- 79 Unter „**Erwerb**“ ist ausschließlich die **konstitutive Neubegründung** von WE und nicht auch der abgeleitete (derivative) Erwerb zu verstehen. Der Kauf einer bereits im Grundbuch eingetragenen Eigentumswohnung unterliegt den allgemeinen Regeln über den Liegenschafts Kauf.

Eigentümerpartnerschaft

- 80 Die Eigentümerpartnerschaft ist die Rechtsgemeinschaft **zweier natürlicher** (physischer) Personen, die gemeinsam Wohnungseigentümer eines WE-Objekts sind. Durch die Eigentümerpartnerschaft haben zwei natürliche Personen, die weder verheiratet noch sonst verwandt sein müssen, die Möglichkeit, gemeinsam WE zu erwerben. Der Erwerb muss je zur Hälfte erfolgen. Gemeinsames WE kann aber nicht von mehr als zwei natürlichen Personen, von zwei juristischen Personen oder Personengesellschaften oder von einer natürlichen Person gemeinsam mit einer juristischen Person oder Personengesellschaft erworben werden. In den zuletzt genannten Fällen besteht aber durch Gründung einer Gesellschaft die Möglichkeit, gemeinsam WE zu erwerben. Der OGH hat keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs 10 (wobl 2005/131, 349). Unter dem früheren gemeinsamen Wohnungseigentum von Ehegatten ist gemäß § 56 Abs 8 WEG ab 01.07.2002 die Eigentümerpartnerschaft iSd WEG 2002 zu verstehen. – Siehe bei § 13.

2. Abschnitt

Begründung und Erwerb von Wohnungseigentum

Begründung von Wohnungseigentum; Titel, Zustimmung, Beschränkung

§ 3. (1) Das Wohnungseigentum kann begründet werden auf Grundlage

- 1. einer schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer (Wohnungseigentumsvertrag),**
- 2. einer gerichtlichen Entscheidung über eine Klage nach § 43,**
- 3. einer gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft oder**
- 4. einer gerichtlichen Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse (§§ 81 bis 98 Ehegesetz).**

(2) Die Begründung von Wohnungseigentum ist nur zulässig, wenn sie sich auf alle wohnungseigentumstauglichen Objekte bezieht, die nach der Widmung der Miteigentümer als Wohnungseigentumsobjekte vorgesehen sind.*

(3) An allgemeinen Teilen der Liegenschaft kann Wohnungseigentum nicht begründet werden.

* IdF BGBl I 2006/124 (WRN) – in Kraft seit 01.10.2006.

Allgemeines

Es geht bei § 3 nur um die **konstitutive Begründung** von WE (dazu *Würth/Zingher/Kovanyi*²¹, § 3 WEG Rz 1) sowie um die allfällige spätere „Umgründung“ in Form der Umparifizierung, jedoch nicht um den abgeleiteten Erwerb eines bereits bestehenden WE-Objekts. § 3 Abs 1 Z 1 bis 4 nennt nur die **Titel** zur Begründung von WE. Der für die Begründung von WE erforderliche **Modus** ist der Bucheintrag (§ 5 Abs 3). Die zur Zeit des WEG 1975 strittige Frage, ob auch noch andere Titel für die Begründung von WE in Betracht kommen, besitzt auch unter der Geltung des WEG 2002 noch Relevanz (zB Begründung durch Vermächtnis: *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 3 und 4). Für *Hausmann* (aaO Rz 8) ist § 3 Abs 1 stets im Zusammenhang mit § 6 zu lesen. Danach behandelt § 3 diejenigen Titel, welche eine der notwendigen Voraussetzungen für das dingliche Verfügungsgeschäft (die grundbücherliche Einverleibung des WE-Rechts) als dafür vom Gesetz vorgesehenen modus darstellt. So gesehen erscheint *Hausmann* uE richtig die Aufzählung im Gesetz **nicht taxativ**, da der Fall des § 56 Abs 12 letzter Satz nicht erwähnt ist, welcher ebenfalls einen Titel suppliert. Für *Würth* (in *Rummel*³, § 3 WEG Rz 1) stellt sich die strittige Frage, ob auch andere als die in Abs 1 Z 1 bis 4 genannten Titel in Betracht kommen (zB Begründung durch Legat), kaum mehr, weil eine auf diese Weise ermöglichte Begründung von WE an allen wohnungseigentumstauglichen Objekten schwerlich denkbar ist. Die **Begründung von WE** setzt **mehrere Miteigentümer** der Liegenschaft voraus. Die §§ 45 ff ermöglichen allerdings dem Alleineigentümer, **vorläufiges WE** zu begründen, das erst durch die Veräußerung eines Anteils an einen anderen zum eigentlichen WE wird. An allgemeinen Teilen der Liegenschaft kann WE nicht begründet werden (§ 3 Abs 3).

Wohnungseigentumsvertrag

Die Begründung von WE verlangt das Vorhandensein von **zumindest zwei Miteigentümern**. Es ist zulässig, dass WE allen oder einzelnen (künftigen) Miteigentümern schon im Vertrag über den Erwerb der Miteigentumsanteile oder in einer gesonderten Urkunde (Vorverbücherung des Eigentumsrechts) eingeräumt wird. Für den Bucheintrag wird verlangt, dass die Vertragspartner im Zeitpunkt der Verbücherung (Einbringung des Grundbuchsanspruchs) entweder schon Miteigentümer der Liegenschaft sind oder zumindest gleichzeitig als Miteigentümer eingetragen werden. Durch die bloße **Vormerkung** des Eigentumsrechts wird der Vorgemerkte noch nicht Eigentümer. Zum Eigentumserwerb führt allein die Einverleibung des Eigentumsrechts (NZ 2004, 189 = wobl 2004/66, 276 = MietSlg 55.516). Da die Vormerkung nur der Bucheintrag des durch die nachfolgende Rechtfertigung aufschiebend bedingten (wenn auch dann mit Wirkung ab der Vormerkung ausgestatteten) Eigentumserwerbs ist, stellt der mit dem nur vorgemerkten Eigentümer abgeschlossene Wohnungseigentumsvertrag zum Zeitpunkt der Vormerkung noch keine geeignete Grundlage für die Begründung von WE dar (MietSlg 47.504).

Der **Titel** zum Erwerb des WE ist eine **schriftliche Vereinbarung** (MietSlg 30.353, 31.519; zur Schriftform siehe *Rummel* in *Rummel*³, § 886 Rz 1 ff) **aller** Miteigentümer (MietSlg 27.561, 44.610, 50.565 = immolex 1998/212, 340; immolex 2003/61, 110 = wobl 2003/42, 867 [*Call*] = MietSlg 54.435), allerdings noch nicht in notariell oder ge-

richtlich beglaubigter Form (*Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 10 mwN). Ein ohne Einhaltung der Schriftform abgeschlossener Vertrag auf Einräumung von WE ist zwischen den Parteien selbst weder als Hauptvertrag noch als Vorvertrag verbindlich. Das Versprechen, WE an physischen Bestandteilen einer Liegenschaft einzuräumen, bedarf genau so wie der Hauptvertrag, mit dem Miteigentümer einander WE einräumen, der Schriftform. Nur Kaufverträge, mit welchen Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft ohne Zusammenhang mit zu begründendem WE erworben werden, sind formfrei (wobl 2005/27, 91 = MietSlg 56.475). Es liegt kein WE-Vertrag iSd § 3 Abs 1 Z 1 vor, wenn nicht die für die Begründung von WE wesentlichen Vertragspunkte (zumindest das in § 1 bezeichnete Recht auf ausschließliche Nutzung und alleinige Verfügung bestimmter Gebäudeteile) umfasst sind (5 Ob 121/02h). Das **Schriftlichkeitsgebot** bezieht sich also auf das Titelgeschäft und auf die für die Begründung von WE wesentlichen Vertragspunkte (SZ 64/146 = wobl 1993/10, 17), daher auch auf die Zuordnung zum Zubehör-WE), nicht aber auf **Nebenabreden** (dazu *Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 14; SZ 64/146 = wobl 1993, 17). Die Verträge über den Erwerb eines dem WEG entsprechenden Miteigentumsanteils an einer Liegenschaft und über die Einräumung von WE an dem auf dieser Liegenschaft errichteten WE-Objekt bilden eine rechtliche Einheit (SZ 43/63; MietSlg 17.708, 20.630, 24.489, 31.519; wobl 2005/17, 91 = MietSlg 56.475). Auch der Vertrag über den Erwerb eines vorerst noch unbestimmten Miteigentumsanteils unterliegt der Formvorschrift des Abs 1 Z 1, wenn er in der Absicht abgeschlossen wurde, mit den übrigen Miteigentümern WE an den WE-Objekten eines erst zu errichtenden Hauses zu begründen (MietSlg 17.709, 20.630, 30.553), weil es sich dabei um eine zweckgebundene Vertragseinheit handelt (MietSlg 31.519). Die einvernehmliche **Widmung** von Räumen oder Grundflächen **zu allgemeinen Teilen** ist eine bloße Nebenabrede, die nicht der Schriftform unterliegt. Eine derartige Vereinbarung kann daher auch mündlich oder konkludent getroffen werden, da an derartigen Liegenschaftsteilen WE gar nicht begründet werden kann. Berechtigt eine **Optionsvereinbarung** den Erwerber, einen Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt durch Abgabe einer einseitigen Willenserklärung in Geltung zu setzen, ähnelt die Stellung des Optionsberechtigten jener des Anerklärten bei einem Offert mit verlängerter Bindungswirkung. Da zur Gültigkeit eines schriftlichen Vertrags, der auf solche Art abgeschlossen wird, erforderlich ist, dass beide Erklärungen schriftlich erfolgen (vgl MietSlg 26.409), ist auch bei einer **Option** die Schriftform für beide Willenserklärungen, nämlich für die Optionsvereinbarung und die Optionserklärung, durch die der in der Optionsvereinbarung näher bestimmte Vertrag in Geltung gesetzt wird, zu fordern (MietSlg 31.519 mwN). Die **Punktation** eines WE-Vertrags bedarf ebenso wie der **Vorvertrag** der Schriftform (immolex 1998/212, 340; NZ 1999, 87; 5 Ob 1212/02h; immolex 2003/61, 110 = wobl 2003/42, 86 = MietSlg 54.435; wobl 2005/27, 91 = MietSlg 56.475; 5 Ob 141/06f; MietSlg 57.445). Das Erfordernis der Schriftform muss konsequent auch für die **Aufhebung** von WE gelten (5 Ob 62/02g). Die Schriftform ist auch für alle Vereinbarungen notwendig, die den Umfang des WE betreffen. Auch die spätere Übertragung von WE bedarf der Schriftform. Schriftlichkeit ist auch für die **Vollmacht** notwendig, die der WE-Bewerber erteilt, Verträge auf Errichtung oder Verschaffung einer Eigentumswohnung abzuschließen (siehe JBl 1984, 315; 5 Ob 62/02g; 5 Ob 203/04w; 5 Ob 242/05g).

Durch eine auf den Wohnungseigentumsvertrag gestützte **Klage auf Zustimmung zur Einverleibung des WE** gemäß der tatsächlichen Widmung können die Kläger ihren Anspruch auf WE-Begründung unmittelbar durchsetzen. Eine selbstständige **Feststellung der Rechtsunwirksamkeit** (Nichtigkeit) der bücherlichen Eintragung kommt nicht in Betracht. Daneben steht den Klägern zur Verfolgung einer vertraglichen Regelung noch der Weg der Antragstellung nach § 9 Abs 2 Z 1 offen, in welchem Verfahren sowohl die Vertragswidrigkeit der Nutzwertberechnung als auch der Verstoß gegen zwingende Grundsätze geltend gemacht werden können (immolex 2005/148, 340 = RZ 2006, 69 = wobl 2006/8, 45 = MietSlg 57.652).

Wer in **Kenntnis der Verpflichtung des Verkäufers, WE zu begründen**, dessen Miteigentumsanteil erwirbt, tritt stillschweigend in diese Verpflichtung ein (immolex 1998/212). Insbesondere verpflichtet eine rechtskräftige Entscheidung über die Nutzwerte die am Verfahren beteiligten Miteigentümer der Liegenschaft ebenso wie deren Rechtsnachfolger, die mit ihrem Kaufvertrag die von ihren Rechtsvorgängern geschaffene Rechtslage akzeptiert haben (wobl 1994/29).

Für den Rechtsakt der **Widmung** bestehen im Gegensatz zum Vertrag über die Begründung von WE **keine Formvorschriften** (MietSlg 31.518, 43.374; wobl 1998/13, 26). Er kann im Stadium der Vorbereitung einer Wohnungseigentumsbegründung auch vom WE-Organisator gesetzt werden, was bei der Errichtung einer größeren Anlage, deren Wohnungen sukzessive abverkauft werden sollen, sogar dem Regelfall entspricht. **Spätere Widmungsänderungen** können konkludent die Zustimmung aller Mit- und Wohnungseigentümer finden, etwa durch jahrelange widerspruchslose Hinnahme eines konsenslosen faktischen Zustands (MietSlg 47.501) oder durch gemeinsame Bemühungen, Abweichungen vom ursprünglichen Bauplan über eine Neufestsetzung der Nutzwerte zu sanieren (MietSlg 31.518; wobl 2003/193, 360 = MietSlg 55.464).

Antrag und Annahme

Ist für einen Vertrag Schriftform vorgeschrieben, müssen Antrag (SZ 41/149) und Annahme schriftlich erfolgen (§ 886 ABGB). Die Schriftform ist auch dann gewahrt, wenn ein von einem Vertragspartner gemachtes Anbot schriftlich angenommen wird (dazu ecolex 1992, 555). In diesem Fall müssen zwei Urkunden vorliegen, da auch das Anbot schriftlich gestellt worden sein muss (ImmZ 1975, 43 = MietSlg 26.409; MietSlg 31.519). Ein ohne Einhaltung der Schriftform abgeschlossener Vertrag ist weder Haupt- noch Vorvertrag und berechtigt auch nicht zur Klage auf Vertragsabschluss und Einräumung von WE (EvBl 1963/205 = ImmZ 1963, 257 = MietSlg 15.587).

Notariatsakt

Der Notariatsaktszwang ist nur dort zu beachten, wo er auch bei schlichten WE-Verträgen gilt (*Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 11 mwN). Es kommt nicht darauf an, welche Bezeichnung die Parteien einem von ihnen abgeschlossenen Vertrag geben. Es ist ausschließlich der Vertragsinhalt maßgebend. Wird in einem Vertrag über eine Eigentumswohnung vereinbart, dass das zu verbüchernde Eigentumsrecht gegen Übernahme der auf dem Liegenschaftsanteil pfandrechtlich sichergestell-

ten Forderung übertragen wird, handelt es sich weder um einen Übergabsvertrag noch um einen Schenkungsvertrag, weil der Übernehmer ein Entgelt zu leisten hat, nämlich die Verpflichtung gegenüber dem Hypothekargläubiger zu erfüllen und den Übernehmer schad- und klaglos halten muss. Ein solcher Vertrag ist daher ein Kaufvertrag und es besteht kein Notariatsaktszwang (MietSlg 30.117, 31.121, 32.120/40; SZ 65/1137). **Schenkungsverträge mit wirklicher Übergabe** bedürfen keines Notariatsakts (SZ 23/383; MietSlg 40.490). Es ist nicht notwendig, dass die wirkliche Übergabe sofort mit dem Vertragsabschluss stattfindet; die Übergabe kann auch nachträglich vorgenommen werden, sie muss aber unbedingt erfolgen, um die Gültigkeit des Vertrags zu gewährleisten.

Übertragung des Miteigentums samt Wohnungseigentum

- 9 Eine **Veräußerung des Miteigentums samt WE** bedarf nicht der Zustimmung der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer. Durch einen solchen Rechtsakt dürfen allerdings die dem neu eintretenden Mit- und Wohnungseigentümer gegen die übrigen zustehenden Rechte nicht zu deren Lasten ausgeweitet werden (MietSlg 30.563).

Vertragsrücktritt

- 10 Ein Rücktritt vom Vertrag ist nur **vor** dem Bucheintrag auf Grund eines gesetzlichen oder vertraglichen Rücktrittsrechts möglich und zulässig. Beschränkungen der durch die in §§ 918 ff ABGB zustehenden Rechte, soweit diese WE-Bewerbern zustehen, sind gem § 38 Abs 1 Z 4 unwirksam. Erweiterungen des Rücktrittsrechts sind dagegen erlaubt.

Willensmängel

- 11 Der WE-Vertrag kommt erst mit der Unterschrift des letzten Mit- und W-Eigentümers zustande, sodass schon das Vorliegen eines Willensmangels bei bloß **einem der Beteiligten** ausreicht, um die Vereinbarung anfechtbar zu machen. Da regelmäßig mehrere Personen beteiligt sind, würde die Gesamtvereinbarung ungültig sein. Nimmt man an, dass die WE-Bewerber in diesem Stadium eine Art GesBR darstellen, käme nur eine Auflösung ex nunc in Frage. Rechtsmängel führen dann zum Ausscheiden des WE-Bewerbers, dessen Vereinbarung mit diesen Mängeln behaftet ist, lassen aber die Wirksamkeit des Gesamtvertrags unberührt. Die Irrtumsanfechtung kann vereinbarungsgemäß ausgeschlossen werden, sofern nicht § 6 Abs 1 Z 14 KSchG anzuwenden ist. Die hA geht dahin, dass die erfolgreiche Irrtumsanfechtung ein Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ex tunc beseitigt. Geht man davon aus, dass ein WE-Vertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet, dessen Rückabwicklung etwa nach Einverleibung und mehrjährigem Bestehen wegen der in der Zwischenzeit von der Eigentümergemeinschaft entfalteten Verwaltungstätigkeit zu untragbaren Ergebnissen führen würde, gelangt man zu einer Ex-nunc-Wirkung.

Genehmigung nach den Grundverkehrsgesetzen

- 12 Ist der Vertrag über eine Eigentumswohnung von einer **Grundverkehrsbehörde** zu genehmigen, ist er bis zur Genehmigung schwebend unwirksam (SZ 60/6 = JBl 1987, 513; EvBl 1994/66 = SZ 66/133). Jeder Vertragsteil hat bei einer Versagung der

Genehmigung das zurückzustellen, was er zu seinem Vorteil erhalten hat, aber nicht mehr (EvBl 1954/273; 1978/84; SZ 54/156; 60/6).

Grundverkehrsrechtliche Beschränkungen des Baugrundverkehrs verfolgen andere Ziele als die Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen Wohnungseigentümern. Sie sind im Übrigen mit In-Kraft-Treten des K-GVG 2002 mit 1.4.2004 für EU-Bürger weggefallen. Für die Zweitwohnsitzregelung gelten raumordnungsrechtliche Sonderregelungen; sie ersetzen oder ändern den notwendigen privatrechtlichen Widmungsakt von Wohnungseigentümern nicht (Zak 2006/577, 335 = immolex 2006/128, 318 = RZ 2006, 231 = wobl 2006/157, 368 = NZ 2007/57, 249).

Umgehungsgeschäft

Gem § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig (SZ 61/42; 64/56 ua). Die **Nichtigkeit** gilt auch für Umgehungsgeschäfte, durch welche, gedeckt durch den Buchstaben des Gesetzes, dessen Zweck vereitelt werden soll. Bedarf ein Vertrag der Genehmigung durch die Grundverkehrsbehörde und wird die Zustimmung versagt, ist der Rechtserwerb nichtig. Zielt eine „Ersatzlösung“ gerade auf die Umgehung der Genehmigungspflicht ab, sind die im Rahmen dieser „Ersatzlösung“ getroffenen Vereinbarungen wegen der sich daraus ergebenden Umgehungsabsicht nichtig. Damit können aber die Wohnungsbesitzer aus der ihnen durch diese nichtige Vereinbarung eingeräumten eigentümerähnlichen Stellung keine Ansprüche ableiten und nicht auf die Erfüllung dessen dringen, was ihnen nur als Wohnungseigentümer zugestanden wäre (MietSlg 31.096 mwN). Wollen die Vertragsparteien die erforderliche grundverkehrsbehördliche Genehmigung in der Annahme, diese würde sowieso versagt, gar nicht beantragen, ist der Vertrag von Anfang an nichtig und der „Käufer“ hat an der Liegenschaft wegen Fehlens eines Titels kein Eigentum erworben und kann sie daher auch nicht wirksam veräußern (immolex 2001/11, 14).

Vertragsauslegung

Unter Absicht der Parteien iSd § 914 ABGB ist nichts anderes als der Geschäftszweck zu verstehen, den jeder der vertragschließenden Teile redlicherweise der Vereinbarung unterstellen muss (MietSlg 23.080, 34.231/13; JBl 1982, 142). Lässt sich auf diese Weise kein eindeutiger Sinn ermitteln, ist die Willensäußerung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (SZ 36/89; 490/86). Dabei sind die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen (JBl 1983, 592; MietSlg 24.132/14 zur Auslegung des Begriffs Erschließungskosten und Anliegerleistungen). Besteht ein gesetzliches Schriftformgebot, ist eine **ergänzende Auslegung** von Urkunden durch den Formzweck beschränkt (5 Ob 181/02g). Hat der WE-Bewerber an der Vertragsverfassung nicht mitgewirkt, scheidet eine Vertragsauslegung zu seinem Nachteil aus (*Binder in Schwimann*, ABGB³ IV § 915 Rz 41 mwN).

Irrtumsanfechtung

Der Irrtum des Erwerbers von WE über die **Größe der Wohnfläche** nach Quadratmetern ist ein Geschäftsirrtum, der in aller Regel auch als beachtlich anzusehen ist,

weil im Allgemeinen das Entgelt für Wohnungsrechte von der Größe der Wohnfläche nicht unmaßgeblich bestimmt wird (MietSlg 32.096/28 mwN). – Siehe *Bydlinski*, Überlistiges Schweigen beim Vertragsabschluss, JBl 1980, 393.

Nichtiger Vertrag

- 17 Ein mündlicher Vertrag auf Begründung von WE ist nicht einklagbar und ungültig (wobl 2005/27, 91 = MietSlg 56.475). Die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit eines Vertrags ist idR nicht von Amts wegen zu beachten, wohl aber die absolute Nichtigkeit. Nur der durch eine Norm Geschützte kann sich auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen (EvBl 1973/277 MietSlg 13.097; SZ 55/182). Dazu genügt idR schon die aus welchem Grund immer erfolgte Bekämpfung eines aus dieser Vereinbarung abgeleiteten Anspruchs (MietSlg 25.076, 31.097). – Siehe *Prader*, Nichtigkeiten bei Wohnungsbegründung und ihre Folgen, immolex 2001, 300.

Teilnichtigkeit

- 18 Ob bei teilweiser Erfüllung eines wegen Formmangels ungültigen Geschäfts eine teilweise Heilung eintritt, ist nach den Regeln über die Teilnichtigkeit zu beurteilen (JBl 1995, 263 = RdW 1995, 107 = SZ 67/10; siehe *Illedits*, Teilnichtigkeit im Privatrecht, JBl 1994, 285). Handelt es sich um eine einheitliche Leistung (zB Ankauf einer zu errichtenden Eigentumswohnung), kommt eine bloße Teilnichtigkeit nicht in Betracht (MietSlg 32.104).

Klage auf Einverleibung

- 19 Sind die WE-Organisatoren mit der Stellung der Anträge oder der Errichtung von Urkunden (§ 37 Abs 2 Z 2) säumig, kann der WE-Bewerber gem § 43 Abs 1 den Liegenschaftseigentümer (auch Erbe oder Ersteher) auf Einwilligung in die Einverleibung seines Eigentums am Mindestanteil und seines WE am zugesagten Objekt bei dem Bezirksgericht klagen, in dessen Sprengel die Liegenschaft gelegen ist. Durch eine gerichtliche Entscheidung über eine **Klage nach § 43** kann gem § 3 Abs 1 Z 2 Wohnungseigentum begründet werden. Als ein den materiellen Voraussetzungen für eine Klage nach § 43 genügenden Titel ist jede Vereinbarung anzusehen, die eine bindende Verpflichtung der Parteien vorsieht, WE zu verschaffen bzw zu übernehmen. Die Klage nach § 43 ist gegen sämtliche Miteigentümer der Liegenschaft als **einheitliche Streitpartei** iSd § 14 ZPO zu richten (RdW 2004/419, 470 = immolex 2004/108, 184 = MietSlg 56.533). – Siehe dann bei § 43.

Richterspruch

- 20 Gem § 3 Abs 1 Z 3 kann durch eine gerichtliche Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft WE begründet werden (SZ 69/111 = ecolx 1996, 594; wobl 1998/153, 235), wobei zur Antragstellung sowohl der Kläger als auch der Beklagte – durch Einrede legitimiert ist (*Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, § 3 Rz 21). Ein Klagebegehren hätte etwa zu lauten: „An der Liegenschaft EZ.. Grundbuch... ist Wohnungseigentum zu begründen“ oder „Die Eigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft EZ... Grundbuch ... wird durch richterliche Wohnungseigentumsbegründung gem § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 aufgehoben“. Die im WEG 1975

gemachte Einschränkung, dass die Begründung von WE in einem a priori auf Natural- oder Zivilteilung anhängigen Verfahren verlangt werden muss, ist in § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 nicht mehr erhalten (*Hausmann* aaO Rz 23 mwN). Bei der Begründung von WE nach § 3 Abs 1 Z 3 handelt es sich um eine **Sonderform der Naturalteilung** (SZ 69/169; EvBl 1996/77 = NZ 1996, 270 = MietSlg 47/32 = wobl 1996, 259 = ecolex 1996, 595; immolex 1998, 214; immoloex 2001/185 = wobl 2003/87; wobl 2004/83 [Call]; ecolex 2004/365, 789 = EvBl 2004/183, 815 = immolex 2004/175, 346 = MietSlg 56.832; immolex-LS 7007/26, 100 = wobl 2007/86, 22; Zak 2007/340 = immolex 2007/125, 242 = EvBl 2007/127 = exoex 2007/245 = JBl 2007, 728; 5 ab 236/07b; kritisch *KleteckalLöcker*, immolex 1998, 115), bei der ein guter Teil der Regeln der §§ 841 bis 853 ABGB zwar nicht angewendet werden kann, wo aber das Gegenteil unter anderem für die Verpflichtung zur Berücksichtigung allfälliger **Rechte Dritter** nach § 847 f ABGB gilt (SZ 55/91 = MietSlg 34/22; ecolex 2004, 789 = EvBl 2004/183, 815 = immolex 2004/175, 346 = MietSlg 56.832, 58.396/26; immolex-LS 2007/26, 100 = wobl 2007/86, 222).

Auch nach dem WEG 2002 hat die „echte“ **Naturalteilung** dort, wo sie möglich ist, Vorrang vor der Teilung durch Begründung von WE (immolex 2001/185). Sind mehr Miteigentümer als mögliche WE-Objekte vorhanden, wird eine Teilung durch richterliche Begründung von WE regelmäßig nicht in Betracht kommen (SZ 69/111, 5 Ob 17/01p; 3 Ob 11/04w). Von diesem Grundsatz ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Anteil des Miteigentümers deutlich unter der für die WE-Begründung erforderlichen Mindestgröße bleibt; ein solcher Miteigentümer ist dann seinem Anteil entsprechend in Geld abzufinden (5 Ob 11/98y). Verzichtet ein Miteigentümer auf die Zuweisung eines eigenen WE-Objekts, genügt es, für die übrigen Miteigentümer WE-Einheiten vorzusehen (5 Ob 268/98t). Da das Gericht einen Titel für die Verbücherung von WE zu schaffen hat, ist ein darauf gerichtetes Klagebegehren notwendig. Teilungsklage- und Teilungsurteil brauchen nur auf Teilung durch Begründung von WE zu lauten und müssen keine bestimmte Art der Teilung enthalten (SZ 2002/90; wobl 2007/86, 222 = immolex-LS 2007/26, 100). **Trotz eingebrachter Klage auf Zivilteilung** ist die Begründung von WE als Sonderform der Realteilung in einem konkreten Fall möglich (dazu SZ 69/169; immolex 1997, 183; NZ 1998, 371). Dann muss aber der Kläger sein Zivilteilungsbegehren auf Teilung durch Begründung von WE umstellen oder er muss bei einem Zivilteilungsbegehren ein Eventualbegehren in den Rechtsstreit einbringen, um die Abweisung der Klage zu vermeiden (dazu SZ 69/11; immolex 1998, 53 und 214; immolex 2001/185 [*Kletecka*] = wobl 2003/87; siehe auch *Kletecka*, wobl 1993, 217). Das stattgebende Urteil bildet den Titel für die Verbücherung des WE (SZ 69/11; siehe auch *Wirth* in *Rummel*³, § 3 WEG Rz 4 bis 6). – Siehe eingehend *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG, Rz 21 bis 39.

Im Hinblick auf das Gesamtziel des WEG 2002, die Entstehung neuer **Mischhäuser** zu verhindern und bestehende Mischhäuser allmählich in „volle“ WE-Häuser überzuführen, sah sich der OGH dazu veranlasst, eine Entscheidung dahin zu fällen, dass es dabei nicht zu einer Aufhebung des gemeinschaftlichen Eigentums komme, sondern lediglich zu einer Transformierung gemischten Eigentums in gänzlich WE, sodass eine Stattgebung des Teilungsbegehrens auch keine unzulässige „Teilaufhebung“ sei

(Zak 2007/340, 193 = immolex-LS 2007/47, 196 = ecolex 2007/245, 596 = EvBl 2007/127, 695; JBl 2007, 728).

- 23** Die „**Aufteilung**“ der **Liegenschaft** erfolgt durch **Einholung eines Nutzwertgutachtens** und konkreter **Zuweisung** der WE-tauglichen Objekte durch den Richter an die Miteigentümer unter sinngemäßer Anwendung der für die Realteilung entwickelten Grundsätze entweder im Erkenntnis- oder im nachfolgenden Exekutionsverfahren (ecolex 2004/365, 789 = EvBl 2004/183, 815 = immolex 2004/175, 346 = MietSlg 56.832). Im Erkenntnisverfahren ist jedenfalls abzuklären, ob die Voraussetzungen des § 3 Abs 2 überhaupt gegeben sind (MietSlg 48.470/21 = ecolex 19096, 594 [*Kletecka*]; wobl 1999/10, 21 [*Pittl*] = MietSlg 50.562/32 = immolex 1999/14, 21; MietSlg 52.074; immolex 2004/175; 5 Ob 198/06p). An eine vom Titelgericht vorgenommene Aufteilung ist das **Exekutionsgericht** gebunden (MietSlg 51.446/19 = immolex 2003/95, 177; ecolex 2004/365 = EvBl 2004/183, 815 = immolex 2004/175, 346 = MietSlg 56.832). In dem auf das Teilungsverfahren folgenden Exekutionsverfahren ist die nähere Art der Teilung mit den Parteien kontradiktorisch zu verhandeln und ein rechtsgestaltender Teilungsbeschluss zu fassen, wobei die konkrete Teilung durch Begründung von WE auch eine Parifizierung der Liegenschaft voraussetzt (3 Ob 259/03i; 3 Ob 11/04w; 5 Ob 198/06p). Der Beschluss, mit dem die beantragte Exekution nach § 351 EO auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von WE bewilligt oder abgewiesen wird, ist anfechtbar (SZ 2002/90). Die für die Liegenschaftsteilung erforderliche **Nutzwertfeststellung**, die im Fall einer Festsetzung durch Gerichtsbeschluss des Exekutionsgerichts für den Teilungsbeschluss verbindlich ist, ist wegen ihres Zusammenhangs mit dem jedenfalls anfechtbaren Teilungsbeschluss selbstständig anfechtbar (3 Ob 259/03i).
- 24** Bei der Begründung von WE in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft sind jedenfalls in Fällen, in denen einzelne Miteigentümer bereits Mieter von künftigen WE-Objekten sind und nicht den ortsüblichen Mietzins zahlen, wogegen bei den fremdvermieteten Wohnungen ein ortsüblicher Zins bezahlt wird, nicht die Verkehrswerte, sondern die sogenannten Aufteilungswerte maßgeblich für die Teilung (3 Ob 11/04w).

Aufteilungsverfahren

- 25** WE kann auch im Rahmen einer gerichtlichen Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse (§§ 81 ff EheG) begründet werden. (*Würth/Zingher/Kovanyi*²¹ § 3 WEG Rz 16). § 3 Abs 1 Z 4 weist keinen über § 86 EheG hinausgehenden oder davon abweichenden Regelungsinhalt auf. Der Gesetzgeber hat in § 3 Abs 1 Z 4 nur die schon nach § 86 EheG mögliche Art der Begründung von WE nochmals an anderer Stelle normiert (*Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 40 bis 43), welche dem Außerstreitrichter die Befugnis einräumt, WE an einer dem Aufteilungsverfahren unterliegenden Liegenschaft zu begründen. Folgt man dieser Ansicht, wird die Ehwohnung nicht erfasst, weil § 87 Abs 1 EheG nur die Übertragung von WE von einem auf den anderen Ehegatten vorsieht, nicht aber die Neuschaffung von WE (siehe *Palten, Wohnungseigentumsrecht*³ Rz 29). Ausgeschlossen ist die Begründung von WE im Aufteilungsverfahren dann, wenn neben den Ehegatten noch ein

weiterer Miteigentümer vorhanden ist, weil der im Aufteilungsverfahren ergehende Beschluss – abgesehen von § 87 Abs 2 EheG – nicht in die Rechte eines Dritten eingreifen darf. Stimmt der Dritte allerdings der Begründung von WE zu, kann das WE begründet werden (dazu *Gantner*, *immolex* 2001, 236; dazu auch *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 42).

Gem § 90 Abs 1 EheG darf ua die Begründung von WE **nur** angeordnet werden, wenn eine **billige Regelung** in anderer Weise **nicht** erzielt werden kann. Jedem Ehegatten soll sein Eigentum an Grund und Boden nach Möglichkeit erhalten bleiben. § 90 geht aber § 83 EheG im Rang nach. **26**

Zwingende Begründung von WE an der gesamten Liegenschaft

Nach § 3 Abs 2 ist die Begründung von WE nur zulässig, wenn sie sich auf alle wohnungseigentumstauglichen (WE-tauglichen) Objekte bezieht, die nach der Widmung der Miteigentümer als WE-Objekte vorgesehen sind (RdW 2004/182, 213 = JBl 2004, 518 = MietSlg 55.457 = SZ 2003/130; wobl 2004/74) (*Würth/Zingher/Kovanyi*²¹ § 3 WEG Rz 17). § 3 Abs 2 gilt nach seinem Zweck für sämtliche Fälle der Begründung von WE an einer Liegenschaft (*Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 3 WEG Rz 55). Es sind daher sämtliche WE-tauglichen Objekte nicht nur bei der Festsetzung der Nutzwerte mit einzubeziehen, sondern auch tatsächlich im WE-Vertrag oder im sonstigen Titel sowie bei der Nutzwertfestsetzung als WE-Objekte vorzusehen (*Vonkilch*, *immolex* 2002, 184; NZ 2004, 189 = wobl 2004/66, 276 = MietSlg 55.516). Stehen nicht allen Miteigentümern entsprechende Liegenschaftsanteile zur Verfügung, bleibt nur eine einvernehmliche Berichtigung der Anteile oder der Weg der Zivilteilungsklage (*Hausmann* aaO Rz 59 mwN). Das gemischte Eigentum ist somit ein „Auslaufmodell“ (*Lattenmayer/Bohm/Reichl-Bischoff*, *Wohnungseigentum*⁴, 4). **27**

§ 3 Abs 2 ist einschränkend dahin auszulegen, dass er im Fall von **Klagen nach § 43 nicht angewendet werden kann**. Daher können die WE-Bewerber nach Fertigstellung des Hauses, in dem ihre WE-Objekte gelegen sind, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen bereits nach § 43 gegen den WE-Organisator die Klage auf Einverleibung ihres WE-Rechts einbringen (MietSlg 55.499). Ob ein solcher § 3 Abs 2 durchbrechender Sachverhalt überhaupt vorliegt, der die Voraussetzungen für die analoge Anwendung des § 43 Abs 1 als gerechtfertigt erscheinen lässt, ist nicht im Grundbuchverfahren zu prüfen, sondern bleibt dem Streitverfahren vorbehalten (5 Ob 99/05b). **28**

Die uneingeschränkte Anwendung des § 3 Abs 2 auch im Fall der Klageführung nach § 43 würde bedeuten, dass das WE so lange nicht einverleibt werden könnte, als nicht hinsichtlich aller entsprechenden Objekte WE begründet würde, dh, dass durch § 3 Abs 2 die Einverleibung des Wohnungseigentumsrechts der WE-Bewerber auf für sie nicht absehbare Zeit, zumindest zum Teil vom Willen des WE-Organisators abhängig, hinausgeschoben würde. Das widerspricht aber eindeutig dem Willen des Gesetzgebers und würde zu einer massiven Verschlechterung der Rechtsstellung des WE-Bewerbers führen. Zur Lösung dieses Widerspruchs schlägt *Würth* (wobl 2002, 120) vor, dass der WE-Organisator nach § 43 nicht nur zur Einwilligung in die Einverleibung des WE-Bewerbers am Mindestanteil geklagt werden kann, sondern außerdem auch auf Erstellung der Urkunden zur Einverleibung des WE auch für die übrigen Mitei- **29**

gentumsanteile, sogar auf Stellung des Grundbuchsantrags dazu (ecolex 2004/126, 274 = MietSlg 55.499).

Allgemeine Teile der Liegenschaft

- 30 Wenn in § 3 Abs 3 ausgesprochen wird, dass an allgemeinen Teilen der Liegenschaft kein WE begründet werden darf, wird damit nur Selbstverständliches gesagt.

Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 31 Das Rücktrittsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage steht dem Käufer zu, wenn der im Vertrag zum Ausdruck gebrachte Vertragszweck, nämlich die Begründung von WE, nicht nur vorübergehend unerreichbar geworden ist, wie zB im Fall der Aufhebung der Baubewilligung durch den VwGH (MietSlg 23.078, 24.210).

Wirkung der Wohnungseigentumsbegründung auf ein bestehendes Mietverhältnis

§ 4. (1) Mit der Begründung von Wohnungseigentum an einem vermieteten wohnungseigentumstauglichen Objekt geht die Rechtsstellung des Vermieters auf den Wohnungseigentümer über, dem das Wohnungseigentum an diesem Objekt zukommt.

(2) Soweit der Hauptmieter des Wohnungseigentumsobjekts Geldansprüche aus dem Mietverhältnis, die noch aus der Zeit vor der Begründung des Wohnungseigentums an dem von ihm gemieteten Objekt herühren, gegen den Wohnungseigentümer auch durch Exekution nicht hereinbringen kann, haftet die Eigentümergemeinschaft für den Ausfall.

(3) Der Hauptmieter des Wohnungseigentumsobjekts kann mietrechtliche Ansprüche, die sich auf die allgemeinen Teile der Liegenschaft oder auf die Liegenschaft als Gesamtheit beziehen, ungeachtet der Rechtsstellung des Wohnungseigentümers als Vermieter auch gegen die Eigentümergemeinschaft geltend machen.

- 1 Der **WE-Eigentümer** hat das **alleinige Recht**, das WE-Objekt und damit verbundene Räumlichkeiten **zu vermieten**. Mietverträge, die mit dem Wohnungseigentümer oder mit dem WE-Bewerber direkt abgeschlossen werden, sind Hauptmietverträge (§ 2 Abs 1 MRG; immolex 2004/145, 279 = RdW 2005/13, 17 = wobl 2006/27, 91 = MietSlg 56.241). Da der Wohnungseigentümer die übrigen Mit- und Wohnungseigentümer nicht repräsentiert, sondern ausschließlich sein WE-Objekt vermietet, besteht **keine vertragliche Beziehung des Mieters zu den übrigen Mit- und WE-Eigentümern** (immolex –LS 2005/34, 133 = wobl 2005/82, 238 = SZ 2005/24 = MietSlg 57.255); das gilt auch für die allgemeinen Teile der Liegenschaft (wobl 1994/55, 209). § 4 enthält die Regelung von so genannten „**Altmietverhältnissen**“, das sind Fälle, wo an einem vermieteten Objekt nachträglich WE begründet wurde (dazu Würth in *Rummel*³,