

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Lovrek, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E* I* Ges.m.b.H., *, vertreten durch Dr. Heinz Meller, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Mag. M* K*, vertreten durch Pflaum · Karlberger · Wiener · Opetnik Rechtsanwälte in Wien, wegen Zivilteilung (Streitwert 45.711,21 EUR), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. April 2014, GZ 12 R 124/13p-16, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 17. Juni 2013, GZ 2 Cg 27/13z-12, aufgehoben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache zu Recht erkannt, dass das Urteil des Erstgerichts einschließlich der Kostenentscheidung wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 7.470,18 EUR (davon 791,03 EUR Umsatzsteuer und 2.724 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin ist zu zwei Drittel (B-LNR 1) und die Beklagte zu einem Drittel (B-LNR 2) Miteigentümerin der verfahrengegenständlichen Liegenschaft. Auf der

Liegenschaft mit einer verbauten Fläche von 766 m² befindet sich ein dreigeschossiges Mietshaus aus der Gründerzeit mit 23 Bestandobjekten unterschiedlicher Größe (16 Wohnungen, 6 Geschäftslokale, 1 Garage), die allesamt vermietet sind. Der Rohdachboden ist nicht ausgebaut. Eine Kommanditgesellschaft betreibt im Haus eine Apotheke. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin ist die Tochter der Beklagten. Die Beklagte ist Kommanditistin.

Auf der Liegenschaft besteht die Möglichkeit, Wohnungseigentum für die 23 Bestandobjekte zu begründen. Der Rohdachboden ist derzeit nicht ausgebaut. Es handelt sich dabei um keine notwendigen Allgemeinflächen, sondern um solche, die als sonstige selbständige Räumlichkeiten wohnungseigentumsfähig sind und parifiziert werden können.

Der von der Klägerin mit der Erstattung eines Privatgutachtens beauftragte Sachverständige bewertete den Verkehrswert der gesamten Liegenschaft im derzeitigen Zustand „bei Zivilteilung“, dh ohne Begründung von Wohnungseigentum, mit rund 2.670.000 EUR. Dabei legte er als Prämisse die Ausbaubarkeit des Dachbodens und ein Flächenpotential des derzeit unausgebauten Dachbodens von 910 m² zugrunde. Die Bewertung erfolgte unter der Annahme, dass die statischen Erfordernisse zum Ausbau des Dachgeschosses gegeben seien, was vom Sachverständigen nicht überprüft worden war. In diesem Zusammenhang wird im Gutachten ausgeführt, die tatsächliche Ausbaubarkeit habe nach statischen Erfordernissen zu erfolgen, zumal die Liegenschaft teilunterkellert sei. Daher sei bei genauerer Planung Rücksprache mit der MA 37S (Fachabteilung Statik) zu halten und seien gegebenenfalls die Richtlinien eines Neubaus einzuhalten.

Nach dem Gutachten würde bei Begründung von

Wohnungseigentum an den 23 Bestandobjekten die Summe der Verkehrswerte dieser Objekte rund 2.050.000 EUR betragen. Die allfällige Ausbaubarkeit des Dachbodens berücksichtigte der Sachverständige dabei mit folgender Begründung nicht:

Ein allenfalls beabsichtigter Ausbau bzw eine Aufstockung bedürfe der Zustimmung aller Wohnungseigentümer, von welcher aus Vorsichtsgründen nicht ausgegangen werden könne. In Ermangelung einer solchen Zustimmung könnten diese Flächen nicht ausgebaut und für Wohnzwecke nutzbar gemacht werden. Der Rohdachboden bzw das Flächenpotential für eine allfällige Aufstockung sei daher wertmäßig nicht anzusetzen.

Die **Klägerin** beehrte die Zivilteilung der Liegenschaft. Die Realteilung durch Wohnungseigentumsbegründung sei untunlich. Im Fall einer Zivilteilung ergebe sich aufgrund des Ausbaupotentials des Dachbodens ein Verkehrswert der Liegenschaft in Höhe von rund 2.670.000 EUR. Bei Begründung von Wohnungseigentum entfalle dagegen der Ausbau des Dachbodens und die Summe der Verkehrswerte der einzelnen Wohnungseigentumsobjekte betrage nur rund 2.050.000 EUR. Im Fall der Begründung von Wohnungseigentum ergebe sich somit eine Verringerung des Verkehrswerts der Liegenschaft um rund 620.000 EUR. Die Klägerin sei nicht bereit, gemeinsam mit der Beklagten einen Ausbau des Dachbodens zu organisieren und durchzuführen, weil sich aus den bisherigen Gesprächen mit der Beklagten ergeben habe, dass die vielen Details, die dabei geklärt werden müssten, mit der Beklagten nicht ausverhandelt werden könnten und keine Einigung erzielbar wäre. Es sei unmöglich, den Dachbodenausbau gemeinsam mit der Beklagten zu realisieren. Hingegen sei nach erfolgter Zivilteilung ein Alleineigentümer in der Lage, diesen

durchzuführen. Bei Ausbau des Dachbodens sei unter Ausnutzung der gültigen Bebauungsbestimmungen eine zusätzliche Nettogrundfläche von ca 910 m² zu erzielen, in welchem Fall der Verkehrswert der Liegenschaft 2.670.000 EUR betrage.

Die **Beklagte** bestritt das Zivilteilungsbegehren, beantragte Abweisung der Klage und wandte ein, die begehrte Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft sei aufgrund ihres hohen Alters sowie ihres Gesundheitszustands vorübergehend unzumutbar und wegen der im Haus seit Jahrzehnten mit der Tochter betriebenen Apotheke wirtschaftlich nachteilig. Jedenfalls gehe die Aufhebung der schlichten Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum der Zivilteilung vor. Im Haus seien so viele wohnungseigentumstaugliche Objekte vorhanden, dass die Begründung von Wohnungseigentum möglich und auch tunlich sei. Die Liegenschaft würde dadurch im Vergleich zur Zivilteilung sogar eine Wertsteigerung erfahren. Ob ein Dachbodenausbau möglich sei und es irgendwann einmal dazu kommen werde, sei völlig ungewiss und daher unbeachtlich.

Das **Erstgericht** wies die Klage ab. Es war rechtlich der Ansicht, dass der Realteilung der Vorrang gegenüber der Zivilteilung zukomme. Dass an der Liegenschaft Wohnungseigentum begründet werden könne, bestreite die Klägerin nicht. Auch diese Form der Naturalteilung habe Vorrang vor der Zivilteilung, weshalb das nur auf Zivilteilung gerichtete Klagebegehren abzuweisen sei. Der Einwand der Klägerin, die Realteilung sei untunlich, weil bei Zivilteilung ein höherer Verkehrswert erzielt werden könne, sei unbeachtlich, weil der mögliche Dachbodenausbau ein ungewisses, in der Zukunft liegendes und daher nicht zu berücksichtigendes Ereignis sei. Durch die Realteilung

komme es gegenüber dem derzeitigen Zustand des (schlichten) Miteigentums zu keiner Verschlechterung oder Wertminderung. Dazu komme, dass auch bei Begründung von Wohnungseigentum die Möglichkeit bestehe, den Dachboden auszubauen und an den neu geschaffenen Räumlichkeiten Wohnungseigentum zu begründen. Das Vorbringen der Klägerin, bei Zivilteilung könne der Ersteher alleine über den Dachbodenausbau entscheiden, vermöge nicht zu überzeugen, weil auch die Möglichkeit bestehe, dass eine Eigentümerpartnerschaft oder mehrere Personen gemeinsam den Zuschlag erhielten und daher wieder schlichtes Miteigentum begründet werden könnte. Letztlich laufe es darauf hinaus, wer den Gewinn aus dem Dachbodenausbau lukrieren solle. Diese zukünftige wirtschaftliche Gewinnmöglichkeit für einen allfälligen Alleineigentümer begründe keine Untunlichkeit der Realteilung. Das Vorbringen der Klägerin, sie sei nicht bereit, gemeinsam mit der Beklagten einen Dachbodenausbau durchzuführen, sei unbeachtlich, weil es auf einem (faktischen) Entschluss der Klägerin beruhe, der nicht dazu führen könne, eine (vorrangige) Naturalteilung zu verhindern.

Das **Berufungsgericht** gab der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung der Klägerin dahin Folge, dass es das angefochtene Urteil aufhob und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwies. Rechtlich führte das Berufungsgericht aus, es sei hier nicht strittig, dass die Begründung von Wohnungseigentum grundsätzlich möglich wäre und die 23 wohnungseigentumstauglichen Objekte zwischen den Streitteilen so aufgeteilt werden könnten, dass das Verhältnis der Summen ihrer Anteile ihren jetzigen Miteigentumsanteilen annähernd entspräche. Die Klägerin behaupte lediglich die

Untunlichkeit der Begründung von Wohnungseigentum, weil damit das Ausbaupotential betreffend die Dachbodenfläche verloren ginge und aus diesem Grund die Summe der Werte der Wohnungseigentumsanteile erheblich geringer wäre als der bei einer Veräußerung der Liegenschaft im Weg der Zivilteilung erzielbare Erlös. Der Klägerin sei grundsätzlich zuzustimmen, dass sich ein tatsächlich vorhandenes Ausbaupotential betreffend den Dachboden im Verkehrswert der Liegenschaft niederschlage, wenn genügend Interessenten vorhanden seien, die sich für den Erwerb der Liegenschaft interessierten, weil sie das Dachgeschoss ausbauen und - allenfalls nach Parifizierung der Liegenschaft - verwerten wollten. Die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass die allfällige Möglichkeit des Dachbodenausbaus als ungewisses, in der Zukunft liegendes Ereignis bei der Beurteilung, ob die Begründung von Wohnungseigentum tunlich sei, nicht zu berücksichtigen sei, sei daher nicht zu teilen. Ob dieses Ausbaupotenzial im Fall der Begründung von Wohnungseigentum verloren ginge und daher die Summe der Werte der einzelnen Anteile wesentlich geringer wäre als der Wert der Liegenschaft in ungeteiltem Zustand, könne auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen noch nicht beurteilt werden. Zum Ausbau des Rohdachbodens zu Wohnungen und deren Verwertung wäre die Zustimmung der Beklagten erforderlich, weil es sich dabei um Verfügungen über das gemeinschaftliche Gut nach § 828 Abs 1 ABGB handle (vgl 5 Ob 150/10k für die Umwidmung einer als allgemeiner Teil gewidmeten Hausbesorgerwohnung unter Begründung von selbständigem Wohnungseigentum daran). Nach dem Vorbringen der Klägerin sei eine gemeinsame Durchführung des Dachbodenausbaus nicht möglich, weil eine Einigung über die dabei zu klärenden Details nicht zu erzielen

wäre. Nun wäre aber die gemeinsame Durchführung des Ausbaus durch die Streitparteien nach erfolgter Begründung von Wohnungseigentum für die Nutzung des allfälligen Ausbaupotenzials (und damit für die Tunlichkeit einer Realteilung durch Begründung von Wohnungseigentum) nicht notwendig. Stattdessen könnte die Beklagte dem Ausbau des Dachbodens und dessen Verwertung durch die Klägerin vorweg zustimmen und könnten die dort zu schaffenden Wohnungen der Klägerin mit vorläufigen Nutzwerten zugewiesen werden (vgl. 10 Ob 242/02i), die dann nach Fertigstellung der Wohnungen gemäß § 9 Abs 2 Z 3 WEG 2002 allenfalls zu berichtigen seien. Sollte diesbezüglich keine Außerstreitstellung erfolgen, werde der von der Klägerin zum Beweis dafür, dass der Dachboden entsprechend dem Privatgutachten Beilage ./A ausbaubar sei, beantragte Sachverständigenbeweis aufzunehmen sein. Sollte der Ausbau des Dachbodens möglich sein, werde mit der Beklagten zu erörtern sein, ob sie im Zuge einer Realteilung durch Wohnungseigentumsbegründung dem Ausbau des Dachbodens durch die Klägerin allein und der Zuweisung der dort zu schaffenden Wohnungen mit vorläufigen Nutzwerten an diese zustimme. Sei dies der Fall, dann wäre die Untunlichkeit der Begründung von Wohnungseigentum zu verneinen. Dasselbe gelte, wenn der Ausbau - etwa mangels der erforderlichen statischen Voraussetzungen - nicht möglich wäre. Mangels Spruchreife sei daher der Berufung im Sinn des primär gestellten Aufhebungsantrags Folge zu geben.

Das Berufungsgericht sprach über Ergänzungsauftrag aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der Rekurs zulässig sei. Es fehle höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob bei dem zur Prüfung der

Möglichkeit und Tunlichkeit der Realteilung durch Begründung von Wohnungseigentum anzustellenden Vergleich zwischen dem Verkehrswert einer Liegenschaft mit einem darauf errichteten Zinshaus in ungeteiltem Zustand einerseits und der Summe der Werte der bei Begründung von Wohnungseigentum entstehenden Anteile andererseits ein vom Zivilteilungskläger behauptetes Ausbaupotenzial beim Dachboden außer Betracht zu bleiben habe, insbesondere dann, wenn noch gar kein bewilligungsfähiger Einreichplan vorliege.

Gegen diesen Beschluss des Berufungsgerichts richtet sich der **Rekurs** der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss zur Gänze aufzuheben und in der Sache selbst zu erkennen, dass das Urteil des Erstgerichts im klagsabweisenden Sinn wiederhergestellt werde. Hilfsweise stellt die Beklagte einen weiteren Abänderungs- sowie einen Aufhebungsantrag. Die Beklagte führt in ihrem Rechtsmittel im Wesentlichen aus, das Erstgericht habe den Sachverhalt richtig beurteilt. Der Privatsachverständige habe sich weder mit den technischen Möglichkeiten, noch mit den rechtlichen Voraussetzungen eines Dachbodenausbaus auseinandergesetzt, sondern diese hypothetisch als gegeben angenommen. Die tatsächliche Bebauungsfähigkeit sei daher völlig offen. Bei diesen ungeklärten Umständen würde auch im Rahmen einer Versteigerung (Zivilteilung) das vermeintliche Ausbaupotenzial nicht berücksichtigt bzw als werterhöhend angesetzt werden (können). Maßgeblich sei daher nur der Wert der Liegenschaft ausschließlich unter Berücksichtigung sicherer und bewiesener Fakten, ohne dass Raum für Hypothesen, Spekulationen, Mutmaßungen oder Unterstellungen bleibe. Durch die Realteilung komme es

daher zu keiner Verschlechterung oder Wertminderung.

Die Klägerin erstattete eine **Rekursbeantwortung** mit dem Antrag, den Rekurs nicht zuzulassen, in eventu diesem nicht Folge zu geben und den angefochtenen Beschluss zu bestätigen. Ein möglicher Dachbodenausbau sei kein ungewisses künftiges Ereignis, sondern als Eigenschaft eines Zinshauses festzustellen und zu bewerten. Ein vernünftiger Erwerber sei selbstverständlich bereit, für eine derartige Ausbaumöglichkeit einen entsprechend höheren Betrag zu bezahlen.

Der Rekurs der Klägerin ist zulässig und im Ergebnis auch berechtigt, weil das Berufungsgericht bestimmte Aspekte der Teilung ins Wohnungseigentum unrichtig beurteilt hat.

1. Die Begründung von Wohnungseigentum gilt als Sonderform der Realteilung (RIS-Justiz RS0106352; RS0013236 [T2]). Der Realteilung kommt grundsätzlich Vorrang vor der Zivilteilung zu (§ 843 ABGB; RIS-Justiz RS0013236; *Sailer* in KBB⁴ § 843 ABGB Rz 1). Sie setzt im Fall der Begründung von Wohnungseigentum voraus, dass wohnungseigentumstaugliche Objekte in ausreichender Zahl vorhanden sind oder ohne unverhältnismäßigen Aufwand geschaffen werden können und dass die Miteigentümer auch über ausreichende Mindestanteile verfügen, die die Zuweisung von Sondernutzungsrechten an konkreten Objekten erlauben (vgl RIS-Justiz RS0101771; *Würth* in *Rummel*³ § 3 WEG Rz 6; jüngst 5 Ob 52/14d). Dass diese Voraussetzungen hier im Grundsatz vorliegen, kann angesichts der großen Zahl wohnungseigentumstauglicher Objekte und der lediglich zwei Miteigentümer nicht zweifelhaft sein und ist überdies unstrittig.

2. Für die Möglichkeit des Dachbodenausbaus

und die daraus gegebenenfalls realisierbare Wertsteigerung der Liegenschaft spielen offenbar primär noch nicht abschließend geklärte statische Anforderungen eine entscheidende Rolle. Diese Tatfragen, also die rein faktischen Möglichkeiten für die Verwertung des Dachbodens, hängen dagegen nicht von der Art der Teilung ab. Egal, ob also Zivil- oder Realteilung durch Wohnungseigentumsbegründung erfolgt, an den technischen Möglichkeiten des Dachbodenausbaus und dem damit verbundenen Wertschöpfungspotenzial ändert sich durch die Teilungsart nichts. Insoweit sind daher die damit zusammenhängenden Tatfragen nicht entscheidungsrelevant.

3. Im Übrigen ist die Beurteilung, ob Zivil- oder Realteilung durch Begründung von Wohnungseigentum erfolgt, nur ausnahmsweise von der Zustimmung der oder einzelner Teilhaber abhängig. Blicke bei der Naturalteilung einer Liegenschaft ein Teilstück höherwertig als ein ideeller Anteil und ist der auf Zivilteilung geklagte Miteigentümer mit der Zuweisung des geringerwertigen Teils ohne Verlangen einer Ausgleichszahlung einverstanden, kann der Naturalteilung der Vorrang zukommen (5 Ob 93/10b wobl 2011/37 [*Hausmann*]; 1 Ob 613/87 MietSlg 39/33). In einem solchen Fall kommt es dann nicht darauf an, dass alle Teilhaber dem Wert nach gleichbehandelt werden müssen und nur geringfügige Wertunterschiede in Geld ausgeglichen werden können (RIS-Justiz RS0013838; insb 5 Ob 15/02w; 5 Ob 167/04a). Auch dann, wenn eine (Real-)Teilung ins Wohnungseigentum durch Begründung einer Eigentümerpartnerschaft erfolgen soll, bedarf eine solche Art der Teilung für ihre Zulässigkeit (Tunlichkeit) deshalb der Zustimmung der möglichen Eigentümerpartner, weil diese dadurch noch enger aneinander gebunden werden als die

zuvor schlichten Miteigentümer (5 Ob 4/09p wobl 2009/121 [T. Hausmann] = JBl 2009, 697 = SZ 2009/55; 5 Ob 93/10b wobl 2011/37 [T. Hausmann] = NZ 2011/59).

4. Abgesehen von besonderen, zuvor angesprochenen Konstellationen ist dagegen die Zulässigkeit (Tunlichkeit) der Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum - offenbar entgegen der Ansicht der Klägerin und des Berufungsgerichts - nicht davon abhängig, dass die Teilhaber über die konkrete Art und Weise der Gestaltung eines oder einzelner möglicher Wohnungseigentumsobjekte (hier: beim gegebenenfalls faktisch möglichen Dachbodenausbau) Einigung erzielen. Gegenteiliges folgt auch nicht aus § 841 zweiter Satz ABGB, bedeutet doch die dortige Anordnung, wonach die Teilung „zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen“ vorgenommen werden müsse, nur, dass jeder Teilhaber Anspruch auf objektiv gleichmäßige Behandlung hat (3 Ob 538/82 SZ 55/90; 3 Ob 11/04w; *Gamerith in Rummel*³ § 841 ABGB Rz 6; vgl dazu auch T. Hausmann wobl 2011/37, Anm zu 5 Ob 93/10b). Wollte man für die Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum ein Einvernehmen der Teilhaber über die Gestaltung möglicher Wohnungseigentumsobjekte verlangen, würde dies eine solche Art der Teilung in Verfahren über eine Teilungsklage weitestgehend ausschließen. Vielmehr ist dann, wenn - wie hier - die Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum grundsätzlich möglich ist, dieser Teilungsart gegenüber der Zivilteilung der Vorzug zu geben und die konkrete Durchführung dieser Teilung hat dann im Exekutionsverfahren zu erfolgen (vgl 3 Ob 11/04w JBl 2005, 106 = MietSlg 56.543/21; RIS-Justiz RS0118839; *Klicka in Angst*² § 351 EO Rz 4).

5. Im Ergebnis bedarf es somit der vom

Berufungsgericht für erforderlich erachteten Verfahrensergänzung, die im Wesentlichen auf die Klärung abzielt, ob der Dachbodenausbau technisch möglich und über dessen Durchführung zwischen den Parteien Einvernehmen erzielt werden kann, nicht. Die Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum ist im vorliegenden Fall grundsätzlich möglich und dabei ist ein Einvernehmen der Parteien über die Art und Weise des gegebenenfalls durchführbaren Dachbodenausbaus und die Zuteilung daraus erzielbarer Objekte für die Bewilligung der Teilung nicht notwendig, womit sich die Rechtssache als entscheidungsreif erweist. Da der möglichen Realteilung der Vorzug zu geben ist und die Klägerin bis zuletzt auf Zivilteilung beharrte, ist das klageabweisende Ersturteil wiederherzustellen.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 ZPO (iVm § 50 ZPO). Für den Rekurs an den Obersten Gerichtshof gebührt nur ein Einheitssatz von 50 %.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 18. November 2014
Dr. D a n z l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: