

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Höllwerth, die Hofrätin Dr. Grohmann sowie die Hofräte Mag. Wurzer und Mag. Painsi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** Privatstiftung, *****, vertreten durch Dr. Anton Hintermeier und andere Rechtsanwälte in St. Pölten, gegen die beklagten Parteien 1. K***** S***** und 2. B***** S*****, beide *****, beide vertreten durch Dr. Roberto Hirnsberger, Rechtsanwalt in Kitzbühel, wegen Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. Februar 2016, GZ 13 R 179/15m-21, mit dem das Urteil des Landesgerichts St. Pölten vom 3. August 2015, GZ 3 Cg 15/12t-17, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Die klagende Privatstiftung ist zu 8/11-Anteilen, der Erstbeklagte zu 1/11-Anteilen und die Zweitbeklagte zu 2/11-Anteilen Eigentümer der Liegenschaft EZ ***** GB *****.

Die klagende Partei war 2002 Alleineigentümerin dieser Liegenschaft. Am 28. 11. 2002 schloss sie sowohl mit dem Erstbeklagten als auch mit der Zweitbeklagten gleichlautende Kaufverträge, mit denen jeweils 1/11-Anteil der Liegenschaft verkauft wurde. Die Kaufverträge lauteten auszugsweise wie folgt:

„[...]

2.) Mit rechtskräftigem Bescheid des Magistrates ***** vom 3. 7. 2001 ... wurde die behördliche Bewilligung erteilt, auf dem Grundstück Nr. ***** eine Reihenhauanlage in Fertigteilbauweise zu errichten.

3.) K kauft von VK ideelle Miteigentumsanteile am Grundstück Nr. *****, um darauf gemäß den baubewilligten Plänen ein Fertigteilhaus zu errichten. Bedingung für das Zustandekommen dieses Kaufvertrages ist, dass K gleichzeitig mit der Unterfertigung dieses Kaufvertrages einen Werkvertrag zur Errichtung eines Fertigteilhauses mit der E***** Ges.m.b.H., FN *****, abschließt.

Die kaufende Partei nimmt zur Kenntnis, daß auf dem Grundstück Nr ***** die Errichtung von 11 Reihenhäusern vorgesehen ist (siehe Beilage ./I).

[...]

7. Nach Errichtung von 11 Wohneinheiten wird am gegenständlichen Objekt bis spätestens 30. 6. 2004 Wohnungseigentum begründet. Mit diesem Kaufvertrag überträgt VK dem K diejenigen Miteigentumsanteile, mit denen in weiterer Folge das Wohnungseigentum am Haus J [= Beilage ./E betreffend den Erstbeklagten]/K [= Beilage ./1 betreffend die Zweitbeklagte] (siehe Beilage ./I) samt dazugehörigen Außenanlagen verbunden sein wird.

[...]

VII. Verpflichtung zur Begründung von Wohnungseigentum

1.) K verpflichtet sich, mit dem VK bzw den übrigen Erwerbern des gegenständlichen Grundstückes einen Vertrag zur Begründung von Wohnungseigentum im Sinne des beiliegenden 'Vorvertrages zum Wohnungseigentum' (./III) abzuschließen und sämtliche hiefür notwendigen Urkunden zu fertigen und Erklärungen abzugeben. Zum Zeichen dafür unterfertigt K gleichzeitig Beilage ./III. [...]

[...]

5.) Sollte für K vor Begründung von Wohnungseigentum bereits Miteigentum einverleibt werden, verzichtet er bis zur rechtskräftigen Begründung desselben im Grundbuch auf die Einbringung der Teilungsklage.

6.) Bis zur rechtskräftigen Begründung von Wohnungseigentum im Grundbuch wird vereinbart, die Einräumung von Wohnungseigentum am vertragsgegenständlichen Wohnungseigentumsobjekt für K im Grundbuch anzumerken.“

Auf dem Plan der Beilage I ist eine Reihenhausanlage mit 11 Häusern (bezeichnet als Häuser A bis K) eingezeichnet. Es handelte sich nicht um eine geschlossene verbaute Reihenhausanlage, sondern um jeweils freistehende, insgesamt vier Doppelhäuser sowie eine Tripleeinheit.

Am Tag der Unterzeichnung des Kaufvertrags schlossen die Beklagten je einen Werkvertrag zur Errichtung eines Fertigteilhauses mit der in Punkt III des Kaufvertrags genannten Gesellschaft sowie untereinander einen Vorvertrag zum Wohnungseigentum. Dieser lautete auszugsweise wie folgt:

„[...]

§ 1

Die Vertragsteile haben mit gesonderter Erwerbsurkunde das Grundstück Nr ***** des Grundbuches ***** erworben. Darauf soll nach den vorliegenden Plänen (Beilage ./1) eine Reihenhausanlage errichtet werden. Sie fassen nunmehr den Beschluss, hieran Wohnungseigentum im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 zu begründen. Zu diesem Zweck verpflichten

sich die Vertragsteile, die von ihnen erworbenen Miteigentumsanteile nach Maßgabe der rechtskräftigen Nutzwertfeststellungen unentgeltlich zu berichtigen und alle hiefür erforderlichen Erklärungen in geeigneter Form abzugeben. Für die Dauer bis zur Begründung von Wohnungseigentum verzichten die Vertragsteile darauf, die Aufhebung des Miteigentums durch Teilungsklage zu begehren.

[...]“

An beiden Liegenschaftsanteilen der Beklagten wurde die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 im Grundbuch angemerkt: Zu Gunsten des Erstbeklagten am Reihenhause K sowie zu Gunsten der Zweitbeklagten am Reihenhause J. Auf dem Grundstück wurde ca an jener Stelle, an der die Häuser der Beklagten J und K laut dem ursprünglichen Plan errichtet werden sollten, ein Doppelhaus errichtet, das jedoch anders ausgeführt ist, als ursprünglich geplant. Weitere Häuser wurden nicht errichtet.

2004 erwarb die Zweitbeklagte einen weiteren 1/11-Anteil der Liegenschaft. Auch auf diesem Anteil ist die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG 2002 an Reihenhause J angemerkt.

Die in den Verträgen genannte Baugesellschaft ist seit 29. 11. 2010 aufgelöst und wurde mittlerweile liquidiert.

Mit Verordnung des Gemeinderats S***** vom 30. 4. 2014 wurde der Bebauungsplan in der Katastralgemeinde P***** abgeändert. Seitdem ist auf dem Grundstück nur mehr eine gekoppelte oder offene Bauweise zulässig, nicht aber die in den Plänen vorgesehene Gruppenbauweise.

Die **klagende Partei** beehrte die Aufhebung der Eigentümergemeinschaft durch Realteilung in dem Sinn, dass

die bisher von den Beklagten genutzten Flächen in deren Miteigentum bleiben und sie Alleineigentümerin der restlichen Flächen wird. Zusammengefasst brachte sie vor, sie sei in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis zum Bauträger gestanden. Die Beklagten hätten beabsichtigt, von einem Bauträger Reihenhäuser errichten zu lassen. Es sei vorgesehen gewesen, dass die Beklagten mit den weiteren Erwerbern von Reihenhäusern einen Wohnungseigentumsvertrag schließen würden. Die Häuser der Beklagten seien fertig gestellt worden und würden seit Jahren benützt. Nach der Insolvenz des Bauträgers seien weitere Häuser nicht zu realisieren. Die Beklagten lehnten eine Naturalteilung unbegründet ab. Die klagende Partei habe daran ein Interesse, weil sie zwar Eigentümer von 8/11-Anteilen der Liegenschaft sei, aber weder die unbebaute Fläche verkaufen noch einen Käufer für den ideellen Anteil finden könne. Die Realteilung sei auch für die Beklagten vorteilhaft. Sämtliche Versorgungsleitungen ihrer Häuser seien direkt an das öffentliche Gut angeschlossen. Die Teilung sei auch problemlos möglich, durch eine schlichte geradlinige Grenzziehung würden gleichartige und gleichwertige Grundstücke entstehen. Die Klägerin selbst habe mit den Beklagten keinen Vertrag über die Einräumung von Wohnungseigentum geschlossen. Die Zweitbeklagte habe nachträglich weitere 1/11-Anteile der Liegenschaft gekauft, eine ganz konkrete Fläche in Besitz genommen und auch einen Zaun errichtet. Es sei auch ein anderes Gebäude als ursprünglich geplant errichtet worden, was die Errichtung der ursprünglich geplanten Reihenhausanlage ausschließe. Nach Änderung des Bebauungsplans sei eine Gruppenbauweise nicht mehr zulässig. Die Teilung sei auch deshalb vorteilhaft für die Beklagten, weil ursprünglich zwischen den Häusern J und I

der Reihenhausanlage lediglich ein Abstand von 4 m vorgesehen gewesen sei und nunmehr aufgrund des Teilungsplans zumindest ein Abstand von 6 m sichergestellt werde.

Die **Beklagten** wendeten insbesondere ein, die klagende Partei sei verpflichtet zur Begründung von Wohnungseigentum und zur Bebauung der Liegenschaft im Sinne des Bescheids der Baubehörde bzw der bindenden Zusage über die zukünftige Ausgestaltung der Anlage. Sie könne nicht durch eine beliebige Teilung von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen. Es sei nicht sicher, dass die Miteigentumsanteile der Beklagten den sich im Zuge der Nutzwertfeststellung ergebenden Anteilen entsprechen. Die Streitteile hätten bis zur rechtskräftigen Begründung des Wohnungseigentums auf die Einbringung einer Teilungsklage verzichtet. Die Bebauung der Liegenschaft gemäß dem Baubescheid sei ebenso wie der Teilungsverzicht Geschäftsgrundlage für den Kaufvertrag gewesen. Der Kaufvertrag stamme aus dem Jahr 2001, die Änderungen des Bebauungsplans aus dem Jahr 2014. Die Klägerin hätte 14 Jahre Zeit gehabt, ihren vertraglichen Verbindlichkeiten nachzukommen. Es liege eine schikanöse Rechtsausübung der Klägerin vor. Die Erfüllung der vertraglich zugesagten Verpflichtungen sei unabhängig von der Insolvenz des Bauträgers möglich. Die Realteilung sei nicht zum Vorteil der Beklagten, weil sie dadurch den Einfluss auf die Bebauung des gesamten Grundstücks verlieren würden. Hätten sie gewusst, dass dies eintreten könnte, so hätten sie den Vertrag nie so geschlossen. Sie hätten auch angeboten, die umliegenden, an ihre Häuser angrenzenden Flächen um einen marktkonformen Preis zu kaufen, um sicherzustellen, dass im unmittelbaren Umfeld an ihre Häuser eine Bebauung in ihrem

Sinn sichergestellt werden könne. Dies habe die klagende Partei jedoch abgelehnt.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Rechtlich folgerte es, dass die Gemeinschaft des Eigentums nach § 35 Abs 2 WEG 2002 erst aufgehoben werden könne, nachdem das auf der Liegenschaft erworbene Wohnungseigentum erloschen sei. § 37 Abs 5 WEG 2002 ordne an, dass für die Verwaltung der Liegenschaft und die Rechte der Miteigentümer die §§ 16 bis 34, 36 und 52 WEG 2002 gelten, sobald die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt sei und zumindest ein Wohnungseigentumswerber Miteigentum erworben habe. Diese Bestimmung nehme zwar auf § 35 Abs 2 WEG 2002 nicht Bezug. Es sei aber in diesem Punkt von einer planwidrigen Unvollständigkeit auszugehen. § 35 Abs 2 WEG 2002 sei auch im Vorbereitungsstadium mit der Modifikation anzuwenden, dass die Aufhebung der an der Liegenschaft bestehenden Gemeinschaft erst wieder nach Löschung sämtlicher Anmerkungen nach § 40 Abs 2 WEG 2002 möglich sei. Die Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum stehe daher der Realteilung einer Liegenschaft nach den §§ 830 ff ABGB entgegen. Es sei nicht näher zu prüfen, ob die Zusagen mittlerweile keinen Bestand mehr hätten oder unmöglich geworden seien. Es sei zwar nach den Feststellungen eher davon auszugehen, dass die Reihenhausanlage nicht mehr wie ursprünglich geplant errichtet werden könne. Dies ändere jedoch nichts daran, dass den Beklagten die Einräumung von Wohnungseigentum zugesagt und dies im Grundbuch angemerkt worden sei.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der klagenden Partei nicht Folge. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass § 35 Abs 2 WEG 2002 auch bei Anmerkung

der Zusage von Wohnungseigentum der echten Realteilung einer Liegenschaft nach den §§ 830 ff ABGB entgegenstehe. Dass § 37 Abs 5 WEG 2002 die Bestimmung des § 35 Abs 2 nicht nenne, sei eine planwidrige Unvollständigkeit. Gemäß § 37 Abs 5 erster Satz WEG 2002 gelte für die Rechte der Miteigentümer auch § 36 (Ausschließung von Wohnungseigentümern). Mit dieser Bestimmung sollte nach Absicht des Gesetzgebers unter anderem als Gegengewicht gegen den Ausschluss der Teilungsklage eine eigene Klage gegen den Wohnungseigentümer zugelassen werden. Eines solchen Ausgleichs auch für den Wohnungseigentumsbewerber hätte es aber nicht bedurft, wenn eine echte Teilungsklage im Vorgründungsstadium von Wohnungseigentum, also bei Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum samt Einverleibung des damit verbundenen Miteigentumsanteils zulässig wäre. Bejahe man dies, wäre bei der Anmerkung der Zusage der Begründung von Wohnungseigentum verbunden mit der Einverleibung der Miteigentumsanteile sowohl eine Teilungsklage als auch eine Ausschließungsklage nach § 36 WEG 2002 möglich, obwohl bei Einverleibung von Wohnungseigentum an nur einem Anteil der Liegenschaft eine Klage nach den §§ 830 ff ABGB ausgeschlossen sei und eine analoge Anwendung des § 36 WEG 2002 bei schlichter Eigentümergemeinschaft verneint werde. Da nach der Intention des Gesetzgebers nicht beide Möglichkeiten gegeben sein sollten, sondern die eine ein Ersatz für die andere sein sollte, und § 37 Abs 5 WEG 2002 ausdrücklich die Geltung des § 36 WEG 2002 anordne, müsse vom Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke in dem Sinn ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber auch § 35 Abs 2 WEG 2002 in § 37 Abs 5 aufgenommen hätte, hätte er diese Konstellation bedacht. § 35 Abs 2 WEG 2002 schließe daher

nicht nur eine Realteilung, sondern auch eine Zivilteilung aus. Sollte die Begründung von Wohnungseigentum an der gesamten Liegenschaft aus welchen Gründen auch immer nicht mehr möglich sein, seien die Anmerkungen gegenstandslos, sodass sie bei entsprechendem Nachweis gelöscht werden könnten. Aufgrund des analogen Ausschlusses der Teilungsklage bedürfe es auch nicht der von der klagenden Partei vermissten Feststellungen, dass auf der Liegenschaft insbesondere aufgrund des Ankaufs eines weiteren 1/11-Anteils durch die Zweitbeklagte, entgegen dem ursprünglichen Plan kein Gebäude errichtet worden sei, die Errichtung einer Reihenhausanlage für die Begründung von Wohnungseigentum unmöglich sei und die begehrte Teilung dem Beklagten ausschließlich Vorteile bringe. Die angestrebte Realteilung sei im Übrigen unzulässig, weil eine Eigentümergeinschaft nicht derart teilweise aufgehoben werden könne, dass eine neue Eigentümergeinschaft – wie hier jene zwischen den Beklagten – entstehe.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteigt. Es ließ die ordentliche Revision zu, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage existiere, ob § 35 Abs 2 WEG 2002 auch auf den Wohnungseigentumsbewerber iSd § 37 Abs 5 erster Satz WEG 2002 anwendbar sei.

Die **beantwortete Revision der klagenden Partei** ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag berechtigt.

1. Die Gemeinschaft des Eigentums an der Liegenschaft kann nach § 35 Abs 2 WEG 2002 erst aufgehoben werden, nachdem das auf der Liegenschaft erworbene Wohnungseigentum erloschen ist.

1.1 § 23 Abs 4 WEG 1975 idF der WRN 1999 ordnete an, dass für die Verwaltung der Liegenschaft und die Rechte der Miteigentümer die §§ 13 bis 20, 22 und 26 WEG 1975 gelten sollten, sobald eine Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts im Grundbuch angemerkt worden sei. § 21 Abs 2 WEG 1975, der inhaltlich § 35 Abs 2 WEG 2002 entsprach, wurde nicht genannt. Zweck des § 23 Abs 4 WEG 2002 war es, die Rechtsstellung der Wohnungseigentumsbewerber zu verbessern. Jenen Miteigentümern, die bereits schlichtes Miteigentum erworben haben, sollten die Rechte aus den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes 1975 über die Verwaltung des Wohnungseigentumsobjekts, über die Verwaltung der Liegenschaft und über die Ausschließung von Miteigentümern zukommen (AB 2056 BlgNR 20. GP 11).

1.2 Sobald eine Zusage der Einräumung des Wohnungseigentums im Grundbuch angemerkt ist und zumindest ein Wohnungseigentumsbewerber Miteigentum erworben hat, gelten für die Verwaltung der Liegenschaft und die Rechte der Miteigentümer die §§ 16 bis 34, 36 und 52 WEG (§ 37 Abs 5 Satz 1 WEG 2002).

1.3 In der Regierungsvorlage zum WEG 2002 heißt es zu § 37 Abs 5 WEG unter anderem: „Der erste Satz entspricht im Wesentlichen § 23 Abs 4 WEG 1975, doch wird hier durch eine Einfügung – entsprechend einigen Anregungen im Begutachtungsverfahren – klargestellt, dass die „Vorziehung“ von wohnungseigentumsrechtlichen Bestimmungen etwa über die Eigentümergemeinschaft, über die Willensbildung und die Verwaltung der Liegenschaft zur Voraussetzung hat, dass zumindest ein Wohnungseigentumsbewerber bereits schlichtes Miteigentum erworben hat. Damit wird nicht nur – wie einleitend erwähnt –

der regulative Ansatz der Wohnrechtsnovelle 1999 fortgeführt, sondern auch die in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung der jüngeren Zeit erkennbare Bereitschaft, die wohnungseigentumsrechtlichen Verwaltungsbestimmungen analog auch für das Vorstadium der Begründung von Wohnungseigentum anzuwenden (vgl. immoLex 1999/16 = MietSlg 50.614; wobl 1999/12 = MietSlg 50.617; zuletzt EvBl 2001/146 = immoLex 2001/92 = wobl 2001/108), und zwar auch zugunsten von Wohnungseigentumsbewerbern ohne Miteigentum (EvBl 2001/146) gleichsam positiviert und gesetzgeberisch ausgebaut“ (ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 77 f).

1.4 Im Einklang mit den Materialien wurde in der Rechtsprechung festgehalten, dass mit der in § 37 Abs 5 erster Satz WEG 2002 getroffenen Regelung klargestellt werden sollte, was eigentlich schon bei Geltung des § 23 Abs 4 WEG 1975 idF der WRN 1999 rechtens war (RIS-Justiz RS0118026).

1.5 Der Oberste Gerichtshof sieht § 37 Abs 5 WEG 2002 als abschließende Regelung über die Anwendung von Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes, insbesondere im Zusammenhang mit der Verwaltung, zu Gunsten der Wohnungseigentumsbewerber im Stadium vor Wohnungseigentumsbegründung (5 Ob 173/08i; 5 Ob 43/15g = wobl 2015, 394/166 [*Vonkilch*]) und lehnt ihre analoge Anwendung auf den vorgemerkten Eigentümer ab (5 Ob 77/04s).

1.6 In der Lehre finden sich unterschiedliche Meinungen zu der Frage, ob § 37 Abs 5 WEG 2002 jene Bestimmungen, die auch im Vorstadium anzuwenden sind, taxativ aufzählt:

1.6.1 *Vonkilch* (in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 37 WEG Rz 55) sieht es als überraschend an, dass zumindest nach dem Wortlaut von § 37 Abs 5 der in § 35 Abs 2 speziell geregelte Teilungsausschluss nicht schon ab jenem Zeitraum „vorgezogen“ wird, zu dem Anmerkungen nach § 40 Abs 2 erfolgt sind. Dies stehe im gewissen Widerspruch zu jener Rechtsprechung, die schon lange vor der WRN 1999 als Konsequenz dieser Anmerkungen unter anderem einen Ausschluss der §§ 830 ff ABGB angenommen hätte (vgl MietSlg 35.651 im Anschluss an *Meinhart*, WoSi 1982, 37 ff). Da nun in keiner Weise Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass der Gesetzgeber das WEG 2002 in punkto Erwerberschutz massiv hinter jenen Standard zurückfallen wollte, der schon im Rahmen des WEG 1975 erreicht gewesen sei, werde man in diesem Punkt von einer planwidrigen Unvollständigkeit von § 37 Abs 5 auszugehen und § 35 Abs 2 im Vorbereitungsstadium mit der Modifikation zur Anwendung zu bringen haben, dass die Aufhebung der an der Liegenschaft bestehenden Gemeinschaft erst wieder nach Löschung sämtlicher Anmerkungen nach § 40 Abs 2 möglich sei.

1.6.2 *Pittl* (Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers: Änderungen durch das WEG 2002, wobl 2002, 149) meint – ohne auf § 35 Abs 2 WEG 2002 einzugehen – hingegen, dass der Gesetzgeber in § 37 Abs 5 WEG 2002 erstmals genau explizit normiert hat, welche Bestimmungen des WEG ab welchen Zeitpunkten und unter welchen Voraussetzungen auf welche Wohnungseigentumsbewerber anzuwenden sind und es sich nach dem Wortlaut eindeutig um eine taxative Aufzählung handle. § 37 Abs 5 schließe die vorhandene Regelungslücke im Bereich des WE-Vorstadiums. Schon aus diesem Grund sei damit einer

weiteren allfälligen analogen Anwendung wohnungseigentumsrechtlicher Vorschriften die Grundlage entzogen. Selbst wenn trotz § 37 Abs 5 ein un geregelter Bereich des WE-Vorstadiums verbleibe, müsse auf der Grundlage und wegen der Formulierung der Bestimmung der Umkehrschluss gezogen werden, dass die entsprechenden Normen des WEG darauf nicht zur Anwendung kommen.

1.6.3 Auch in *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ § 37 WEG Rz 17, wird § 37 Abs 5 WEG 2002 als abschließende Regelung bezeichnet.

1.6.4 *T. Hausmann* (in *Hausmann/Vonkilch* aaO § 35 Abs 2 WEG Rz 16) verweist auf die bereits zitierte Kommentierung *Vonkilchs* zu § 37 WEG Rz 55.

1.6.5 *Gartner* (in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht² § 40 WEG Rz 17) bezieht sich auf die ständige Rechtsprechung auch schon zum WEG 1975 (MietSlg 35.651/39), nach der die Anmerkung gemäß § 40 Abs 2 ein Real- und Zivilteilungshindernis darstelle, auch wenn das Teilungsverbot nach § 35 Abs 2 nicht im § 37 Abs 5 genannt und somit für die Phase der Begründung von Wohnungseigentum gesetzlich nicht normiert sei.

1.7 Mit dieser, bereits von *Vonkilch* (aaO) zitierten Entscheidung MietSlg 35.651 = MietSlg 35/39 hat das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht in Grundbuchsachen am 18. 5. 1983 die Abweisung des Antrags einer Miteigentümerin und Wohnungseigentumsbewerberin auf Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts nach § 24a Abs 2 WEG 1975 im Ergebnis bestätigt, weil die vorgelegte Grundbuchsurkunde Mängel aufwies. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts jedoch nicht, dass einem Wohnungseigentumsbewerber, der bereits Miteigentümer der

Liegenschaft sei, das Rechtsschutzinteresse an einer solchen Anmerkung fehle. Dazu führte es aus, dass die Anmerkung nicht nur Schutz gegen eine Veräußerung oder Verpfändung der Liegenschaft biete, sondern den Berechtigten gegen jede nachrangige vereinbarungswidrige Vorgangsweise des mit der Anmerkung Belasteten schütze. Sie stehe unter anderem einer Teilung der Liegenschaft nach den §§ 830 ff ABGB entgegen, bilde die Voraussetzung für das Aussonderungsrecht nach § 25 Abs 4 WEG, begründe die Erzwingbarkeit der Zustimmung zur Anteilsberichtigung und zeichne sich überhaupt durch eine Fülle von Rechtsfolgen zugunsten des WE-Bewerbers aus, an deren Eintritt dem WE-Bewerber, der bereits Miteigentümer der Liegenschaft sei, gleichermaßen ein Interesse zuzubilligen sei, wie jenem auf den das nicht zutreffe (vgl *Meinhart* in *WoSi* 1982, 37 ff).

1.7.1 Der in dieser Entscheidung zitierte Autor nahm in seinem Aufsatz (Wohnrechtliches im Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982, *WoSi* 1982, 37 ff) zur Erweiterung des Schutzsystems (ua) für Wohnungseigentumsbewerber durch die Änderung des WEG 1975 mit dem IRÄG 1982, BGBl 1981/370, ausführlich Stellung, sagte aber nichts zum Verbot einer Teilungsklage im Stadium vor Wohnungseigentumsbegründung.

1.7.2 Eine ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, welche die Teilungsklage im Vorstadium der Wohnungseigentumsbegründung nach dem WEG 1975 ausschloss, existierte also nicht.

1.8 Eine analoge Anwendung des § 35 Abs 2 WEG 2002 würde das Vorliegen einer Lücke iSd § 7 ABGB voraussetzen (RIS-Justiz RS0098756). Eine Rechtslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts gemessen am Maßstab der gesamten geltenden

Rechtsordnung. Das Gesetz ist in einem solchen Fall ergänzungsbedürftig, ohne dass eine Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (RIS-Justiz RS0008866). Allein die Meinung eines Rechtsanwenders, eine Regelung sei wünschenswert, rechtfertigt die Annahme einer Gesetzeslücke nicht (RIS-Justiz RS0008757 [T2]). Eine Gesetzeslücke ist letztlich nur dann anzunehmen, wenn Wertungen und Zweck der konkreten gesetzlichen Regelung die Annahme rechtfertigen, dass der Gesetzgeber einen nach denselben Maßstäben regelungsbedürftigen Sachverhalt übersehen habe (RIS-Justiz RS0008866 [T10]).

1.8.1 Dies kann dem Gesetzgeber des WEG 2002 in Ansehung des § 37 Abs 5 WEG jedoch nicht unterstellt werden:

1.8.2 Mit § 37 WEG 2002 beginnt der 9. Abschnitt dieses Gesetzes (Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers: §§ 37 bis 44). § 37 Abs 5 zählt in den Sätzen 1 und 2 exakt jene Bestimmungen auf, die bereits im Vorstadium anzuwenden sind. Es war dem Gesetzgeber nach den bereits zitierten Materialien ein Anliegen, den regulativen Ansatz der WRN 1999 fortzuführen und die in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung der jüngeren Zeit erkennbare Bereitschaft, die wohnungseigentumsrechtlichen Verwaltungsbestimmungen analog auch für das Vorstadium anzuwenden, zu positivieren und auszubauen. Dass der Gesetzgeber sowohl der WRN 1999 als auch des WEG 2002 nicht ausschließlich Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Verwaltung regeln wollte, zeigt die Aufnahme der Ausschlussklage in den Katalog der bereits im Vorstadium anzuwendenden wohnungseigentumsrechtlichen Bestimmungen.

1.8.3 Es ist richtig, dass der Oberste Gerichtshof die in ihrer Grundkonzeption einander entsprechenden §§ 10 WEG 1948, 22 WEG 1975 und 36 WEG 2002 qualitativ als Ausgleich dafür ansieht, dass, solange Wohnungseigentum besteht, der Anspruch auf Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft ausgeschlossen ist (5 Ob 63/10s = SZ 2010/104 = RIS-Justiz RS0083256 [T3]). Die Ausschlussklage nach (nunmehr) § 36 WEG 2002 bietet nach der Rechtsprechung Abhilfe in Fällen der Unerträglichkeit der Aufrechterhaltung bei Vorliegen bestimmter, erschöpfend aufgezählter und Kündigungsgründen im Mietrecht nachgeformter Gründe (RIS-Justiz RS0083256).

1.8.4 Das Berufungsgericht meint, ein solcher Ausgleich für den Wohnungseigentumsbewerber wäre bei Zulässigkeit einer echten Teilungsklage im Vorgründungsstadium nicht erforderlich gewesen. Es sieht die Zulassung beider Klagen als bedenklich, weil bei Einverleibung von Wohnungseigentum an nur einem Anteil der Liegenschaft eine Klage nach den §§ 830 ff ABGB ausgeschlossen ist und der Oberste Gerichtshof zu 5 Ob 63/10s eine analoge Anwendung des § 36 WEG 2002 bei schlichter Eigentümergeinschaft verneint hat.

1.8.5 Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gilt § 35 Abs 2 WEG 2002 auch bei Begründung von Wohnungseigentum allerdings nicht uneingeschränkt. Sie lässt nämlich über eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung die Realteilung in einem „Mischhaus“ durch die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 an den schlichten Miteigentumsanteilen zu (RIS-Justiz RS0121971). Nur der wirklichen und gänzlichen Aufhebung der Gemeinschaft durch Zivilteilung nach § 830

ABGB steht nach der Judikatur § 35 Abs 2 WEG 2002 entgegen (RIS-Justiz RS0125003 [T3]; RS0082995 [T4]).

1.8.6 Die Lehre geht bei der Einschränkung des § 35 Abs 2 WEG 2002 noch weiter. Sie schlägt die teilweise Zivilteilung durch Versteigerung der schlichten Miteigentumsanteile eines Mischhauses vor, wenn nicht an allen wohnungseigentumstauglichen Objekten Wohnungseigentum begründet werden kann, etwa weil es zu viele Miteigentümer gibt oder Miteigentumsanteile nicht annähernd den vorhandenen wohnungseigentumstauglichen Objekten entsprechen (*Oberhofer*, Zulässigkeit der auf WE-Begründung gerichteten Teilungsklage beim sog Mischhaus, wobl 2008, 107; *T. Hausmann*, Unzulässigkeit der Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft der schlichten Miteigentümer durch Zivilteilung in einem Mischhaus, wobl 2009, 281; *ders* in *Hausmann/Vonkilch* aaO § 3 WEG 2002 Rz 64 f).

1.8.7 Ein Wohnungseigentumsbewerber ist, selbst wenn er schon Miteigentümer ist, schon aufgrund des Vorrangs der Realteilung durch Wohnungseigentumsbegründung (RIS-Justiz RS0083097) vor einer Zerschlagung der Miteigentümergemeinschaft als Folge einer Zivilteilung geschützt. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 5 Ob 94/10z darauf hingewiesen, dass sich schlichtes Miteigentum und Wohnungseigentum durch die Bindungsintensität unterscheiden, was auch andere Arten der Teilung rechtfertige.

1.8.8 Ist zugunsten eines Wohnungseigentumsbewerbers die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 eingetragen, so kann er nach § 40 Abs 4 WEG 2002 die Einverleibung seines Eigentums am Mindestanteil und des Wohnungseigentums im Rang dieser Anmerkung auch dann verlangen, wenn die Liegenschaft nach der Anmerkung einem

Dritten übertragen wurde. Der Oberste Gerichtshof sieht den vorrangigen Zweck der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 in der Sicherung des Rangs für den späteren Erwerb des Wohnungseigentums (5 Ob 181/08s RIS-Justiz RS0113522 [T6]).

1.8.9 Im Fall der Zwangsversteigerung der Liegenschaft gewährte § 43 Abs 3 WEG 2002 dem „angemerkten“ Wohnungseigentumsbewerber ein Exszindierungsrecht. Seit der Neufassung dieser Bestimmung durch die WRN 2006 muss der Ersteher die dem Wohnungseigentumsbewerber aufgrund einer zu seinen Gunsten bestehenden Anmerkung zustehenden Rechte nach Maßgabe des § 150 EO übernehmen. Der angemerkte Wohnungseigentumsbewerber kann daher seine Rechte auf Wohnungseigentumsbegründung an den allenfalls noch festzustellenden Nutzwertanteilen auch gegen einen späteren exekutiven Erwerber der Liegenschaft durchsetzen (*Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* aaO § 40 WEG Rz 32; vgl *Gartner* in *Illedits/Reich-Rohrwig* aaO § 40 WEG Rz 19).

1.9 Es überrascht also nicht, wenn der Gesetzgeber im Stadium vor Begründung des Wohnungseigentums eine Teilungsklage in § 37 Abs 5 WEG 2002 durch den Verweis auf § 35 Abs 2 dieses Gesetzes nicht explizit ausgeschlossen hat, weil er aufgrund der aufgezeigten Schutzmechanismen offenbar keinen Bedarf dafür sah und den Unterschied zwischen Wohnungseigentum und schlichtem Miteigentum auch bei Bestehen von Anmerkungen nach § 40 Abs 2 nur im festgelegten Umfang beseitigen wollte.

1.10 Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: Die Aufzählung der wohnungseigentumsrechtlichen Bestimmungen in § 37 Abs 5 Satz 1 WEG 2002 ist nicht

analog um § 35 Abs 2 WEG 2002 zu erweitern. Diese Bestimmung steht dem Realteilungsbegehren der Klägerin nicht entgegen.

2. Die Beklagten berufen sich auf die vertragliche Verpflichtung der Klägerin, ihnen das zugesagte Wohnungseigentum in der geplanten Reihenhausanlage zu verschaffen. Diese Verpflichtung zur Errichtung der Anlage und Verschaffung von Wohnungseigentum habe die Klägerin nicht erfüllt. Sie gestehen zu, dass die Klägerin den Vorvertrag zum Wohnungseigentumsvertrag, der einen Teilungsverzicht im Verhältnis zwischen den Beklagten vorsah, nicht unterzeichnet und damit nicht ausdrücklich auf die Teilung verzichtet hat, sehen im Verhalten der Verkäuferin aber einen konkludenten Verzicht auf einen Teilungsanspruch.

2.1 Die Klägerin hat als damalige Alleineigentümerin den Beklagten in den Kaufverträgen über jeweils einen 1/11-Miteigentumsanteil die Einräumung des Wohnungseigentums am Haus J bzw K zugesagt. Geplant war die Errichtung einer Reihenhausanlage durch einen von der Verkäuferin vorgegebenen Bauträger. Die Klägerin ist daher ebenso wie der (in der Folge insolvent gewordene) Bauträger als Wohnungseigentumsorganisator iSd § 2 Abs 6 Satz 2 WEG 2002 anzusehen (RIS-Justiz RS0108166 [T3, T4]; *Illedits* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, aaO § 2 WEG Rz 27).

2.2 Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist die Errichtung des Baus nicht Voraussetzung für die Einverleibung des Wohnungseigentums (RIS-Justiz RS0118636 [T3]; RS0118481).

2.3 Bei Säumigkeit der Wohnungseigentumsorganisatoren iSd § 37 Abs 2 Z 2 WEG 2002 hätten die beklagten Wohnungseigentumsbewerber nach der

Rechtsprechung zu § 43 Abs 1 WEG 2002 idF vor der WRN 2006 abweichend vom Grundsatz des § 3 Abs 2 (Begründung von Wohnungseigentum an allen wohnungseigentumstauglichen Objekten, die als Wohnungseigentumsobjekte gewidmet wurden) den Anspruch auf Einverleibung des Wohnungseigentums nur an den bereits 2004 fertiggestellten Häusern J und K mit Klage gegen die Verkäuferin durchsetzen können (5 Ob 184/03z mwN). § 43 Abs 1 Satz 2 WEG 2002 idF der WRN 2006 ordnet nun explizit eine Durchbrechung des § 3 Abs 2 für den Fall an, dass es im Rahmen des Urteils über ein Verfahren nach § 43 nicht möglich sein sollte, auch über die Begründung von Wohnungseigentum an der gesamten übrigen Liegenschaft abzusprechen, etwa wenn nicht jedem Miteigentümer ein Objekt zugewiesen werden kann. Diese Konstellation ist hier verwirklicht, wenn die Errichtung der Anlage nicht wie geplant erfolgen kann.

2.4 Die Errichtung der übrigen Häuser laut Plan und Baubewilligung scheitert nach den Feststellungen der Vorinstanzen nicht nur an der Insolvenz des Bauträgers, sondern wohl auch daran, dass die Häuser der Beklagten vom Bauträger, den sie – entsprechend der Vereinbarung mit der Verkäuferin der Miteigentumsanteile – selbst mit dem Bau beauftragten, abweichend von den Plänen errichtet wurden.

2.5 Bei der Annahme eines konkludenten Verzichts ist immer besondere Vorsicht geboten. Angesichts des Verhaltens der Beklagten und der Ursachen für das Unterbleiben der Fertigstellung kann die Untätigkeit der Klägerin nicht als konkludenter Verzicht gewertet werden.

3. Eine Realteilung ist dann möglich und tunlich, wenn die Sache physisch oder im Rechtssinn geteilt werden kann, ohne dass es im Verhältnis der Summe der Einzelwerte

zum Wert der ungeteilten Sache zu einer wesentlichen Wertminderung kommt (RIS-Justiz RS0013831; RS0013829). Die Sache soll zwischen den Teilhabern so aufgeteilt werden können, dass die entstehenden Teile den Anteilen etwa gleichwertig und diese annähernd gleich beschaffen sind, ohne dass ein unverhältnismäßiger Wertausgleich notwendig wird (RIS-Justiz RS0013856 [T10]; RS0013854 [T8, T9]).

3.1 Zu 3 Ob 178/05f hat der Oberste Gerichtshof die Realteilung eines Bauernhofs durch Zuweisung des Bauernhofs an die klagende Partei und Ausgleich durch unbebaute Liegenschaften für die Beklagten abgelehnt, weil nach der ständigen Rechtsprechung die den Teilhabern zukommenden Stücke nicht nur gleichwertig, sondern auch gleich beschaffen sein müssten und eine Teilung in hier bebaute, dort unbebaute Grundstücke ausscheide. Der in ständiger Rechtsprechung vertretene Grundsatz (RIS-Justiz RS0013831) zur Zuweisung von Teilen annähernd gleicher Beschaffenheit und gleichen Werts wird aber dadurch abgeschwächt, dass Miteigentümer auf Wertersatz verzichten können. In diesem Fall hat die Naturalteilung den Vorrang (RIS-Justiz RS0013838 [T2]; RS0126365).

3.2 Lehre und Rechtsprechung anerkennen die Zulässigkeit einer teilweisen Aufhebung der Gemeinschaft durch Realteilung, sofern dadurch keine wirtschaftliche Einheit zerstört wird. Nicht real geteilte Objekte können entweder zivil geteilt werden oder gemeinschaftlich bleiben. Das Nebeneinander von Real- und Zivilteilung ist daher möglich, bleibt aber als ganzes ein Anwendungsfall der Realteilung (RIS-Justiz RS0013240 [T1, T3 und T4]; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 830 (Stand: 1. 8. 2015, rdb.at § 830 ABGB Rz 8 mwN; *Sailer* in KBB⁴ § 843 ABGB Rz 6).

3.3 Die Klägerin begehrt eine Realteilung der Liegenschaft in der Form, dass die Beklagten Miteigentümer jener Grundstücksteile werden, auf denen sich ihre Häuser befinden und die Klägerin das unbebaute Grundstück erhält. Auf den unbebauten Flächen war die Errichtung der restlichen Häuser der „Reihenhausanlage“ vorgesehen. Die seit 2010 aufgelöste und mittlerweile liquidierte Bauträgerin hat diese jedoch nicht errichtet.

3.4 In der älteren Rechtsprechung (8 Ob 551/88 = EvBl 1990/94; 1 Ob 143/68; RIS-Justiz RS0013859; 5 Ob 739/80 = RIS-Justiz RS0013832 [T2]) wurde eine Realteilung unter Zuweisung gemeinsamer Quoten an einzelnen Teilen als unzulässig angesehen. Miteigentümer sollten nicht zur Eingehung neuer Eigentümergemeinschaften gezwungen werden (1 Ob 143/68). In der jüngeren Entscheidung 5 Ob 12/09i = RIS-Justiz RS0013243 [T3]) hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass aufgrund der Möglichkeit des Nebeneinanders von Real- und Zivilteilung die Einschränkung der realen Teilungsmasse als auch ihre Verschiedenbehandlung anerkannt wird. Er ließ hingegen die Zivilteilung, die nur auf die Aufhebung der Eigentümergemeinschaft derjenigen schlichten Miteigentümer, mit deren Anteil kein Wohnungseigentum verbunden war, gerichtet war, nicht zu.

3.5 Eine derartige, als unzulässige beurteilte teilweise Zivilteilung schlichter Miteigentumsanteile begehrt die Klägerin im vorliegenden Fall aber nicht.

3.6 Die Abschreibung der bebauten Flächen (Doppelhäuser der Beklagten samt umliegenden Gartenflächen etc) entspricht dem Ziel der Wohnungseigentumsbewerber, entsprechend der jeweiligen Zusage nach § 40 Abs 2 WEG 2002 Wohnungseigentum an ihrer jeweiligen

Doppelhaushälfte (Haus J und K) begründen zu können. Sie haben untereinander einen Vorvertrag zum Wohnungseigentumsvertrag geschlossen, in welchem sie sich zur Begründung von Wohnungseigentum verpflichteten und auf die Aufhebung des Miteigentums durch eine Teilungsklage verzichteten. Ihre Interessen an der Begründung von Wohnungseigentum an den bereits errichteten und auch benutzten Häusern werden durch die von der Klägerin vorgeschlagene Form der Realteilung nicht wesentlich beeinträchtigt. Es kann daher nicht von einer aufgezwungenen Miteigentümergeinschaft gesprochen werden, wie sie die ältere Judikatur vor Augen hatte.

3.7 Unabhängig von der Frage, ob diese Form der Teilung zulässig ist, ist das Gericht an den Teilungsvorschlag der Klägerin nicht gebunden (RIS-Justiz RS0113832). Folgt es dem Vorschlag nicht, ist die Klage nicht abzuweisen, sondern die angemessene Art der Teilung zu verfügen (5 Ob 151/08d).

3.8 Im vorliegenden Fall bietet sich auch eine gänzliche Realteilung durch Schaffung dreier Teile an, indem den Klägern jeweils ihre Doppelhaushälfte samt Grundanteil sowie dem Beklagten der unbebaute restliche Teil der Liegenschaft zugewiesen wird.

3.9 In jedem Fall muss vorrangig geprüft werden, ob die Realteilung eine wirtschaftliche Einheit zerstört. Bei einer Teilung in bebaute und unbebaute Flächen ist das nicht der Fall, wenn diese ohne wesentlichen Wertverlust in Relation zur Gesamtliegenschaft gesondert verwertet oder genutzt werden können. Auf dem unbebauten Teil der Liegenschaft könnten – je nach Bebauungsplan – neue Gebäude errichtet werden, die abhängig von der Bauweise wirtschaftliche Einheiten darstellen können. Der Wert der

einzelnen real geteilten Flächen im Vergleich zum Gesamtwert der ungeteilten Liegenschaft spielt insofern eine Rolle, als nach der Rechtsprechung ein unverhältnismäßiger Wertausgleich einer Realteilung entgegensteht. Sollte allerdings der Wert der unbebauten Liegenschaft wesentlich geringer sein als jener der bebauten Flächen, könnte die Klägerin durch einen Verzicht auf Wertersatz die Realteilung ermöglichen.

3.10 Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Realteilung im Fall von Anmerkungen der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum zugunsten einiger Miteigentümer einer Liegenschaft wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien zunächst die Form der Realteilung sowie einen allfälligen Verzicht auf Wertersatz zu erörtern haben. Darüber hinaus sind Feststellungen zum jeweiligen Wert vorher und nachher notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Realteilung tunlich ist.

4. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 11. Juli 2016
Dr. H r a d i l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: