Dieses Kapitel widmet sich der konstitutiven Begründung von Baurechtswohnungseigentum und schließt thematisch an die §§ 3 ff WEG an. Obgleich die Überschrift dieses Abschnitts im WEG „Begründung und Erwerb von Wohnungseigentum“ lautet, ergibt sich aus dem weiteren Normtext nach der hM zweifelsfrei, dass damit alleine die konstitutive Neubegründung zu verstehen ist. Der derivative Erwerb von Wohnungseigentum (wie auch Baurechtswohnungseigentum) folgt den allgemeinen Regeln über den Kauf einer Liegenschaft bzw. eines Baurechts.²⁹

In den folgenden beiden Kapiteln soll daher in einem ersten Schritt die Begründung von Baurechtswohnungseigentum näher beleuchtet und in weiterer Folge die sich für das Baurechtswohnungseigentum ergebende Frage der Einbeziehung der Liegenschaftseigentümer:in untersucht werden.

3.2.1 Arten der Begründung von Baurechtswohnungseigentum

Die Begründung von Wohnungseigentum ist in § 3 WEG geregelt. An die Stelle der Miteigentümer:innen treten bei sinngemäßer Anwendung iSd § 6a BauRG die Mitbauberechtigten.³⁰ Im Hinblick darauf, dass der Kreis der Baurechtsgeber mit der

²⁷ Forster, *Ausgewählte Fragen des Superädifikatsrechtes* (1997), S 29.

²⁸ Kletečka in *GeKo Wohnrecht II* § 6a BauRG Rz 2.

²⁹ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG*⁵ (2023) zu § 2 WEG Rz 91; Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 3 WEG Rz 2.

³⁰ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 1 WEG Rz 12.

Novelle des BauRG im Jahr 1990 (BGBl 1990/258) auf alle Rechtssubjekte ausgedehnt wurde, kommen nunmehr alle im Gesetz vorgesehenen Begründungsarten in Frage.³¹

Baurechtswohnungseigentum kann daher jedenfalls auf Grundlage

1. einer schriftlichen Vereinbarung aller Bauberechtigten (Baurechtswohnungseigentumsvertrag),
2. einer gerichtlichen Entscheidung über eine Klage nach § 43 WEG,
3. einer gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft (Teilungsklage) oder
4. einer gerichtlichen Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse (§§ 81 bis 98 EheG)

begründet werden.

Strittig ist, ob diese gesetzliche Aufzählung demonstrativ ist. Als gültiger Titel kommt nach derzeitiger Rechtsprechung und Lehre auch noch ein Vermächtnis in Betracht, wobei in diesem Falle jedenfalls die Zustimmung aller Mitbauberechtigten vorliegen muss. In der Praxis wird dies regelmäßig dann der Fall sein, wenn es sich beim Verstorbenen um die Alleinbauberechtigte gehandelt hat, die beispielsweise nur eine Wohnung in seinem Haus vermachen wollte und in diesem Sinne die Begründung von (Baurechts-)Wohnungseigentum auftrag.³²

Allen Arten der Begründung von Baurechtswohnungseigentum ist gemein, dass es zumindest zwei Bauberechtigte bedarf.³³ Eine Mehrheit an Bauberechtigten kann entweder durch ursprüngliche Einräumung an mehrere Personen oder durch die spätere Übertragung eines Baurechtsanteils an eine zweite Person entstehen.³⁴ Hinzuweisen ist aber darauf, dass die alleinige Liegenschaftseigentümer:in kein Baurecht erwerben und somit auch nicht zur WE-Begründung herangezogen werden kann.³⁵

³¹ Zuvor konnte das Baurecht zusammenfassend nur von Gebietskörperschaften, Kirchen und gemeinnützigen Vereinigungen begründet werden, welche naturgemäß nicht unter das Ehegesetz fallen.

³² Höllwerth in Hausmann/Vonkilch § 3 WEG Rz 9, vgl auch RIS-Justiz RS0108931.

³³ Prader, WEG^{6.08} § 3 Anm 1 (Stand 1.4.2024, Manz Wohnrecht in rdb.at), vgl auch OGH 25.04.1995, 5 Ob 64/95.

³⁴ Urbanek in Rudolph/Urbaneck § 6a BauRG Rz 2.

³⁵ Urbanek in Rudolph/Urbaneck § 10 BauRG Rz 10.

Einer einzelnen Baurechtsnehmer:in steht nur die Möglichkeit des vorläufigen Baurechtswohnungseigentums gemäß § 45 WEG 2002 iVm § 6a BauRG offen (siehe dazu das Kapitel „Vorläufiges Baurechtswohnungseigentum“).

3.2.2 Ablauf der Begründung von Baurechtswohnungseigentum

In der Praxis wird Baurechtswohnungseigentum zumeist durch eine schriftliche Vereinbarung aller Bauberechtigten begründet. Hinzuweisen ist darauf, dass das Gesetz ausdrücklich eine schriftliche Vereinbarung verlangt, sodass iSd § 886 ABGB die Unterschrift sämtlicher Vertragsparteien zur Gültigkeit benötigt wird.³⁶ Erst wenn die Unterschriften aller Bauberechtigten einschließlich derjenigen, zu deren Gunsten Baurechtswohnungseigentum eingeräumt werden soll, vorliegen, liegt ein gültiges (und auch auf Zuhaltung klagbares) Rechtsgeschäft vor.³⁷

Für die Wirksamkeit des Baurechtswohnungseigentumsvertrages an sich ist es nicht erforderlich, dass die Vereinbarung grundbuchstauglich, also gerichtlich oder notariell beglaubigt, von sämtlichen Parteien unterfertigt wurde. Zur Umsetzung des Baurechtswohnungseigentums bedarf es aber natürlich der Einverleibung im Grundbuch.³⁸ Die Mitwirkung daran ist aber nur mehr eine Erfüllungshandlung des bereits gültigen Vertrages und kann daher auch gerichtlich erzwungen werden.³⁹

Neben der (i) schriftlichen Vereinbarung (oder im Falle der anderen Begründungsarten der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung) sind dem Antrag auf Einverleibung des Baurechtswohnungseigentums gemäß § 6 WEG iVm § 6a BauRG jedenfalls auch (ii) die Bescheinigung der Baubehörde oder das Gutachten des Sachverständigen über den Bestand der WE-tauglichen Objekte und (iii) das Nutzwertgutachten (§ 9 Abs 1 WEG) oder die rechtskräftige Entscheidung über die gerichtliche Nutzwertfestsetzung (§ 9 Abs 2 WEG) beizulegen.

In sinngemäßer Anwendung des § 5 Abs 3 WEG hat das örtlich zuständige Bezirksgericht als Grundbuchsgericht das Baurechtswohnungseigentum im Eigentumsblatt (B-Blatt) der Baurechtseinlage auf dem jeweiligen Mindestanteil

³⁶ Kolmasch in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 886 ABGB Rz 2.

³⁷ RIS-Justiz RS0017243.

³⁸ vgl § 5 Abs 3 WEG 2002 sowie die §§ 26, 31 GBG.

³⁹ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), § 3 WEG Rz 16.

einzutragen und auf dem diesbezüglichen Gutsbestandsblatts das Wort „Baurechtswohnungseigentum“ ersichtlich zu machen.⁴⁰

3.2.3 Rechte der Grundeigentümer

In diesem Kapitel soll aufgearbeitet werden, welche Rechte die Grundeigentümer haben, inwiefern ihre Mitwirkung bei der Baurechtsbegründung erforderlich ist und, ob sie eine Baurechtsrechtsbegründung verhindern können.

Grundsätzlich bedarf es bei der Begründung von Baurechtswohnungseigentum keiner Mitwirkung der Liegenschaftseigentümer:in. Nach herrschender Meinung gilt dies selbst dann, wenn zwischen dem Baurechtsnehmer:in und Liegenschaftseigentümer:in ein Verbot der Baurechtsbegründung vereinbart wurde.⁴¹

Die Rechtsprechung hat die Frage, ob die Begründung von Baurechtswohnungseigentum möglich ist, obwohl ein vertragliches Verbot vorliegt, bislang noch nicht eindeutig geklärt. Die hM ist der Ansicht, dass ein vertragliches Verbot alleine keinen wirksamen Schutz bietet.⁴² Wie *Schaffgotsch*⁴³ zutreffend hinweist führen die Materialien hierzu Folgendes aus:

„Der Grundeigentümer hat, sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist, auf die Begründung von Baurechtswohnungseigentum keinen Einfluß.“⁴⁴

Ogleich die Wortfolge „sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist“ zwar durchaus Platz zur Argumentation bietet, lässt sich eine solche Argumentation der Literatur nicht entnehmen.

Das Verbot der Begründung von Baurechtswohnungseigentum lässt sich bei Vergabe an eine einzigen Baurechtsberechtigte nämlich schon dadurch verhindern, dass ein Vorkaufsrecht (bzw. wenn die Baurechtsberechtigte Angehörige iSd § 364c ABGB ist, ein Belastungs- und Veräußerungsverbot) einverleibt wird. In 5 Ob 205/98b hat der OGH im Falle eines verbücherten Veräußerungsverbotes bereits ausgesprochen, dass die Baurechtsnehmer:in keine Einwilligung zur Verbücherung eines

⁴⁰ Urbanek in Rudolph/UrbaneK § 6a BauRG Rz 2.

⁴¹ Kletečka in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 5; Urbanek in Rudolph/UrbaneK § 6a BauRG Rz 2f, differenziert aber *Schaffgotsch*, Grundeigentum und Baurecht (1998) S 88.

⁴² Call in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 43; Urbanek in Rudolph/UrbaneK § 6a BauRG Rz 3.

⁴³ *Schaffgotsch*, Grundeigentum und Baurecht S 88.

⁴⁴ JA 1264 BlgNR 17. GP 2.

Rechtsgeschäftes verlangen kann, welches der getroffenen Vereinbarung widerspricht und einem Unterlassungsanspruch ausgesetzt ist.⁴⁵

Schwieriger wird die Verhinderung der Begründung von Baurechtswohnungseigentum für die Liegenschaftseigentümer:in aber dann, wenn bereits mehrere Bauberechtigte bestehen. Theoretisch gesehen kann in diesem Fall die Begründung von Baurechtswohnungseigentum selbst bei Verbücherung eines Vorkaufsrechtes nicht verhindert werden. Die vertragswidrig agierende Baurechtsberechtigte ist aber allfälligen Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen der Liegenschaftseigentümer:in ausgesetzt. Der Erwerber:in des Baurechtsanteils wird die Grundeigentümer:in die vertragliche Vereinbarung mit der Bauberechtigten aber nur dann entgegenhalten können, wenn ihr eine schuldhafte Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte vorgeworfen werden kann.⁴⁶

Praktisch gesehen wird die Baurechtsbegründung aber daran scheitern, dass die Anteile am Baurecht der jeweiligen Bauberechtigten nicht den Mindestanteilen im Sinne des WEG entsprechen werden.⁴⁷ Die erforderliche Übertragung von Anteilen zwischen den Bauberechtigten bedarf – bei Einverleibung eines Vorkaufsrechtes – nämlich wiederum der Mitwirkung der Grundeigentümer:in, welche wie oben beschrieben, bei vertragswidrigem Handeln verweigert werden kann.⁴⁸

3.2.4 Der Grundeigentümer als Baurechtswohnungseigentümer

Nach herrschender Meinung und (mittlerweile älterer) Rechtsprechung dürfen die Eigentümer:in und Bauberechtigte im Zeitpunkt der Baurechtsbestellung nicht ident sein.⁴⁹ Das österreichische Recht hat damit einen anderen Weg eingeschlagen als das deutsche Recht, welches ein Eigentümerbaurecht für zulässig erachtet. Begründend führte der OGH aus, dass das Recht, auf seiner Liegenschaft ein Bauwerk zu errichten, bereits Ausfluss des Eigentumsrechts sei, sodass es keines gesonderten dinglichen Rechts bedürfe.⁵⁰

⁴⁵ RIS-Justiz RS0110786.

⁴⁶ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 5.

⁴⁷ § 5 WEG.

⁴⁸ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 5.

⁴⁹ *Dobler/Prader in Prader/Sporer/Dobler* § 1 BauRG Rz 25 mwN.

⁵⁰ OGH 19.12.1995, 5 Ob 145/95.

Aus dieser Argumentation des OGH ergibt sich zwingend, dass der Alleineigentümer:in bei der Baurechtsbestellung kein Anteil am Baurecht zukommen darf. Immerhin sind alle Rechte einer Mitbauberechtigten bereits vom Eigentumsrecht der Alleineigentümer:in an der Liegenschaft umfasst.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass sich insbesondere *Spruzina*⁵¹ mit teils nachvollziehbaren Argumenten ablehnend zu dieser Entscheidung geäußert hat. Obgleich der praktische Bedarf nach einem Eigentümerbaurecht hierbei das nachvollziehbarste Argument ist, wird im Hinblick auf Literatur und Rechtsprechung auch weiterhin von einer Unzulässigkeit auszugehen sein. Eine Abkehr hiervon wird wohl nur durch eine Gesetzesnovelle – ähnlich wie etwa die Einführung des vorläufigen Wohnungseigentums seit dem WEG – oder einem Judikaturwandel zu bewerkstelligen sein. Ob es in den nächsten Jahren aber überhaupt zu diesbezüglichen Entscheidungen kommt ist mehr als fraglich, weil Kosten und Nutzen für die meisten Personen in keinem Verhältnis stehen werden. Üblicherweise treten die Liegenschaftseigentümer:innen auch nicht selbst als Bauträger auf, sondern räumen dem Bauträger ein Baurecht ein, welches dieser dann anteilig an die Endnutzer:innen weiterverkauft. Zum oben erwähnten vorläufigen Wohnungseigentum bleibt festzuhalten, dass der Fall dort anders gelagert war, weil Bauträger bei Projektentwicklungen die Liegenschaft regelmäßig zur Gänze gekauft und die Wohnungen dann (zumindest beim ersten Verkauf) als Alleineigentümer:in weiterverkauft haben. Das Interesse an der Begründung von (vorläufigen) Wohnungseigentum war daher praktisch viel höher, als jenes an der Begründung von einem Eigentümerbaurecht.

Zulässig, und dies könnte meines Erachtens bereits beim Ankauf berücksichtigt werden, sieht die Lehre aber mE zu Recht die Baurechtsbestellung dann an, wenn die Bauberechtigte nur Miteigentümer:in der Stammliegenschaft ist.⁵² Obgleich eine klarstellende Entscheidung des OGH – soweit überblickbar – nicht vorliegt, wurde dies bereits in der Entscheidung 5 Ob 145/95 angedeutet.⁵³ Zusätzlich hat sich zwischenzeitig bereits bei Dienstbarkeiten eine gefestigte Rechtsprechung

⁵¹ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht § 1 BauRG Rz 20ff.

⁵² *Dobler/Prader* in *Prader/Sporer/Dobler* § 1 BauRG Rz 28.

⁵³ OGH 19.12.1995, 5 Ob 145/95.

herausgebildet, welche bei der notwendigen Eigentümerverschiedenheit eine klare Trennung zwischen gänzlicher und bloß partieller Eigentümeridentität gezogen hat.⁵⁴ Dies hat der OGH in 5 Ob 162/15g auch im Falle von Kellereigentum bestätigt.⁵⁵

Ebenso zulässig ist die Begründung eines nachträglichem Eigentümerbaurechts.⁵⁶ Die Alleineigentümer:in der Liegenschaft kann daher auch unmittelbar nach der Baurechtsbestellung das Baurecht rechtsgeschäftlich vom Baurechtsnehmer erwerben.⁵⁷ Insbesondere *Spruzina*⁵⁸ als auch *Kletečka*⁵⁹ sehen diesen Weg aber als gebühren- und steuerschädlich an. Konkret bedeutet die Variante der späteren Übertragung des Baurechtsanteils an den Liegenschaftseigentümer nämlich, dass dieser an der Baurechtsbestellung nicht beteiligt sein kann. Es fallen daher einmal Abgaben durch die Begründung von Baurechtswohnungseigentum und noch einmal Abgaben (in voraussichtlich derselben Höhe) für die Übertragung an die Liegenschaftseigentümer:in an. *Spruzina*⁶⁰ spricht in diesem Zusammenhang auch verständlicherweise von „doppelten“ Kosten.

Die Schaffung von Eigentümerbaurecht lässt sich nach *Kletečka*⁶¹ aber auch dadurch erreichen, dass vor Baurechtsbestellung ein Liegenschaftsanteil an eine Dritte veräußert wird. Diese – beispielsweise auch eine „Ein-Mann-GmbH“ der vormaligen Alleineigentümer:in der Liegenschaft – begründet dann gemeinsam mit der ehemaligen Alleineigentümer:in ein Baurecht an der Liegenschaft, wobei die ehemalige Alleineigentümer:in wiederum als alleinige Bauberechtigte eingesetzt werden könnte. Die Schaffung eines Eigentümerbaurechts auf Vorrat wäre schließlich durch Rückübertragung des Liegenschaftsanteils an die vormalige Alleineigentümer:in abgeschlossen.

Hinzuweisen ist aber darauf, dass sich die angesprochene Gebühren- und Steuerschädlichkeit deutlich reduzieren lässt. Für den zu übertragenden Liegenschaftsanteil gibt es mE nämlich keine Mindestgröße. Auch wenn nur 0,001 %

⁵⁴ RIS-Justiz RS0011528.

⁵⁵ OGH 25.01.2016, 5 Ob 162/15g.

⁵⁶ RIS-Justiz RS0108048

⁵⁷ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht § 1 BauRG Rz 24.

⁵⁸ *Spruzina*, a.a.O.

⁵⁹ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht II² § 6a BauRG Rz 6.

⁶⁰ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht § 1 BauRG Rz 24.

⁶¹ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 6.

(in Miteigentumsanteilen) übertragen werden, liegt keine Eigentümeridentität vor. Der Mehrheitseigentümer:in kann alleiniges Baurecht eingeräumt werden, da dies ein „Mehr“ zu ihrem bisherigen Miteigentumsrecht bedeutet. Der Anteil an der Liegenschaft sollte idealerweise eine Bemessungsgrundlage ergeben, welche unter der in § 3 Abs 1 Z 1 lit a) Grunderwerbssteuergesetz normierten Bagatellgrenze liegt. In diesem Fall wird die Eintragungsgebühr nach § 32 TP 9 lit b) GGG iHv 1,1 % des Wertes wohl ebenso bei einem symbolischen Betrag liegen, sodass wohl lediglich die Gebühr für die Grundbuchseingabe gemäß § 32 TP 9 lit a) GGG in Höhe von derzeit EUR 47,00 sowie Beglaubigungskosten anfallen. Ein Umgehungsgeschäft liegt mE nicht vor, da ohnehin von vornherein die Schaffung eines Eigentümerbaurechts angedacht war und die derzeitige ablehnende Rechtsprechung des OGH zum originären Eigentümerbaurecht nicht die Erzielung von Gebühren zum Zwecke hat.

Die Begründung von Baurechtswohnungseigentum könnte die (dann) alleinige Bauberechtigte (und auch Alleigentümer:in der Liegenschaft) dann durch Abschluss eines Baurechtswohnungseigentumsvertrages mit beispielsweise der ersten Käufer:in oder im Wege eines Baurechtswohnungseigentumsstatutes in sinngemäßer Anwendung der §§ 45 ff WEG bewerkstelligen.

Im Ergebnis führt dies aber letztlich die Unzulässigkeit eines originären Eigentümerbaurechts, mag sie auch dogmatisch richtig sein, ad absurdum. Anders als bei den Dienstbarkeiten (vgl § 472 ABGB „zum Vortheile eines Andern“) oder Pfandrechten (vgl § 447 ABGB „welches dem Gläubiger eingeräumt wird“) lässt sich dem Baurechtsgesetz nicht entnehmen, dass es sich beim Baurecht um ein Recht an einer fremden Sache handelt⁶², sodass mE durchaus eine differenzierte Betrachtung zugunsten des Eigentümerbaurechts denkbar wäre.

3.3 Nutzfläche, Nutzwert und Mindestanteil

Die Berechnung der Nutzfläche hat gemäß § 7 WEG in Quadratmetern und nach Planmaß zu erfolgen. Der Erwerb wie auch die Einverleibung von Baurechtswohnungseigentum kann daher auch schon vor Errichtung des Bauwerks aufgrund der behördlich genehmigten Baupläne erfolgen.⁶³ Nur wenn dies abweichend

⁶² vgl auch Engelhart, Baurechtswohnungseigentum in Kletečka/Rechberger/Zitta (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 33.

⁶³ Romstorfer-Bechtloff in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ (2022) § 7 WEG Rz 2.

ist oder eine Abweichung um mehr als 3 % erwiesen ist, kann nach § 7 WEG die Nutzflächenermittlung nach Naturmaß erfolgen.

Die Berechnung der Nutzfläche richtet sich – mangels detaillierter wohnrechtlicher Bestimmungen – nach den einschlägigen Berufsvorschriften.⁶⁴ In der Praxis wird das Ergebnis auf die ersten zwei Dezimalstellen angegeben, wobei keinerlei Auf- oder Abrundungen vorzunehmen sind.⁶⁵

Die Berechnung der Nutzfläche bildet in weiterer Folge die Grundlage des Nutzwertes, welcher sich aus der Nutzfläche unter Berücksichtigung von Zu- und Abschlägen ergibt.⁶⁶

Die Zu- und Abschläge sind gemäß § 8 WEG für jene Umstände zu berechnen, welche nach der Verkehrsauffassung den Wert des Baurechtswohnungseigentumsobjekts erhöhen oder vermindern. Mit dem Wert des Baurechtswohnungseigentumsobjektes ist aber nicht der Verkehrswert, der auf eine isolierte Außenbetrachtung abstellt, gemeint. Tatsächlich liegt der Sinn des Nutzwertes darin das konkrete Baurechtswohnungseigentumsobjekt mit den anderen auf der Liegenschaft befindlichen Baurechtswohnungseigentumsobjekten vergleichbar zu machen. Beim Nutzwert handelt sich daher um einen gebäudeimmanenten Wertmesser.⁶⁷

Nach mittlerweile herrschender Meinung ist der Umstand, dass die Baurechtswohnungseigentümer:in nur Fruchtnießer:in, und nicht Miteigentümer:in, der nicht verbauten Teile der Liegenschaft sind, bei der Ermittlung der Zu- und Abschläge für das Zubehör-WE nicht gesondert zu berücksichtigen. Dies mit der mE zutreffenden Begründung, dass die Eigenschaft als Fruchtnießer:in bei unverbauten Teilen der Liegenschaft für alle Objekte gleichermaßen gilt.⁶⁸ *Kletečka*⁶⁹ begründet dies zudem auch noch mit dem hohen Bestandschutz des § 4 BauRG, wonach ein dermaßen stark geschütztes Baurecht nach der Verkehrsauffassung nicht geringwertiges als ein „gewöhnliches“ Zubehör-WE anzusehen wäre.

⁶⁴ vgl etwa § 6 Abs 1 ZTG.

⁶⁵ *Höllwerth* in *Hausmann/Vonkilch* § 7 WEG Rz 13f.

⁶⁶ *Romstorfer-Bechtloff* in *Illedits* § 8 WEG Rz 1f.

⁶⁷ *Romstorfer-Bechtloff* in *Illedits* § 8 WEG Rz 8, vgl auch OGH 26.08.2004, 3 Ob 11/04w.

⁶⁸ *Urbanek* in *Rudolph/Urbanek* § 6a BauRG Rz 5; vgl auch *Kletečka* in *GeKo Wohnrecht* § 6a BauRG Rz 9.

⁶⁹ vgl *Kletečka* in *GeKo Wohnrecht* § 6a BauRG Rz 9.

Von Bedeutung ist aber sehr wohl, dass sich das Baurecht auf die ganze Liegenschaft erstreckt, auch wenn es seiner Ausübung nach gemäß § 1 Abs 2 BauRG eingeschränkt sein kann, damit unbebaute Teile der Liegenschaft zu den allgemeinen Teilen im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes gezählt werden können. Zubehör-WE an Hausgärten oder Lagerplätzen kann daher nur begründet werden, wenn sich das Baurecht auch der Ausübung nach auf sie bezieht.⁷⁰

3.4 Eigentümerpartnerschaft

Nach einhelliger Lehre sind die Bestimmungen über die Eigentümerpartnerschaft auch im Falle von Baurechtswohnungseigentum sinngemäß anzuwenden. Auslegungsschwierigkeiten bei der Umsetzung sind – soweit überblickbar – kaum vorhanden, weshalb auch im Falle des Baurechtswohnungseigentums auf die wohnungseigentumsrechtliche Rechtsprechung und Lehre zurückgegriffen werden kann.⁷¹

3.4.1 Grundlegendes zur Eigentümerpartnerschaft

Eine Eigentümergemeinschaft am Baurechtswohnungseigentum ist in sinngemäßer Anwendung des § 2 Abs 10 WEG eine Rechtsgemeinschaft zweier natürlicher Personen, die gemeinsam Wohnungseigentümer eines Baurechtswohnungseigentumsobjekts sind.

Es bedarf daher sowohl zur Begründung als auch für den weiteren Bestand einer Rechtsgemeinschaft zweier natürlicher Personen.⁷² Seit der Ablöse des WEG 1948 durch das WEG 1975 müssen diese Personen nicht mehr verheiratet sein. Es muss auch sonst kein Angehörigenverhältnis bestehen. Zu beachten ist aber, dass die Personenmehrheit aber auch auf genau diese zwei Personen begrenzt ist. Eine Beteiligung von mehr als zwei natürlichen bzw. mehr als einer juristischen Person oder einer juristischen und einer natürlichen Person an einem Baurechtswohnungseigentumsobjekt lassen sich daher nur mittelbar durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen bewerkstelligen (beispielsweise durch

⁷⁰ Kletečka in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 7f.

⁷¹ Kletečka in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 11; vgl auch Krist/Pinetz/Uitz in Pinetz/Schaller/Krist/Uitz, *BauRG* (2021), § 6a, II. Sinngemäße Anwendung des WEG Rz 20.

⁷² OGH 11.07.2016, 5 Ob 101/16p.

Gründung einer gemeinsamen GmbH, welche alleinige Baurechtswohnungseigentümerin wird).⁷³

Eine weitere Voraussetzung für die Begründung einer Eigentümerpartnerschaft ist zudem, dass beide natürlichen Personen zu gleichen Teilen Eigentümer:in des jeweiligen mit dem Baurechtswohnungseigentum verbundenen Mindestanteils werden.⁷⁴ Jedem wird daher zwingend die Hälfte des jeweiligen Mindestanteils zugeschrieben.⁷⁵

Gemäß § 12 Abs 1 WEG darf der mit dem Baurechtswohnungseigentum untrennbar verbundene Mindestanteil – außer im Fall der eben beschriebenen Eigentümerpartnerschaft – nicht geteilt werden.

3.4.2 Wirkung der Eigentümerpartnerschaft gegenüber Dritten

Die Partner der Eigentümergemeinschaft bilden gegenüber Dritten eine Einheit.⁷⁶ Die Anteile am Mindestanteil können in diese Sinne – solange das Baurechtswohnungseigentum besteht – nur gemeinsam beschränkt, belastet oder der Zwangsvollstreckung unterworfen werden. Die Partner:innen der Eigentümergemeinschaft können daher auch nur gemeinsam auftreten und haben auch einheitliche Erklärungen abzugeben. Widersprüchliche Erklärungen sind nicht zu beachten und entfalten keine rechtliche Wirkung.⁷⁷ Sämtliche rechtsgeschäftlichen Verfügungen hinsichtlich des gemeinsamen Mindestanteils, daher beispielsweise Kauf, Schenkung, Vermietung, Verpachtung oder die Einräumung eines Nutzungsrechtes, müssen gemeinsam getroffen werden.⁷⁸ Seit der Wohnrechtsnovelle 2006 ist es zudem auch möglich, dass gemäß § 13 Abs 3 WEG jede Partner:in ihren Anteil am Mindestanteil auch einzeln veräußern darf, solange alle anderen Partner zustimmen. Die Zustimmung hat in grundbuchsfähiger Form zu erfolgen.⁷⁹

Die Einschränkung entspringt dem Wesen des Wohnungseigentums, welches den mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteil – auch im Fall der

⁷³ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 2 WEG Rz 92f.

⁷⁴ OGH 18.05.2016, 5 Ob 232/15a.

⁷⁵ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 13 WEG Rz 8.

⁷⁶ OGH 20.09.2005, 5 Ob 173/05k.

⁷⁷ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 13 WEG RZ 22f.

⁷⁸ RIS-Justiz RS0082788.

⁷⁹ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* § 13 WEG Rz 27.

Eigentümergeinschaft – stets als Einheit betrachtet. Für den Fall, dass keine Einigung möglich ist, kann gemäß § 13 Abs 1 WEG auf die Bestimmungen des ABGB zum Miteigentum zurückgegriffen werden. In diesem Sinne ist daher jede Partner:in der Eigentümergeinschaft in der Lage sich gegen rechtswidrige Eingriffe Dritter ohne Mitwirkung des anderen zu wehren. Die sich aus dem Eigentumsrecht ergebenden Rechte stehen der jeweiligen Person der Eigentümerpartnerschaft auch gegenüber ihrer Partner:in zu.⁸⁰

Gemäß § 13 Abs 4 WEG haften die Eigentümerpartner:innen für sämtliche Verbindlichkeiten aus dem gemeinsamen Baurechtswohnungseigentum zur ungeteilten Hand. Unter Verbindlichkeiten aus dem gemeinsamen Baurechtswohnungseigentum sind wohlgemerkt aber nur solche Verbindlichkeiten zu verstehen, welche sich zumindest mittelbar aus dem Baurechtswohnungseigentum selbst ergeben. Darunter fallen etwa der Bauzins, Betriebskosten, Rücklagenbeiträge, Annuitäten, der Ausfall § 18 Abs 4 WEG oder Erhaltungskosten, welche den einzelnen Wohnungseigentümer nach dem WEG treffen.⁸¹

Der Grundsatz der Untrennbarkeit der Anteile ist auch prozessrechtlich zu beachten. Die Eigentümerpartner:innen bilden eine einheitliche Streitpartei iSd § 14 ZPO, sodass ein Urteil immer für oder gegen beide Partner:innen wirken muss. Dies führt zwangsläufig dazu, dass die Geltendmachung immer nur durch oder gegen beide Eigentümerpartner:innen möglich ist. Gemäß § 55 Abs 1 Z 2 JN erfolgt daher auch eine Zusammenrechnung der Streitwerte. Klagt eine Eigentümerpartner:in den gemeinsam zustehenden Anspruch allein ein, führt dies zwangsläufig zur Abweisung mangels Sachlegitimation. Eine nachträgliche Sanierung durch Verbindung eines Verfahrens, welchem eine später von den restlichen Eigentümerpartner:innen eingebrachten Klage zugrunde liegt, ist nach der Rechtsprechung nicht möglich.⁸² Im Falle widersprüchlicher Prozesshandlungen gilt nach dem Günstigkeitsprinzip die für die einheitliche Streitpartei günstigere Prozesshandlung.⁸³ Das Erscheinen auch nur

⁸⁰ Höllwerth in Hausmann/Vonkilch § 13 WEG Rz 23.

⁸¹ Höllwerth in Hausmann/Vonkilch § 13 WEG Rz 35.

⁸² Höllwerth in Hausmann/Vonkilch § 13 WEG Rz 36.

⁸³ Auer in Höllwerth/Ziehensack § 14 ZPO Rz 56.

einer Eigentümerpartner:in – bzw. im Falle eines Anwaltszwanges deren anwaltlichen Vertreters – verhindert daher die Fällung eines Versäumungsurteils.⁸⁴

3.4.3 Beendigung der Eigentümerpartnerschaft

Jede Eigentümerpartner:in hat gemäß § 830 ABGB ein Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft. Gemeinhin ist darunter die Einbringung einer sogenannten Teilungsklage zu verstehen. Wegen der erforderlichen Durchsetzung durch Exekution handelt es sich um eine „unvollkommene“ Rechtsgestaltungsklage.⁸⁵ Mit dieser Klage ist sogleich auch die Teilung zu verlangen, wobei der Realteilung der Vorrang vor der Zivilteilung zu geben ist.⁸⁶

Neben der Geltendmachung des Teilungsanspruches sind aber auch vertragliche Vereinbarungen der Parteien zu beachten. Die Eigentümerpartner:innen können sowohl die Aufhebung der Eigentümergemeinschaft vereinbaren (etwa in Form eines prätorischen Vergleichs) oder aber auch auf die Teilung verzichten.⁸⁷ Zu beachten ist hierbei aber die Bestimmung des § 13 Abs 6 WEG, welcher einen vertraglichen Teilungsverzicht auf längstens drei Jahre beschränkt und auch gesetzliche Teilungshindernisse in den Sätzen 4 und 5 normiert.

Im Hinblick auf das Einbringen einer Teilungsklage sollte zudem auch der § 15 WEG im Auge behalten werden. Dieser behandelt die spezielle Konstellation der Eigentümerpartnerschaft von Ehegatten bei Nichtigerklärung, Aufhebung oder Scheidung der Ehe. Zusammenfassend stellt § 15 Abs 1 WEG eine *lex specialis* zu § 830 ABGB dar, welche zwei Stoßrichtungen aufweist: Auf der einen Seite wird klargestellt, dass der Teilungsklage des anderen Ehepartners binnen einen Jahres ab Rechtskraft der Eheauflösung der Einwand der Unzeit oder des Nachteils (unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Aufteilungsverfahrens) entgegengehalten werden kann. Andererseits ergibt sich aus dieser Norm auch, dass nach Ablauf dieses Jahres ein diesbezüglicher Einwand – entgegen der Bestimmung des § 830 ABGB – nicht mehr erhoben werden kann.⁸⁸ Ziel ist die Verhinderung einer Zweigleisigkeit bei

⁸⁴ Vgl RIS-Justiz RS0035701, Beisatz T2.

⁸⁵ *Sailer/Painsi in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 841 ABGB Rz 6.

⁸⁶ RIS-Justiz RS0013236.

⁸⁷ *Höllwerth in Hausmann/Vonkilch* § 13 WEG Rz 63f.

⁸⁸ *Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Ehe- und Partnerschaftsrecht² (2021) § 15 WEG Rz 2.

der Vermögensaufteilung.⁸⁹ Es ist daher wenig verwunderlich, dass sich die Frist mit jener der Erhebung des Aufteilungsanspruchs gemäß § 95 EheG deckt. Für den Fall, dass rechtzeitig ein Aufteilungsverfahren eingeleitet und dennoch nach Ablauf der Jahresfrist eine Teilungsklage eingebracht wird, hat das Gericht ob des anhängigen Aufteilungsverfahrens die Unzulässigkeit des Rechtsweges auszusprechen.⁹⁰

Als letzter Fall, welcher immer auch zur Beendigung der aktuellen Eigentümerpartnerschaft führt, bleibt noch der Tod eines Eigentümerpartners. Diese Konstellation ist in § 14 WEG geregelt und hat folgendes Konzept vor Augen: Als erstes ist zu prüfen, ob die Eigentümerpartner eine Vereinbarung iSd § 14 Abs 5 WEG getroffen haben, wonach der halbe Mindestanteil einem Dritten zukommen soll. Gibt es keine solche Vereinbarung bzw. wird diese von dem ausgewählten Dritten nicht angenommen, ist nach § 14 Abs 1 WEG vorzugehen. In diesem Fall wächst der Anteil der verstorbenen Eigentümerpartner:in der überlebenden Eigentümerpartner:in zu. Die überlebende Eigentümerpartner:in wird dadurch alleinige Eigentümer:in des Mindestanteils. Als Ausgleich hat die überlebende Eigentümerpartner:in (grundsätzlich) einen bestimmten Betrag, gemeinhin als Übernahmepreis bekannt, an die Verlassenschaft zu bezahlen. Alternativ bleibt der überlebenden Eigentümerpartner:in die Möglichkeit eine Vereinbarung mit einem Dritten zu schließen, welcher den halben Mindestanteil erhalten soll, wobei sie dazu aber wiederum die Zustimmung der Verlassenschaft nach der verstorbenen Eigentümerpartner:in benötigt. Wenn diese Vereinbarung nicht erzielbar ist und auch die Leistung des Übernahmepreises keine Option darstellt, bleibt der überlebenden Eigentümerpartner:in nur der Verzicht auf den Zuwachs.⁹¹ Im Ergebnis rundet diese Regelung, welche den Eintritt einer beliebigen Erbengemeinschaft in den Mindestanteil verhindert, die Intentionen des Gesetzgebers zielführend ab.

3.5 Die Nutzung der Wohnungseigentumsobjekte und der allgemeinen Teile der Liegenschaft beim Baurechtswohnungseigentum

Der fünfte Abschnitt des Wohnungseigentumsgesetzes behandelt in § 16 WEG die Nutzung der Wohnungseigentumsobjekte, allfällige Änderungen daran sowie deren

⁸⁹ AB zum WEG 1975 916 BlgNR 14. GP 34.

⁹⁰ Aichhorn in *Gitschthaler/Höllwerth* § 15 WEG Rz 3.

⁹¹ Mondel in *Illedits* § 14 WEG Rz 3ff.

Erhaltung. Die zweite Bestimmung dieses Abschnittes, konkret die Norm § 17 WEG, schafft die Möglichkeit einer Benützungsregelung abweichend von dem aus dem ABGB entspringenden allgemeinen Gebrauchsrecht von ihm Miteigentum stehenden Sachen gemäß den §§ 825 ff ABGB. Auslegungsschwierigkeiten sind – soweit überblickbar – kaum vorhanden, weshalb auch hier in weiten Teilen auch beim Baurechtswohnungseigentum auf die Rechtsprechung zum WEG zurückgegriffen werden kann.

3.5.1 Nutzung des Baurechtswohnungseigentumsobjektes

Der Baurechtswohnungseigentümer:in kommt an ihrem Baurechtswohnungseigentumsobjekt in sinngemäßer Anwendung des § 16 WEG das alleinige Nutzungs- und Verfügungsrecht zu.⁹² Aus § 3 Abs 3 WEG ergibt sich das an allgemeinen Teilen – daher an jenen Teilen, welche gemäß § 2 Abs 4 WEG der allgemeinen Nutzung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Nutzung entgegenstehen – kein Baurechtswohnungseigentum begründet werden kann. Hinsichtlich der Nutzung ist bezüglich der allgemeinen Teile zu unterscheiden, ob es sich um einen allgemeinen Teil im Bauwerk oder auf dem (unbebauten) Grundstück handelt.⁹³ Hintergrund ist die Bestimmung des § 6 Abs 2 BauRG, welche der Baurechtsnehmer:in am Bauwerk die Rechte einer Eigentümer:in einerseits und am Grundstück, soweit im Baurechtsvertrag nichts Anderes geregelt ist, die Rechte einer Fruchtnießer:in andererseits zuerkennt.⁹⁴

Aus der Eigentumsstellung im Zusammenhang mit dem Bauwerk folgt, dass die Baurechtswohnungseigentümer das Bauwerk grundsätzlich nach ihrem freien Willen verwenden und allenfalls auch abtragen können. Eingriffe auf das Bauwerk können die Baurechtswohnungseigentümer:innen mit der Eigentumsfreiheitsklage abwehren.⁹⁵

Aus der Fruchtgenussstellung im Zusammenhang mit dem Grundstück folgt, dass das (gesamte) Grundstück mit Schonung der Substanz zu nutzen ist. Erwähnenswert ist dabei auch die Auffassung, wonach die an § 613 ABGB angelehnte Bezeichnung als

⁹² Urbanek in Rudolph/Urbane § 6a BauRG Rz 5.

⁹³ Urbanek in Rudolph/Urbane § 6a BauRG Rz 5.

⁹⁴ RIS-Justiz RS0125005.

⁹⁵ Nitsch in Illedits § 6 BauRG Rz 6.

Fruchtgenussrecht nicht ganz zutrifft, da auf der einen Seite zur Errichtung des Bauwerks in aller Regel ein baulicher Eingriff in das Grundstück notwendig sein wird und sich das Baurecht auf der anderen Seite das Baurecht gemäß § 1 Abs 2 BauRG nur auf jene Teile des Grundstücks erstreckt, welche für die Benützung des Bauwerks vorteilhaft sind.⁹⁶

Als Fruchtnießer:innen üben die Baurechtswohnungseigentümer:innen Besitz am Grundstück aus und können daher Eingriffe Dritter mit der Besitzstörungsklage abwehren.⁹⁷ Meines Erachtens steht den Baurechtswohnungseigentümern darüber hinaus auch die in der diesbezüglichen Lehre zum Baurecht nicht erwähnte Negatorienklage offen, welche entgegen der Besitzstörungsklage nicht den Nachteil der engen zeitlichen Befristung hätte.⁹⁸

Im Zusammenhang mit der Einschränkung der Vorteilhaftigkeit des § 1 Abs 2 BauRG ist noch festzuhalten, dass diese nicht sehr streng ausgelegt wird. Der Maßstab ist ähnlich zu verstehen wie bei den Grunddienstbarkeiten nach § 473 ABGB, sodass alleine völlige Zwecklosigkeit oder gänzliche Unwirtschaftlichkeit schaden. Relevant ist nicht eine persönliche Vorteilhaftigkeit, sondern jene für das Bauwerk.⁹⁹

Beispielsweise kommen – sofern nicht ohnehin eine selbstständige Bauwerkseigenschaft besteht – Zufahrten, Parkplätze, Hof- und Gartenflächen, Verbindungswege, Hausgärten, Lagerplätze oder Spielplätze als vorteilhafte Flächen für das Bauwerk in Betracht. An diesen steht den Baurechtswohnungseigentümer:innen, sofern nicht ohnehin ein ausschließliches Nutzungsrecht aufgrund der Eigenschaft als Zubehör-Wohnungseigentum iSd § 2 Abs 3 WEG vorliegt, ein gemeinsames Nutzungsrecht zu.

Im Hinblick auf den großzügigen Maßstab der Vorteilhaftigkeit empfiehlt sich eine genaue vertragliche Regelung, sofern Einschränkungen seitens der Grundeigentümer:in gewünscht sind. Wenn dies nicht erfolgt, ist grundsätzlich (daher sofern auch der Maßstab der Vorteilhaftigkeit erfüllt ist) vom Regelfall einer

⁹⁶ Spruzina in GeKo Wohnrecht § 6 BauRG Rz 22.

⁹⁷ Jenewein in Prader/Sporer/Dobler § 6 BauRG Rz 14; Nitsch in Illedits § 6 BauRG Rz 8; Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz, BauRG, § 6 Rz 8.

⁹⁸ RIS-Justiz RS0011870.

⁹⁹ Dobler/Prader in Prader/Sporer/Dobler § 1 BauRG Rz 55.

unbeschränkten Nutzungsbefugnis des Grundstücks gemäß § 6 Abs 2 BauRG auszugehen.

3.5.2 Änderungen am Baurechtswohnungseigentumsobjekt

Mit der Bestimmung des § 16 Abs 2 WEG hat der Gesetzgeber ein Recht der Wohnungseigentümer:in zur Vornahme von Änderungen am WE-Objekt auf seine Kosten normiert. Dieses Individualrecht des (Baurechts-)Wohnungseigentümers resultiert aus dem ausschließlichen Verfügungsrecht über den mit Baurechtswohnungseigentum verbundenen Mindestanteil und ist weder vertraglich abdingbar, noch selbstständig abtretbar.¹⁰⁰ Diesem Recht wurden aber – unter Berücksichtigung der Interessen der Miteigentümer:innen bzw. Mitbauberechtigten – einige Schranken auferlegt. Im nächsten Schritt werden daher der Begriff der Änderung und die jeweiligen Fallgruppen untersucht:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung den in § 16 Abs 2 WEG 2002 verwendeten Begriff der „Änderungen“ weit auslegt.¹⁰¹ Erfasst sind rechtliche wie faktische Änderungen, einschließlich von Nutzungs- und auch den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Widmungsänderungen.¹⁰² Auch der Begriff der Widmungsänderung wird weit ausgelegt und umfasst beispielsweise nicht etwa nur die Umwidmung von Wohnung zu Geschäftsräumlichkeit, sondern beispielsweise auch Änderungen des Gegenstandes und der Form des im Baurechtswohnungseigentumsobjekt betriebenen Unternehmens.¹⁰³ So stellt etwa die Umstellung von einer gewöhnlicher Wohnungsnutzung zur Kurzzeitvermietung eine unter § 16 Abs 2 zu subsumierende Widmungsänderung dar.¹⁰⁴

In erster Linie lassen sich die Änderungen in genehmigungsfreie und genehmigungspflichtige Änderungen unterteilen. Hintergrund ist eine von der Judikatur eingeführte Bagatellgrenze, welche nunmehr seit der WEG-Novelle 2022 auch ausdrücklich in § 16 Abs 2 Satz 2 WEG positiviert wurde. Maßstab ist die

¹⁰⁰ *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* § 16 WEG Rz 11.

¹⁰¹ OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

¹⁰² *Kolmasch*, Judikaturübersicht: Genehmigungspflicht und -fähigkeit von Änderungen des Wohnungseigentumsobjekts, Zak 2022/304

¹⁰³ *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* § 16 WEG Rz 20.

¹⁰⁴ OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h.

Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer.

Keiner Genehmigung bedürfen nach der derzeitigen Rechtsprechung etwa das Einschlagen von Nägeln oder das Anbohren von Wänden, Malerei-, Tapezier-, Fußbodenbelagsarbeiten und Verfließungen sowie das Entfernen einer nicht tragenden Innenwand ohne gemeinsame Versorgungsleitungen, wobei all dies natürlich nur für das eigene Baurechtswohnungseigentumsobjekt gilt. Ebenso bedürfen auch Änderungen, welchen bereits vorweg zugestimmt wurde, keiner neuerlichen Genehmigung.¹⁰⁵

Im Umkehrschluss sind Maßnahmen dann genehmigungspflichtig, wenn eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Baurechtswohnungseigentümer:innen möglich ist. In diesem Fall ist die änderungswillige Baurechtswohnungseigentümer:in verpflichtet die Zustimmung aller anderen Baurechtswohnungseigentümer:innen oder alternativ die Zustimmung des Außerstreitrichters einzuholen.¹⁰⁶ Führt die änderungswillige Baurechtswohnungseigentümer:in die Änderung ohne die notwendige Zustimmung durch, stellt dies einen eigenmächtigen Eingriff dar, welchen jede einzelne übrige Baurechtswohnungseigentümer:in mit der Negatorienklage abwehren kann.¹⁰⁷

Wie bereits ausgeführt bedürfen genehmigungspflichtige Änderungen der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer:innen bzw. der Genehmigung des Außerstreitgerichts. Diese Genehmigung hat das Außerstreitgericht immer dann zu erteilen, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Der Umfang dieser Voraussetzung hängt mit der Reichweite der Änderung zusammen und ist in § 16 Abs 2 Z 1 bis 3 WEG geregelt. Änderungen, die diese Voraussetzungen erfüllen, werden als genehmigungsfähig bezeichnet.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Richter, Änderung des Wohnungseigentumsobjekts (Stand 20.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0083156.

¹⁰⁷ RIS-Justiz RS0012137; RS0012112 [T1]; RS0013384.

¹⁰⁸ Kolmasch, Zak 2022/304.

3.5.3 Erhaltung des Baurechtswohnungseigentumsobjektes

In Vervollständigung der eben erwähnten Nutzungs- und Verfügungs- bzw. Änderungsrechte hat der Gesetzgeber auch die diesbezüglichen Erhaltungspflichten in § 16 Abs 7 WEG geregelt. Die Baurechtswohnungseigentümer:in hat ihr Baurechtswohnungseigentumsobjekt sowie die dafür bestimmten Einrichtungen, dazu zählen etwa Strom-, Gas- und Wasserleitungen, zu warten und instand zu halten.

Diese Erhaltungspflicht der Wohnungseigentümer:in ist zweifach begrenzt: Auf der einen Seite kommt sie nur dann zum Tragen, wenn keine Erhaltungspflicht der Gemeinschaft iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG besteht. In diesem Fall besteht nämlich lediglich eine Anzeigepflicht gemäß § 30 Abs 3 WEG. Auf der anderen Seite verpflichtet § 16 Abs 7 WEG die Wohnungseigentümer:in nur insoweit zur Erhaltung, als den anderen Wohnungseigentümer:innen kein Nachteil erwächst.

Als Sanktion bei einem Verstoß dieser Erhaltungspflicht drohen dem säumigen Wohnungseigentümer nicht nur Schadenersatzansprüche, sondern bei qualifizierter Pflichtverletzung auch ein Ausschluss gemäß § 36 WEG.¹⁰⁹

3.5.4 Vereinbarung von Benützungsregelungen

In Folge der sinngemäßen Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes können die Baurechtswohnungseigentümer:innen auch schriftlich eine Vereinbarung über die Benützung der verfügbaren allgemeinen Teile der Liegenschaft iSd § 17 WEG treffen. Zu beachten werden hier aber allenfalls Einschränkungen des Baurechtsvertrages sein, da die einzelnen Baurechtswohnungseigentümer:innen das Grundstück als Fruchtnießer:innen nutzen und das Nutzungsrecht dementsprechend auch vom Baurechtsvertrag ableiten. Im Detail ist hier wiederum auf die Ausführungen im Kapitel 3.5.1. zu verweisen.

3.6 Eigentümergemeinschaft, Verwalter und Vorzugspfandrecht beim Baurechtswohnungseigentum

Der 6. Abschnitt betrifft – wie auch der 7. Abschnitt – das „Innenleben“ der Baurechtswohnungseigentümergemeinschaft. Berührungspunkte mit dem

¹⁰⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch § 16 WEG Rz 60ff.

Rechtsverhältnis zu Grund und Boden bestehen hierbei nicht, weshalb die sinnngemäße Anwendung des WEG gemäß § 6a BauRG keine Probleme bereitet. Der Ordnung halber werden die wichtigsten Punkte für die jeweiligen Baurechtswohnungseigentümer:in herausgearbeitet.

3.6.1 Die Baurechtswohnungseigentümergeinschaft

Die Baurechtswohnungseigentümergeinschaft (in Folge auch kurz Eigentümergeinschaft) ist grundsätzlich rechtsfähig und in sinngemäßer Anwendung des § 2 Abs 5 Satz 2 WEG eine juristische Person.¹¹⁰ Die Rechtsfähigkeit erstreckt sich jedoch gemäß § 18 Abs 1 Satz 1 nur auf Angelegenheiten der Verwaltung der (zugrundeliegenden) Liegenschaft sowie auf den Erwerb der in § 18 Abs 2 WEG erwähnten Ansprüche sowie deren Geltendmachung.¹¹¹ Es liegt daher – in Abänderung der grundsätzlich unbeschränkten Rechtsfähigkeit – eine vom Gesetz angeordnete Teilrechtsfähigkeit im Sinne der Ultra-vires Lehre vor.¹¹² Außerhalb ihrer Rechtsfähigkeit liegende Rechtshandlungen sind nichtig. Die Baurechtswohnungseigentümergeinschaft ist insofern auch deliktstfähig, soweit ein Zusammenhang mit den Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft besteht, und parteifähig, wenn sich der jeweilige Rechtsschutzanspruch wenigstens abstrakt mit den Verwaltungsagenden einer Baurechtswohnungseigentümergeinschaft in Verbindung bringen lässt.¹¹³

Die Funktion der Baurechtswohnungseigentümergeinschaft ist eine Erleichterung der Verwaltung durch ein koordiniertes Zusammenwirken der Baurechtswohnungseigentümer. Sie entsteht ex lege mit Einverleibung des Baurechtswohnungseigentums im Grundbuch respektive – sofern bereits eine Baurechtswohnungseigentumsbewerber:in auch Mitbauberechtigte ist – mit Anmerkung der Zusage der Einräumung von Baurechtswohnungseigentum.¹¹⁴ Im Umkehrschluss endet sie mit Löschung des Baurechtswohnungseigentums respektive

¹¹⁰ Verweijen, Das Baurechtswohnungseigentum, immolex 2003, 115.

¹¹¹ Schauer in *Illedits* 18 WEG Rz 3.

¹¹² Kronthaler in *Schwimann/Neumayr* § 26 ABGB Rz 16.

¹¹³ Schauer in *Illedits* § 18 WEG Rz 3; vgl auch OGH 15.06.2004, 5 Ob 119/04t.

¹¹⁴ Richter, Eigentümergeinschaft (Stand 23.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

der Anmerkung der Zusage der Einräumung desselben aus dem Grundbuch. Nach hM endet sie zudem auch dann, wenn alle Anteile in einer Hand vereinigt werden.¹¹⁵

Eine subsidiäre Ausfallhaftung nach § 18 Abs 4 WEG wird jedenfalls auszuschließen sein, weil es sich beim Bauzins um keine Verbindlichkeit der Eigentümergemeinschaft handelt.¹¹⁶

3.6.2 Vertretung der Baurechtswohnungseigentümergemeinschaft

Die Baurechtswohnungseigentümergemeinschaft kann in sinngemäßer Anwendung des § 19 WEG eine natürliche oder juristische Person zur Verwalter:in bestellen. Durch das Wort „kann“ in § 19 Abs 1 WEG ist klargestellt, dass keine Verpflichtung zur Bestellung einer Verwalter:in besteht.¹¹⁷ Es kann aber immer nur eine – und nicht mehrere – Verwalter:in bestellt werden. Im Falle der Bestellung einer Verwalter:in hat dieser die Pflichten nach § 20 WEG zu erfüllen.¹¹⁸ Wird keine Verwalter:in bestellt, wird die Baurechtswohnungseigentümergemeinschaft in sinngemäßer Anwendung des § 18 Abs 3 Z 2 lit a WEG durch die nach Mitbaurechtsanteilen zu berechnende Mehrheit der Baurechtswohnungseigentümer vertreten. Die Bestellung der Verwalter:in ist iSd § 19 Abs 2 WEG im Grundbuch ersichtlich zu machen, was entweder direkt von Amts wegen oder auf Antrag der Verwalter:in respektive einer Baurechtswohnungseigentümer:in erfolgen kann.

Der Verwalter:in obliegt iSd § 20 Abs 1 WEG die Verwaltung der gesamten Liegenschaft und die diesbezügliche Vertretung der Baurechtswohnungseigentümer:innen, wobei sie sich auch einer berufsmäßigen Parteienvertreter:in bedienen darf. Die Verwalter:in hat dabei insbesondere die nachstehenden Pflichten zu erfüllen:

- 1) Die Wahrung der gemeinschaftsbezogenen Interessen aller Baurechtswohnungseigentümer:innen (vgl § 20 Abs 1 WEG)

¹¹⁵ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 18 WEG Rz 17.

¹¹⁶ Kletečka in GeKo § 6a BauRG Rz 16.

¹¹⁷ RV 989 BlgNR 21. GP 55.

¹¹⁸ OGH 22.08.2022, 5 Ob 39/22d.

- 2) Die Pflicht zur redlichen und idR auch höchstpersönlichen Geschäftsbesorgung. Eine Vertretung ist nur zulässig, sofern dies entweder vereinbart oder unvermeidlich ist (vgl § 1010 ABGB)
- 3) Angebotspflicht: Die Pflicht zur Einholung von zumindest drei Angeboten bei Erhaltungsarbeiten, die über die laufende Instandhaltung hinausgehen, sowie größeren Verbesserungsarbeiten (vgl § 20 Abs 4 WEG)
- 4) Die Gehorsamspflicht: Die Verwalter:in hat Weisungen der Mehrheit der Baurechtswohnungseigentümer:innen zu befolgen, soweit diese nicht gesetzwidrig sind (vgl § 20 Abs 1 WEG). Ihr obliegt im Sinne des Gehorsams auch eine Warnpflicht bei unzumutbaren Weisungen.¹¹⁹
- 5) Die Treuepflicht: Die Verwalter:in hat eigene Interessen zurückzustellen, Interessenkollisionen zu vermeiden und unterliegt auch einer Verschwiegenheitspflicht. Inanspruchnahmen sind unzulässig und treuwidrig Erlangtes gemäß § 1009 ABGB herauszugeben. Geschenke dürfen gemäß § 1013 ABGB grundsätzlich nicht angenommen werden.¹²⁰
- 6) Die Hinweispflicht: Bei einem Rechtsgeschäft mit einer ihm familiär oder wirtschaftlich nahestehenden Person trifft die Verwalter:in eine Hinweispflicht gegenüber den Baurechtswohnungseigentümer:innen (§ 20 Abs 4 WEG)
- 7) Die Verwalter:in hat eine Pflicht zur Rechnungslegung (§ 20 Abs 3 WEG iVm § 1012 ABGB)
- 8) Pflicht zur Vorausschau: Im Zusammenhang mit den in absehbarer Zeit notwendigen, über die laufende Instandhaltung hinausgehenden Erhaltungsarbeiten und den in Aussicht genommenen Verbesserungsarbeiten, die dafür erforderlichen Beiträge zur Rücklage sowie den sonst vorhersehbaren Aufwendungen, vor allem die Bewirtschaftungskosten, und den sich daraus ergebenden Vorauszahlungen ist bis spätestens zum Ablauf der Rechnungsperiode eine Vorausschau zu erstellen (§ 20 Abs 2 WEG)

¹¹⁹ Richter, Verwalter - Wohnungseigentum (Stand 20.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹²⁰ Schauer in *Illedits* § 20 WEG Rz 11ff.

9) Energieausweisbereithaltungspflicht: Die Verwalter:in hat – soweit nichts anderes vereinbart oder beschlossen ist – einen höchstens 10 Jahre alten Energieausweis über das Objekt bereitzuhalten.

10) Die Verwalter:in hat gemäß § 20 Abs 6 WEG die Pflicht zur gesonderten Kontoführung (Einschbares Eigen- oder Anderkonto)¹²¹

Die Einhaltung dieser Pflichten kann im Außerstreitverfahren durchgesetzt werden.¹²² Bei einem pflichtwidrigen Verhalten drohen der Verwalter:in insbesondere eine Herabsetzung des Entgelts gemäß § 20 Abs 8 WEG, eine außerordentliche Auflösung sowie Schadenersatzansprüche.¹²³

Im Gegenzug dazu steht der Verwalter:in ein Kündigungsrecht (hinsichtlich der Termine und Fristen ist sowohl der Verwaltervertrag wie auch das Gesetz zu beachten), Entlohnungsanspruch, Auslagenersatz und Schadenersatz für Schäden, die im Zuge der Geschäftsführung entstehen.¹²⁴

Ebenso gelten im Baurechtswohnungseigentum die Bestimmungen zur Auflösung und Verlängerung des Verwaltervertrages (§ 21 WEG), zum Eigentümerversorger (§ 22 WEG) und zur Bestellung eines vorläufigen Verwalters (§ 23 WEG). Es kann diesbezüglich auch die Judikatur zum Wohnungseigentum herangezogen werden.

3.6.3 Willensbildung der Baurechtswohnungseigentümergeinschaft

Die Willensbildung der Gemeinschaft wird im Kern durch die §§ 24 und 25 WEG geregelt. Ergänzende Bestimmungen finden sich beispielsweise noch in den Bestimmungen zum Miteigentum in den §§ 825 f ABGB sowie zur Verwaltung der Liegenschaft in den §§ 28 f WEG.¹²⁵ Gemäß § 6a BauRG sind diese Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Unterschiede zwischen dem Wohnungseigentum sowie dem Baurechtswohnungseigentum können in Bezug auf die Willensbildung nicht erkannt werden, weshalb auf die Rechtsprechung zum Wohnungseigentum zurückgegriffen werden kann. Im Folgenden werden die Grundzüge der Willensbildung im Baurechtswohnungseigentum dargestellt:

¹²¹ Richter, Verwalter - Wohnungseigentum (Stand 20.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹²² OGH 20.11.2007, 5 Ob 220/07z.

¹²³ Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 20 WEG Rz 72ff.

¹²⁴ Richter, Verwalter – Wohnungseigentum.

¹²⁵ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 24 WEG Rz 1.

Die Baurechtswohnungseigentümergeinschaft trifft ihre Entscheidungen in Form von Beschlüssen. Es bestehen dabei keine besonderen Formerfordernisse, wobei das Gesetz „vornehmlich“ die Eigentümerversammlung für die Fassung von Beschlüssen vorsieht.¹²⁶ Es müssen aber alle Baurechtswohnungseigentümer:innen vorab von der Beschlussfassung verständigt und ihnen auch eine Gelegenheit zur Äußerung eingeräumt werden.¹²⁷ Unter Einhaltung dieser Voraussetzungen ist die Fassung eines Beschlusses auf schriftlichem, telefonischem, elektronischem (beispielsweise E-Mail) Wege oder auch etwa mündlich oder durch Handzeichen zulässig. Die Bindungswirkung tritt bei Abstimmung im Umlaufwege erst mit Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses ein, sodass die eigene Entscheidung solange widerrufen werden kann als nicht alle Abstimmungserklärungen eingegangen sind.¹²⁸ Ein einmal wirksamer Beschluss kann jederzeit durch einen neuen wirksamen Beschluss abgeändert oder widerrufen werden.¹²⁹

Als wichtigsten Anwendungsfall der Willensbildung hat das Gesetz die Eigentümerversammlung vorgesehen. Es handelt sich dabei um die Zusammenkunft der Baurechtswohnungseigentümer:innen zur Beschlussfassung. Grundsätzlich ist die Eigentümerversammlung zumindest alle zwei Jahre einzuberufen, wobei Tag und Uhrzeit so zu wählen ist, dass möglichst viele Baurechtswohnungseigentümer:innen teilnehmen können. Seit der WEG-Novelle 2022 kann die Verwalter:in eine Teilnahme auch im Wege elektronischer Kommunikation ermöglichen, wobei hierauf kein Recht seitens der einzelnen Baurechtswohnungseigentümer:in besteht. Festzuhalten ist dabei aber auch, dass der Gesetzgeber an eine Zuschaltung (und keine Alternative) zu einer Präsenzveranstaltung gedacht hat, sodass eine rein virtuelle Veranstaltung zwar Beschlüsse fassen kann, aber nicht die mindestens alle zwei Jahre einzuberufende Eigentümerversammlung ersetzen wird können.¹³⁰ Kommt es bei einer Abstimmung im Rahmen der Eigentümerversammlung zu keiner Mehrheit der Stimmen, so hat die Verwalter:in das sogenannte additive Verfahren durchzuführen. Zur Herbeiführung eines Beschlusses sind dabei gemäß § 25 Abs 3 WEG die bei der Versammlung nicht erschienenen und auch nicht rechtswirksam vertretenen

¹²⁶ OGH 27.06.2017, 5 Ob 19/17f.

¹²⁷ *Illedits* in *Illedits* § 24 WEG Rz 1.

¹²⁸ *Illedits* in *Illedits* § 24 WEG Rz 2.

¹²⁹ *Illedits* in *Illedits* § 24 WEG Rz 4.

¹³⁰ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch* § 25 WEG Rz 20.

Baurechtswohnungseigentümer:innen zugleich mit der Bekanntmachung der Niederschrift zur nachträglichen Stimmabgabe binnen angemessener Frist, welche von der Verwalter:in festzusetzen ist und zwei Wochen nicht übersteigen sollte, aufzufordern.¹³¹

Das bereits erwähnte Äußerungs- und Stimmrecht kann gemäß § 24 Abs 2 WEG sowohl persönlich als auch durch eine Vertreter:in ausgeübt werden. Im Fall der Stellvertretung muss die Einschreiter:in ihre Befugnis durch eine höchstens drei Jahre alte schriftliche Vollmacht oder eine Vorsorgevollmacht nachweisen. Kann die Vollmacht nicht nachgewiesen werden, muss die Baurechtswohnungseigentümer:in die Handlung nachträglich binnen 14 Tagen schriftlich genehmigen, andernfalls sie keine Wirkung entfaltet.

Kein Stimmrecht steht der jeweiligen Baurechtswohnungseigentümer:in gemäß § 24 Abs 3 WEG zu, wenn dem Beschlussgegenstand ein Rechtsgeschäft, ein Rechtsverhältnis oder ein Rechtsstreit mit ihr oder einer Person, mit der sie durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden ist, zugrunde liegt. Der Ausschluss des Stimmrechts bedeutet aber keinen Ausschluss des Äußerungsrechtes. Ganz im Gegenteil liegt ein Fehler in der Beschlussfassung vor, wenn der vom Stimmrecht ausgeschlossenen Person keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde.¹³²

Aufbauend auf die Frage des jeweiligen Stimmrechts ist dessen Auswirkung in der Entscheidungsfindung der Gemeinschaft. Grundsätzlich herrscht im Bereich der Liegenschaftsverwaltung das Mehrheitsprinzip, welches das Weichen von Einzelinteressen gegenüber dem Gemeinschaftsinteresse zum Ausdruck bringt. Nur bei Maßnahmen, welche im Gegensatz dazu typischerweise die Baurechtswohnungseigentümer:in persönlich betreffen, hat der Gesetzgeber regelmäßig eine andere Wertung getroffen. Solche (Verfügungs-)Maßnahmen können in der Regel entweder nur aufgrund des Willens der Baurechtswohnungseigentümer:in, durch eine ihren Willen ersetzende gerichtliche Genehmigung (Individualmaßnahmen nach § 16 WEG) oder nur einstimmig mit allen anderen Baurechtswohnungseigentümer:innen getroffen werden (zur Einstimmigkeit

¹³¹ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 25 WEG Rz 22f.

¹³² Löcker in Hausmann/Vonkilch § 24 WEG Rz 38.

beispielsweise: Kosten- oder Benützungsregelungen, Verfügungen, Gemeinschaftsordnungen, Änderungen des Wohnungseigentumsvertrages etc.).¹³³

Das Mehrheitsprinzip wurde zuletzt mit der WEG-Novelle 2022 grundlegend novelliert. Um der notorisch geringen Beteiligung bei der Willensbildung der Eigentümergemeinschaft entgegenzuwirken, wurden zwei alternative Beschlussmehrheitserfordernisse geschaffen. Für die Mehrheit der Stimmen der Baurechtswohnungseigentümer:innen ist seither gemäß § 24 Abs 4 WEG entweder die Mehrheit aller Mitbaurechtsanteile oder die Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, ebenfalls berechnet nach dem Verhältnis der Mitbaurechtsanteile, erforderlich. Im zweitgenannten Fall muss die Mehrheit überdies zumindest ein Drittel aller Mitbaurechtsanteile erreichen.¹³⁴

Relevant ist hierfür der Grundbuchsstand im Zeitpunkt der Beschlussfassung. In diesem Sinne treten stimmrechtsrelevante Änderungen auch erst mit der Verbücherung einer Änderung respektive Korrektur der Mindestanteile ein.¹³⁵

Die Anfechtungsfristen und -gründe richten sich im Baurechtswohnungseigentum ebenso nach den Bestimmungen des WEG, wobei keine Besonderheiten erkennbar sind.

3.6.4 Das Vorzugspfandrecht beim Baurechtswohnungseigentum

Mit der Wohnrechtsnovelle 1999 (BGBl I Nr. 147/1999) hat der Gesetzgeber das Vorzugspfandrecht geschaffen. Hintergrund war eine Abfederung der anteiligen Ausfallshaftung der Wohnungseigentümer:innen.¹³⁶ Aus Sicht des Baurechtswohnungseigentums stellt sich die Frage, ob auch die Bezahlung des aushaftenden Bauzinses einer anderen Baurechtswohnungseigentümer:in vom Vorzugspfandrecht umfasst ist. Soweit überblickbar, besteht hierzu weder Rechtsprechung noch Lehre. In diesem Kapitel soll daher als erster Schritt das

¹³³ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 24 WEG Rz 85a.

¹³⁴ Walch, Die Willensbildung der Eigentümergemeinschaft nach der WEG-Novelle 2022, wobl 2022, 127.

¹³⁵ Illedits in Illedits § 24 WEG Rz 13.

¹³⁶ Call, Anmerkungen zum gesetzlichen Vorzugspfandrecht gem § 13c Abs 3 bis 5 WEG im Rahmen der Wohnrechtsnovelle 1999, wobl 1999, 358.

Vorzugspfandrecht in seinen Grundzügen erörtert und auf dieser Basis die Möglichkeit der Subsumierung des Bauzinses untersucht werden.

Das gesetzliche Vorzugspfandrecht dient gemäß § 27 Abs 1 Z 1 WEG der Sicherung von Forderungen der Eigentümergemeinschaft gegen eine Wohnungseigentümer:in sowie gemäß § 27 Abs 1 Z 2 WEG der Sicherung von bestimmten Regressforderungen der Wohnungseigentümer:innen untereinander.

Die nach § 27 Abs 1 Z 1 WEG besicherten Forderungen der Eigentümergemeinschaft sind in erster Linie Beitragszahlungen – wie etwa für die Rücklage gemäß § 31 WEG oder die Liegenschaftsaufwendungen gemäß § 32 WEG – zu subsumieren.¹³⁷

Die nach § 27 Abs 1 Z 2 WEG besicherten Forderungen zwischen den Wohnungseigentümer:innen unterteilen sich hingegen in drei Anwendungsfälle, wobei die Wurzel ebenso zumeist in der Säumnis mit Beitragszahlungen liegt. Als erster Fall führt der Gesetzgeber eine Zahlung infolge der subsidiären Ausfallhaftung nach § 18 Abs 4 WEG an, welche ein Ergebnis mangelnder Beitragszahlungen und demzufolge eines nicht ausreichenden Haftungsfonds der Eigentümergemeinschaft ist. Als zweiter Fall hat der Gesetzgeber den Regress einer Wohnungseigentümer:in, die freiwillig Verbindlichkeiten einer anderen Wohnungseigentümer:in, welche mit der Verwaltung der Liegenschaft zusammenhängen, bezahlt hat. Praxisnah wird sich das freiwillige Bezahlen etwa zur Vermeidung von Zivilprozess- und Exekutionskosten empfehlen, weil bei Nichtbezahlung ohnehin die erwähnte Ausfallhaftung nach § 18 Abs 4 WEG droht.¹³⁸ Der dritte Fall deckt Regressforderungen einer Wohnungseigentümer:in, welche auf einer – meist aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften resultierenden – Solidarhaftung für Verbindlichkeiten beruhen, die aber ebenso mit der Verwaltung der Liegenschaft zusammenhängen müssen.¹³⁹

Die Einordnung des Bauzinses selbst fällt mangels Rechtsprechung und uneinheitlicher Lehre schwer. Konkret ist einerseits strittig, ob der Bauzins als Liegenschaftsaufwendung im Sinne des § 32 WEG zu sehen ist, und andererseits, ob

¹³⁷ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 27 WEG Rz 9.

¹³⁸ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer, Miet- und Wohnrecht II²⁴ § 27 WEG Rz 7 (Stand 30.6.2024, rdb.at).

¹³⁹ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 27 WEG Rz 10.

die Baurechtswohnungseigentümer:innen eine anteilige oder solidarische Haftung trifft.¹⁴⁰

Sofern man die Einordnung des Bauzinses als Liegenschaftsaufwendung im Sinne des § 32 WEG bejaht, ist der Bauzins von den Baurechtswohnungseigentümer:innen nach dem Verhältnis ihrer Mitbaurechtsanteile bei Ende der Abrechnungsperiode zu tragen. Entsprechend der Systematik des § 32 WEG müsste der Bauzins bei der Festsetzung der monatlichen Akontozahlungen berücksichtigt werden. Bei den monatlichen Akontozahlungen handelt es sich nach der Rechtsprechung um eine Beitragspflicht, welcher ein entsprechender Anspruch der Eigentümergemeinschaft gegenübersteht.¹⁴¹ Bei Rückständen aus diesen Beiträgen, welche dann auch den Bauzins beinhalten, handelt es sich um Forderungen der Eigentümergemeinschaft gegen die jeweils säumigen Baurechtswohnungseigentümer:in. Es liegt daher grundsätzlich eine besicherte Forderung im Sinne des § 27 Abs 1 Z 1 WEG vor.

Ein spannendes Problem ergibt sich dabei aber natürlich zweifellos, wenn die Verwalter:in der Ansicht ist, dass es sich beim Bauzins um eine Liegenschaftsaufwendung handelt, sodass sie diesen in die Akontozahlung miteinfließen lässt und ein späterer Gläubiger der (mittlerweile allenfalls insolventen) Baurechtswohnungseigentümer:in bestreitet, dass jener Teil der monatlichen Akontozahlung, welcher auf dem Bauzins fußt, durch ein Vorzugspfandrecht privilegiert wäre. Problematisch wird diese Sonderkonstellation insbesondere dann, wenn der Bauzins – was etwa bei Autobahnraststätten¹⁴² und auch bei einem Einkaufszentrum¹⁴³ durchaus denkbar wäre – umsatzabhängig vereinbart wird und daher von vornherein nicht auf den Cent genau akontiert werden kann.

Anzufügen ist dazu jedoch, dass die derzeitige Literatur von der Unzulässigkeit einer Vereinbarung, wonach der Bauzins einen Prozentsatz des Ertrags des Gebäudes

¹⁴⁰ Nitsch in *Illedits* § 6a BauRG Rz 9.

¹⁴¹ OGH 24.03.2022, 5 Ob 14/22b.

¹⁴² Stichprobenartig wurden hierzu drei Grundbuchsauszüge getätigt, wobei in einem Fall ein umsatzabhängiger Bauzins vorlag.

¹⁴³ Ein in Österreich äußerst prominentes Beispiel zeigt, dass hier auch die Konstruktion als Wohnungseigentum möglich ist. Sofern die Grundnutzung auf einem Baurechtsvertrag basiert, würde ein umsatzabhängiger Bauzins durchaus Sinn machen.

betragen soll, ausgeht.¹⁴⁴ Abgeleitet wird dies – unter offensichtlichem Verweis auf weitere Literatur¹⁴⁵ – aus dem Erfordernis der Bestimmtheit in § 3 Abs 2 Satz 1 BauRG, welches so verstanden wird, dass eine bloße Bestimmbarkeit nicht ausreiche.¹⁴⁶

An der Ansicht, wonach Bestimmbarkeit generell nicht ausreiche, ist jedoch – im Rahmen eines kurzen Exkurses – Kritik zu üben. Vorwegzuschicken ist, dass mit der Novelle des BauRG 1990¹⁴⁷ die Wortfolge „so muss deren Fälligkeit *unabhängig von ungewissen künftigen Ereignissen*“¹⁴⁸ bestimmt sein“¹⁴⁹ entfallen und durch „so muß deren Ausmaß und Fälligkeit bestimmt sein; Wertsicherungsvereinbarungen sind zulässig, sofern das Ausmaß des Bauzinses nicht durch die Bezugnahme auf den Wert von Grund und Boden bestimmt wird“¹⁵⁰ ersetzt wurde.

Die ablehnende Haltung der Lehre fußt mE auf einem offenkundigen Nachwirken der vor der Novelle etablierten hM, welche – gestützt auf den (damals) klaren Wortlaut und den historischen Gesetzeszwecken – zu jener Zeit wohl auch berechtigt von einem sehr strengen Bestimmtheitserfordernis ausging. In diesem Sinne befindet sich in der überwiegenden Anzahl der Kommentarliteratur auch nach wie vor die Wortfolge, dass der Bauzins nicht von „ungewissen künftigen Ereignissen“ abhängig sein darf.¹⁵¹ Verwiesen wird hierbei oft auf *Rechberger/Frauenberger*¹⁵², wobei eine korrespondierende Aussage der in der Kommentarliteratur zumeist zitierten Randziffer 48 nicht entnommen werden kann. Lediglich in Randziffer 49 wird ohne nähere Begründung festgehalten, dass bloße Bestimmbarkeit nicht ausreiche. Die Formulierung, wonach der Bauzins nicht von ungewissen künftigen Ereignissen

¹⁴⁴ *Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz*, BauRG, § 3 Rz 17; vgl dazu aber auch noch *Sporer in Prader/Sporer/Dobler* § 3 BauRG Rz 100, welcher sich allgemein gegen einen „sich „automatisch“ variierenden Bauzins“ ausspricht.

¹⁴⁵ Vgl *Spruzina in GeKo Wohnrecht* § 3 BauRG Rz 19; *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 48.

¹⁴⁶ *Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz*, BauRG § 3 Rz 17.

¹⁴⁷ BGBl 1990/258.

¹⁴⁸ Hervorhebung durch Autor.

¹⁴⁹ § 3 BauRG idF RGBI 1912/86.

¹⁵⁰ § 3 BauRG.

¹⁵¹ *Sporer in Prader/Sporer/Dobler* § 3 BauRG Rz 100; vgl *Spruzina in GeKo Wohnrecht* § 3 BauRG Rz 19.

¹⁵² *Rechberger/Frauenberger in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Rz 50.

abhängig sein dürfe, befindet sich in diesem Zusammenhang überdies nur in der Randziffer 50, welche jedoch die Rechtslage vor 1990 behandelt.¹⁵³

Aus Sicht des Autors ist der Gesetzeswortlaut seit der Novelle 1990 vergleichbar mit zahlreichen anderen Bestimmungen, in welchen die Rechtsprechung objektive Bestimmbarkeit ausreichen lässt (vgl dazu etwa die §§ 869, 971, 1090 ABGB).¹⁵⁴ Einschränkungen bestehen natürlich aufgrund des historischen Gesetzeszwecks, welcher auch nochmals Eingang in den Bericht des Justizausschusses zur BauRG-Novelle 1990 gefunden hat. Zuletzt erhellt aus diesem Bericht im Zusammenhang mit der textlichen Neufassung im Zuge der Novelle mE auch, dass es sich bei der Wertsicherung nicht um eine Ausnahme von der Regel handelt, sondern der historischen Zweck vom Gesetzgeber nicht mehr so eng beurteilt wird.¹⁵⁵

Im Ergebnis wird daher die Bestimmbarkeit des Bauzinses ausreichen. Dies lediglich mit den Einschränkungen, dass die Klausel im Einzelfall weder auf einer auf Grund und Boden bezugnehmenden Wertsicherung beruhen, noch dem historischen Zweck¹⁵⁶ zuwiderlaufen darf.

Zur Frage der Zulässigkeit einer umsatzabhängigen Bauzinsvereinbarung: Der historische Zweck des Gesetzgebers lag darin, sowohl die Interessen der Baurechtsnehmer:in (Sicherung der Kalkulationsbasis), wie auch jene der Pfandgläubiger:in (Sicherung der Beleihbarkeit) zu wahren. Beide Interessen sind auch im Falle eines umsatzabhängigen Baurechtszinses gewahrt; aus Sicht des Autors sogar weitreichender, da sich der Bauzins auch im Falle eines Umsatzrückganges an die jeweilige Lage anpasst. Eine umsatzabhängige Bauzinsvereinbarung ist daher mE grundsätzlich als zulässig zu betrachten.

Zur oben zitierten Literaturmeinung¹⁵⁷, wonach der Bauzins als Prozentsatz des Ertrags des Gebäudes nicht zulässig vereinbart werden könne, bleibt abschließend noch zu sagen, dass auch eine Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann. Folgt

¹⁵³ *Rechberger/Frauenberger in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Rz 49f; Anm.: Es ist daher mE auch nicht auszuschließen, dass eine Unachtsamkeit eines Autors von späteren Autoren als Folgefehler übernommen wurde.

¹⁵⁴ Vgl zum Mietzins etwa RIS-Justiz RS0020426.

¹⁵⁵ JA 1264 BlgNR 17. GP 2.

¹⁵⁶ Der Zweck liegt in der Sicherung der 1) Beleihbarkeit des Baurechts und 2) Kalkulationsbasis des Baurechtsnehmers.

¹⁵⁷ *Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz*, BauRG, § 3 Rz 17.

man nämlich der dort zitierten Quelle gelangt man lediglich zu einer Aussage, wonach der Bauzins nicht einen Prozentsatz des Ertragswerts des Baurechts ausmachen dürfe. Der Begriff des Ertragswertes, welcher wohl § 5 LBG vor Augen hat, ist aber nicht mit dem Ertrag eines Gebäudes gleichzusetzen. Im Falle der Bezugnahme auf den Ertragswert wird wohl tatsächlich eine Unzulässigkeit vorliegen, da Kapitalisierungszinssatz sowie Restnutzungsdauer einen Handlungsspielraum ermöglichen, welcher keine ausreichende Kalkulationsbasis darstellt und damit jedenfalls dem historischen Gesetzeszweck zuwiderlaufen wird, sodass sich die Frage der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit nicht weiter stellt.

Zurückkommend auf die Thematik des Vorzugspfandrechts: Sofern man in Umkehr der vor dem Exkurs getroffenen Prämisse die Einordnung des Bauzinses als Liegenschaftsaufwendung im Sinne des § 32 WEG nunmehr verneint, bleibt die Frage, ob es sich beim Bauzins dennoch um eine Forderung der Eigentümergemeinschaft handeln kann. Dies ist meines Erachtens zu verneinen, weil die Verpflichtung zur Zahlung des Bauzinses nicht von der Eigentümergemeinschaft eingegangen wurde.¹⁵⁸ Ein Vorzugspfandrecht auf Basis von § 27 Abs 1 Z 1 WEG scheidet daher aus.

Zu prüfen bleibt daher allenfalls noch eine Subsumierung unter § 27 Abs 1 Z 2 WEG. Die genannte Bestimmung sieht hier drei Varianten vor, wobei die erste Variante (lit a) bei Verneinung einer Forderung der Eigentümergemeinschaft schon begrifflich ausscheidet. Diese Variante verweist auf die subsidiäre Ausfallhaftung nach § 18 Abs 4 WEG, sodass es sich zwingend um eine Forderung gegenüber der Eigentümergemeinschaft handeln muss, welche von dieser aber nicht bedient werden kann. Wie bereits ausgeführt handelt es sich um keine Forderung gegenüber der Eigentümergemeinschaft, sodass ein Vorzugspfandrecht nicht hierauf gestützt werden kann.

Die zweite Variante (lit b) hat nach den Materialien den Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB vor Augen.¹⁵⁹ Dies steht auch im Einklang mit der Lehre, welche bei diesem Anwendungsfall die freiwillige Mehrleistung an die Gemeinschaft als Beispiel anführt.¹⁶⁰ Im Hinblick darauf, dass ein Verwendungsanspruch bei Solidarhaftung

¹⁵⁸ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 16.

¹⁵⁹ Mat zur WRN 1999 AB 2056 BlgNR 20. GP 9 f.

¹⁶⁰ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch* § 27 WEG Rz 10.

ausscheidet, kommt diese Bestimmung nur bei Anteilshaftung des Bauzinses in Betracht.¹⁶¹

Die dritte Variante (lit c) hat demgegenüber die Solidarhaftung und den Regress nach § 896 ABGB vor Augen. Die Materialien führen begründend dazu aus, dass diese Variante den Sonderfall abdecken soll, dass beispielsweise auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften eine Solidarhaftung besteht und eine Miteigentümer:in zur Deckung der gesamten Forderung herangezogen wird.¹⁶²

Nicht vergessen werden darf dabei aber, dass sowohl die Variante lit b wie auch die Variante lit c nur bei Verbindlichkeiten, die mit der Verwaltung der Liegenschaft zusammenhängen, in Betracht kommt. Hier wird es im Einzelfall darauf ankommen, ob die Bezahlung des Bauzinses auf Grund eines objektivierten, von den Teilhaberinteressen losgelösten Gemeinschaftsinteresses, welches sich an den Zielen der Bewahrung der Sache und des Aufrechterhaltens der Gemeinschaft zu orientieren hat, fällt, sodass ein Zusammenhang mit der Verwaltung besteht.¹⁶³

Unter Verweis auf die mögliche Solidarhaftung und § 4 Abs 2 BauRG lässt sich ein Zusammenhang zur Verwaltung mE – zumindest im Einzelfall – durchaus bejahen. Ich halte es zudem für diskutabel, ob die Rechtsprechung wonach nur jene Aufwendungen unter § 32 WEG zu subsumieren sind, welche nach der Begründung von Wohnungseigentum entstanden sind, auch auf die Varianten lit b und lit c umlegbar sind.¹⁶⁴ Immerhin setzen die Varianten des § 27 Abs 1 Z 2 WEG nicht die Existenz der Eigentümergemeinschaft iSd § 18 WEG voraus.

Im Ergebnis scheidet die Variante lit a jedenfalls aus, weil es sich um keine Forderung der Eigentümergemeinschaft handelt. Bei lit b stellt sich mE die schwierig in Einklang zu bringende Thematik der Anteilshaftung mit dem Zusammenhang zur Verwaltung. Sofern die Bauzinsforderung nur die konkrete Baurechtswohnungseigentümer:in betrifft, liegt auch nicht die Wahrung gemeinschaftlichen Pflichten oder Interessen vor, sodass auch kein Zusammenhang mit der Verwaltung der Liegenschaft besteht. Eine Subsumtion des Bauzinses wird daher regelmäßig zu verneinen sein. Bei der

¹⁶¹ RIS-Justiz RS0108671.

¹⁶² Mat zur WRN 1999 AB 2056 BlgNR 20. GP 9 f; vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch* § 27 WEG Rz 10

¹⁶³ *Terlitz*, Miteigentum und Wohnungseigentum (2021) S 219f.

¹⁶⁴ OGH 31.03.2003, 5 Ob 248/02k; Anm.: Beachte zusätzlich § 37 Abs 5 WEG.

Variante lit c stellt sich meines Erachtens ebenso die Frage des Zusammenhangs mit der Verwaltung der Liegenschaft.¹⁶⁵ Dieser Punkt kann – wie sich aus dem vorangegangenen Absatz ergibt – nicht eindeutig beantwortet werden. Eine Geltendmachung könnte im Einzelfall aber durchaus überlegenswert sein.

3.7 Verwaltung der Liegenschaft beim Baurechtswohnungseigentum

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Verwaltung weder im ABGB noch im WEG definiert, wobei sich in Letzterem zumindest noch eine demonstrative Aufzählung von Verwaltungssachen befindet.¹⁶⁶ Mangels Begriffsdefinition fällt sowohl die allgemeine Abgrenzung zwischen Verwaltung und Verfügung wie auch die Abgrenzung zwischen ordentlicher Verwaltung iSd § 28 WEG und außerordentlicher Verwaltung iSd § 29 WEG schwierig. In der Praxis wird zumeist auf die ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen.¹⁶⁷

Relevant ist die Frage vor allem für die Willensbildung der Gemeinschaft sowie für die Befugnisse der Verwalter:in. Beschlüsse zu Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung können von der Minderheit nur wegen formaler Mängel der Willensbildung und Verstoßes gegen Gesetzesrecht bekämpft werden. Hingegen können Beschlüsse zu Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung nach § 29 WEG zusätzlich auch dann erfolgreich angefochten werden, wenn die in § 29 Abs 2 und Abs 3 WEG normierten Kriterien nicht eingehalten wurden. Sofern die außerordentliche Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich des § 29 WEG, sondern in jenen der §§ 834, 835 ABGB fällt, ist – sofern keine Einstimmigkeit vorliegt – zusätzlich zum gültigen Mehrheitsbeschluss auch die Genehmigung des Außerstreitgerichts erforderlich.¹⁶⁸ Im Hinblick auf die WEG-Novelle 2022 ist in diesem Zusammenhang auch noch festzuhalten, dass § 24 Abs 4 WEG mit den dort normierten alternativen Beschlussmehrheitserfordernissen im Anwendungsbereich

¹⁶⁵ Ausführlich wird diese Thematik im Kapitel „Zur generellen Einordnung des Bauzinses als Liegenschaftsaufwendung“ behandelt.

¹⁶⁶ OGH 28.04.2015, 5 Ob 226/14t.

¹⁶⁷ Richter, Ordentliche Verwaltung (Stand 12.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁶⁸ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 28 WEG Rz 33; vgl. auch Eggemeier-Schmolke in Schwimann/Neumayr § 834 ABGB Rz 5.

der §§ 834, 835 ABGB nicht anwendbar ist, sodass ein Mehrheitsbeschluss stets der Zustimmung von mehr als der Hälfte benötigt.¹⁶⁹

Sofern es sich jedoch um keine Verwaltungshandlung, sondern eine Verfügung iSd § 828 ABGB handelt, bedarf es Einstimmigkeit. Die fehlende Zustimmung der Minderheit kann bei einer Verfügung nicht vom Außerstreitgericht ersetzt werden.¹⁷⁰

Einfluss hat die Einordnung auch auf die Eigenständigkeit der Verwalter:in. Im Bereich der ordentlichen Verwaltung kann die Verwalter:in grundsätzlich, das heißt solange keine gegenteiligen Vertragsbestimmungen oder Weisungen der Eigentümergemeinschaft bestehen, autonom agieren.¹⁷¹ Im Bereich der außerordentlichen Verwaltung darf die Verwalter:in – unbeschadet ihrer unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis nach § 20 Abs 1 WEG – gemäß § 29 Abs 6 WEG Maßnahmen nur auf Grund eines Beschlusses der Eigentümergemeinschaft durchführen.

Diese Problematik trifft natürlich auch das Baurechtswohnungseigentum, weshalb der Themenkomplex der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung sowie die damit zusammenhängenden Minderheitsrechte nach § 30 WEG in jeweils eigenen Kapiteln für die Baurechtswohnungseigentümer:innen kurz umrissen werden. Auf allfällige Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Baurecht wird wiederum Bedacht genommen.

Diesem Abschnitt folgend werden bei den finalen Kapiteln zur Verwaltung der Liegenschaft die Themenbereiche der Rücklage, der Aufwendungen, der Erträge sowie der Verteilung untersucht. Aus Sicht des Baurechtswohnungseigentums stellt sich dort die durchaus strittige Frage, ob der Bauzins als Liegenschaftsaufwendung iSd § 32 WEG zu behandeln ist, was ebenso im Zuge dieser Arbeit untersucht werden soll.

Bereits jetzt kann festgehalten werden, dass auch in diesem Bereich die Rechtsprechung zum Wohnungseigentum für das Baurechtswohnungseigentum übernommen werden kann.

¹⁶⁹ Terlitza in GeKo Wohnrecht II² § 29 WEG Rz 95.

¹⁷⁰ RIS-Justiz RS0117159.

¹⁷¹ Richter, Ordentliche Verwaltung.

3.7.1 Ordentliche Verwaltung

Wie bereits angedeutet, ist der Begriff der ordentlichen Verwaltung, wie er in § 833 ABGB und § 28 Abs 1 WEG zu finden ist, äußerst auslegungsbedürftig.¹⁷² Die Rechtsprechung definiert die Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung nach § 833 ABGB als Maßnahmen, welche der Erhaltung und Verwaltung des gemeinsamen Gutes dienen, sich im gewöhnlichen Verlauf der Dinge als notwendig oder zweckmäßig erweisen, im Interesse aller Miteigentümer:innen liegen sowie keine besonderen Kosten verursachen.¹⁷³

Dieser Begriff ist zwar auch für das Baurechtswohnungseigentum maßgeblich. Zu beachten ist dabei aber auch noch § 28 Abs 1 WEG, mit welchem gewisse Bereiche bereits ex lege der ordentlichen Verwaltung zugeordnet wurden.

Gemäß § 28 Abs 1 WEG gehören – auch im Baurechtswohnungseigentum – daher insbesondere die folgenden Angelegenheiten zur ordentlichen Verwaltung:

1. „die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft im Sinne des § 3 MRG, einschließlich der baulichen Veränderungen, die über den Erhaltungszweck nicht hinausgehen, und der Behebung ernster Schäden des Hauses in einem Wohnungseigentumsobjekt,
2. die Bildung einer angemessenen Rücklage (§ 31),
3. die Aufnahme eines Darlehens zur Deckung der durch die Rücklage nicht gedeckten Kosten einer in längeren als einjährigen Abständen wiederkehrenden Arbeit zur ordnungsgemäßen Erhaltung,
4. die angemessene Versicherung der Liegenschaft,
5. die Bestellung des Verwalters und die Auflösung des Verwaltungsvertrags,
6. die Bestellung und Abberufung eines Eigentümerversprechers,
7. die Erlassung und Änderung der Hausordnung,

¹⁷² Löcker in Hausmann/Vonkilch § 28 WEG Rz 40.

¹⁷³ Vgl zuletzt OGH 28.09.2022, 9 Ob 78/22v

8. die Vermietung der verfügbaren allgemeinen, aber einer abgesonderten Benützung zugänglichen Teile der Liegenschaft, an eine Person, die nicht Wohnungseigentümer ist,
9. die Aufkündigung der nach Z 8 geschlossenen Mietverträge und
10. die Erstellung und Vorrätighaltung eines Energieausweises nach § 2 Z 3 EAVG für das gesamte Gebäude.“¹⁷⁴

Besonders hervorzuheben ist der Verweis auf § 3 MRG in § 28 Abs 1 Z 1 WEG, wodurch Maßnahmen, die dem mietrechtlichen Erhaltungsbegriff unterliegen, ohne Rücksicht auf die Kosten, der ordentlichen Verwaltung zuzuordnen sind. Dies führt zu einem unterschiedlichen Begriff der ordentlichen Verwaltung bei schlichtem Miteigentum einerseits, und (Baurechts-)Wohnungseigentum andererseits. Es ist daher auch bei der Recherche besondere Vorsicht dahingehend geboten, ob der jeweiligen Lehrmeinung oder Entscheidung das WEG oder schlichtes Miteigentum zugrunde liegt.¹⁷⁵

Generell zielen Verwaltungshandlungen nach der Rechtsprechung darauf ab, gemeinschaftliche Pflichten zu erfüllen oder gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes wahrzunehmen.¹⁷⁶ Sie erfordern gemeinschaftliches Vorgehen, weil es um die wohl verstandenen Interessen aller – im gegenständlichen Fall – Baurechtswohnungseigentümer:innen geht.¹⁷⁷ Verfügungen, die in die Gemeinschaftsrechte oder in die Anteilsrechte der Mitbauberechtigten eingreifen, zählen nicht zur Verwaltung der Liegenschaft. Ebenso wenig zählen Besitz- und Gebrauchshandlungen einzelner Baurechtswohnungseigentümer:innen zur Verwaltung der Liegenschaft.¹⁷⁸

Ob eine Veränderung allgemeiner Teile als Verwaltungshandlung einerseits, oder Besitz- oder Gebrauchshandlung andererseits, anzusehen ist, richtet sich nach der Rechtsprechung danach, in welchem Interesse die Maßnahme vorgenommen wurde. Demnach sind rein eigennützige Veränderungen allgemeiner Teile durch eine

¹⁷⁴ § 28 Abs 1 WEG 2002.

¹⁷⁵ *Löcker in Hausmann/Vonkilch* § 28 WEG Rz 41.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0109188.

¹⁷⁷ OGH 01.03.2017, 5 Ob 144/16m, vgl auch OGH 28.04.2015, 5 Ob 226/14t.

¹⁷⁸ OGH 01.03.2017, 5 Ob 144/16m, vgl auch OGH 08.01.2008, 5 Ob 206/07s.

Baurechtswohnungseigentümer:in nicht der Verwaltung der Liegenschaft zuzuordnen.¹⁷⁹

In Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung des Baurechtswohnungseigentums werden Entscheidungen nach den gewöhnlichen Mehrheitserfordernissen des § 24 Abs 4 WEG getroffen. Nach erfolgter Bestellung einer Verwalter:in ist den Wohnungseigentümer:innen die eigenmächtige Vornahme von Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung untersagt. Die Eigentümergemeinschaft kann der – im Bereich der ordentlichen Verwaltung autonom agierenden – Verwalter:in jedoch Weisungen erteilen.¹⁸⁰

3.7.2 Außerordentliche Verwaltung

Im Wohnungseigentumsrecht besteht nach herrschender Meinung eine „Trias der Verwaltungsangelegenheiten“.¹⁸¹ Neben dem bereits erörterten Teil der ordentlichen Verwaltung, hat sich der Gesetzgeber bei der Gestaltung des § 29 WEG dazu entschieden, nicht alle Bereiche der Verwaltung innerhalb des WEG zu regeln.¹⁸²

Innerhalb des WEG befindet sich mit § 29 Abs 1 WEG eine Bestimmung, welche „Veränderungen an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft, die über die in § 28 WEG genannten Angelegenheiten hinausgehen, wie etwa nützliche Verbesserungen oder sonstige über die Erhaltung hinausgehende bauliche Veränderungen“¹⁸³ einer besonderen Regelung nach § 29 Abs 1 bis 4 WEG unterwirft. Als Auffangtatbestand für alle sonstige Angelegenheiten der außerordentlichen Verwaltung wird in § 29 Abs 5 WEG auf die Bestimmungen der §§ 834, 835 ABGB verwiesen. Im Wesentlichen erfolgt daher eine Unterscheidung zwischen (grob zusammengefasst) baulichen Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung, welche dem Regime des § 29 Abs 1 bis 4 WEG zugeordnet wurden, und allen sonstigen Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung, welche den Regelungen des ABGB zugeordnet wurden und dort unter dem Begriff „wichtige Veränderungen“ zu finden sind.¹⁸⁴

¹⁷⁹ OGH 22.10.2020, 5 Ob 97/20f; vgl auch RIS-Justiz RS0109188.

¹⁸⁰ Richter, Ordentliche Verwaltung.

¹⁸¹ *Terlitz* in GeKo Wohnrecht § 29 WEG 2002 Rz 24 mwN.

¹⁸² *Terlitz* in GeKo Wohnrecht § 29 WEG 2002 Rz 22.

¹⁸³ § 29 Abs 1 WEG 2002.

¹⁸⁴ *Terlitz* in GeKo Wohnrecht § 29 WEG 2002 Rz 24f.

Zuletzt könnten als vierte Kategorie der außerordentlichen Liegenschaftsverwaltung zudem auch noch jene Maßnahmen zusammengefasst werden, für die es ex lege einer qualifizierten Zweidrittel-Mehrheit bedarf. Es handelt sich hierbei aber um eine überschaubare Kategorie zu der lediglich die Festlegung einer vorläufigen Benützungsregelung gemäß § 17 Abs 2 Satz 2 WEG, ein Abweichen von der in § 25 WEG normierten Frequenz der Eigentümerversammlung und die Aufteilung der Aufwendungen nach Verbrauch iSd § 32 Abs 3 WEG zählen.¹⁸⁵ Eine nähere Beleuchtung bedarf es daher nicht.

In diesem Sinne werden daher zunächst die Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung iSd § 29 Abs 1 WEG näher beleuchtet und anschließend die sonstigen Verwaltungsmaßnahmen.

3.7.2.1 Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung iSd § 29 Abs 1 WEG

Unter § 29 Abs 1 WEG ist jegliche Veränderung gemeinsamer Liegenschaftsteile, die über die ordnungsgemäße Erhaltung im Sinne des § 28 Abs 1 WEG hinausgeht, zu verstehen.¹⁸⁶ Jegliche Veränderung bedeutet nicht nur nützliche Verbesserungen, sondern alle Baumaßnahmen, die zu tatsächlichen physischen Veränderungen führen.¹⁸⁷ Als Abgrenzung zu Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung besteht die Faustregel, dass etwas Neues hergestellt wird.¹⁸⁸

Komplexer wird die Abgrenzung jedoch durch den dynamischen Erhaltungsbegriff des § 3 MRG. Die Rechtsprechung leitet aus diesem ab, dass 1) zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsarbeiten zur Erhaltung bestehender Anlagen, auch wenn damit erstmals ein mangelfreier Zustand hergestellt wird, 2) eine vollständige Erneuerung und/oder 3) Veränderungen, welche als Verbesserung zu werten sind, zur Erhaltung im Sinne des § 3 MRG gehören. Voraussetzung ist eine Reparaturbedürftigkeit, Schadensgeneigtheit oder Funktionseinschränkung.¹⁸⁹ Eine Einschränkung besteht nur insofern, als an die Erhaltungsmaßnahme keine

¹⁸⁵ *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch* § 29 WEG Rz 19; vgl auch *Terlitza* in *GeKo Wohnrecht* § 29 WEG 2002 Rz 29.

¹⁸⁶ OGH 11.12.1990, 5 Ob 104/90.

¹⁸⁷ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, § 29 WEG Rz 2.

¹⁸⁸ *Beer/Vospernik* in *Illedits* § 29 WEG Rz 7.

¹⁸⁹ RIS-Justiz RS0114109; zuletzt etwa OGH 12.03.2024, 5 Ob 128/23v.

außergewöhnlichen Bedingungen geknüpft bzw. damit außergewöhnlichen Maßnahmen einhergehen dürfen, da andernfalls auch bei einer Erhaltungsarbeit eine Maßnahme der außergewöhnlichen Verwaltung vorliegt.¹⁹⁰

Es lassen sich daher für die Maßnahmen nach § 29 Abs 1 WEG die folgenden drei Fallgruppen bilden: Echte Neuerungen (wie etwa die Errichtung von Autoabstellplätzen im Hof des Hauses¹⁹¹), Verbesserungen (wie etwa die Umstellung einer ölbefeuerten Heizanlage auf die Versorgung mit Fernwärme¹⁹² sowie über die Erhaltung nach § 28 Abs 1 WEG hinausgehende Sanierungsmaßnahmen (wie etwa die Sanierung eines Schwimmbeckens mit exorbitanten Kosten¹⁹³).¹⁹⁴

In Angelegenheiten der außerordentlichen Verwaltung iSd § 29 Abs 1 WEG werden Entscheidungen nach den gewöhnlichen Mehrheitserfordernissen des § 24 Abs 4 WEG getroffen. Eine allenfalls bestellte Verwalter:in hat vor Durchführung von Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung gemäß § 29 Abs 6 WEG einen Beschluss der Eigentümergemeinschaft einzuholen. Im Gegensatz zur ordentlichen Verwaltung kann ein diesbezüglicher Beschluss auch aus bestimmten inhaltlichen Gründen (wie etwa einer übermäßigen Beeinträchtigung oder Kostenbelastung) von jeder überstimmten Baurechtswohnungseigentümer:in bekämpft werden. Die Frist hierfür beträgt grundsätzlich drei Monate und beginnt in der Regel mit Anschlag des Beschlusses.¹⁹⁵ Aus praktischen Gründen empfiehlt sich bei einer im Raum stehenden Bekämpfung als erster Schritt immer und unbedingt eine konkrete und zeitnahe Einzelfallprüfung der anzuwendenden Frist.

3.7.2.2 Sonstige Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung

Gemäß § 29 Abs 5 WEG gelten für alle – im Verhältnis zu § 29 Abs 1 WEG – übrigen Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung die Bestimmungen der §§ 834, 835 ABGB. Gemäß dem Wortlaut des § 834 ABGB handelt es sich dabei um die sogenannten „wichtigen Veränderungen“¹⁹⁶, welche in außerordentliche

¹⁹⁰ RIS-Justiz RS0118794.

¹⁹¹ OGH 11.11.1997, 5 Ob 159/97m.

¹⁹² OGH 29.08.1995, 5 Ob 93/95.

¹⁹³ OGH 14.07.2015, 5 Ob 23/15s.

¹⁹⁴ *Terlitz* in GeKo Wohnrecht § 29 WEG 2002 Rz 40 f.

¹⁹⁵ Richter, Außerordentliche Verwaltung (Stand 21.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁹⁶ § 834 ABGB.

Geschäfte, schwerwiegende faktische Eingriffe und gravierende Änderungen der wirtschaftlichen Zweckbestimmung unterteilt werden können.¹⁹⁷ Beispielhaft lassen sich dazu etwa Abschluss und Aufkündigung von Bestandverträgen mit Mitbauberechtigten, substanzverändernde Baumaßnahmen oder Änderungen in der Bewirtschaftungsart anführen.¹⁹⁸

Immer zu beachten sind dabei die Abgrenzungen zur ordentlichen Verwaltung iSd §§ 28 WEG und 833 ABGB zur außerordentlichen Verwaltung nach § 29 Abs 1 WEG und letztendlich auch zu den Verfügungen iSd § 828 ABGB. Zusammengefasst unterliegen daher alle Verwaltungsmaßnahmen, welche über die ordentliche Verwaltung hinausgehen und nicht als bauliche Maßnahmen unter die Bestimmung des § 29 Abs 1 WEG fallen, dieser dritten Kategorie.

Bedeutung hat dies für die Willensbildung, weil die Rechtsprechung bei wichtigen Veränderungen Einstimmigkeit vorsieht. Ein bloßer Mehrheitsbeschluss ist schwebend unwirksam, weil der Widerspruch auch nur einer einzigen Baurechtswohnungseigentümer:in zum Sistieren der Beschlusswirkung führt. Die Wirksamkeit des Beschlusses tritt in diesem Fall erst mit einer positiven Entscheidung des Außerstreitgerichts ein.¹⁹⁹

Gegenstand des Außerstreitverfahrens zur Beschlussgenehmigung ist die Frage, ob die beabsichtigte Maßnahme eindeutig vorteilhaft (dann Genehmigung ohne Einschränkung), bedenklich (dann Genehmigung unter Bedingungen wie einer Sicherstellung) oder nachteilig (dann keine Genehmigung) ist. Die Richter:in hat dies anhand der Umstände des Einzelfalls und vom Standpunkt aller Baurechtswohnungseigentümer, und nicht bloß aus Sicht der Mehrheit, zu beurteilen.²⁰⁰ In Ergänzung der Abwägung der Gesamtinteressen hat das Gericht zudem auch die subjektive Lage der einzelnen Baurechtswohnungseigentümer:in angemessen zu berücksichtigen, wobei dabei auch die persönlichen und familiären Verhältnisse und Bedürfnisse des Einzelnen einfließen sollen. Begründet wird dies mit der innerhalb der Gemeinschaft bestehenden Treuepflicht.²⁰¹ Es handelt sich immer

¹⁹⁷ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 29 WEG Rz 7.

¹⁹⁸ Richter, Außerordentliche Verwaltung.

¹⁹⁹ Löcker in Hausmann/Vonkilch § 29 WEG Rz 51; vgl auch OGH 23.05.1989, 2 Ob 523/89.

²⁰⁰ OGH 03.09.2009 5 Ob 8/09a; vgl auch RIS-Justiz RS0013703.

²⁰¹ OGH 03.09.2009 5 Ob 8/09a; vgl auch RIS-Justiz RS0013701.

um eine von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung. Die Judikatur lässt in diesem Sinn auch einen Wertungsspielraum offen und stellt immer auf die Umstände des Einzelfalls ab.²⁰²

Für die Praktiker:in ist dies natürlich unerfreulich, weil die starke Einzelfallbezogenheit naturgemäß zu einer geringen Aussagekraft führt und damit die Einschätzung der Berechtigung des eigenen Rechtsstandpunktes erschwert.²⁰³

3.7.3 Minderheitsrechte und Anzeigepflicht bei Schäden

In § 30 Abs 1 und 2 WEG normiert der Gesetzgeber Minderheitsrechte sowie in § 30 Abs 3 WEG eine Anzeigepflicht bei Schäden, welche gemäß § 6a BauRG auch im Baurechtswohnungseigentum anzuwenden sind. Besonderheiten für den Fall eines zugrunde liegenden Baurechts sind nicht erkennbar, weshalb auf die Rechtsprechung zum Wohnungseigentum zurückgegriffen werden kann. Im Folgenden werden die Grundzüge der zitierten Bestimmung für das Baurechtswohnungseigentum dargestellt:

Mit § 30 Abs 1 WEG wurde ein Katalog von Minderheitsrechten sowie in § 30 Abs 2 WEG die sogenannte „Dominatorreglung“²⁰⁴ geschaffen, welche Ergänzungen zu den bereits erwähnten Beschlussanfechtungsmöglichkeiten darstellen. Sinn des § 30 Abs 1 WEG ist es, dem Einzelnen die Möglichkeit einzuräumen bei ganz bestimmten, taxativ aufgezählten Fällen die Verwaltung zu den Gerichten verlagern zu können.²⁰⁵

Ähnlich hierzu räumt § 30 Abs 2 WEG dem Einzelnen zum Schutze vor der Dominanz einer Mehrheitseigentümer:in ein Recht auf gerichtliche Kontrolle ein. Dieses Kontrollrecht besteht jedoch nicht generell, sondern nur im Falle von Maßnahmen, welche zum unverhältnismäßigen Nachteil einer Baurechtswohnungseigentümer:in getroffen oder unterlassen werden.²⁰⁶

Mit der Bestimmung des § 30 Abs 3 WEG hat der Gesetzgeber in Anlehnung an § 1097 ABGB noch Rechte und Pflichten im Falle von eingetretenen oder auch bloß

²⁰² OGH 03.09.2009 5 Ob 8/09a; vgl auch RIS-Justiz RS0013650.

²⁰³ H. Böhm/Palma in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 835 Rz 27 (Stand 15.10.2024, rdb.at)

²⁰⁴ Vgl etwa *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum⁷ (2022) Kapitel 7 Die Beteiligung an der Verwaltung der Liegenschaft Rz 1680.

²⁰⁵ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch § 30 WEG Rz 9.

²⁰⁶ Richter, Minderheitsrechte (Stand 11.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at); vgl auch Vonkilch in Hausmann/Vonkilch § 30 WEG Rz 47f.

drohenden Schäden, sofern die Erhaltung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 WEG der Gemeinschaft zufällt, normiert. Auf der einen Seite hat jede Baurechtswohnungseigentümer:in die Pflicht den Schaden ohne Verzug anzuzeigen, andererseits erhält sie aber auch das Recht bei Gefahr im Verzug die zur Abwehr des Schadens notwendigen Maßnahmen autonom und auf Kosten der Gemeinschaft zu setzen.²⁰⁷

3.7.4 Rücklage, Aufwendungen und Erträge im Baurechtswohnungseigentum

Die verbleibenden Bestimmungen des 7. Abschnitts des Wohnungseigentumsgesetzes, konkret die §§ 31 bis 34 WEG, behandeln die finanziellen Aspekte der Liegenschaftsverwaltung. Für das Baurechtswohnungseigentum kann auch hier wiederum die Rechtsprechung zum Wohnungseigentum übernommen werden. Bislang noch ungeklärt ist die Frage, ob es sich beim Bauzins um eine Liegenschaftsaufwendung iSd § 32 WEG handelt. Diese Frage ist auch für die Verwendbarkeit der Rücklage nach § 31 WEG relevant, weshalb dies vorweg einer genaueren Untersuchung unterzogen wird.

3.7.4.1 Zur generellen Einordnung des Bauzinses als Liegenschaftsaufwendung

Zur Beantwortung bedarf es einleitend einer kurzen Erörterung des Begriffs des Bauzinses sowie auch des Begriffs der Aufwendungen nach § 32 WEG:

Aus § 3 Abs 2 BauRG ergibt sich, dass dann vom Bauzins zu sprechen ist, wenn das Entgelt für die Bestellung des Baurechts in wiederkehrenden Leistungen besteht. Bei einer grundsätzlich auch zulässig Zahlung in einem Einmalbetrag oder mehreren Tranchen liegt daher begrifflich kein Bauzins vor.²⁰⁸ Bei der Abgrenzung zwischen der Zahlung in Tranchen und wiederkehrenden Leistungen wird auf die Unregelmäßigkeit und Seltenheit der Zahlungen abzustellen sein.²⁰⁹

Beim Bauzins handelt es sich nach hM um das Entgelt für die Bereitstellung des Baurechts, weshalb die – periodisch fällig werdenden – Bauzinsforderungen bereits

²⁰⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch § 30 WEG Rz 53f.

²⁰⁸ Spruzina in GeKo Wohnrecht § 3 BauRG Rz 15.

²⁰⁹ Sporer in Prader/Sporer/Dobler § 3 BauRG Rz 75.

mit Abschluss des Baurechtsvertrags dem Grunde nach entstehen.²¹⁰ Nach anderer Ansicht entstehen die Bauzinsforderungen sukzessive mit Verlauf der Zeit und nicht bereits bei Vertragsabschluss.²¹¹

Unter den Aufwendungen nach § 32 WEG werden grundsätzlich alle liegenschafts- und verwaltungsbezogenen Ausgaben, die der Eigentümergemeinschaft erwachsen, verstanden.²¹² Dies beinhaltet idR jene Kosten, welche mit der Bewirtschaftung, Erhaltung und Verbesserung der Liegenschaft im Zusammenhang stehen.²¹³ Unter Verweis auf *Kothbauer*²¹⁴ hat der OGH zuletzt auch festgehalten, dass Kosten von Verfügungsmaßnahmen mangels Berührung mit der Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft nicht in den Regelungsbereich des § 32 WEG fallen.²¹⁵ Grundsätzlich sind nur jene Aufwendungen unter § 32 WEG zu subsumieren sind, welche nach der Begründung von Wohnungseigentum entstanden sind.²¹⁶

Ursprünglich wurde der Bauzins seitens der Lehre als Liegenschaftsaufwendung im Sinne des § 32 WEG (bzw. ehemals § 19 WEG 1975) betrachtet.²¹⁷ Soweit überblickbar, zweifelt der überwiegende Anteil der neueren Lehre aber an dieser Einordnung.²¹⁸

Für die Einordnung spricht grundsätzlich, dass der Begriff der Aufwendungen nach § 32 WEG durchaus weit gefasst ist und die gesamte Verwaltung der Liegenschaft umfasst. Nach der Rsp zielen Verwaltungsmaßnahmen u.a. darauf ab, gemeinschaftliche Pflichten zu erfüllen oder gemeinschaftliche Interessen bei der Nutzung und Erhaltung des Gemeinschaftsgutes wahrzunehmen.²¹⁹ Die Erfüllung der (gemeinsamen) Pflicht zur Bezahlung der jeweiligen Bauzinsforderungen bzw.

²¹⁰ *Urbanek/Rudolph*, Der Bauzins im Konkurs des Bauberechtigten, ZIK 2002/209; vgl auch *Urbanek in Rudolph/Urbanek* § 3 BauRG Rz 5.

²¹¹ Vgl dazu ausführlich *Mandl/Pölsterl*, Der Bauzins in der Insolvenz des Baurechtsnehmers, ZIK 2021/239; vgl auch *Rechberger/Frauenberger in Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 48; *Spruzina in GeKo Wohnrecht* § 3 BauRG Rz 15.

²¹² OGH 14.02.2013, 5 Ob 10/13a.

²¹³ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer* § 32 WEG Rz 2.

²¹⁴ *Kothbauer in GeKo Wohnrecht* § 32 WEG Rz 6.

²¹⁵ OGH 31.01.2023, 5 Ob 32/22z; vgl auch *Punt*, Verfügungen als Liegenschaftsaufwendungen? ImmoZak 2023/17.

²¹⁶ OGH 31.03.2003, 5 Ob 248/02k.

²¹⁷ *Palten, Wohnungseigentumsrecht*³ Rz 112; *Call in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Rz 44.

²¹⁸ *Kletečka in GeKo Wohnrecht* § 6a BauRG Rz 14f; *Urbanek in Rudolph/Urbanek* § 6a BauRG Rz 7; *Prader in Prader/Sporer/Dobler* § 6a BauRG Rz 17f; aA *Illedits*, Baurechtswohnungseigentum (Stand 04.12.2024, Lexis Briefings in lexis360.at)

²¹⁹ RIS-Justiz RS0109188, Beisatz T18.

allenfalls alle treffende Sanktionen bei Säumnis (siehe etwa § 4 Abs 2 BauRG) sprechen auf den ersten Blick für eine Einordnung als Aufwendung.

Gegen diese Einordnung werden jedoch zusammenfassend die folgenden Argumente genannt:

Der Bauzins würde für die Bereitstellung des Baurechts bezahlt werden, wodurch der Bauzins im Vergleich mit dem „gewöhnlichen“ Wohnungseigentum dem Kaufpreis der Liegenschaft entspreche. Die Kaufpreistraten seien aber wiederum keine Aufwendungen iSd § 32 WEG, sondern auch dort von den Miteigentümer:innen selbst zu tragen. Es handelt sich zudem auch um einen Anspruch aus der Erwerbsphase, sodass auch keine Schuld der Eigentümergemeinschaft vorliege. Der Liegenschaftserwerb sei zudem eine Verfügungshandlung, weswegen die Bauzinsforderungen – ebenso wenig wie Grundkosten – unter § 32 Abs 1 WEG fallen würden.²²⁰

Vordergründig wird der Vergleich zum Kaufpreis gezogen. Das anschließende Argument zielt im Wesentlichen auf das Entstehen der Bauzinsforderungen ab. Relevant ist dies vor allem auch für die Einordnung der Bauzinsforderung als Insolvenz- oder Masseforderung im Insolvenzverfahren, weshalb zur Untersuchung dieses Arguments auf die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Das letzte Argument baut im Wesentlichen auf dem Verwaltungsbegriff des WEG auf.

Soweit überblickbar gibt es zu diesen Argumenten keine Gegenausführungen. Es mehrten sich jedoch die Stimmen, welche sich diesen Argumenten anschließen.²²¹ Aus systematischen Gründen wird zunächst auf das Entstehen der Bauzinsforderungen eingegangen:

Die überwiegende Lehre (zu nennen sind hier insbesondere *Urbanek/Rudolf*²²², welche diese Frage aufbauend auf *Fenyves*²²³ im Zusammenhang mit einer insolvenzrechtlichen Fragestellung behandelt haben) sowie zwischenzeitig auch

²²⁰ Prader in *Prader/Sporer/Dobler* § 6a BauRG Rz 17f.

²²¹ vgl zuletzt etwa *Prader* § 6a BauRG Rz 17f mwN.

²²² *Urbanek/Rudolph*, ZIK 2002/209; vgl auch *Urbanek* in *Rudolph/Urbanek* § 3 BauRG Rz 5.

²²³ *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis: zur Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anlässlich des Todes einer Vertragspartei (1982) 129ff.

vereinzelt die Rsp²²⁴ betrachten den Bauzins als Entgelt für die Bereitstellung des Baurechts und lassen aus diesem Grund die – periodisch fällig werdenden – Bauzinsforderungen bereits mit Abschluss des Baurechtsvertrags dem Grunde nach entstehen.

Meines Erachtens zeigen *Mandl/Pölsterl*²²⁵ jedoch zutreffend auf, dass es sich beim Baurechtsvertrag um ein Daueraustauschverhältnis, und nicht um einen Rentenvertrag, bei welchem der monatliche Bauzins bereits mit Vertragsabschluss entsteht, handelt. Überzeugend sind dabei die Argumente, wonach die Baurechtsgeber:in ein Dauerverhalten schulde, der Baurechtsvertrag – wenn auch nur aus besonders wichtigem Grunde²²⁶ – vorzeitig auflösbar sei und die Baurechtsnehmer:in bei vorzeitiger Auflösung nicht dazu angehalten wäre, den noch offenen Bauzins zu leisten bzw. im Fall der Weiterveräußerung für den noch offenen Bauzins haften würde.²²⁷

Zur (strittigen) Frage der Haftung bei Weiterveräußerung des Baurechts hat der OGH bereits ausgesprochen, dass im Falle der Vereinbarung einer Reallast keine Weiterhaftung besteht. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass auch die Baurechtsnehmer:in im Falle einer wiederholten Weiterveräußerung des Baurechts keinen Einfluss mehr auf die Bonität späterer Baurechtserwerber:innen hat und es der Baurechtsgeber:in freisteht, die gesetzlich vorgegebenen Veräußerlichkeit des Baurechts vertraglich einzuschränken.²²⁸ Bedeutsam ist diese Entscheidung deshalb, weil die erstrangige Sicherstellung der Bauzinsforderung als Reallast der Regelfall ist.²²⁹ Aus praktischer Sicht bedarf es daher keiner näheren Untersuchung der in der Lehre strittigen Frage der Haftung bei Weiterveräußerung; zumal dies auch nur eines von vielen Argumenten für das sukzessive Entstehen der Bauzinsforderungen ist.

Aus wohnungseigentumsrechtlicher Perspektive ist der Ansicht, wonach der Bauzins dem Grunde nach bereits mit Vertragsabschluss besteht, folgend hinzufügen, dass mit jeder Verlängerung des Baurechts konsequenterweise (infolge der Veränderung des zu leistenden Zeitraumes) auch von einer neuen Bauzinsvereinbarung auszugehen ist,

²²⁴ LG St. Pölten 04.05.2007, 21 R 113/07m; OGH 28.08.2019, 13 Os 8/19d.

²²⁵ *Mandl/Pölsterl*, Der Bauzins in der Insolvenz des Baurechtsnehmers, ZIK 2021/239.

²²⁶ OGH 23.09.2019, 9 Ob 32/19z

²²⁷ *Mandl/Pölsterl*, ZIK 2021/239.

²²⁸ OGH 18.12.2008, 1 Ob 79/08m.

²²⁹ *Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz*, BauRG, § 3 Rz 22.

sodass dem Grunde nach auch ein neuer Bauzins entsteht. In diesem Sinne wäre ab dem Zeitpunkt der Verlängerung auch nicht mehr von einem Anspruch aus der Erwerbsphase auszugehen. Um hier eine Zweiteilung zu vermeiden, müsste auf das – oben angeführte – weitere Argument der Kosten aus einer Verfügung zurückgegriffen werden, da die Verlängerung des Baurechts selbst nur einheitlich erfolgen kann und daher jedenfalls als Verfügung zu werten wäre.

In diesem Sinne spannt sich der Bogen zum zweiten Argument: Der Abgrenzung zwischen Verwaltung und Verfügung. Argumentiert wird, dass der Bauzins ein Äquivalent zu Kaufpreis bzw. Grundkosten und damit unter anderem den Verfügungen zuzurechnen sei, sodass bereits a priori keine Aufwendung iSd § 32 WEG vorliege.

In einem ersten Schritt wird daher zu untersuchen sein, ob es sich beim von der Käufer:in zu leistenden Kaufpreis (das Thema Grundkosten wird anschließend behandelt) überhaupt um Kosten aus einer Verfügung handelt. Dazu bedarf es eingangs wiederum einer kurzen Erörterung der zugrundeliegenden Begriffe:

Gemeinhin wird unter einer Verfügung ein Eingriff in die Substanz der Gemeinschafts- oder Anteilsrechte verstanden. Unterschieden wird dabei zwischen Sachverfügungen iSd § 828 ABGB und Anteilsverfügungen iSd § 829 ABGB.

Sachverfügungen sind Maßnahmen, deren Auswirkungen sich auf das gemeinsame Recht bzw. auf die jeweiligen Anteilsrechte der Teilhaber:innen niederschlagen. Es wird dabei zwischen Maßnahmen rechtlicher Natur (wie etwa die Veräußerung oder Belastung der gemeinsamen Sache) und Maßnahmen tatsächlicher Natur (wie etwa der gänzliche Abriss des Gebäudes auf der im Miteigentum befindlichen Liegenschaft) unterschieden.

Anteilsverfügungen unterscheiden sich von Sachverfügungen dadurch, dass sie sich (nur) auf den jeweiligen Anteil der Teilhaber:in beziehen. Diese Kategorie entspringt dem Umstand, dass jede Teilhaber:in vollständige Eigentümer:in ihres Anteils ist und

daher über diesen grundsätzlich auch frei verfügen kann. Anteilsverfügungen sind daher etwa die Veräußerung oder Belastung des Miteigentumsanteils.²³⁰

Beim Kaufvertrag hingegen handelt es sich um einen synallagmatischen Konsensualvertrag.²³¹ Er ist Titel für die Eigentumsübertragung, wobei es zur tatsächlichen Übertragung zusätzlich noch der Setzung eines Verfügungsaktes (Modus) bedarf. Bei Liegenschaftsanteilen ist gemäß § 431 ABGB als Modus die Einverleibung im Grundbuch erforderlich.²³²

Zum Kauf von Wohnungseigentum bedarf es daher einer Übereinkunft der Parteien dahingehend, dass ein Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft – verbunden mit dem Recht ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen – gegen eine bestimmbare Summe Geld in das Eigentum des Anderen übertragen wird.

Eine Auswirkung auf das gemeinsame Recht iSd § 828 ABGB entsteht infolge des Ankaufs eines Miteigentumsanteils nicht, weshalb eine Sachverfügung mE begrifflich ausscheidet. Wir befinden uns mit der Fragestellung daher im Bereich der Anteilsverfügungen. Anteilsverfügungen definieren sich aus dem vollständigen Eigentumsrecht am Anteil, welches die Eigentümer:in zu einer grundsätzlich freien Verfügung über ihren Anteil berechtigt. Unstrittig liegt daher auch bei der Verkäufer:in eine Anteilsverfügung vor.

Aus dem Wesen des Liegenschafts Kaufvertrages ergibt sich allerdings, dass sämtliche Erfordernisse zur Wirksamkeit des Vertrages bereits zu einem Zeitpunkt gesetzt werden, als die Käufer:in noch nicht Miteigentümer:in des Anteils sein kann. Es kann daher (anders als bei der Verkäufer:in) auch keine Verfügung der Käufer:in vorliegen. Dies auch mit der Begründung, dass § 828 ABGB (Arg.: „seines Antheiles“) schon begrifflich das Eigentumsrecht voraussetzt.

Selbstverständlich handelt es sich beim Kaufpreis aber dennoch um keine Aufwendung im Sinne des § 32 WEG. Auch hier scheitert eine Zurechnung zu den

²³⁰ Illedits, Verfügung (Stand 07.12.2024, Lexis Briefings in lexis360.at); vgl auch *Terlitz*, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung - eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185.

²³¹ *Jeremias*, Kaufvertrag (Stand 11.9.2024, Lexis Briefings in lexis360.at).

²³² *Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 6⁵ (2021) § 1053 ABGB Rz 1.

Aufwendungen schon am Zeitpunkt des Entstehens der Forderung. Gleichmaßen wie Aufwendungen nur dann unter § 32 WEG subsumiert werden können, wenn sie nach Begründung von Wohnungseigentum entstanden sind, muss dies auch für Aufwendungen gelten, welche der Einzelnen vor dem und für den Eintritt in die Gemeinschaft entstanden sind.²³³

Die Tatsache, dass

- 1) beim Ankauf eines Anteils weder die Erfüllung gemeinschaftlicher Pflichten noch die Wahrnehmung gemeinschaftlicher Interessen denkbar sind, und
- 2) auch das Baurecht mit einem Kaufvertrag erworben wird²³⁴, sodass sich die generelle Frage der Vergleichbarkeit stellt,

wird jedoch abschließend noch der Ordnung halber erwähnt.

Interessanter ist in diesem Zusammenhang der Vergleich zu den Grund- und Baukosten, auf welchen sich etwa *Prader*²³⁵ mit weiteren Argumenten stützt. Begründet wird dies damit, dass es sich bei Grund- und Baukosten auch nicht um Liegenschaftsaufwendungen handle. Es erfolgt daher in einem ersten Schritt wiederum eine Untersuchung zu den Grund- und Baukosten:

Eingangs ist festzuhalten, dass die ältere Rechtsprechung und Lehre die Grund- und Baukosten zu den Liegenschaftsaufwendungen gezählt haben. Die spätere Judikatur hat dies insofern eingeschränkt, als die Grund- und Baukosten zu einer Zeit entstanden sein müssen, in welcher bereits Wohnungseigentum begründet war. Zwischenzeitig

²³³ OGH 31.03.2003, 5 Ob 248/02k; Anm.: Auch im Falle des Vorbereitungsstadiums nach § 37 Abs 5 WEG ist die Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch erforderlich.

²³⁴ Anm.: In der Praxis handelt es sich im Falle von Baurechtswohnungseigentum bei der ersten Baurechtsnehmer:in idR um einen Bauträger. Baurechtsgeber:in sind meist Eigentümer:innen gut gelegener Liegenschaften ohne Verkaufsinteresse (z.B. ein Stift). Ziel des Bauträgers als Wohnungseigentumsorganisator:in ist natürlich der gänzliche Verkauf, sodass in der Eigentümergemeinschaft letztlich nur die Endkund:innen verbleiben. Aus Sicht der Endkund:innen wird dem Bauträger – ähnlich wie beim Wohnungseigentum – ein Kaufpreis für die Übertragung des Mitbaurechts samt dem damit verbunden Baurechtswohnungseigentumsobjekt bezahlt. Die idR als Reallast verbücherte Bauzinsforderung ist dabei lediglich eine nach § 443 ABGB zu übernehmende Last. Dem grundsätzlich nachvollziehbaren Gegenargument, wonach der Bauzins lediglich den Kaufpreis für den Grundkostenanteil substituiert, ist entgegenzuhalten, dass aufgrund unterschiedlicher Risiken unterschiedliche Margen bestehen und auch divergierende Marktvorstellungen zu Wohnungseigentum und Baurechtswohnungseigentum bestehen, sodass diese Rechnung nicht aufgeht.

²³⁵ *Prader* in *Prader/Sporer/Dobler* § 6a BauRG Rz 17f.

gibt es Stimmen, welche wiederum die Einbeziehung von Grund- und Baukosten zu den Liegenschaftsaufwendungen verneinen.²³⁶

Interessant ist dabei vor allem die Entscheidung 5 Ob 497/97t²³⁷. Auf diese Entscheidung stützend postuliert *Kothbauer*²³⁸ – mE in diesem Umfang unzutreffend – die These, dass Grund- und Baukosten bzw. hierfür aufgenommene Darlehen nicht zu den Aufwendungen iSd § 32 WEG gehören würden, weil es sich um die Errichtung eines Gebäudes auf der WE-Liegenschaft – und damit eine Verfügung – handle, weshalb die Rsp diesbezüglich konsequenterweise auch von einer „Miterrichtergemeinschaft“ spreche.²³⁹

Es lohnt sich daher eine genauere Betrachtung dieser Entscheidung, der die Bemängelung von Beschlüssen einer "Miterrichtergemeinschaft", wobei es sich dabei – wie aus der Entscheidung ersichtlich – um eine Wortfindung der Parteien und nicht des OGH handelte, zugrunde liegt.

Zusammenfassend trifft der OGH deswegen eine abweisende Entscheidung, weil er von keinem Beschluss einer Wohnungseigentümergeinschaft ausgeht. Er begründet dies damit, dass es um die Willensbildung einer Personenmehrheit gehe, welche zu einem Zeitpunkt, als die Wohnungseigentümergeinschaft wohl noch nicht existierte, ein Wohnhaus gemeinsam errichten ließ. Auch wenn ihr ganz oder teilweise dieselben Personen angehören mögen, handle es sich um unterschiedliche Gemeinschaften, weshalb der OGH dem Revisionsrekurs den Erfolg versagte.²⁴⁰

Eine Aussage des OGH zur Einbeziehung von Grund- und Baukosten lässt sich der Entscheidung damit aber nicht entnehmen. Allfällige Ausführungen hierzu werden lediglich im Konjunktiv getroffen, wobei der OGH hier auf Basis der – nicht vorliegenden – Entscheidungen der Vorinstanzen Schlussfolgerungen trifft.

Aus Sicht des Autors wird daher richtigerweise – nach wie vor im Sinne der vorangegangenen Entscheidungen – in einem ersten Schritt zu prüfen sein, ob die

²³⁶ *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* § 32 WEG Rz 21f.

²³⁷ OGH 24.02.1998, 5 Ob 497/97t.

²³⁸ *Kothbauer* in *GeKo Wohnrecht* § 32 WEG Rz 6; vgl aber auch *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* zu § 32 WEG Rz 23, welcher kurz erwähnt, dass die neue Rechtsprechung Baukosten nicht als Liegenschaftsaufwendungen ansehe.

²³⁹ OGH 24.02.1998, 5 Ob 497/97t.

²⁴⁰ OGH 24.02.1998, 5 Ob 497/97t.

Grund- bzw. Baukosten zu einem Zeitpunkt entstanden sind, in welcher (Baurechts-)Wohnungseigentum bereits begründet war oder zumindest bereits iSd § 37 Abs 5 WEG Miteigentum bzw. ein Mitbaurecht erworben wurde.

Als Zwischenergebnis lässt sich zu den Grund- und Baukosten das Folgende festhalten:

Grundkosten, sofern man dadurch den Ankauf der Liegenschaft durch die Gemeinschaft und nicht den im Kaufpreis eines Anteils enthaltenen Grundkostenanteil versteht, werden im Regelfall keine Aufwendungen nach § 32 WEG darstellen, weil der Anspruch auf Zahlung des hierfür zu leistenden Entgelts mit Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrages und daher vor der – erst mit Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch möglichen – Wohnungseigentumsbegründung entstehen wird. Die Frage der Verfügungshandlung stellt sich daher von vornherein nicht.²⁴¹

Bei Baukosten (für eine Neuerrichtung) wird in casu entweder eine Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung oder eine (Sach-)Verfügung vorliegen, wobei wohl zu Zweitem zu tendieren ist. Zu beachten wird dabei auch sein, ob nicht einzelne Baumaßnahmen nur von einzelnen Baurechtswohnungseigentümer:innen zu deren alleinigen Nutzen gesetzt werden (etwa die Errichtung einer separaten Garage).²⁴²

Der Einbeziehung von Grund- und Baukosten zu den Aufwendungen nach § 32 WEG werden im Ergebnis die bereits bekannten Argumente des Zeitpunkts des Entstehens der Forderung sowie der Verfügungshandlung entgegengehalten. Nur der Ordnung halber bleibt aber noch festzuhalten, dass wohl allenfalls die Grundkosten vergleichbar sind. Die Baukosten fallen bei Baurecht und Eigentum gleichermaßen an und stellen mE kein Äquivalent zum Bauzins dar.

In diesem Zusammenhang schließt sich damit auch wieder der Kreis zum Bauzins. Relevant für die Einbeziehung desselben in die Liegenschaftsaufwendungen dürften der Zeitpunkt des Entstehens der Bauzinsforderung sowie letztendlich die Zuordnung zum Bereich der Verfügung oder Verwaltung sein.

²⁴¹ Anm.: In dieser Arbeit wurde bereits eingehend begründet, dass Verfügungen das Eigentum am Anteil voraussetzen. Diese Ansicht wird auch weiterhin geteilt.

²⁴² Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 32 WEG Rz 25.

Als Zwischenergebnis für den Bauzins bedeutet dies:

Folgt man der Ansicht, wonach es sich beim Bauzins um das Entgelt für die Bereitstellung des Baurechts handelt und lässt damit bereits mit Abschluss des Baurechtsvertrags die – periodisch fällig werdenden – Bauzinsforderungen dem Grunde nach entstehen, handelt es sich beim Bauzins mehr oder weniger um jenen Preis, den die Einzelne zum Beitritt in die Gemeinschaft zu leisten hat. Es erweist sich diesbezüglich auch der Vergleich zum Kaufpreis passend. Im Hinblick darauf, dass Baurechtswohnungseigentum eine Bauberechtigte voraussetzt, wird die Baurechtsbestellung vor der Wohnungseigentumsbegründung erfolgen, sodass jedenfalls auch der Bauzins vor der Begründung bzw. dem Erwerb entsteht.

Zusammenfassend ist eine Einbeziehung des Bauzinses zu den Aufwendungen daher zu verneinen, wenn man (alleine) die Bestellung des Baurechts in einem Austauschverhältnis zum Entgelt, mag es auch als Bauzins in Form wiederkehrender Leistungen erfolgen, sieht.

Sieht man die Bauzinsforderungen sukzessive mit Verlauf der Zeit und nicht bereits bei Vertragsabschluss entstehen, stellt sich abschließend noch die Frage der Zuordnung zur Verwaltung.²⁴³

Die Zuordnung zur Verwaltung erfolgt zusammengefasst auf Grund eines objektivierten, von den Teilhaberinteressen losgelösten Gemeinschaftsinteresses, welches sich an den Zielen der Bewahrung der Sache und des Aufrechterhaltens der Gemeinschaft zu orientieren hat, welche unter Verweis auf die mögliche Solidarhaftung und § 4 Abs 2 BauRG, mE im Einzelfall gegeben sein kann.²⁴⁴

Eine Verfügung iSd §§ 825 ABGB bzw. des WEG liegt beim Erwerb eines Miteigentumsanteils nicht vor. Dasselbe gilt auch für den Kauf eines Mitbaurechtsanteils, da die Käufer:in im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung nicht Bauberechtigte ist (und damit auch nicht über einen nicht in ihrem Eigentum stehenden Anteil verfügen kann).

²⁴³ Vgl dazu ausführlich *Mandl/Pölsterl*, ZIK 2021/239; vgl auch *Rechberger/Frauenberger in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Rz 48; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht* § 3 BauRG Rz 15.

²⁴⁴ *Terlitza*, Miteigentum und Wohnungseigentum S 219f.

Im Hinblick auf die Argumentation, welche den Vergleich zu Kosten anstellt, die keine Aufwendungen sind, soll abschließend untersucht werden, ob es auch vergleichbare Kosten gibt, die als Aufwendungen gelten:

Unter den unstrittigen Liegenschaftsaufwendungen sind mE am ehesten Abgaben, wie die Grundsteuer, mit dem Bauzins zu vergleichen, weil auch eine Solidarhaftung der Liegenschaftseigentümer einerseits und keine Schuld der Eigentümergemeinschaft andererseits vorliegt. Im Rahmen des Ankaufs eines Wohnungseigentumsobjektes geht zudem – ähnlich wie beim Baurecht die Haftung für den Bauzins – die Haftung für in der Zukunft liegende Forderungen auf den Erwerber über. Letztlich verweist auch der Gesetzgeber in § 27 Abs 1 Z 2 lit c WEG ausdrücklich auf die Begleichung von Forderungen, die mit der Verwaltung der Liegenschaft zusammenhängen und denen eine Solidarhaftung zugrunde liegt, wobei den Materialien nach eine Solidarhaftung auf Basis öffentlich-rechtlicher Vorschriften nur als Beispiel genannt wurde.²⁴⁵ Aus dieser Systematik dieser Bestimmung ergibt sich mE, dass die Eigentümergemeinschaft nicht Schuldnerin sämtlicher Forderungen im Zusammenhang mit der Verwaltung sein muss, sondern auch Forderungen unter § 32 WEG fallen können, für welche bloß eine Solidarhaftung unter den Eigentümer:innen gegenüber Dritten besteht. Ein Zusammenhang zur Verwaltung muss jedenfalls in beiden Fällen bestehen.

Letzten Endes bleibt aber auch fraglich, inwiefern die Bezahlung von Gebühren der Wohnungseigentümer:innen, ohne, dass eine Haftung der Eigentümergemeinschaft besteht, dogmatisch korrekt ist. Es würde nicht verwundern, wenn hier die Praxis unter Nutzung des bereits aus dem MRG bekannten Betriebskostenbegriff vollendete Tatsachen geschaffen hat.

Abschließend ist auch noch auf die mE zutreffende Einschätzung von *Oberhammer*, dass der Mietvertrag, und nicht der Kaufvertrag, dem dinglichen Baurechtsverhältnis in Bezug auf Leistungsinhalt und Interessenslage am „Ähnlichsten“ (§ 7 ABGB) ist, hinzuweisen.²⁴⁶ Es empfiehlt sich daher auch ein Blick auf die Gegebenheiten bei einer Gemeinschaft von Mieter:innen.

²⁴⁵ Mat zur WRN 1999 AB 2056 BlgNR 20. GP 9 f; vgl auch *Löcker* in *Hausmann/Vonkilch* § 27 WEG Rz 10.

²⁴⁶ *Oberhammer* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 56.

Nach der Rechtsprechung bilden auch mehrere Mitmieter:innen eine Gemeinschaft nach den §§ 825 ff ABGB.²⁴⁷ Die zu § 32 WEG korrespondierende Bestimmungen zur Verteilung der Aufwendungen befindet sich in § 839 ABGB und regelt, dass die gemeinschaftlichen Lasten im Verhältnis der Anteile zu tragen sind, wobei die Anteile im Zweifel gleich groß sind.²⁴⁸ Unzweifelhaft ist jedoch, dass der Mietzins eine Last im Sinne des § 839 ABGB ist.²⁴⁹

Unter Bezug auf die Rechtsprechung zur Zuständigkeit des Außerstreitverfahren erscheint es zumindest diskutabel, ob es sich – sowohl aus systematischen wie auch teleologischen Gründen – bei den gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten der Miteigentümer:innen (§§ 833 bis 840 ABGB), und daher auch § 839 ABGB, nicht um Verfügungen handeln kann, weil alle im Anteilsrecht wurzelnden Ansprüche, also „Verfügungen“ jeder Einzelnen, mehrerer oder aller Teilhaber:innen weiterhin auf dem streitigen Rechtsweg zu entscheiden sind.²⁵⁰ Nicht unerwähnt darf dabei aber bleiben, dass der Verwaltungsbegriff im ABGB weiter und nicht mit jenem des WEG ident ist.²⁵¹ Zuletzt stellt sich natürlich auch die Frage, ob § 839 ABGB nicht auch bei Kosten von Verfügungshandlungen (allenfalls analog, sofern man eine Lücke annehmen mag) anzuwenden wäre. Hilfsweise könnte man – anstatt einer unmittelbaren Anwendung – eine Verteilung nach dieser Regel auch als dem Willen der Teilhaber:innen entsprechend ansehen.²⁵²

Im Ergebnis wird es darauf ankommen, ob die Bauzinsforderungen bereits mit Vertragsabschluss entstanden sind oder erst sukzessive mit Ablauf der Zeit. Folgt man ersterer Meinung, handelt es sich beim Bauzins mE konsequenterweise um keine Liegenschaftsaufwendung. Im zweiten Fall wird man den Bauzins jedoch zu den Liegenschaftsaufwendungen zählen müssen. Betonung liegt hierbei auch auf dem Wort „*Bauzins*“ gemäß § 3 Abs 2 WEG, weil das Entgelt in Form einer Einmalzahlung oder Tranchen jedenfalls keine Aufwendung iSd § 32 WEG darstellen wird.

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0020369.

²⁴⁸ RIS-Justiz RS0013566.

²⁴⁹ *Tanczos*, Der Streit um das gemeinsame Mietrecht, wobl 2014, 291; vgl auch *H. Böhm/Palma* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 840 Rz 7f.

²⁵⁰ OGH 17.10.2013, 1 Ob 173/13t.

²⁵¹ *Terlitz*, Miteigentum und Wohnungseigentum S 45ff; Anm.: Siehe auch im Kapitel „Ordentliche Verwaltung“ dieses Werks.

²⁵² *Kletečka* in *GeKo Wohnrecht* § 6a BauRG Rz 6, der ähnlich bei Aufwendungen nach § 32 WEG argumentiert.

Überzeugender scheinen mE die Argumente für ein sukzessives Entstehen, wobei hierzu mangels gefestigter Rsp große Rechtsunsicherheit besteht. Soweit überblickbar, hat sich bislang nur das Landesgericht St. Pölten mit dieser Thematik auseinandergesetzt.²⁵³ Die bislang einzige Entscheidung des OGH hierzu erging in Strafsachen und erwähnte diesen Aspekt nur in einem Nebensatz.²⁵⁴ Neben einer konkreten Entscheidung zur vorliegenden Fragestellung könnte aber auch schon eine – in näherer Zukunft eher zu erwartende – Entscheidung in Insolvenzsachen, welche sich mit der Entstehung des Bauzinses befasst, für Aufschluss sorgen.

Letztlich bewegt man sich hier aber auf einem rechtlichen höchst unsicheren Terrain, da kaum Entscheidungen und unscharfe Definitionen bestehen. Auch die Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung ist unscharf und bietet weiten Argumentationsspielraum, was unter Kosten der Verfügung zu verstehen ist. Schließlich hängen – man muss nur weit genug argumentieren – alle Kosten mit dem Anteilserwerb zusammen und lassen sich auch überall gemeinschaftliche Interessen argumentieren.²⁵⁵ Eine Klärung durch Gesetzgebung oder Judikatur wäre daher wünschenswert.

3.7.4.2 Zur Rücklage

Der Gesetzgeber trägt den Baurechtswohnungseigentümer:innen in sinngemäßer Anwendung des § 31 WEG zwingend die Bildung einer Rücklage zur Vorsorge für künftige Aufwendungen iSd § 32 WEG auf. Primärer Zweck dieser Regelung ist die Schaffung einer Liquiditätsreserve für größere Investitionen.²⁵⁶ Die Rücklage kann aber auch zur Deckung aller sonstigen Liegenschaftsaufwendungen nach § 32 WEG verwendet werden.²⁵⁷

Die Rücklage wird idR durch monatliche Akontozahlungen auf Basis des geltenden Aufteilungsschlüssels gebildet, wobei auch die Vorschreibung von Einmalzahlungen („Sonderumlage“) möglich ist.²⁵⁸ Die Höhe der jeweiligen Akontozahlungen werden

²⁵³ LG St. Pölten 04.05.2007, 21 R 113/07m.

²⁵⁴ OGH 28.08.2019, 13 Os 8/19d.

²⁵⁵ Vgl dazu etwa *Terlitz*, Miteigentum und Wohnungseigentum S 220, welcher sich einlässlich mit dem Problem der Trennschärfe beschäftigt.

²⁵⁶ OGH 15.12.2009, 5 Ob 171/09x.

²⁵⁷ *Reßler* in *Illedits* § 31 WEG Rz 4.

²⁵⁸ OGH 20.02.2020, 5 Ob 162/19p.

grundsätzlich von der Verwalter:in festgelegt, sofern kein diesbezüglicher Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft vorliegt oder durch Ausübung eines Minderheitsrechts ein Beschluss der Außerstreitrichter:in vorliegt.²⁵⁹

Mit der WEG-Novelle 2022 wurde zudem eine Mindestrücklage etabliert, welche mit § 31 Abs 5 WEG auch wertgesichert wurde. Die Mindesthöhe wurde zuletzt mit 01.01.2024 angehoben und liegt derzeit bei EUR 1,06 pro Quadratmeter Nutzfläche und Monat.²⁶⁰ Eine Unterschreitung dieser Mindestrücklage ist nur in Ausnahmefällen möglich.²⁶¹

Die Rücklage ist auf einem gesonderten und einsehbaren Konto verzinst anzulegen. Bei Beendigung des jeweiligen Verwaltervertrages hat die Verwalter:in ohne Verzug Rechnung zu legen und den Überschuss herauszugeben.²⁶²

3.7.4.3 Liegenschaftsaufwendungen, Erträge und Abrechnung

Die §§ 32 bis 34 WEG behandeln die Behandlung der Aufwendungen und Erträge der Liegenschaft sowie abschließend die Abrechnung. Von Relevanz für die Baurechtswohnungseigentümer:innen ist hierbei die generelle Einordnung des Bauzinses, wobei hierzu auf das obige Unterkapitel mit gleichlautendem Titel verwiesen wird. Gemäß § 6a BauRG sind die Bestimmungen im Übrigen sinngemäß anzuwenden, wobei durch das Baurecht keine unterschiedliche Behandlung notwendig wird, sodass auf die Entscheidungen zum Wohnungseigentum zurückgegriffen werden kann.

Mit § 32 Abs 1 WEG legt der Gesetzgeber – iVm § 6a BauRG auch für die Baurechtswohnungseigentümer:innen – fest, dass die Aufwendungen für die Liegenschaft einschließlich der Beiträge zur Rücklage von den Wohnungseigentümer:innen nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile bei Ende der Abrechnungsperiode zu tragen sind. In weiterer Folge regeln die Absätze § 31 Abs 2 bis 6 WEG unter welchen Umständen der Aufteilungsschlüssel abgeändert

²⁵⁹ Pittl/Ponholzer, Der novellierte Rücklagenbegriff und seine Auswirkungen auf die Verwaltungspraxis, ImmoZak 2022/31 S 61.

²⁶⁰ Kolmasch, Illedits, Problemlösungsansätze zur Ermittlung der Mindestrücklage nach der WEG-Novelle 2022, wobl 2023, 431., Zak 2024/36.

²⁶¹ Vgl dazu § 31 Abs 1 WEG; siehe auch Schinnagl, Die Mindestrücklage im Lichte der WEG-Novelle 2022, wobl 2022, 145 S 149f.

²⁶² § 31 Abs 2 und Abs 3 WEG; vgl auch Richter, Rücklage (Stand 12.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

werden kann. Sofern Änderungen (etwa durch Vereinbarung eines abweichendes Aufteilungsschlüssels oder eigener Abrechnungs- bzw. auch Abstimmungseinheiten) erfolgt sind, werden sie gemäß § 31 Abs 7 WEG durch einen Wechsel einer Baurechtswohnungseigentümer:in nicht berührt.

Eine Definition von Liegenschaftsaufwendungen findet sich bedauerlicherweise nicht im Gesetz. Zusammenfassend handelt es sich nach aktuellem Meinungsstand um alle liegenschafts- und verwaltungsbezogenen Auslagen einer Eigentümergemeinschaft, welche bei einer Liegenschaft, an der WE begründet wurde, erwachsen.²⁶³ Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, handelt es sich dabei iaR um jene Kosten, welche mit der Bewirtschaftung, Erhaltung und Verbesserung der Liegenschaft im Zusammenhang stehen.²⁶⁴

Gemäß § 30 Abs 9 WEG haben die Baurechtswohnungseigentümer:innen Vorauszahlungen zu leisten, welche am 5. eines jeden Monats fällig werden. Die konkrete Festsetzung der monatlichen Beitragsvorschreibungen erfolgt durch den Verwalter und ist für die Baurechtswohnungseigentümer:innen verbindlich.²⁶⁵

Bei den Erträgen wiederum ist vordergründig das ausschließliche Nutzungsrecht der Baurechtswohnungseigentümer:in zu beachten. Erträge aus dem jeweiligen Baurechtswohnungseigentumsobjekt stehen der jeweiligen Eigentümer:in daher alleine zu. Erträge aus den allgemeinen Teilen sind wiederum nach Anteilen aufzuteilen, wobei im Falle der Vereinbarung eines abweichenden Aufteilungsschlüssels bei Aufwendungen vertraglich auch für Erträge übernommen werden kann.²⁶⁶

Die Abrechnung der eingehobenen Beiträge, Erträge, Vorauszahlungen und Aufwendungen für die Liegenschaft hat binnen 6 Monaten nach Ablauf der Abrechnungsperiode zu erfolgen.²⁶⁷ Gemäß § 34 Abs 2 WEG ist die Abrechnungsperiode grundsätzlich das Kalenderjahr, wobei eine abweichende

²⁶³ Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 32 WEG Rz 14.

²⁶⁴ Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer, § 32 WEG Rz 2.

²⁶⁵ Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 32 WEG 59f.

²⁶⁶ Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 33 WEG 22f.

²⁶⁷ Hausmann in Hausmann/Vonkilch § 34 WEG Rz 8.

Festsetzung zulässig vereinbart bzw. aus wichtigen Gründen auch gerichtlich durchgesetzt kann.

3.8 Beendigung des Baurechtswohnungseigentums

Dieses Kapitel widmet sich der Beendigung von Baurechtswohnungseigentum, wobei in der Aufarbeitung eine Aufgliederung in zwei Fallgruppen erfolgt. Das erste Kapitel behandelt das Erlöschen des Baurechtswohnungseigentums für alle Teilhaber:innen, sei es durch Beendigung des Baurechts oder auch nur durch Beendigung des auf diesem begründeten Wohnungseigentums. Es unterscheidet sich vom zweiten Kapitel dadurch, dass es alle Teilhaber:innen gleichermaßen trifft, weshalb die Überschrift auch auf die Gemeinschaft Bezug nimmt.

Im zweiten Kapitel wird schließlich der Ausschluss einer einzelnen Baurechtswohnungseigentümer:in untersucht. Hier steht die Beendigung der Teilhaberschaft des Einzelnen an der Gemeinschaft im Mittelpunkt. Näher beleuchtet werden soll dabei die Frage, ob auch ein Verhalten im Zusammenhang mit dem Baurecht – etwa eine Säumnis mit dem Bauzins – zum Ausschluss berechtigt.

3.8.1 Aufhebung der Baurechtswohnungseigentumsgemeinschaft

Die Aufhebung der Baurechtswohnungseigentumsgemeinschaft ist auf zwei Wegen denkbar: Zum einen ist ein Erlöschen des Wohnungseigentums denkbar, wodurch die Teilhaber zu schlichten Mitbauberechtigten werden. Praktisch relevanter ist aber der Fall des Erlöschens des Baurechts, wodurch infolge des Untergangs der Sache iSd § 35 WEG auch das Baurechtswohnungseigentum als Ganzes erlischt.

Als Gründe für das Erlöschen des am Baurecht begründeten Wohnungseigentums gelten in sinngemäßer Anwendung des § 35 WEG jedenfalls der Untergang des Gegenstands des Baurechtswohnungseigentums oder die Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichts der Wohnungseigentümer:in, wobei der zweite Fall im Ergebnis eine einvernehmliche Aufhebung bedeutet.²⁶⁸ Diese Bestimmung ist nach hM jedoch demonstrativ. Weitere Gründe sind Zeitablauf, Tod der Baurechtswohnungseigentümer:in bei auf Lebzeiten befristetem Baurechtswohnungseigentum, Vereinigung oder die Enteignung.²⁶⁹ Mit dem bloßen

²⁶⁸ Höllwerth in Hausmann/Vonkilch § 35 WEG Rz 5.

²⁶⁹ Punt in GeKo Wohnrecht § 35 WEG Rz 2.

Erlöschen des am Baurecht begründeten Wohnungseigentum entsteht schlichtes Mitbaurecht. In diesem Fall steht den Mitbauberechtigten auch wieder die – bei aufrehtem Wohnungseigentum gemäß § 35 Abs 2 WEG unzulässige – Teilungsklage gemäß § 830 ABGB offen.

Der praktisch relevantere Fall wird jedoch idR der Zeitablauf des Baurechts sein. In diesem Fall erlischt das Baurechtswohnungseigentum als Ganzes, weil neben dem Baurecht auch der Gegenstand des Wohnungseigentums iSd § 35 WEG untergeht. Hinzuweisen ist aber darauf, dass auch jeder andere Fall der Baurechtsbeendigung zum Untergang iSd § 35 WEG führt. Andere Fälle der Baurechtsbeendigung sind insbesondere ein qualifizierter Zinsrückstand, sofern dies gemäß § 4 Abs 2 BauRG als Auflösungsgrund vereinbart wurde. Zudem gesteht die hM bei besonders wichtigen Gründen auch ein Auflösungsrecht zu.²⁷⁰

Mit der Beendigung des Baurechts fällt das Eigentum am Bauwerk der Grundeigentümer:in zu, wobei allenfalls dem Kündigungsschutz des MRG unterliegende Mietverhältnisse zu übernehmen sind. Als Ausgleich für den Heimfall des Eigentums am Bauwerk haben diejenigen, die im Zeitpunkt der Beendigung des Baurechts Bauberechtigte sind, einen Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe eines Viertels des vorhandenen Bauwertes des Bauwerks. Mehrere Bauberechtigte, wovon im Falle von Baurechtswohnungseigentum auszugehen ist, teilen sich die Entschädigung nach dem Verhältnis ihrer Anteile.²⁷¹

Im Hinblick darauf, dass die jeweiligen Wohnungen iaR unterschiedliche Erhaltungszustände aufweisen, welche sich nicht in der Größe des Anteils widerspiegeln, wird diese Lösung wohl nicht von jedem als gerecht empfunden werden.²⁷² Eine andere Argumentation ist jedoch kaum denkbar und kann letztlich nur darauf verwiesen werden, dass es sich bei § 9 BauRG um dispositives Recht handelt.

Schon aufgrund der nicht zu unterschätzenden ungeklärten Fragen (wie etwa die ganz zentrale Frage der Ermittlung der Entschädigungshöhe) im Zusammenhang mit der Beendigung, empfiehlt sich daher diesem Bereich – auch wenn es noch in ferner

²⁷⁰ Spruzina in GeKo Wohnrecht § 4 BauRG Rz 8.

²⁷¹ Spruzina in GeKo Wohnrecht § 9 BauRG Rz 11.

²⁷² Anm.: Wobei natürlich darauf hinzuweisen ist, dass dieser Umstand bereits zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung über das Baurechtswohnungseigentum vorliegt.

Zukunft liegen mag – besondere Aufmerksamkeit bei der Vertragserrichtung zu schenken.²⁷³

De lege ferenda wäre eine auf das Baurechtswohnungseigentum abgestimmte Regelung wünschenswert. Dies insbesondere im Zusammenhang damit, dass der ursprüngliche Baurechtsvertrag meist zwischen der Baurechtsgeber:in und der Baurechtswohnungseigentumsorganisator:in ausverhandelt wird. Diese zu schaffende Regelung könnte in einem nicht allzu engen Rahmen auch zwingend zugunsten der idR nicht am Prozess der Vertragsverhandlung teilnehmenden (endgültigen) Baurechtswohnungseigentümer:innen, wobei auch auf eine Verbrauchereigenschaft abgestellt werden könnte, ausgestaltet werden.

3.8.2 Ausschluss von Baurechtswohnungseigentümern

Gemäß § 36 Abs 1 WEG kann die Mehrheit der Baurechtswohnungseigentümer:innen eine Baurechtswohnungseigentümer:in von der Gemeinschaft ausschließen, wenn er

1. „seinen Pflichten aus der Gemeinschaft nicht nachkommt, insbesondere die ihm obliegenden Zahlungen auch nicht bis zum Schluss der dem erstinstanzlichen Urteil vorangehenden Verhandlung leistet,
2. von seinem Wohnungseigentumsobjekt oder den allgemeinen Teilen der Liegenschaft einen die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer empfindlich schädigenden Gebrauch macht oder
3. durch sein rücksichtsloses, anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet oder sich gegenüber einem Wohnungseigentümer oder einer im Haus wohnenden Person einer strafbaren Handlung gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit schuldig macht, sofern es sich nicht um den Umständen nach geringfügige Fälle handelt.“²⁷⁴

Von Bedeutung für das Baurechtswohnungseigentum ist die Frage, ob auch ein Bauzinsrückstand zur Ausschlussklage berechtigt. Nach einhelliger Lehre fallen unter § 36 Abs 1 Z 1 WEG sämtliche Zahlungen, welche nach dem Gesetz oder aufgrund

²⁷³ Spruzina in GeKo Wohnrecht § 9 BauRG Rz 11.

²⁷⁴ § 36 Abs 1 WEG

vertraglicher Abmachung von einer (Baurechts-)Wohnungseigentümer:in iZus mit der gemeinsamen Liegenschaft zu leisten sind. Eine Einschränkungen auf Zahlungen, welche einen Zusammenhang mit der Verwaltung aufweisen, erfolgt daher nicht, sondern nennt die Lehre als Beispiel ausdrücklich auch die auf die einzelnen Teilhaber:innen entfallenden Anteile der Baukosten sowie die Verzinsung und Tilgung der gemeinsamen auf die ganze Liegenschaft aufgenommenen Darlehen samt ähnlicher Leistungen.²⁷⁵ Die zur Einordnung als Liegenschaftsaufwendung bekannten Argumente treffen hier – infolge des breiteren Anwendungsbereiches – nicht zu.

In diesem Sinne ist daher auch bei rückständigem Bauzins die Ausschlussklage möglich. Die erfolgreiche Ausschlussklage führt letztendlich zur Versteigerung des der ausgeschlossenen Baurechtswohnungseigentümer:in gehörenden Baurechtswohnungseigentumsobjektes.

3.9 Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers beim Baurechtswohnungseigentum

Im 9. Abschnitt des WEG hat der Gesetzgeber Bestimmungen normiert, welche das mangelnde Gleichgewicht zwischen Wohnungseigentumsorganisator:in und -bewerber:in im Zeitraum vor Wohnungseigentumsbegründung ausgleichen soll. Die Bestimmungen gelten sinngemäß für das Baurechtswohnungseigentum, wobei diesbezügliche Besonderheiten nicht erkannt werden können. Es kann daher auch hier für das Baurechtswohnungseigentum auf die Rechtsprechung zum Wohnungseigentum zurückgegriffen werden.

Überblicksweise handelt es sich um die folgenden Schutzbestimmungen:

- konkrete Ansprüche der WE-Bewerber:in (vgl § 37 Abs 2 bis 5 WEG sowie die in § 43 WEG normierte Klage auf Einverleibung des Eigentumsrechts),
- rechtsunwirksame Vereinbarungen (vgl § 38 WEG)
- grundbücherliche Sicherungen der Wohnungseigentümer:in (vgl § 40 WEG) sowie das damit verbundene Annahmeverbot (vgl § 37 Abs 1 WEG),

²⁷⁵ *Punt* in GeKo Wohnrecht § 36 WEG Rz 16; vgl auch *Höllwerth* in *Hausmann/Vonkilch* § 36 WEG Rz 29.

- Schutz bei Insolvenz (vgl §§ 41 Abs 2, 44 WEG), sowie
- Rechte der Wohnungseigentumsorganisator:in (vgl § 41 Abs 1 WEG)

Konsequenterweise handelt es sich bei diesen Bestimmungen um zwingendes Recht.²⁷⁶

3.10 Vorläufiges Baurechtswohnungseigentum des alleinigen Baurechtsnehmers

Mit dem WEG 2002 hat der Gesetzgeber die Begründung von Wohnungseigentum an einem zukünftigen Wohnungseigentumsobjekt durch eine Alleineigentümer:in einer Liegenschaft geschaffen. Nach herrschender Meinung ist die originäre Begründung eines originären Eigentümerbaurechts unzulässig.²⁷⁷ Zur Begründung hat die Grundeigentümer:in daher einer anderen Person ein Baurecht einzuräumen, wobei diese im Anschluss vorläufiges Baurechtswohnungseigentum iSd §§ 45 ff WEG begründen kann.

Für die Begründung sind gemäß den allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen Titel und Modus erforderlich. Beim vorläufigen Baurechtswohnungseigentum wird der Titel als Baurechtswohnungseigentumsstatut bezeichnet.

Das Baurechtswohnungseigentumsstatut muss gemäß § 45 Abs 2 WEG die folgenden inhaltlichen Erfordernisse erfüllen:

1. die Bezeichnung der Baurechtseinlage,
2. die Bezeichnung der baurechtswohnungseigentumstauglichen Objekte, an denen vorläufiges Baurechtswohnungseigentum begründet werden soll, nach ihrer Art (Wohnung, sonstige selbständige Räumlichkeit oder Kraftfahrzeug-Abstellplatz) und ihrer Lage,
3. die Erklärung der Alleinbauberechtigten, an diesen Objekten vorläufiges Baurechtswohnungseigentum begründen zu wollen, und

²⁷⁶ Tschütscher, Wohnungseigentumsrecht⁴ (2022) S 269f.

²⁷⁷ Siehe dazu ausführlich das Kapitel „Der Grundeigentümer als Baurechtswohnungseigentümer“.

4. die Nutzflächen und Nutzwerte der baurechtswohnungseigentumstauglichen Objekte, an denen vorläufiges Baurechtswohnungseigentum begründet werden soll.²⁷⁸

Es müssen zudem auch alle baurechtswohnungseigentumstauglichen Objekte iSd § 45 Abs 3 WEG erfasst werden.

Der Modus besteht in der grundbücherlichen Einverleibung, sodass das Baurechtswohnungseigentumsstatut gemäß § 31 GBG gerichtlich oder notariell beglaubigt unterfertigt werden muss.²⁷⁹

Im Verhältnis zur Begründung von endgültigem Baurechtswohnungseigentum ersetzt das Statut den Vertrag. Dem Grundbuchsgericht sind aber auch beim vorläufigen Baurechtswohnungseigentum die weiteren Beilagen nach § 6 Abs 1 WEG vorzulegen. Neben dem Statut handelt es sich dabei noch um die Bescheinigung oder das Gutachten nach § 6 Abs 1 Z 2 WEG sowie das Nutzwertgutachten oder die Entscheidung über die behördliche Nutzwertfestsetzung nach § 6 Abs 1 Z 3 WEG.²⁸⁰

3.11 Verfahrens- und gebührenrechtliche Bestimmungen sowie Schlussbestimmungen des WEG im Zusammenhang mit dem Baurechtswohnungseigentum

Der 11. Abschnitt des WEG regelt die Zuständigkeiten für das Verfahren außer Streitsachen sowie die dafür zu entrichtende gerichtliche Pauschalgebühr. Der 12. und letzte Abschnitt des WEG normiert – wie es bei Gesetzen üblich ist – noch Schluss- und Übergangsbestimmungen. Für das Baurechtswohnungseigentum ergeben sich hieraus keine Neuerungen, sodass sämtliche Bestimmungen sinngemäß angewendet werden können und auch die Judikatur zum Wohnungseigentumsrecht herangezogen werden kann.

Erwähnenswert für den Rechtsanwender ist zu diesem Abschnitt schließlich, dass die hM der Baurechtsgeber:in keine Parteistellung in den Verfahren nach § 52 WEG einräumt. Wie *Prader*²⁸¹ aber mE zutreffend aufzeigt, könnten vertragliche

²⁷⁸ § 45 Abs 2 WEG.

²⁷⁹ *Richter*, Vorläufiges Wohnungseigentum (Stand 20.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

²⁸⁰ *Höllwerth* in *Hausmann/Vonkilch* § 45 WEG Rz 20.

²⁸¹ *Prader* in *Prader/Sporer/Dobler* § 6a BauRG 15 mwN.

Vereinbarungen zwischen der Baurechtsgeber:in und der Baurechtsnehmer:in im Außerstreitverfahren zwischen den Baurechtsnehmer:innen dennoch relevant sein. Als Beispiel wird dazu eine vertraglich ausgeschlossene und die Baurechtsgeber:in zur Unterlassungsklage berechtigende Widmungsänderung angeführt, weil diesfalls die Baurechtsnehmer:innen in einem allfälligen Unterlassungsverfahren zwingend eine einheitliche Streitpartei bilden und dadurch der Versagungsgrund gemäß § 16 Abs 2 Z 1 WEG im Raum stehe.

Zuletzt wirft die Anordnung der sinngemäßen Anwendung des WEG in § 6a BauRG natürlich noch die Frage auf, inwiefern sich Bestimmungen in anderen Gesetzen zum Wohnungseigentum auf das Baurechtswohnungseigentum auswirken. Unstrittig dürfte sein, dass Sonderregelungen des MRG für im Wohnungseigentumsobjekt stehende Mietobjekte auch für im Baurechtswohnungseigentum stehende Mietobjekte gelten.²⁸² Eine pauschale Aussage lässt sich aber nicht treffen, sondern wird dies jeweils unter Beleuchtung des Regelungsgegenstandes der Norm zu beantworten sein. Tendenziell kann gesagt werden, dass bei einer Gleichartigkeit die Bestimmung sinngemäß auch auf das Baurechts-WE anzuwenden sein wird (vgl etwa § 1 Abs 4 Z 3 MRG zum Teilanwendungsbereich des MRG; § 86 GBG zur Kumulierung von Grundbuchgesuchen; § 9 Abs 2 BTVG; § 146 Abs 1 Z 3 EO; § 90 Abs 2 EheG). Eine unterschiedliche Behandlung wird aber dort erforderlich sein, wo sich maßgebliche Unterschiede auftun, wie etwa bei einer Anknüpfung an die Dauer oder an das Grundeigentum.²⁸³ Beispielsweise wird etwa die Übertragung von Baurechtswohnungseigentum nicht der Verpflichtung des § 15c lit a WGG entsprechen.²⁸⁴

²⁸² *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 7.

²⁸³ *Urbanek* in *Rudolph/Urbanek* § 6a BauRG Rz 5.

²⁸⁴ *Kletečka* in GeKo Wohnrecht § 6a BauRG Rz 18.

4 Schlussfolgerungen

Kern dieser Arbeit war die konsequente Überprüfung der Kompatibilität von Wohnungseigentums- und Baurecht. Zu diesem Zwecke wurde das Wohnungseigentumsgesetz Stück für Stück auf die in § 6a BauRG angeordnete sinnngemäße Anwendbarkeit untersucht.

Erfreulich ist natürlich, dass – trotz der sehr zurückhaltenden Regelung im Baurechtsgesetz – keine groben Missstände entdeckt wurden, was angesichts der bereits 35 Jahre alten Regelung auch verwundert hätte. Dem langen Atem des Baurechts ist es aber geschuldet, dass auch nach wie vor kaum Judikatur vorliegt und daher immer noch ausreichend Ungereimtheiten verbleiben.

Als Denkanstoß für zukünftige Diskussionen finden sich nachstehend die meines Erachtens wichtigsten Erkenntnisse in Form von Thesen:

- 1) **Eigentümerbaurecht (S 12f):** Anders als bei den Dienstbarkeiten (vgl § 472 ABGB „zum Vortheile eines Andern“) oder Pfandrechten (vgl § 447 ABGB „welches dem Gläubiger eingeräumt wird“) lässt sich dem Baurechtsgesetz nicht entnehmen, dass es sich beim Baurecht um ein Recht an einer fremden Sache handelt, sodass mE durchaus eine differenzierte Betrachtung zugunsten des originären Eigentümerbaurechts denkbar wäre.
- 2) **Berechtigung zur Negatorienklage für Eingriffe am unbebauten Grundstück (S 22 & 24):** Als Fruchtnießer:innen üben die Baurechtswohnungseigentümer:innen Besitz am Grundstück aus, weshalb Sie nach der einhelligen Lehre die Eingriffe Dritter mit der Besitzstörungsklage abwehren können.²⁸⁵ In der Kommentarliteratur aber gänzlich unerwähnt bleibt die Negatorienklage, welche den Baurechtswohnungseigentümer:innen in diesem Fall mE ebenfalls offensteht.²⁸⁶ Diese hätte im Gegensatz zur Besitzstörungsklage vor allem nicht den Nachteil der engen zeitlichen Befristung (vgl § 454 Abs 1 ZPO).

²⁸⁵ Jenewein in Prader/Sporer/Dobler § 6 BauRG Rz 14; Nitsch in Illedits § 6 BauRG Rz 8; Krist/Pinetz in Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz, BauRG, § 6 Rz 8.

²⁸⁶ RIS-Justiz RS0011870

- 3) **Vorzugspfandrecht und Bauzins (S 34f):** Wenngleich bereits Zweifel geäußert wurden, wird der Bauzinses aktuell überwiegend als Liegenschaftsaufwendung im Sinne des § 32 WEG gesehen. Der Bauzins ist daher bei Festsetzung der monatlichen Akontozahlungen zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um eine Beitragspflicht, welcher ein entsprechender Anspruch der Eigentümergemeinschaft gegenübersteht. Der volle Betrag ist daher inklusive des Bauzinsanteils vom Vorzugspfandrecht umfasst. Bei Zahlung durch eine andere Baurechtswohnungseigentümer:in ist eine Berufung auf § 27 Abs 1 Z 2 lit c WEG überlegenswert.
- 4) **Bestimmbarkeit des Bauzinses ist grundsätzlich ausreichend (S 34f):** Die ablehnende Haltung der Lehre fußt mE auf einem offenkundigen Nachwirken der vor der Novelle 1990 etablierten hM, welche – gestützt auf den (damals) klaren Wortlaut und den historischen Gesetzeszwecken – zu jener Zeit wohl auch berechtigt von einem sehr strengen Bestimmtheitserfordernis ausging. Auf Basis der in dieser Arbeit zu findenden Begründung bin ich der Ansicht, dass die Bestimmbarkeit des Bauzinses grundsätzlich ausreichend ist. Als einzige Einschränkung darf die Klausel im Einzelfall weder auf einer auf Grund und Boden bezugnehmenden Wertsicherung beruhen, noch dem historischen Zweck²⁸⁷ zuwiderlaufen darf.
- 5) **Umsatzabhängiger Bauzins ist grundsätzlich zulässig (S 36f):** Der historische Zweck des Gesetzgebers lag darin, sowohl die Interessen des Baurechtsnehmers (Sicherung der Kalkulationsbasis), wie auch jene des Pfandgläubigers (Sicherung der Beleihbarkeit) zu wahren. Beide Interessen sind auch im Falle eines umsatzabhängigen Baurechtszinses gewahrt; aus meiner Sicht sogar weitreichender, da sich der Bauzins auch im Falle eines Umsatzrückganges an die jeweilige Lage anpasst. Eine umsatzabhängige Bauzinsvereinbarung ist daher mE grundsätzlich als zulässig zu betrachten.
- 6) **Bauzins als Liegenschaftsaufwendung (S 48-60):** Obgleich dieser Punkt eingehend behandelt wurde, lässt er keine treffsichere Aussage zu. Im Hinblick auf die nicht unerhebliche Praxisrelevanz, da diese Thematik wohl früher oder

²⁸⁷ Der Zweck liegt in der Sicherung der 1) Beleihbarkeit des Baurechts und 2) Kalkulationsbasis des Baurechtsnehmers.

später bei jeder Verwalter:in von Baurechtswohnungseigentumsobjekten aufkommt, wäre eine gesetzliche Klarstellung – idealerweise im Zusammenhang mit dem Vorzugspfandrecht – wünschenswert. Bis zu diesem Zeitpunkt hoffe ich, dass meine Arbeit dem weiteren Diskurs dienlich ist.

- 7) **Ausschlussklage möglich:** Infolge des im Vergleich zum Vorzugspfandrechts und Aufwendungsbegriffs breiteren Anwendungsbereiches des § 36 Abs 1 Z 1 WEG ist die Ausschlussklage bei rückständigem Bauzins jedenfalls möglich.

Abschließend bleibt die Hoffnung, dass dieses Werk allen Lesern, seien es Verwalter:innen, Vertragsverfasser:innen, Richter:innen, Projektentwickler:innen, oder auch Bauwerkswohnungseigentümer:innen, einen Überblick über diese Materie ermöglicht, eine Sensibilität für strittige Themenbereiche schafft und insbesondere auch jenen, die ebenso Freude an der Juristerei finden, Anstöße für den weiteren Diskurs bietet.

Literaturverzeichnis

Entscheidungen/Rechtssätze:

LG St. Pölten 04.05.2007, 21 R 113/07m

OGH 23.05.1989, 2 Ob 523/89

OGH 11.12.1990, 5 Ob 104/90

OGH 29.08.1995, 5 Ob 142/94

OGH 25.04.1995, 5 Ob 64/95

OGH 29.08.1995, 5 Ob 142/94

OGH 29.08.1995, 5 Ob 93/95

OGH 19.12.1995, 5 Ob 145/95

OGH 11.11.1997, 5 Ob 159/97m

OGH 24.02.1998, 5 Ob 497/97t

OGH 31.03.2003, 5 Ob 248/02k

OGH 15.06.2004, 5 Ob 119/04t

OGH 26.08.2004, 3 Ob 11/04w

OGH 20.09.2005, 5 Ob 173/05k

OGH 20.11.2007, 5 Ob 220/07z

OGH 08.01.2008, 5 Ob 206/07s

OGH 18.12.2008, 1 Ob 79/08m

OGH 03.09.2009 5 Ob 8/09a

OGH 15.12.2009, 5 Ob 171/09x

OGH 14.02.2013, 5 Ob 10/13a

OGH 17.10.2013, 1 Ob 173/13t

OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h

OGH 28.04.2015, 5 Ob 226/14t

OGH 14.07.2015, 5 Ob 23/15s

OGH 25.01.2016, 5 Ob 162/15g
OGH 18.05.2016, 5 Ob 232/15a
OGH 11.07.2016, 5 Ob 101/16p
OGH 01.03.2017, 5 Ob 144/16m
OGH 27.06.2017, 5 Ob 19/17f
OGH 28.08.2019, 13 Os 8/19d
OGH 23.09.2019, 9 Ob 32/19z
OGH 20.02.2020, 5 Ob 162/19p
OGH 22.10.2020, 5 Ob 97/20f
OGH 24.03.2022, 5 Ob 14/22b
OGH 22.08.2022, 5 Ob 39/22d
OGH 28.09.2022, 9 Ob 78/22v
OGH 31.01.2023, 5 Ob 32/22z
OGH 31.01.2024, 3 Ob 220/23h
OGH 12.03.2024, 5 Ob 128/23v
RIS-Justiz RS0011528
RIS-Justiz RS0011870
RIS-Justiz RS0012112
RIS-Justiz RS0012137
RIS-Justiz RS0013236
RIS-Justiz RS0013384
RIS-Justiz RS0013566
RIS-Justiz RS0013650
RIS-Justiz RS0013701
RIS-Justiz RS0013703
RIS-Justiz RS0017243

RIS-Justiz RS0020369

RIS-Justiz RS0020426

RIS-Justiz RS0035701

RIS-Justiz RS0082788

RIS-Justiz RS0083156

RIS-Justiz RS0108048

RIS-Justiz RS0108671

RIS-Justiz RS0108931

RIS-Justiz RS0109188

RIS-Justiz RS0110786

RIS-Justiz RS0114109

RIS-Justiz RS0117159

RIS-Justiz RS0118794

RIS-Justiz RS0125005

Kommentare:

Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (Stand 15.10.2024, rdb.at)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (Stand 1.8.2022, rdb.at)

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Ehe- und Partnerschaftsrecht² (2021)

Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁵ (2023)

Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO_Praxiskommentar (2019)

Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ (2022)

Painsi/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner/Terlitza, in GeKo Wohnrecht (Stand 15.1.2024, rdb.at)

Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz, BauRG (2021)

Prader, WEG^{6.09} (Stand 1.10.2024, Manz Wohnrecht in rdb.at)

Prader/Sporer/Dobler (Hrsg), Baurechtsgesetz (2022)

Rudolph/Urbanek (Hrsg), Baurechtsgesetz² (2020)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 6⁵ (2021)

Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023)

Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer, Miet- und Wohnrecht II²⁴ (Stand 30.6.2024, rdb.at)

Handbücher, Monographien, uÄ:

Artner/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht, 4. Aufl. (2023)

Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis: zur Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anlässlich des Todes einer Vertragspartei (1982)

Forster, Ausgewählte Fragen des Superädifikatsrechtes. 1. Aufl. (1997)

Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum, 7. Aufl. (2022)

Kletečka/Rechberger/Zitta (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund, 2. Aufl. (2004)

Palten, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. (2003)

Schaffgotsch, Grundeigentum und Baurecht, 1. Aufl. (1998)

Staudigl, Einführung in das Baurechtsgesetz, 1. Aufl. (2021)

Terlitz, Miteigentum und Wohnungseigentum (2021)

Tschütscher, Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl. (2022)

Beiträge in Zeitschriften, uÄ:

Call, Anmerkungen zum gesetzlichen Vorzugspfandrecht gem § 13c Abs 3 bis 5 WEG im Rahmen der Wohnrechtsnovelle 1999, wobl 1999, 358

Illedits, Baurechtswohnungseigentum (Stand 04.12.2024, Lexis Briefings in lexis360.at)

Illedits, Sachenrecht (Stand 29.5.2024, Lexis Briefings in lexis360.at)

Illedits, Verfügung (Stand 07.12.2024, Lexis Briefings in lexis360.at)

Jeremias, Kaufvertrag (Stand 11.9.2024, Lexis Briefings in lexis360.at)

Kolmasch, Judikaturübersicht: Genehmigungspflicht und -fähigkeit von Änderungen des Wohnungseigentumsobjekts, Zak 2022/304

Kolmasch, Illedits, Problemlösungsansätze zur Ermittlung der Mindestrücklage nach der WEG-Novelle 2022, wobl 2023, 431., Zak 2024/36

Mandl/Pölsterl, Der Bauzins in der Insolvenz des Baurechtsnehmers, ZIK 2021/239

Pittl/Ponholzer, Der novellierte Rücklagenbegriff und seine Auswirkungen auf die Verwaltungspraxis, ImmoZak 2022/31

Richter, Außerordentliche Verwaltung (Stand 21.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Änderung des Wohnungseigentumsobjekts (Stand 20.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Eigentümergemeinschaft (Stand 23.1.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Minderheitsrechte (Stand 11.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Ordentliche Verwaltung (Stand 12.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Rücklage (Stand 12.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Verwalter - Wohnungseigentum (Stand 20.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Richter, Vorläufiges Wohnungseigentum (Stand 20.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Terlitza, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung - eine dogmatische Frage von eminenter praktischer Bedeutung, wobl 2011, 185

Urbanek/Rudolph, Der Bauzins im Konkurs des Bauberechtigten, ZIK 2002/209

Verweijen, Das Baurechtswohnungseigentum, immolex 2003, 115

Walch, Die Willensbildung der Eigentümergemeinschaft nach der WEG-Novelle 2022, wobl 2022, 127

Gesetzesmaterialien:

AB zum WEG 1975 916 BlgNR 14. GP 34

JA 1264 BlgNR 17. GP 2

Mat zur WRN 1999 AB 2056 BlgNR 20. GP 9

RV 989 BlgNR 21. GP 55

Sten. Prot. der Sitzung des Nationalrates vom 8. 7. 1948

Internetquellen:

Redl Bernadette (2020): Baurecht: Das Haus gehört mir, das Grundstück dir
<https://www.derstandard.at/story/2000114541175/baurecht-das-haus-gehoert-mir-das-grundstueck-dir> (abgerufen am 11.02.2025).

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie
Anm	Anmerkung
BauRG	Gesetz vom 26. April 1912, betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz – BauRG)
BauRG 1912	Gesetz vom 26. April 1912, betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz – BauRG) idF RGBI 1912/86.
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bspw.	beispielsweise
Bzw.	beziehungsweise
BTVG	Bundesgesetz, mit dem Regelungen über den Erwerb von Rechten an Gebäuden und Wohnungen von Bauträgern getroffen werden (Bauträgervertragsgesetz – BTVG) und das Wohnungseigentumsgesetz 1975 geändert wird
EAVG	Bundesgesetz über die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises beim Verkauf und bei der In-Bestand-Gabe von Gebäuden und Nutzungsobjekten (Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012 – EAVG 2012)
EheG	Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet. Vom 6. Juli 1938.
EO	Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Executions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO).

ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwG	Erwägungsgrund
EUR	Euro
f	folgend
ff	fortfolgend
GBG	Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher (Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955)
GGG	Bundesgesetz vom 27. November 1984 über die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren (Gerichtsgebührengesetz – GGG)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hM	Herrschende Meinung
iaR	In aller Regel
idgf	In der geltenden Fassung
idR	In der Regel
iSd	Im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JA	Justizausschuss
JN	Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Ge- richtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Ge- richte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN).
LBG	Bundesgesetz über die gerichtliche Bewertung von Lie- genschaften

leg cit	legis citate (die zitierte Gesetzesstelle)
mE	meines Erachtens
MRG	Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG)
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rz	Randziffer
s	siehe
str	strittig
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
WE	Wohnungseigentum
WEG	Bundesgesetz über das Wohnungseigentum (Wohnungseigentumsgesetz 2002 – WEG 2002)
z.B.	Zum Beispiel
ZPO	Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO).