



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Zur Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten
zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten
Miteigentum und im Wohnungseigentum“

verfasst von / submitted by

Mag. Sebastian Allerberger

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

RA Mag. Dr. Alexander Illredits

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Rechtliche Grundlagen	2
A. Dienstbarkeiten	2
1) Allgemeines	2
2) Personaldienstbarkeiten	6
3) Grunddienstbarkeiten	7
4) Unregelmäßige Dienstbarkeiten	10
5) Utilitätserfordernis	11
6) Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten	11
B. Miteigentum	13
1) Schlichtes Miteigentum	13
2) Wohnungseigentum	19
3) Schlichtes Miteigentum und Wohnungseigentum im Vergleich	25
III. Judikatur zur Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum	27
A. 5 Ob 70/91 – Ursprüngliche Judikaturlinie	27
1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen	27
2) Rechtliche Beurteilung des OGH	29
3) Bewertung	30
4) Auf 5 Ob 70/91 aufbauende Entscheidungen	33
a. 5 Ob 10/96	33
b. 3 Ob 84/97t	35
B. 5 Ob 217/17y – Abweichen von der ursprünglichen Judikaturlinie	36
1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen	36
2) Rechtliche Beurteilung des OGH	38
3) Bewertung	40
a. Unteilbarkeitsgrundsatz	40
b. Verweis auf 5 Ob 70/91	41

c. Verweis auf 5 Ob 10/96	42
d. Verweis auf 3 Ob 84/97t	43
e. Conclusio	44
C. 5 Ob 222/17h – Schrittweise Rückkehr zur ursprünglichen Judikaturlinie	45
1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen	45
2) Rechtliche Beurteilung des OGH	45
3) Bewertung	46
D. 5 Ob 238/18p – Endgültige Rückkehr zur ursprünglichen Judikaturlinie	47
1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen	47
2) Rechtliche Beurteilung des OGH	47
3) Bewertung	48
IV. Zur Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Miteigentum	49
A. Schlichtes Miteigentum	49
1) 5 Ob 139/10t	49
2) Unteilbarkeitsprinzip	50
3) Utilitätserfordernis	52
4) Mögliche weitere Begründungshindernisse	53
a. Ersitzung zugunsten aller Miteigentümer	53
b. Zerfallsneigung des Miteigentums	54
c. Redlichkeit bei titelloser Ersitzung	55
5) Fehlendes dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht	58
B. Wohnungseigentum	59
C. Conclusio	61

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Allg. G. A. G.	Allgemeines Grundbuchanlegungsgesetz
Art	Artikel
BB	Betriebs-Berater
bbl	Baurechtliche Blätter
Bd	Band
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
d	deutsch
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EvBl	Evidenzblatt
EZ	Einlagezahl
f	und die/die/das folgende
ff	und der/die folgenden
GB	Grundbuch
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung

idR	in der Regel
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung
L	Lehre
leg cit	legis citatae
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	littera
lt	laut
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungssammlung
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Österreichische Notariatszeitung
Ob	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Zivilsachen
OGH	Oberster Gerichtshof
ö	österreichisch
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PKW	Personenkraftwagen
R	Aktenzeichen für Rechtsmittel in Zivilsachen
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl, -ziffer
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	zivilrechtliche Entscheidungssammlung
ua	unter anderem

uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
WE	Wohnungseigentum
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WNR	Wohnrechtsnovelle
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

I. Einleitung

Gem § 474 ABGB¹ setzt eine Grunddienstbarkeit immer zwei Grundstücke voraus: ein herrschendes Grundstück, mit dem die Berechtigung der Dienstbarkeit verbunden ist und ein dienendes Grundstück, das mit ebendieser Dienstbarkeit belastet ist.²

Dass eine Liegenschaft als Ganzes ein herrschendes oder dienendes Grundstück iSd § 474 ABGB sein kann steht außer Frage. Um einiges komplizierter verhält es sich allerdings, wenn stattdessen nicht mehr eine Liegenschaft als Ganzes, sondern lediglich ein Miteigentumsanteil einer im schlichten Miteigentum stehenden Liegenschaft oder ein Mindestanteil einer im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaft als herrschendes oder dienendes Grundstück für eine Grunddienstbarkeit dienen soll.

Zur Frage, ob bzw wann solche Konstruktionen möglich sind, kam es in der rezenten ö Rsp zu gewissen Unsicherheiten. Der OGH wich mit der Entscheidung 5 Ob 217/17y³ von seiner bisherigen Judikaturlinie ab, indem er die Möglichkeit der Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Wohnungseigentumsmindestanteils verneinte. Mit der Entscheidung 5 Ob 238/18p⁴ kehrte der OGH jedoch nach nur kurzer Zeit wieder zur vorherigen Judikaturlinie zurück, indem er die schon in der Entscheidung 5 Ob 222/17h⁵ zum Ausdruck gebrachte Auffassung, wonach im Wohnungseigentum Grunddienstbarkeiten grundsätzlich auch zulasten und zugunsten einzelner Mindestanteile begründet werden können, ausdrücklich bejahte.

Ziel dieser Arbeit ist die Aufarbeitung des Meinungsstandes und die Beantwortung der Frage, ob die Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum zulässig ist.

Dazu wird zunächst die rechtliche Natur der Dienstbarkeiten, des schlichten Miteigentums und des Wohnungseigentums behandelt und erläutert. In einem nächsten Schritt

¹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBl 2019/105.

² Memmer in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 474 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 3.

³ OGH 5 Ob 217/17y Zak 2018/81 = EvBl 2018/113 = ÖJZ 2018/103 = wobl 2018/93 = JBl 2019, 129.

⁴ OGH 5 Ob 238/18p Zak 2019/396 = immolex 2019/71 = EvBl 2019/154.

⁵ OGH 5 Ob 222/17h Zak 2018/432 = immo aktuell 2019/6 = NZ 2019/14 = immolex 2019/28.

werden die zentralen Entscheidungen des OGH zur Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten an Mindestanteilen im Wohnungseigentum dargestellt. Daraufhin werden die unterschiedlichen Argumente zur Frage der Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten bzw zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum in der ö L und Rsp aufgezeigt, gegenübergestellt und auf ihre Stichhaltigkeit überprüft. Auf Grundlage der vorangegangenen Analyse folgt eine Einschätzung der Zulässigkeit bzw Nicht-Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum.

II. Rechtliche Grundlagen

In einem ersten Schritt ist es notwendig, die rechtliche Natur jener Rechtsinstitute darzustellen, die mit dem Thema dieser Arbeit unmittelbar zusammenhängen.

A. Dienstbarkeiten

1) *Allgemeines*

Die gesetzliche Grundlage für Dienstbarkeiten findet sich hauptsächlich in den §§ 472 ff ABGB. Neben dem Begriff Dienstbarkeit verwendet das ABGB auch den Begriff Servitut. Beide Begriffe haben dieselbe Bedeutung. Gem § 472 leg cit wird durch das Recht der Dienstbarkeit „*ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.*“ Bei der Dienstbarkeit handelt es sich um ein dingliches Nutzungsrecht an einer fremden Sache, das auf einem Privatrechtstitel beruht und idR durch Verbücherung erworben wird.⁶

Aus der Wortfolge „*zu dulden oder zu unterlassen*“ ergibt sich eine Pflicht des Eigentümers einer mit einer Dienstbarkeit belasteten Sache, eine bestimmte Nutzung, zu der er grundsätzlich befugt wäre, zu unterlassen oder dem Berechtigten eine bestimmte Nutzung, die er grundsätzlich untersagen könnte, zu erlauben.⁷

⁶ Hofmann in Rummel, ABGB³ § 472 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at) Rz 1.

⁷ Memmer, § 472 ABGB Rz 4.

Die Wortfolge „zum Vortheile eines anderen“ lässt darauf schließen, dass Dienstbarkeiten ein Nutzungsrecht immer an einer fremden Sache einräumen sollen und niemand an einer Sache, die in seinem Eigentum steht, ein beschränktes dingliches Recht haben kann. Sogenannte Eigentümerdienstbarkeiten sind folglich grundsätzlich nicht möglich. Dies deckt sich mit dem vom Juristen Iulius Paulus formulierten römischrechtlichen Grundsatz „*nulli enim res sua servit*“.⁸ Vereinigen sich das Eigentumsrecht des dienenden und herrschenden Gutes in einer Person, so hört die Dienstbarkeit gem § 526 leg cit auf zu bestehen.

Der Grundsatz „*nulli enim res sua servit*“ gilt jedoch nicht ausnahmslos. § 526 Satz 2 leg cit lautet: „*Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worde; so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.*“ Bis zur Löschung aus dem Grundbuch besteht die Dienstbarkeit also auch dann fort, wenn das Eigentum am dienenden und am herrschenden Grundstück in einer Person vereinigt wird. In dieser Phase ruht die Dienstbarkeit. Wird das dienende Grundstück weiterveräußert und sind das Eigentum am dienenden und herrschenden Grundstück nicht mehr vereint, lebt die Dienstbarkeit wieder auf. Zweck dieser Regelung ist es, bereits reservierte Nutzungsmöglichkeiten im Falle einer Veräußerung bestehen lassen zu können, ohne dass eine neuerliche grundbücherliche Eintragung notwendig ist.⁹

Zulässig sind laut OGH auch sogenannte Cottage-Servitute.¹⁰ Der Name leitet sich vom Wiener Cottage Verein ab, dessen Mitglieder es sich zum Ziel setzen, Siedlungen aus Ein- und Zweifamilienhäusern zu errichten und sich zu diesem Zweck zu bestimmten baulichen Maßnahmen verpflichten. Zur Sicherstellung der Einhaltung dieser Verpflichtungen werden diese wechselseitig als Berechtigung und Verpflichtung der einzelnen Liegenschaftseigentümer verbüchert.¹¹ Der OGH erlaubt eine Begründung dieser wechselseitigen Dienstbarkeiten bereits vor der Parzellierung, also zu einem Zeitpunkt, in dem die Liegenschaft noch im Eigentum derselben Person ist. Wirksam werden die wechselseitigen Dienstbarkeiten aber erst durch den Übergang der Liegenschaften an die einzelnen Vereinsmitglieder.¹²

⁸ Memmer, § 472 ABGB Rz 8.

⁹ Memmer, § 472 ABGB Rz 10.

¹⁰ OGH 8 Ob 112/63 SZ 36/66.

¹¹ https://de.wikipedia.org/wiki/Wiener_Cottage_Verein (28.04.2020).

¹² Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ (2016) § 472 Rz 7.

Auch Fälle, in denen ein Miteigentümer eine Dienstbarkeit an der im Miteigentum stehenden Sache begründet sind nach hL und Rsp ebenso zulässig, so etwa Konstellationen, in denen der Alleineigentümer einer herrschenden Liegenschaft Miteigentümer der dienenden Liegenschaft ist.¹³ Es handelt sich bei dieser Konstruktion um eine partielle Eigentümerdienstbarkeit.

Die Duldung oder Unterlassung des Eigentümers der dienenden Sache hat gem § 472 leg cit „in Rücksicht seiner Sache“ zu erfolgen. Zwischen der Duldung bzw Unterlassung und der dienenden Sache muss eine unmittelbare Beziehung bestehen (zB die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung der Ausübung bestimmter schädlicher Gewerbe). Der Eigentümer einer Sache kann sich nicht durch eine Dienstbarkeit zu einer Duldung oder Unterlassung verpflichten, die nicht unmittelbar mit dem Grundstück zu tun hat (zB die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung einer wirtschaftlichen Betätigung auf dem dienenden Grundstück, wenn das dienende Grundstück lediglich zufälliger Standort für die wirtschaftliche Betätigung ist).¹⁴

Dienstbarkeiten entfalten gem § 472 Satz 2 leg cit eine dingliche Wirkung und gelten gegenüber jedermann. Wird nach Einräumung einer Grunddienstbarkeit das herrschende oder das dienende Grundstück an einen Dritten veräußert, bleibt die Dienstbarkeit grundsätzlich weiterbestehen.¹⁵

Als dingliches Recht bedarf die Dienstbarkeit zu ihrer Begründung eines Titels und eines Modus. IdR dient ein Vertrag als Titel zur Begründung einer Dienstbarkeit.¹⁶ § 480 leg cit führt zu den möglichen Titeln zur Begründung einer Dienstbarkeit Folgendes aus: „Der Titel zu einer Servitut ist auf einem Verträge; auf einer letzten Willenserklärung; auf einem bei der Teilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtssprüche; oder endlich, auf Verjährung gegründet.“ Unter einer „Verjährung“ iSd § 480 leg cit ist die Ersitzung zu verstehen, welche zusammen mit der Verjährung im 4. Hauptstück des ABGB behandelt wird.

Als Modus, sprich Erwerbungsart, sieht § 481 Abs 1 leg cit bei „Gegenständen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind“ die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch

¹³ Memmer, § 472 ABGB Rz 9.

¹⁴ Hofmann, § 472 ABGB Rz 5.

¹⁵ Hofmann, § 472 ABGB Rz 6.

¹⁶ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 480 Rz 1.

vor. Die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch verhindert zudem, dass die Dienstbarkeit durch gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten untergeht. Wird eine Dienstbarkeit nicht verbüchert, wirkt sie nur inter partes und gegenüber dem Universalsukzessor.¹⁷ Bei bürgerlich nicht eingetragenen Liegenschaften oder bei Bauwerken entsteht das dingliche Recht gem § 481 Abs 2 leg cit „durch die gerichtliche Hinterlegung einer über die Einräumung der Dienstbarkeit errichteten beglaubigten Urkunde“.

Eine Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz des § 481 Abs 1 leg cit erlaubt das RGBI 1897/77¹⁸ für bestimmte in Tirol gelegene Felddienstbarkeiten und Wasserschöpfrechte iSd § 496 leg cit, welche ersessen wurden. Eine Eintragung im Grundbuch ist nicht notwendig. Liegenschaften, die mit entsprechenden Dienstbarkeiten belastet sind, können in Tirol nicht gutgläubig lastenfrei erworben werden.¹⁹

Die §§ 482 ff leg cit normieren allgemeine Vorschriften über das Recht der Dienstbarkeit. Gem § 482 leg cit ist der Besitzer der dienenden Sache idR nicht dazu verpflichtet etwas zu tun, sondern etwas zu gestatten oder zu unterlassen, zu dem er als Eigentümer andernfalls berechtigt wäre.²⁰

§ 483 leg cit legt fest, dass grundsätzlich der Dienstbarkeitsberechtigte zur Erhaltung und Herstellung der zur Dienstbarkeit bestimmten Sache verpflichtet ist. Wird die zur Dienstbarkeit bestimmte Sache jedoch nicht nur vom Dienstbarkeitsberechtigten sondern auch vom Verpflichteten benützt, muss der Aufwand zur Erhaltung und Herstellung verhältnismäßig von beiden getragen werden.

Gem § 484 leg cit muss das durch die Dienstbarkeit eingeräumte Recht, soweit es Natur und Zweck der Dienstbarkeit gestatten, eingeschränkt ausgeübt werden. Damit ist eine Ausübung des Rechts auf möglichst schonende Art gemeint. Der Berechtigte hat auf die mit einer Dienstbarkeit belastete Sache Rücksicht zu nehmen.²¹

¹⁷ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 481 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 5.

¹⁸ Gesetz, womit für den Fall der Einführung der Grundbücher in Tirol einige grundbuchsrechtliche Sonderbestimmungen und erleichternde Gebürevorschriften erlassen und Beschränkungen der Theilung von Gebäuden nach materiellen Antheilen eingeführt werden RGBI 1897/77.

¹⁹ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 481 Rz 3.

²⁰ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 482 Rz 1.

²¹ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 484 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 5.

§ 485 leg cit normiert zum einen, dass sich Dienstbarkeiten ohne Zustimmung des Verpflichteten nicht auf eine andere Person oder ein anderes herrschendes Grundstück übertragen lassen²² und zum anderen, dass Dienstbarkeiten unteilbar sind. Auf den Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten wird im Folgenden noch genauer eingegangen.²³

Gem § 486 leg cit kann der Eigentümer einer dienenden Liegenschaft Dienstbarkeiten auch zugunsten mehrerer herrschender Grundstücke einräumen. Sind bestimmte Dienstbarkeiten nicht miteinander vereinbar (zB Einräumung eines Fruchtgenussrechtes, obwohl bereits ein Fruchtgenussrecht an der gesamten Liegenschaft eingeräumt wurde), setzt sich die früher begründete Dienstbarkeit durch.²⁴

2) Personaldienstbarkeiten

Das ABGB unterscheidet gem § 473 leg cit zwischen Personaldienstbarkeiten und Grunddienstbarkeiten und folgt mit dieser Einteilung dem römischen Recht, das zwischen den *servitutes praediorum*, vergleichbar mit den Grunddienstbarkeiten des ABGB, und den *servitutes personarum*, vergleichbar mit den Personaldienstbarkeiten des ABGB, unterscheidet.²⁵

§ 478 leg cit lautet: „Die persönlichen Servituten sind: der nöthige Gebrauch einer Sache; die Fruchtnießung; und die Wohnung.“ Diese Aufzählung ist taxativ.²⁶ Zwar zählt das ABGB die „Wohnung“, also das Wohnrecht, als eigenen Typus der Personaldienstbarkeiten auf. Es handelt sich dabei aber lediglich um einen Unterfall des Gebrauchs oder der Fruchtnießung, je nachdem ob eine Wohnräumlichkeit nur zum persönlichen Bedarf (im Falle des Gebrauchs) oder unbeschränkt (im Falle des Fruchtgenussrechts) genutzt werden darf.²⁷ Neben den zwei regelmäßigen Personalservituten des Gebrauchsrechts und der Fruchtnießung besteht die Möglichkeit der Begründung unregelmäßiger Personalservituten,²⁸ was zu einer weitestgehenden Aufhebung des Typenzwangs des § 478 leg cit führt.²⁹

²² Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 485 Rz 1.

²³ Vgl Punkt II.A.5; vgl Punkt IV.A.3.

²⁴ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 486 Rz 1.

²⁵ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 473 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 2.

²⁶ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 478 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 1.

²⁷ Memmer, § 478 ABGB Rz 3.

²⁸ Vgl Punkt II.A.3.

²⁹ Memmer, § 478 ABGB Rz 4.

Während die Dienstbarkeit des Gebrauchs gem § 504 leg cit darin besteht, „*daß jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen*“, handelt es sich bei der Fruchtnießung gem § 509 leg cit um das Recht „*eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkungen zu genießen*“. Der Unterschied zwischen den beiden Rechten liegt im Umfang des eingeräumten Rechts. Während der Fruchtniesser die dienstbare Sache unter Schonung der Substanz uneingeschränkt nutzen darf, darf der Gebrauchsberechtigte die dienstbare Sache unter Schonung der Substanz bloß zur Befriedigung seiner Bedürfnisse benutzen. Das Gebrauchsrecht ist gegenüber dem Fruchtgenussrecht folglich kein Aliud, sondern ein Minus.³⁰

Das Wohnrecht gem § 521 leg cit ist „*das Recht, die bewohnbaren Theile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen*.“ Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass die Personalservitut des Wohnrechts immer auf Wohnräumlichkeiten gerichtet ist. Ob es sich beim Wohnrecht um ein Gebrauchsrecht oder ein Wohnungsfruchtgenussrecht handelt, hängt wiederum vorrangig vom Umfang der Verfügungsberechtigung ab. Dient die Personaldienstbarkeit lediglich dazu, dem Berechtigten eine Wohnmöglichkeit zu verschaffen, handelt es sich idR um Gebrauch. Wird dem Berechtigten das volle Verfügungsrecht über ein Gebäude oder einen Gebäudeteil eingeräumt (zB durch die Möglichkeit der Verpachtung oder Vermietung), handelt es sich idR um Fruchtgenuss.³¹

3) Grunddienstbarkeiten

Für diese Arbeit sind die Grunddienstbarkeiten von vorrangiger Bedeutung. Die Grunddienstbarkeiten werden durch das ABGB in Hausdienstbarkeiten und Felddienstbarkeiten unterteilt. Die §§ 475, 476 leg cit nennen als Hausdienstbarkeiten demonstrativ unter anderem das Recht, die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten und ein Gebäude am Nachbargrundstück abzustützen sowie das Verbot, dem Berechtigten durch Verbau die Aussicht zu nehmen. Als Felddienstbarkeiten nennt § 477 leg cit unter anderem das Wegerecht, das Wasserleitungsrecht und das Recht des Viehtriebs.

§ 473 ABGB definiert Grunddienstbarkeiten als Dienstbarkeiten, die „*mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemerem Benützung verknüpft*“ sind.

³⁰ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 504 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 5.

³¹ Polster in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ (2016) § 521 Rz 22f.

Die Berechtigung am dienenden Grundstück ist mit dem Eigentum am herrschenden Grundstück verbunden. In allen anderen Fällen stellt die Dienstbarkeit eine Personaldienstbarkeit dar, durch die eine bestimmte Person zum Berechtigten der Dienstbarkeit wird.

Aus einer regulären Grunddienstbarkeit wird immer der Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt. Eine Ausnahme stellen irreguläre Grunddienstbarkeiten dar, auf die im Folgenden noch eingegangen wird.³² Da das Recht aus der regulären Grunddienstbarkeit immer dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes zukommt, darf kein unbestimmter Personenkreis als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen werden. Zulässig ist es aber, eine Grunddienstbarkeit zugunsten der Rechtsnachfolger eines bestimmten Eigentümers der herrschenden Liegenschaft einzutragen.³³

Der Begriff „Grundstück“ des § 473 leg cit ist nicht wörtlich zu verstehen. In Bezug auf Grunddienstbarkeiten sind Baurechte und Superädifikate Eigentumsrechten gleichgestellt. Eine Baurechtseinlage im Grundbuch kann durch eine Grunddienstbarkeit sowohl berechtigt als auch belastet werden. Eine Einwilligung des Eigentümers der Stammliegenschaft ist hierfür nicht notwendig, da sich dessen Rechtsstellung durch eine belastete Baurechtseinlage nicht verschlechtert.³⁴

Unter einer Benützung iSd § 473 leg cit ist nicht nur eine positive Nutzung zu verstehen, sondern auch eine Einschränkung der Nutzung des dienenden Grundstücks.³⁵

§ 473 leg cit spricht von einer „*vorteilhafteren oder bequemerer Benützung*“ und stellt damit die Nützlichkeit der Bequemlichkeit gleich.³⁶ Der OGH hat zu dem Utilitätserfordernis³⁷ bei Dienstbarkeiten im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Erfüllung des Utilitätserfordernisses kein strenger Maßstab anzulegen ist. Lediglich Zwecklosigkeit vermag es, den Rechtsbestand einer Dienstbarkeit zu vernichten.³⁸

³² Vgl Punkt II.A.4.

³³ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 473 Rz 2.

³⁴ Spath, § 473 ABGB Rz 3.

³⁵ Memmer, § 473 ABGB Rz 5.

³⁶ Memmer, § 473 ABGB Rz 5.

³⁷ Vgl Punkt II.A.5.

³⁸ OGH 5 Ob 93/70 SZ 43/117.

Damit handelt es sich beim Utilitätserfordernis des österreichischen Rechts um eine wesentlich abgeschwächte Form der *utilitas praedii*, des Utilitätserfordernisses des römischen Rechts.³⁹

Die „*vorteilhaftere oder bequemere Benützung*“ muss immer dem herrschenden Grundstück zukommen. Es darf sich dabei nicht nur um einen persönlichen Vorteil des Liegenschaftseigentümers handeln.

Der Nutzen, der dem herrschenden Grundstück zugutekommen soll, muss jedoch nicht zwingend die Bodennutzung betreffen. Der Nutzen kann auch einem Unternehmen oder einer Anlage zugutekommen, die mit dem herrschenden Grundstück verbunden ist. Zu denken ist zB an eine Grunddienstbarkeit des Baderechts zugunsten eines Grundstückseigentümers, der auf seinem Grundstück einen Campingplatz betreibt und dessen Gäste im See des Nachbargrundstückes baden. Die Grunddienstbarkeit dient in diesem Fall der vorteilhafteren Nutzung des mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Campingplatzes. Anders verhält es sich, wenn das Baderecht dem Eigentümer der benachbarten Liegenschaft eingeräumt wird, weil es sich dabei um einen persönlichen Vorteil handelt, der in keinem Zusammenhang mit dem herrschenden Grundstück steht.⁴⁰

Aus dem Erfordernis der vorteilhafteren oder bequemeren Benützung des berechtigten Grundstücks ergibt sich die *vicinitas praedii*, die Voraussetzung der Nachbarschaft. Herrschendes und dienendes Grundstück müssen so nahe beieinander liegen, dass eine Ausübung der Grunddienstbarkeit möglich ist.⁴¹ Felddienstbarkeiten erfordern keine unmittelbare Nachbarschaft zur Begründung einer Grunddienstbarkeit.⁴² Für Hausdienstbarkeiten legt § 475 leg cit Folgendes fest: „*Durch diese und ähnliche Haus-Servituten wird ein Hausbesitzer befugt, etwas auf dem Grunde seines Nachbarn vorzunehmen, was dieser dulden muß.*“ Für Hausdienstbarkeiten besteht somit ein gesetzliches Erfordernis der Nachbarschaft.

³⁹ Memmer, § 473 ABGB Rz 5.

⁴⁰ Memmer, § 473 ABGB Rz 5.

⁴¹ Memmer, § 473 ABGB Rz 8.

⁴² RIS-Justiz RS0011612.

4) Unregelmäßige Dienstbarkeiten

§ 479 ABGB regelt den Sonderfall der unregelmäßigen Dienstbarkeiten. Danach können Dienstbarkeiten, die an sich Grunddienstbarkeiten sind, einer Person zustehen bzw Personaldienstbarkeiten wie eine Grunddienstbarkeit ausgestaltet sein und dem Eigentümer eines bestimmten Grundstückes gebühren.⁴³

Zu denken ist etwa an ein Wegerecht zugunsten einer Gemeinde, welches von der Allgemeinheit ersessen wurde, wobei die Allgemeinheit nun von der Gemeinde repräsentiert wird,⁴⁴ oder an ein Baderecht mit eigentumsähnlicher Ausgestaltung, bei der das Fruchtgenussrecht an einem Teil eines Seegrundstückes als Grunddienstbarkeit zugunsten des Eigentümers des herrschenden Grundstückes eingetragen wird.⁴⁵

Unregelmäßige Dienstbarkeiten müssen im Grundbuch eingetragen werden.⁴⁶ Die Verfassungsbestimmung des Art 7 Satz 2 StGG⁴⁷ verbietet die Belastung von Liegenschaftseigentum mit unablösbaren Schuldligkeiten. Um einer verfassungswidrigen Aushöhlung des Liegenschaftseigentums entgegenzuwirken, lässt die stRsp die Verbücherung unregelmäßiger Grunddienstbarkeiten in Form von als Realservituten ausgestatteten Personaldienstbarkeiten (zu denken ist insb an das Fruchtgenussrecht an einer Liegenschaft) deshalb nur auf begrenzte Zeit zu.⁴⁸

Eine Grunddienstbarkeit, die im Wege des § 479 leg cit als unregelmäßige persönliche Dienstbarkeit eingeräumt wird, endet aufgrund des höchstpersönlichen Charakters von Personalservituten mit dem Tod oder (im Falle einer juristischen Person) dem Untergang des Berechtigten.⁴⁹ § 529 leg cit erlaubt die Ausdehnung unregelmäßiger persönlicher Dienstbarkeiten auch auf die Erben des Berechtigten.⁵⁰

⁴³ Bittner in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ (2016) § 479 Rz 1.

⁴⁴ OGH 24.09.1996, 5 Ob 2246/96x.

⁴⁵ OGH 5 Ob 40/06b Zak 2006/397.

⁴⁶ Memmer in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 479 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 4.

⁴⁷ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684.

⁴⁸ Spath, § 479 ABGB Rz 5.

⁴⁹ Memmer, § 479 ABGB Rz 10.

⁵⁰ Memmer, § 479 ABGB Rz 11.

5) *Utilitätserfordernis*

Aus der Wortfolge „zum Vortheile eines Andern“ des § 472 ABGB ergibt sich das der Dienstbarkeit innewohnende Utilitätserfordernis. Dem Berechtigten aus der Dienstbarkeit muss durch die Duldung oder Unterlassung des Eigentümers der dienenden Sache ein Vorteil erwachsen. Ob der Vorteil materieller oder ideeller Natur ist, ist irrelevant.⁵¹ Dass die Dienstbarkeit zum Vorteil des Berechtigten bestehen muss schließt nicht aus, dass dem Berechtigten die Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt wird.⁵² Bei Grunddienstbarkeiten verlangt das Utilitätserfordernis des § 472 leg cit jedoch einen Bezug zum herrschenden Grundstück insofern, als sich durch die Dienstbarkeit die Bequemlichkeit bzw Vorteilhaftigkeit der Benutzung des herrschenden Grundstückes erhöhen muss. In jenen Fällen, in denen es vollständig am Tatbestandsmerkmal einer bequemerer oder anderweitig vorteilhafteren Benützung des Grundstückes mangelt, ist eine Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch unzulässig.⁵³ Wie bereits ausgeführt, ergibt sich darüber hinaus aus § 473 leg cit ein zusätzliches Utilitätserfordernis für Grunddienstbarkeiten.⁵⁴

6) *Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten*

§ 485 Satz 2 ABGB lautet: „Auch wird jede Servitut insofern für unteilbar gehalten, als das auf dem Grundstück haftende Recht durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstücklung desselben, abgesehen von dem im § 847 bezeichneten Falle, weder verändert noch geteilt werden kann.“ Diese Bestimmung normiert den Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten. Eine mit einem Grundstück verbundene Dienstbarkeit kann durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Teilung des Grundstückes grundsätzlich nicht verändert werden.

Der Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten gilt für Grunddienstbarkeiten bereits für die Einräumung der Dienstbarkeit. Eine grundbücherliche Eintragung auf bestimmte ideelle Anteile eines Grundstückes ist im schlichten Miteigentum nach stRsp unzulässig.⁵⁵ Die Ausübung der Dienstbarkeit kann aber auf bestimmte räumliche Teile des belasteten Grundstückes eingeschränkt werden. Eine Grunddienstbarkeit kann auch zugunsten eines räumlich begrenzten Teils einer Liegenschaft eingeräumt werden.⁵⁶ Die Frage der Zulässigkeit

⁵¹ Memmer, § 472 ABGB Rz 12.

⁵² Memmer, § 472 ABGB Rz 13.

⁵³ Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd II⁴ (2012) § 472 Rz 3.

⁵⁴ Vgl Punkt II.A.4.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0126482.

⁵⁶ Memmer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 485 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 11.

der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum wird im Folgenden noch im Detail behandelt.⁵⁷

Eine räumliche Teilung des dienenden Grundstücks ändert gem § 847 leg cit nichts am Bestand der Dienstbarkeit. § 847 leg cit bezieht sich auf die Zivil- und die Realteilung.⁵⁸ Durch eine Teilung entstehen mehrere Grunddienstbarkeiten auf den einzelnen Teilflächen.⁵⁹ Bezieht sich die Dienstbarkeit nur auf bestimmte räumlich abgegrenzte Teile des dienenden Gutes, so erlischt sie bei der Teilung hinsichtlich jener Teile, auf die sich die Dienstbarkeit nicht bezieht.

Ebenso wenig ändert eine räumliche Teilung des herrschenden Grundstücks etwas am Bestand der Dienstbarkeit, sofern nicht gegenteilige Parteienvereinbarungen bestehen. Es entstehen lediglich mehrere selbständige Dienstbarkeiten, die von den jeweiligen Eigentümern der Teilstücke unabhängig ausgeübt werden können und unabhängig voneinander erlöschen können.⁶⁰ Dem Grundsatz der Unteilbarkeit folgend darf die Dienstbarkeit insgesamt aber nicht erweitert oder für das dienende Grundstück beschwerlicher werden.⁶¹ Eine Ausnahme besteht gem § 844 letzter Satz leg cit in jenen Fällen, in denen eine Dienstbarkeit von vornherein nur für bestimmte Teile des herrschenden Grundstücks bestimmt war. Die Dienstbarkeit erlischt dann im Fall einer Teilung des Grundstücks hinsichtlich der übrigen Teile.⁶²

Aus dem Unteilbarkeitsgrundsatz bei Grunddienstbarkeiten folgt, dass einer von mehreren Miteigentümern eine Grunddienstbarkeit am gemeinschaftlichen Gut grundsätzlich weder bestellen noch für das gemeinschaftliche Gut erwerben kann.⁶³ Bei Miteigentümergeinschaften müssen alle Miteigentümer der Bestellung bzw dem Erwerb zustimmen.⁶⁴ Kommt eine Grunddienstbarkeit sämtlichen Miteigentümern einer (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft zu, können die Miteigentümer der Eigentümergeinschaft nur gemeinschaftlich, also einstimmig, über die Grunddienstbarkeit

⁵⁷ Vgl Punkt IV.A.

⁵⁸ Spath, § 485 ABGB Rz 5.

⁵⁹ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ (2016) § 485 Rz 4.

⁶⁰ Memmer, § 485 ABGB Rz 14.

⁶¹ Spath, § 485 ABGB Rz 5.

⁶² Spath, § 485 ABGB Rz 5.

⁶³ Memmer, § 485 ABGB Rz 12.

⁶⁴ Spath, § 480 ABGB Rz 4.

verfügen. Es handelt sich dabei um einen gemeinschaftlichen Verfügungsakt iSd § 828 Abs 1 leg cit.⁶⁵

Bei Wohnungseigentum ist die gegenseitige Einräumung von Rechten zwischen den Miteigentümern der gemeinsamen Sache zulässig.⁶⁶ In den Fällen, in denen der Eigentümer des einen (herrschenden oder dienenden) Grundstücks einen Miteigentumsanteil am anderen (herrschenden oder dienenden) Grundstück erwirbt, kommt es nach hL nicht zu einem Erlöschen der Grunddienstbarkeit durch Vereinigung gem § 526 leg cit, und zwar auch nicht bzgl des Anteils.⁶⁷ Es handelt sich um eine zulässige partielle Eigentümerdienstbarkeit.⁶⁸

Von den Personaldienstbarkeiten ist lediglich das Fruchtgenussrecht teilbar. Dieses kann auch an mehreren ideellen Liegenschaftsanteilen begründet werden, sofern es nicht nur an einem räumlich abgegrenzten Teil der im Miteigentum stehenden Sache besteht (da einem ideellen Miteigentümer kein dingliches Recht an einem Liegenschaftsteil zukommt). Da Gebrauchsrechte unmittelbare Sachherrschaft einräumen, können diese nie an ideellen Teilen einer Sache bestellt werden.⁶⁹ *Klang* vertritt demgegenüber die Ansicht, dass Gebrauchsrechte auch an Fruchtgenussrechten bestehen und somit mittelbar den ideellen Teil einer Sache belasten können.⁷⁰ *Memmer* folgt dieser Ansicht.⁷¹

B. Miteigentum

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum zulässig ist, sollen im Folgenden die rechtlichen Eigenschaften des schlichten Miteigentums und des Wohnungseigentums dargestellt und anschließend einander gegenübergestellt werden.

1) *Schlichtes Miteigentum*

Die gesetzliche Grundlage für das schlichte Miteigentum findet sich hauptsächlich in den §§ 825 ff ABGB. § 825 leg cit lautet: „*So oft das Eigenthum der nähmlichen Sache, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt; besteht eine Gemeinschaft. Sie*

⁶⁵ *Spath*, § 485 ABGB Rz 5.

⁶⁶ *Bittner*, § 485 ABGB Rz 4.

⁶⁷ *Memmer*, § 485 ABGB Rz 12.

⁶⁸ Vgl Punkt II.A.1.

⁶⁹ *Bittner*, § 485 ABGB Rz 5.

⁷⁰ *Bittner*, § 485 ABGB Rz 5.

⁷¹ *Memmer*, § 485 ABGB Rz 15.

gründet sich auf eine zufällige Ereignung; auf ein Gesetz; auf eine letzte Willenserklärung; oder auf einen Vertrag.“

Beim Miteigentum des ABGB handelt es sich um Eigentum nach ideellen Anteilen. Der Ansicht des OGH,⁷² wonach nicht die Sache selbst, sondern das Recht an der Sache geteilt wird, ist zu widersprechen. Aus dem Gesetzestext ergibt sich eindeutig, dass *„ein und dasselbe Recht“* jedem der gemeinschaftlichen Eigentümer der Sache ungeteilt zukommt. Es ist also nicht das Recht, sondern die Sache geteilt, diese jedoch nicht physisch, sondern ideell.⁷³ Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil an der Sache gem § 829 letzter Satz leg cit frei verfügen. Eine Verfügung über die Sache als Ganzes verlangt demgegenüber gem § 828 Abs 1 leg cit eine Willenseinigung der Miteigentümer.

H. Böhm nennt folgende Elemente, die das schlichte Miteigentum auszeichnen: 1) Ein Recht am ideellen Anteil der Sache, über das der Eigentümer frei verfügen kann. 2) Das nur gemeinsam ausübbares Verfügungsrecht über die im Miteigentum stehende Sache. 3) Die Mitwirkungsrechte der §§ 833 ff leg cit im Zusammenhang mit der Verwaltung der Sache. 4) Die Gebrauchsbefugnisse, die sich gem § 828 Abs 1 leg cit aus dem gemeinschaftlichen Eigentum an der Sache ergeben und die Gebrauchsbefugnisse, die sich individuell aus einer Benützungsregel iSd § 828 Abs 2 leg cit ergeben. 5) Die dingliche Ausschließungsbefugnis gegenüber Dritten gem § 354 leg cit und die obligatorische Ausschließungsbefugnis gegenüber anderen Miteigentümern durch mögliche Benützungsvereinbarungen iSd § 828 Abs 2 leg cit.⁷⁴

§ 361 leg cit lautet: *„Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört; so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; in so weit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles.“* Über ihre Anteile können die Miteigentümer also alleine verfügen.

Die Gemeinschaft aller Miteigentümer einer Sache, die Miteigentümergeinschaft, wird zwar gem §§ 361 Satz 2, 828 Abs 1 Satz 1 leg cit als *„eine einzige Person“* (§ 361 leg cit) bzw

⁷² OGH 5 Ob 2243/96f NZ 1997/394.

⁷³ *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON1.01 § 825 (Stand 1.10.2013, rdb.at) Rz 5.

⁷⁴ *H. Böhm*, § 825 ABGB Rz 5.

„nur Eine Person“ (§ 828 leg cit) angesehen, stellt aber keine juristische Person dar. Rechtsträger der Miteigentümergeinschaft sind immer die einzelnen Miteigentümer.⁷⁵

Bei der Miteigentümergeinschaft handelt es sich nicht nur um eine sachenrechtliche Gemeinschaft, sondern auch um ein gesetzliches Dauerschuldverhältnis, welches in den §§ 828 ff leg cit normiert ist.⁷⁶ Aus diesem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ergibt sich eine „über die bloße Respektierung der dinglichen Rechtsstellung anderer Miteigentümer hinausgehende Treuepflicht, die uU auch tätige Wahrnehmung der Interessen der Übrigen erfordert“.⁷⁷

Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache normieren die §§ 833 f leg cit. Bei Angelegenheiten, welche gem § 833 Abs 1 Satz 2 leg cit „nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählt werden“. Zur ordentlichen Verwaltung zählen ständig wiederkehrende Ausbesserungen und notwendige Instandsetzungsarbeiten.⁷⁸ Bei Gebäuden im Miteigentum kommen als Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung etwa der Einbau einer Zentralheizung, eine Fassadeninstandsetzung oder die Anbringung eines äußeren Vollwärmeschutzes in Frage.⁷⁹

Zur außerordentlichen Verwaltung legt § 834 leg cit fest: „Bey wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder bessern Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Ueberstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden; oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen“. Bei der außerordentlichen Verwaltung handelt es sich um besonders wichtige Maßnahmen. Es fallen darunter alle Verwaltungsmaßnahmen, die nicht der ordentlichen Verwaltung zuzuordnen sind. Für die Beurteilung der Außergewöhnlichkeit wird vorrangig auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme abgestellt.⁸⁰ Bei Gebäuden im Miteigentum stellen etwa die Bestellung eines Hausverwalters (wenn das Gebäude zuvor eigenverwaltet wurde)⁸¹ oder der Umbau einer Werkstatt in eine Wohnung⁸² Fälle der außerordentlichen Verwaltung dar.

⁷⁵ H. Böhm, § 825 ABGB Rz 6.

⁷⁶ H. Böhm, § 825 ABGB Rz 7.

⁷⁷ Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd III⁵ (2020) § 825 Rz 14.

⁷⁸ Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ § 833 ABGB (Stand 1.8.2015, rdb.at) Rz 11.

⁷⁹ Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd III⁵ (2020) § 833 Rz 14.

⁸⁰ Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar Bd III⁵ (2020) § 834 Rz 2.

⁸¹ Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁶ (2019) 439.

⁸² Sprohar-Heimlich, § 834 ABGB Rz 9.

In Fällen der außerordentlichen Verwaltung gilt grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip. Kann Einstimmigkeit nicht erreicht werden, erlauben §§ 834, 835 leg cit den überstimmten Miteigentümern, eine Sicherstellung für allfällige künftige Schäden zu verlangen. Wird ihnen die Sicherstellung verweigert, können sie aus der Miteigentümergeinschaft austreten.

Unter dem Austrittsrecht des § 834 leg cit ist ein Teilungsanspruch gem §§ 830, 841 leg cit zu verstehen.⁸³ Wollen die unterlegenen Miteigentümer nicht austreten oder geschähe der Austritt zur Unzeit, also einem aus der Sache selbst oder äußeren Umständen herrührenden Umstand, der eine Teilung für die Miteigentümer nachteilig erscheinen lässt,⁸⁴ so hat gem § 835 leg cit das Los, ein Schiedsman, oder, falls dieser nicht von allen Miteigentümern akzeptiert wird, ein Richter im Außerstreitverfahren darüber zu entscheiden, „ob die Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung Statt finden soll oder nicht.“

§ 833 leg cit lautet: „Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesamt zu“. Unter dem Besitz ist auch das Recht auf Benutzung der gemeinsamen Sache zu verstehen. Solange es zu keiner Kollision mit der Benutzung durch andere Miteigentümer kommt, bedarf die Benutzung der gemeinschaftlichen Sache keiner Genehmigung durch die anderen Miteigentümer. Andernfalls müssen die Miteigentümer eine Benützungsregelung vereinbaren, welche bei unbeweglichen Sachen gem § 828 Abs 2 leg cit im Grundbuch vermerkt werden kann und auch für die Rechtsnachfolger des Miteigentümers Wirkung entfaltet.⁸⁵

Schlichtes Miteigentum entsteht gem § 825 letzter Satz leg cit durch einen Vertrag, ein Gesetz (zB die gesetzliche Erbfolge), eine letztwillige Verfügung oder ein zufälliges Ereignis. Diese Unterteilung stiftet nach Ansicht H. Böhm vor allem Verwirrung, da sich etwa die Gemeinschaft mehrerer Erben bei gesetzlicher Erbfolge auf das Gesetz, bei Vorliegen einer letztwilligen Verfügung auf ebendiese Willenserklärung und in beiden Fällen auf das zufällige Ereignis des Todes des Erblassers gründet. H. Böhm schlägt deshalb eine Unterteilung zwischen jenen Gemeinschaften vor, die sich auf den Willen der Gemeinschaftler gründen, und jenen, bei denen dies nicht der Fall ist.⁸⁶

⁸³ Sprohar-Heimlich, § 834 ABGB Rz 37.

⁸⁴ H. Böhm in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.01 § 830 (Stand 1.10.2013, rdb.at) Rz 34.

⁸⁵ Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁶ (2019) 440.

⁸⁶ H. Böhm, § 825 ABGB Rz 9f.

Zur Aufhebung der Miteigentümergeinschaft normiert § 830 leg cit Folgendes: „[Jeder Miteigentümer] kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachtheile der Uebrigen. Er muß sich daher einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen“. Kann zwischen den Miteigentümern kein Konsens erzielt werden, kann jeder Miteigentümer die Aufhebung der Miteigentümergeinschaft begehren.

Rechtsfolge der Aufhebung ist die Teilung der Miteigentümergeinschaft. § 841 leg cit lautet: „Bey der nach aufgehobener Gemeinschaft vorzunehmenden Theilung der gemeinschaftlichen Sache gilt keine Mehrheit der Stimmen. Die Theilung muß zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden. Können sie nicht einig werden; so entscheidet das Los, oder ein Schiedsmann, oder, wenn sie sich über die Bestimmung der einen oder andern dieser Entscheidungsarten nicht einhellig vereinigen, der Richter“. Der Gesetzestext lässt die Schlussfolgerung zu, dass die Teilung der im Miteigentum stehenden Sache erst nach Aufhebung der Miteigentümergeinschaft vorzunehmen ist. Dem widerspricht H. Böhm. Seiner Ansicht nach sind das der Miteigentümergeinschaft innewohnende Dauerschuldverhältnis und das Miteigentum an der gemeinschaftlichen Sache untrennbar miteinander verbunden. Das eine kann ohne das andere nicht bestehen. Die Aufhebung der schuldrechtlichen Gemeinschaft gem § 830 leg cit und die Teilung der Sache gem § 841 leg cit müssen somit zeitlich zusammenfallen. Dauerschuldverhältnis und Miteigentum können nur gemeinsam erlöschen.⁸⁷

Eine Teilung kann entweder als Realteilung, also tatsächliche Aufteilung der gemeinschaftlichen Sache, oder Zivilteilung, also Veräußerung der Sache und Aufteilung des Erlöses erfolgen.

Der Auflösungsvorgang der Miteigentümergeinschaft erfolgt in zwei Phasen. Äußert ein oder äußern mehrere Miteigentümer einen Teilungswunsch und stimmen die übrigen Miteigentümer zu, entsteht ein Aufhebungsvertrag. Der Aufhebungsvertrag hebt die Miteigentümergeinschaft nicht auf, verpflichtet die Mitglieder aber, keine Teilungshindernisse einzuwenden. Stimmen die übrigen Miteigentümer nicht zu, steht den teilungswilligen Miteigentümern die Teilungsklage frei. Weder Aufhebungserklärung noch

⁸⁷ H. Böhm, § 830 ABGB Rz 12.

Zustellung der Teilungsklage beenden die Miteigentümergemeinschaft. Sie besteht zu diesem Zeitpunkt unverändert fort.⁸⁸

Die erste Phase endet im Zeitpunkt eines rechtskräftigen Teilungsurteils oder dem wirksamen Zustandekommen eines Teilungsvertrags, mit welchem die Miteigentümer die Teilung gem § 841 leg cit einvernehmlich regeln. Ab diesem Zeitpunkt befindet sich die Miteigentümergemeinschaft im Stadium der Abwicklung. Die obligatorische (Dauerschuldverhältnis) und dingliche (Miteigentum) Verbindung zwischen den einzelnen Miteigentümern gilt zu diesem Zeitpunkt nur mehr auflösend bedingt. Mit dem Verfügungsgeschäft (zB Verkauf oder Verschenkung der gemeinschaftlichen Sache) bzw der Exekution endet die Gemeinschaft.⁸⁹

Die Miteigentümer können auch einvernehmlich vereinbaren, dass die Teilung durch Los oder einen Schiedsmann erfolgt, was aber nach hM voraussetzt, dass die Miteigentümer im Vorhinein die gemeinschaftliche Sache in Teilstücke teilen, damit das Los bzw der Schiedsmann im Anschluss nur mehr über die Verteilung der Teilstücke entscheiden.⁹⁰

Ist eine einvernehmliche Lösung nicht möglich, entscheidet ein Richter über die Teilung. Zu diesem Zweck steht es jedem Miteigentümer frei, gerichtliche Teilungsklage einzubringen, wobei das Klagebegehren auf Zivil- oder Naturalteilung oder gem § 3 Abs 1 Z 3 WEG⁹¹ auf die Begründung von Wohnungseigentum gerichtet sein kann. Die Zivilteilung kann gem § 843 ABGB aber nur dann begehrt werden, wenn die Naturalteilung nicht möglich oder nicht tunlich ist.

§ 830 leg cit untersagt eine Aufhebung der Miteigentümergemeinschaft „zur Unzeit, oder zum Nachtheile der Uebrigen“. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Unzeit um einen aus der Sache selbst oder äußeren Umständen herrührenden Umstand, der eine Teilung für die Miteigentümer nachteilig erscheinen lässt. „Zum Nachtheile der Uebrigen“ meint einen Umstand, durch welchen sich die Teilung für alle Miteigentümer, die sich gegen eine Teilung aussprechen, vorübergehend objektiv nachteilig oder schädigend auswirkt, ohne dass die

⁸⁸ H. Böhm, § 830 ABGB Rz 13.

⁸⁹ H. Böhm, § 830 ABGB Rz 13.

⁹⁰ Parapatits in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON1.03 § 841 (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 8.

⁹¹ Bundesgesetz über das Wohnungseigentum (Wohnungseigentumsgesetz 2002 – WEG 2002) BGBl I 2002/114 idF BGBl I 2018/58.

Kriterien der Unzeit erfüllt sind.⁹² Die Rsp erlaubt im Rahmen einer Interessenabwägung in bestimmten Fällen auch die Geltendmachung subjektiver Nachteile einzelner Teilungsgegner.⁹³ Fälle der Unzeit oder des Nachteils sind etwa ein baldiger Wertgewinn aufgrund einer bestehenden Umwidmung, ein sterbenskranker Miteigentümer, der aufgrund einer Teilung umziehen müsste⁹⁴ oder steuerliche Nachteile, wenn vor Ablauf einer bestimmten Frist geteilt wird (zB vor Ablauf der Spekulationsfrist).⁹⁵

2) Wohnungseigentum

Beim Wohnungseigentum handelt es sich um eine Spezialform des Miteigentums, die vorrangig durch das WEG normiert wird. Die §§ 825 ff ABGB gelten subsidiär. Wie im Folgenden noch aufgezeigt wird, handelt es sich beim Wohnungseigentum im Verhältnis zum schlichten Miteigentum jedoch nicht um ein Mehr sondern um ein Aliud.⁹⁶ Gem § 2 Abs 1 WEG ist Wohnungseigentum *„das dem Miteigentümer einer Liegenschaft oder einer Eigentümerpartnerschaft eingeräumte dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen“*.

Die Wohnungseigentümer sind Miteigentümer der gesamten Liegenschaft und haben kein real geteiltes Eigentum am Gebäude. Ihnen kommt aber ein ausschließliches Nutzungsrecht an einem im Gebäude gelegenen Wohnungseigentumsobjekt zu. Beim Wohnungseigentum handelt es sich um eine Konstruktion aus *„ideellem Miteigentumsanteil an der Liegenschaft mit einem servitutsähnlichen Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt“*.⁹⁷

Das WEG mit seinem ausschließlichen Nutzungsrecht am Wohnungseigentumsobjekt und seinen Sonderregeln betreffend die Verwaltung der Liegenschaft trägt der Tatsache Rechnung, dass die Mitglieder einer (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft idR in einem distanzierteren Verhältnis zu einander stehen als die Gemeinschaftler einer schlichten Miteigentumsgemeinschaft.⁹⁸

Im Gegensatz zum schlichten Miteigentum kann Wohnungseigentum nur an gesetzlich bestimmten Sachen erlangt werden. Das WEG nennt taxativ diejenigen Objekte, an denen

⁹² H. Böhm, § 830 ABGB Rz 43.

⁹³ H. Böhm, § 830 ABGB Rz 43.

⁹⁴ Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁶ (2019) 440.

⁹⁵ H. Böhm, § 830 ABGB Rz 44.

⁹⁶ Vgl Punkt II.B.2.

⁹⁷ Würth in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 2 WEG 2002 (Stand 1.1.2003, rdb.at) Rz 2.

⁹⁸ Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁶ (2019) 441.

Wohnungseigentum begründet werden kann. Es handelt sich gem § 2 Abs 2 leg cit um Wohnungen, sonstige selbständige Räumlichkeiten und Abstellplätze für Kraftfahrzeuge. Mit Ausnahme der Abstellplätze müssen Wohnungseigentumsobjekte zumindest fünfseitig baulich abgeschlossen sein. Die Begründung von liegenschaftsübergreifendem Wohnungseigentum ist nicht möglich.⁹⁹

Eine Wohnung ist gem § 2 Abs 2 Satz 2 leg cit *„ein baulich abgeschlossener, nach der Verkehrsauffassung selbständiger Teil eines Gebäudes, der nach seiner Art und Größe geeignet ist, der Befriedigung eines individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen“*. Baulich abgeschlossen ist ein Teil eines Gebäudes dann, wenn alle zu ihm gehörigen Räume so untereinander in Verbindung stehen, dass diese und die dazugehörigen Verkehrswege nur vom Wohnungsinhaber benützt werden können.¹⁰⁰

Eine sonstige selbständige Räumlichkeit ist gem § 2 Abs 2 Satz 3 leg cit *„ein baulich abgeschlossener, nach der Verkehrsauffassung selbständiger Teil eines Gebäudes, dem nach seiner Art und Größe eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt, wie etwa ein selbständiger Geschäftsraum oder eine Garage“*. Das Gesetz verlangt ein gewisses Maß an wirtschaftlicher Eigenständigkeit, was die Rsp etwa im Fall eines Abstellraums und eines Waschrums mit WC verneint hat.¹⁰¹ Denkbar ist in solchen Fällen, dass die Räumlichkeit als Zubehör-Wohnungseigentum gem § 2 Abs 3 leg cit gewidmet wird.

Ein Abstellplatz für ein Kraftfahrzeug ist gem § 2 Abs 2 letzter Satz leg cit *„eine - etwa durch Bodenmarkierung - deutlich abgegrenzte Bodenfläche, die ausschließlich zum Abstellen eines Kraftfahrzeugs gewidmet und dazu nach ihrer Größe, Lage und Beschaffenheit geeignet ist“*. Einem Abstellplatz gleichzuhalten ist gem § 2 Abs 2 letzter Satz *„eine Stellfläche etwa aus Metall, die zu einer technischen Vorrichtung zur Platz sparenden Unterbringung von Kraftfahrzeugen gehört“*. Eine deutliche Abgrenzung des Abstellplatzes ist etwa durch eine Hecke, einen Zaun, gemauerte Randsteine, gut sichtbare und einigermaßen dauerhaft angebrachte Bodenmarkierungen (weshalb eine Markierung mit Kreide nicht zulässig ist) oder einbetonierte Steher zu erreichen.¹⁰²

⁹⁹ Würth, § 2 WEG Rz 7ff.

¹⁰⁰ Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 2 Rz 10.

¹⁰¹ LGZ Wien 41 R 145/83 MietSlg 35.599.

¹⁰² Hausmann, § 2 WEG Rz 20.

Neben den in § 2 Abs 2 leg cit genannten wohnungseigentumstauglichen Objekten normiert das WEG in § 2 Abs 3 leg cit Zubehör-Wohnungseigentum als *„das mit dem Wohnungseigentum verbundene Recht, andere, mit dem Wohnungseigentumsobjekt baulich nicht verbundene Teile der Liegenschaft, wie etwa Keller- oder Dachbodenräume, Hausgärten oder Lagerplätze, ausschließlich zu nutzen“*. Wohnungseigentumsobjekt und Zubehör-Wohnungseigentum bilden eine Einheit und teilen dasselbe rechtliche Schicksal. Das Zubehör-Objekt muss selbständig, also ohne Inanspruchnahme anderer Wohnungseigentumsobjekte, Zubehör-Objekte oder fremder Liegenschaften betretbar sein.¹⁰³ Die Begründung von Wohnungseigentum an einem Zubehör-Objekt ist ebenso unzulässig wie die Widmung eines Wohnungseigentumsobjekts als Zubehör.¹⁰⁴

Bei denjenigen Teilen der Liegenschaft, *„die der allgemeinen Benützung dienen oder deren Zweckbestimmung einer ausschließlichen Benützung entgegensteht“* handelt es sich gem § 2 Abs 4 leg cit um allgemeine Teile der Liegenschaft.

Im Regelfall wird Wohnungseigentum gem § 3 Abs 1 Z 1 leg cit aufgrund eines schriftlichen Wohnungseigentumsvertrags zwischen allen Miteigentümern der Liegenschaft begründet. Das Gesetz erlaubt in § 3 Abs 1 Z 2 bis 4 leg cit daneben auch eine Wohnungseigentumsbegründung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung über eine Klage auf Einverleibung des Eigentumsrechts gem § 43 leg cit, einer gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft (etwa in jenen Fällen, in denen ein schlichter Miteigentümer durch eine drohende Zivilteilungsklage der Mehrheitseigentümer andernfalls seine Wohnung verlieren würde¹⁰⁵) und einer gerichtlichen Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse gem §§ 81 bis 98 Ehegesetz.¹⁰⁶

Erworben werden kann Wohnungseigentum gem § 5 Abs 1 leg cit von jedem Miteigentümer, *„dessen Anteil dem Mindestanteil entspricht. Zwei natürliche Personen, deren Miteigentumsanteile je dem halben Mindestanteil entsprechen, können als Eigentümerpartnerschaft gemeinsam Wohnungseigentum erwerben (§ 13)“*. Um Wohnungseigentum zu erwerben, muss dem zukünftigen Wohnungseigentümer ein

¹⁰³ Hausmann, § 2 WEG Rz 27.

¹⁰⁴ ErläutRV 989 BlgNR 21.GP 35.

¹⁰⁵ Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 3 Rz 17; vgl Punkt II.B.1.

¹⁰⁶ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet. Vom 6. Juli 1938. dRGBI I S 1938/807 idF BGBl I 2017/59.

größtmäßig genau definierter Miteigentumsanteil an der gemeinschaftlichen Sache, der Mindestanteil, zukommen. Der Mindestanteil ist jener Miteigentumsanteil, der gem § 2 Abs 9 leg cit dem relativen Wert des Wohnungseigentumsobjekts im Verhältnis zum Wert der gesamten Liegenschaft samt Zubehör entspricht. Er bildet die Grundlage für die Stimmrechtsbildung innerhalb der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft und die Aufteilung der sich aus der Liegenschaft ergebenden Aufwendungen zwischen den Miteigentümern.

Gem § 11 Abs 1 leg cit ist das Wohnungseigentum *„mit dem Mindestanteil untrennbar verbunden. Es kann nur mit diesem zusammen beschränkt, belastet, veräußert, von Todes wegen übertragen und der Zwangsvollstreckung unterworfen werden“*. Wohnungseigentum ist ein dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht an einem Wohnungseigentumsobjekt, welches untrennbar mit dem ideellen Miteigentumsanteil an der gesamten Liegenschaft verbunden ist. Nur diese untrennbar verbundene Einheit aus dinglichem Nutzungsrecht und ideellem Miteigentumsanteil kann Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Eine separate Verfügung durch Beschränkung, Belastung, Veräußerung, Übertragung von Todes wegen oder Zwangsvollstreckung ist unmöglich.¹⁰⁷

Im Gegensatz zum schlichten Miteigentumsanteil kann ein Mindestanteil, außer in Fällen von Eigentümerpartnerschaften, nicht weiter geteilt werden. § 12 Abs 1 leg cit normiert den Grundsatz der Unteilbarkeit des Mindestanteils. Danach darf der *„mit dem Wohnungseigentum untrennbar verbundene Mindestanteil [...], solange das Wohnungseigentum besteht, außer im Fall einer Eigentümerpartnerschaft (§ 2 Abs. 10, § 13), nicht geteilt werden“*. So ist zB eine Veräußerung nur eines Teils des Mindestanteils unzulässig.

Bei der Eigentümerpartnerschaft des WEG 2002, die nicht mit der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft zu verwechseln ist, handelt es sich gem Legaldefinition des § 2 Abs 10 leg cit um eine *„Rechtsgemeinschaft zweier natürlicher Personen, die gemeinsam Wohnungseigentümer eines Wohnungseigentumsobjekts sind“*. Es handelt sich um eine personelle Erweiterung des bereits zuvor zulässigen gemeinschaftlichen Wohnungseigentums von Ehegatten nach dem WEG 1975.¹⁰⁸ Die beiden natürlichen Personen müssen gem § 13 Abs 2 leg cit Eigentümer je eines halben Miteigentumsanteils werden. Die beiden Hälfteanteile haben zwingend das gleiche rechtliche Schicksal und können nicht verschieden belastet werden. Eine Veräußerung des Hälfteanteils ist gem

¹⁰⁷ Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 11 Rz 2.

¹⁰⁸ J. Höllwerth in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 13 Rz 4.

§ 13 Abs 3 letzter Satz leg cit nur mit Zustimmung des anderen Partners zulässig. Wird für jeden der beiden Eigentümerpartner die Personalservitut des Fruchtgenusses am gesamten Mindestanteil eingeräumt, führt dies nicht zu einer verschiedentlichen Belastung der Hälfteanteile und verstößt somit nicht gegen die Bestimmung des § 13 Abs 2 leg cit.¹⁰⁹ Ebenso wenig kommt es in diesen Fällen zu einer unzulässigen Eigentümerservitut. Eine solche liegt lt OGH nämlich dann nicht vor, wenn einem Miteigentümer eine Dienstbarkeit an der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Sache eingeräumt wird.¹¹⁰

So wie idR auch andere dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache, wird Wohnungseigentum gem § 5 Abs 3 leg cit ausschließlich durch Einverleibung in das Grundbuch erworben. Es gilt der Grundsatz, dass außerbücherliches Wohnungseigentum nicht möglich ist.¹¹¹ Unter einem „Erwerb“ iSd § 5 Abs 3 leg cit ist jedoch lediglich die konstitutive Begründung von Wohnungseigentum zu verstehen, während beim translativen Erwerb keine Besonderheiten zu beachten sind.¹¹²

§ 2 Abs 5 leg cit normiert: *„Alle Wohnungseigentümer bilden zur Verwaltung der Liegenschaft die Eigentümergemeinschaft; sie ist eine juristische Person mit Rechtsfähigkeit in dem durch § 18 Abs. 1 und 2 umschriebenen Umfang.“* Im Gegensatz zur Miteigentümergeinschaft des schlichten Miteigentums kommt der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft Teilrechtsfähigkeit zu.¹¹³ § 18 leg cit lautet: *„Die Eigentümergemeinschaft kann in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und geklagt werden.“* Es handelt sich bei der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft um eine juristische Person, deren Handeln vorrangig auf die Verwaltung der Liegenschaft beschränkt ist. Eine solche Rechtsperson mit beschränkter Rechtsfähigkeit ist im Zivilrecht unüblich und stellt einen Sonderfall dar.¹¹⁴ Der mit der WNR 2006¹¹⁵ eingefügte § 18 Abs 2 leg cit erlaubt zudem ausdrücklich die Abtretung aus dem Miteigentum erfließender Unterlassungsansprüche sowie die Liegenschaft betreffender Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche durch die Wohnungseigentümer.

¹⁰⁹ J. Höllwerth, § 13 WEG Rz 10.

¹¹⁰ OGH 5 Ob 149/16x Jus-Extra OGH-Z 6088 = Zak 2016/771 = EvBl 2017/19 = wobl 2017/18 = NZ 2017/62.

¹¹¹ ErläutRV 989 BlgNR 21.GP 35.

¹¹² Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 5 Rz 19.

¹¹³ Vgl Punkt II.B.1.

¹¹⁴ Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁶ (2019) 441.

¹¹⁵ Bundesgesetz, mit dem das Wohnungseigentumsgesetz 2002, das Mietrechtsgesetz, das Landpachtgesetz und das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz geändert werden (Wohnrechtsnovelle 2006 – WRN 2006) BGBl I 2006/124.

Eine entsprechende Möglichkeit bestand aber bereits vor der WNR 2006, weshalb es sich bei § 18 Abs 2 leg cit lediglich um eine Klarstellung handelt.¹¹⁶

Wie auch im schlichten Miteigentum¹¹⁷ unterteilt das WEG die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache in Maßnahmen der ordentlichen und solche der außerordentlichen Verwaltung. Wie auch beim schlichten Miteigentum entscheidet gem § 28 Abs 1 leg cit in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung die Mehrheit der Miteigentümer. Als Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung nennt das Gesetz demonstrativ etwa „*die ordnungsgemäße Erhaltung der allgemeinen Teile der Liegenschaft im Sinne des § 3 MRG*¹¹⁸“ (das sind zB Arbeiten, die zur Erhaltung allgemeiner Teile des Hauses, von Heizthermen oder von zentralen Wärmeversorgungsanlagen erforderlich sind), „*die Bildung einer angemessenen Rücklage*“ und „*die angemessene Versicherung der Liegenschaft*“.

Im Gegensatz zum schlichten Miteigentum, wo grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip gilt, entscheidet im Wohnungseigentum die Mehrheit der Miteigentümer gem § 29 Abs 1 leg cit auch über Angelegenheiten der außerordentlichen Verwaltung, sofern diese unter § 29 Abs 1 leg cit zu subsumieren sind. Das Gesetz nennt demonstrativ „*nützliche Verbesserungen oder sonstige über die Erhaltung hinausgehende bauliche Veränderungen*“. Jeder der überstimmten Wohnungseigentümer kann jedoch die gerichtliche Aufhebung des Mehrheitsbeschlusses verlangen. Das Gericht hat den Mehrheitsbeschluss gem § 29 Abs 2 leg cit dann aufzuheben, „*wenn 1. die Veränderung den Antragsteller übermäßig beeinträchtigen würde oder 2. die Kosten der Veränderung - unter Berücksichtigung auch der in absehbarer Zeit anfallenden Erhaltungsarbeiten - nicht aus der Rücklage gedeckt werden könnten*“. Bei Veränderungen, die nicht unter § 29 Abs 1 leg cit fallen, gelten gem § 29 Abs 5 leg cit die §§ 834, 835 ABGB, etwa im Falle des Abschlusses oder der Auflösung von Bestandverträgen über allgemeine Liegenschaftsteile zwischen einem Wohnungseigentümer und der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft.¹¹⁹ Von der Rsp wurde zudem etwa die erstmalige Installation einer Gegensprechanlage¹²⁰ oder der nachträgliche Einbau eines Liftes¹²¹ als Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung qualifiziert.

¹¹⁶ H. Löcker in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 18 Rz 24.

¹¹⁷ Vgl Punkt II.B.1.

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG) BGBl 1981/520 idF BGBl I 2018/58.

¹¹⁹ Beer/Vospernik in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht: Taschenkommentar³ (2018) § 29 WEG Rz 19.

¹²⁰ LGZ Wien 45 R 23/84 MietSlg 36.620.

¹²¹ LGZ Wien 41 R 510/93 MietSlg 45.548.

Soweit das WEG keine speziellere Regelung normiert, bleiben die Bestimmungen des ABGB zur ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung¹²² weiter anwendbar.¹²³

Das Wohnungseigentum erlischt gem § 35 Abs 1 leg cit „*durch den Untergang des Gegenstands des Wohnungseigentums oder durch die Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichts des Wohnungseigentümers*“. Unter dem Untergang des Gegenstands des Wohnungseigentums ist sowohl ein rechtlicher als auch ein tatsächlicher Untergang zu verstehen,¹²⁴ wobei ein tatsächlicher Untergang eine endgültige Zerstörung der gesamten Liegenschaft (etwa durch Feuer) voraussetzt, ohne dass eine plausible Aussicht auf Wiederherstellung besteht.¹²⁵ Ein Verzicht iSd § 35 Abs 1 leg cit meint eine Vereinbarung über die Auflösung des betreffenden Wohnungseigentums durch sämtliche Miteigentümer. Ein rechtswirksamer Verzicht ist nur schriftlich möglich und setzt die Zustimmung aller Buchberechtigten voraus, deren Rechte den Miteigentumsanteil belasten.¹²⁶

3) *Schlichtes Miteigentum und Wohnungseigentum im Vergleich*

Eine Gegenüberstellung von schlichtem Miteigentum und Wohnungseigentum lässt erkennen, dass das Konstrukt des Wohnungseigentums auf der weitaus spezielleren und detaillierteren gesetzlichen Grundlage des WEG beruht, während das schlichte Miteigentum durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 825ff ABGB normiert wird.

Das zeigt sich etwa daran, dass das WEG ausdrücklich festlegt, an welchen Sachen Wohnungseigentum begründet werden kann. Handelt es sich bei einer Sache nicht um eine Wohnung, eine selbständige Räumlichkeit oder einen Abstellplatz, ist eine Begründung von Wohnungseigentum, im Gegensatz zur Begründung von schlichtem Miteigentum, ausgeschlossen.

Während schlichte Miteigentumsanteile weiter geteilt werden können, verbietet das WEG, außer im genau geregelten Fall der Eigentümerpartnerschaft, eine Teilung von Mindestanteilen.

¹²² Vgl Punkt II.B.1.

¹²³ H. Löcker in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches wohnrecht - weg⁴ (2017) § 29 Rz 8.

¹²⁴ *Hausmann*, § 35 WEG Rz 3.

¹²⁵ *Hausmann*, § 35 WEG Rz 3f.

¹²⁶ *Hausmann*, § 35 WEG Rz 9f.

Die Miteigentümergeinschaft im schlichten Miteigentum ist keine juristische Person. Rechtsträger sind die einzelnen Miteigentümer. Die (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft hingegen ist teilrechtsfähig und kann in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und geklagt werden.

Bei Angelegenheiten der außerordentlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache gilt im schlichten Miteigentum das Einstimmigkeitsprinzip, während im Wohnungseigentum in den Fällen des § 29 Abs 1 WEG die Mehrheit der Miteigentümer entscheidet.¹²⁷

Der 2. Abschnitt des WEG enthält spezielle Vorgaben zur Begründung und zum Erwerb von Wohnungseigentum, während der 3. Abschnitt detailliert regelt, wie der Miteigentumsanteil im Wohnungseigentum festzulegen ist. Im 5. Abschnitt normieren §§ 16, 17 WEG die Nutzung, Änderung und Erhaltung des Wohnungseigentumsobjekts. §§ 19ff leg cit legen fest, wie ein Verwalter für die gemeinsame Liegenschaft zu bestellen und abzubestellen ist und welche Aufgaben und Befugnisse ihm zukommen. §§ 24ff leg cit normieren die Willensbildung in der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft. § 31 leg cit legt fest, dass die Wohnungseigentümer „eine angemessene Rücklage zur Vorsorge für künftige Aufwendungen (§ 32) zu bilden“ haben.

Das Wohnungseigentum dient, wie sich bereits aus dem Namen ergibt, der Einräumung eines dinglichen Rechts an einem Wohnungseigentumsobjekt und ist deshalb genau auf die Bedürfnisse von Wohnungseigentümern zugeschnitten, die, wie bereits ausgeführt, in der Regel in einem distanzierteren Verhältnis zueinander stehen als schlichte Miteigentümer und deshalb einer klaren und detaillierten gesetzlichen Regelung ihrer Beziehung zueinander bedürfen.¹²⁸ Das im ABGB geregelte und weitaus allgemeiner gehaltene schlichte Miteigentum erlaubt hingegen eine Begründung von Miteigentum grundsätzlich an jeder beweglichen und unbeweglichen Sache.

Es handelt sich beim Wohnungseigentum nicht um ein Mehr zum schlichten Miteigentum, sondern um ein Aliud.¹²⁹ Dies deshalb, weil im Wohnungseigentum das ausschließliche Nutzungsrecht am Wohnungseigentum gem § 11 WEG untrennbar mit dem Mindestanteil verbunden ist und nur beide gemeinsam Gegenstand des Rechtsverkehrs sein

¹²⁷ Vgl II.B.2.

¹²⁸ Vgl Punkt II.B.2.

¹²⁹ RIS-Justiz RS0110336.

können.¹³⁰ Auch eine allfällige Benützungsregelung an der im schlichten Miteigentum stehenden Sache vermag daran nichts zu ändern.¹³¹

In diesem ausschließlichen, vererblichen und veräußerbaren Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt, das mit dem ideellen Miteigentumsanteil untrennbar verbunden ist, liegt der zentrale Unterschied des Wohnungseigentums zum Miteigentum. Das österreichische Wohnungseigentum räumt im Gegensatz zum deutschen Wohnungseigentum nicht Sondereigentum an einer Wohnung ein, wie dies § 1 Abs 2 d WEG¹³² normiert, sondern teilt das Benützungsrecht an der gemeinsamen Liegenschaft auf.¹³³ Wie auch beim schlichten Miteigentum, steht beim Wohnungseigentum das ideelle Miteigentum an der gemeinschaftlichen Sache im Vordergrund.¹³⁴ Dennoch werden schlichtes Miteigentum und Wohnungseigentum in Bezug auf die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten von L und Rsp teilweise höchst unterschiedlich behandelt, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

III. Judikatur zur Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum

Im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten an Miteigentumsanteilen im Wohnungseigentum (Mindestanteilen) kam es in der höchstgerichtlichen ö Rsp der letzten Jahre zu einem mehrfachen Wechsel der Judikaturlinie. Im Folgenden werden die relevanten Entscheidungen des OGH zum gegenständlichen Thema dargestellt und einer Bewertung unterzogen.

A. 5 Ob 70/91¹³⁵ – Ursprüngliche Judikaturlinie

1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen

In der Entscheidung 5 Ob 70/91 hatte der OGH über den Revisionsrekurs eines Antragstellers in einer Grundbuchsache zu entscheiden. Der Antragsteller hatte vom ursprünglichen Alleineigentümer einer Liegenschaft einen Miteigentumsanteil erworben. Zusammen mit dem Verkauf des Miteigentumsanteils vereinbarten Antragsteller und Verkäufer

¹³⁰ A. Illedits/S. Illedits, Zugunsten eines Mindestanteils, mit dem WE verbunden ist, kann keine Grunddienstbarkeit an einer fremden Liegenschaft begründet werden wobl 2018/93, 296 (297).

¹³¹ RIS-Justiz RS0110336.

¹³² Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15.03.1951 idF 05.12.2014/1962.

¹³³ Bittner, Wohnungseigentum als nicht nur juristische Ideologie wobl 2019/32 238 (238).

¹³⁴ A. Illedits/S. Illedits, wobl 2018/93, 296 (297).

¹³⁵ OGH 5 Ob 70/91 NZ 1992/235.

die Begründung von Wohnungseigentum. Dem Antragsteller sollte ein ausschließliches Nutzungs- und Verfügungsrecht an einem im Parterre der Liegenschaft gelegenen Geschäftsraum zukommen.

Darüber hinaus erlaubte der Verkäufer dem Antragsteller, notwendige Installationen zur Wärmeversorgung des Geschäftslokals sowie Wasser- und Abwasserrohre durch den Keller der gemeinsamen Liegenschaft zu leiten.

Zur Herstellung und Instandhaltung dieser durch den Keller verlaufenden Installationen räumte der Verkäufer dem Antragsteller die entsprechenden Dienstbarkeiten ein.

Der Antragsteller beantragte die Eintragung der Dienstbarkeiten im Grundbuch. Das Erstgericht wies das Eintragungsgesuch jedoch aus formalen Gründen ab. So sei der gerichtliche Beschluss über die Nutzwertfestsetzung des Wohnungseigentumsobjekts nicht mit einer Rechtskraftbestätigung versehen worden, was einen Verstoß gegen § 12 Abs 2 Z 3 des damals noch in Kraft stehenden WEG 1975¹³⁶ darstelle. Außerdem habe es der Antragsteller verabsäumt, einen Lageplan über die vom Verkäufer zu dulgenden Rohrleitungen im Original beizulegen. Die beigelegte Fotokopie entspreche nicht dem Erfordernis des § 87 Abs 1 GBG,¹³⁷ wonach Urkunden, *„auf Grund deren eine Eintragung erfolgen soll, [...] im Original beizulegen“* sind. Das Rekursgericht bestätigte den Beschluss des Erstgerichts.

Als gewichtigstes Eintragungshindernis nannte das Rekursgericht jedoch die mangelnde gesetzliche Deckung der dem Antragsteller eingeräumten Dienstbarkeiten. Dies begründete das Rekursgericht zum einen mit der dem konkreten Sachverhalt geschuldeten Tatsache, dass die vorgesehenen Installationen neben der Vertragsliegenschaft auch Nachbarliegenschaften betreffen würden und somit bzgl der Grunddienstbarkeit nicht ein herrschendes Grundstück einem dienenden Grundstück korrespondieren würde, und zum anderen, dass die Belastung eines ideellen Miteigentumsanteils im Gesetz nicht vorgesehen sei. Eine entsprechende Regelung sei nur nach den Bestimmungen des ABGB über das Miteigentum, gemeint ist wohl eine Benützungsregelung, möglich.

¹³⁶ Bundesgesetz vom 1. Juli 1975 über das Eigentum an Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten (Wohnungseigentumsgesetz 1975 - WEG 1975) BGBl 1975/417 idF 1984/501.

¹³⁷ Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher (Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955 – GBG. 1955). BGBl 1955/39 idF BGBl I 2018/58.

Gegen den Beschluss des Rekursgerichtes erhob der Antragsteller Revisionsrekurs. Er führte ua aus, dass eine Belastung eines Miteigentumsanteils im Wohnungseigentum durch eine Grunddienstbarkeit sehr wohl möglich sei und sogar schlichtes Miteigentum eine solche Grunddienstbarkeitsbegründung zulasse.

2) *Rechtliche Beurteilung des OGH*

In seiner rechtlichen Beurteilung führte der OGH aus, dass sich die bisherige Judikatur in Bezug auf die Begründung von Grunddienstbarkeiten an ideellen Anteilen immer nur mit dem schlichten Miteigentum beschäftigt habe. Die Begründung von Grunddienstbarkeiten an Miteigentumsanteilen sei im schlichten Miteigentum nur dann zulässig, wenn sie vorsorglich aufgrund einer geplanten Realteilung geschehe. Nach der bisherigen Judikatur¹³⁸ verstoße eine dauerhafte Begründung aber gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten gem § 485 ABGB.¹³⁹

Anders verhalte es sich lt OGH jedoch bei Miteigentumsanteilen von Wohnungseigentümern. Der Mindestanteil könne sehr wohl mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Dies ergebe sich aus § 1 Abs 1 WEG 1975, welcher, fast wortgleich zu § 2 Abs 1 WEG, dem Wohnungseigentümer ein dingliches Recht einräume, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen. Eine Belastung von ideellen Anteilen sei im Wohnungseigentum nicht nur mit Personaldienstbarkeiten,¹⁴⁰ etwa einem Wohnrecht, zulässig, sondern auch mit Grunddienstbarkeiten. Der OGH führte aus, dass die Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten bei Mindestanteilen an derselben Liegenschaft in Deutschland anerkannt sei, also in solchen Fällen ein Wohnungseigentumsanteil als herrschendes und ein anderer als dienendes Gut fungieren kann.

Da aber niemand mehr Rechte überlassen könne, als er selbst habe, könne ein Wohnungseigentümer seinen Mindestanteil nur in jenem Umfang mit einer Grunddienstbarkeit belasten, in dem ihm ein dingliches Recht über das ihm zugewiesene Wohnungseigentumsobjekt zukommt. Ein bloßes Mitbenützungsrecht, wie es Wohnungseigentümern an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft zukommt, reiche für eine Belastung mit einer Grunddienstbarkeit nicht aus.

¹³⁸ OGH 7 Ob 16/57 JBl 1960, 441; OGH 3 Ob 681/80 MietSlg 33.045.

¹³⁹ Vgl Punkt II.A.5.

¹⁴⁰ Vgl Punkt II.A.2.

Im gegenständlichen Fall verliefen die Wasser-, Heizungs- und Kanalrohre, die Gegenstand der Grunddienstbarkeiten werden sollten, durch die Kellerdecke und die Außenmauer der gemeinsamen Liegenschaft und somit auch durch allgemeine Teile ebendieser. Da die zu verbüchernden Grunddienstbarkeiten antragsgemäß aber nur den Mindestanteil des Verkäufers belasten sollten, bestätigte der OGH die abweisende Entscheidung der Erstinstanz.

3) Bewertung

Der OGH führte in seiner rechtlichen Beurteilung aus, dass schlichte Miteigentumsanteile im Gegensatz zu Miteigentumsanteilen im Wohnungseigentum nicht mit Grunddienstbarkeiten belastet werden können. Dies begründete der OGH mit dem zentralen Unterschied zwischen schlichtem Miteigentum und Wohnungseigentum: dem ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrecht über das zugewiesene Wohnungseigentumsobjekt, welches untrennbar mit dem Miteigentumsanteil verbunden ist.

Hofmeister sieht in dieser Entscheidung eine Annäherung des ö Wohnungseigentumsrechtes an das d Wohnungseigentumsrecht.¹⁴¹ D und ö Wohnungseigentum unterscheiden sich insb durch die Ausgestaltung des Rechtes am Wohnungseigentumsobjekt. § 1 Abs 2 d WEG lautet: „*Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört.*“ Demgegenüber normiert § 2 Abs 1 ö WEG: „*Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer einer Liegenschaft oder einer Eigentümerpartnerschaft eingeräumte dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.*“ § 11 Abs 1 leg cit lautet: „*Das Wohnungseigentum ist mit dem Mindestanteil untrennbar verbunden.*“

Die herrschende d L beschreibt das d Wohnungseigentum mit der sog Dreigliedrigkeitstheorie. Danach verschmelzen im d Wohnungseigentum drei Elemente: 1) Sondereigentum an der Wohnung, 2) Miteigentum am Gemeinschaftseigentum und 3) Mitgliedschaftsrechtliche Beteiligung an Rechten und Pflichten.¹⁴²

Das d Wohnungseigentum räumt Sondereigentum als Alleineigentum an der Wohnung ein. Damit das Sondereigentum dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügt, muss

¹⁴¹ *Hofmeister*, NZ 1992/235 156.

¹⁴² *Commichau* in *Limberg/Oetker/Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd VIII⁸ (2020) Vor § 1 WEG Rz 27.

sich die räumliche Lage der Wohnung eindeutig aus einem Aufteilungsplan ergeben.¹⁴³ Eine iSd d WEG sondereigentumsfähige Wohnung kann jeder abgeschlossene Raum sein. Abgeschlossenheit erfordert eine eindeutige, nicht aber physische, Abgrenzung, weshalb auch sog Luftschranken zulässig sind. Daneben muss die Wohnung sich in einem auf der gemeinschaftlichen Liegenschaft errichteten Baukörper befinden und über eine Allgemeinfläche oder direkt mit dem öffentlichen Wegenetz verbunden sein.¹⁴⁴

Zweites Element des d Wohnungseigentums ist das Miteigentum an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft. Unter Gemeinschaftseigentum sind alle Teile der gemeinschaftlichen Liegenschaft zu verstehen, die nicht im Sondereigentum eines Miteigentümers stehen.¹⁴⁵

Drittes Element ist die mitgliedschaftsrechtliche Beteiligung an Rechten und Pflichten aus dem Verhältnis der einzelnen Miteigentümer zueinander. Aus diesem dritten Element ergibt sich das gesetzlich normierte Gemeinschaftsverhältnis der Miteigentümer und die gegenseitige Beschränkung der Sondereigentumsrechte an den Wohnungen der einzelnen Miteigentümer.¹⁴⁶

Eine genauere Betrachtung der Elemente des d Wohnungseigentums lässt also in der Grundkonstruktion große Unterschiede zum ö Wohnungseigentum erkennen. Während das d Wohnungseigentum Sondereigentum an der Wohnung einräumt, zu welchem der Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum hinzutritt, stellt das ö Wohnungseigentum, wie sich aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt,¹⁴⁷ den ideellen Miteigentumsanteil in den Vordergrund, zu dem das (servitutsähnliche¹⁴⁸) ausschließliche Nutzungs- und Verfügungsrecht an der Wohnung (bzw einem anderen Wohnungseigentumsobjekt) tritt.¹⁴⁹

Hofmeister führt aus, dass die d Konstruktion des Wohnungseigentums im Vergleich zur ö Konstruktion in Bezug auf die Belastung mit Grunddienstbarkeiten als geeigneter erscheint. Der d Wohnungseigentümer ist ja Alleineigentümer einer klar abgegrenzten Räumlichkeit. Der ideelle Miteigentumsanteil tritt zu diesem Alleineigentum hinzu.¹⁵⁰

¹⁴³ *Commichau*, Vor § 1 WEG Rz 28.

¹⁴⁴ *Commichau* in *Limberg/Oetker/Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8⁸ (2020) § 5 WEG Rz 3ff.

¹⁴⁵ *Commichau*, Vor § 1 WEG Rz 29.

¹⁴⁶ *Commichau*, Vor § 1 WEG Rz 30f.

¹⁴⁷ Vgl Punkt II.B.2.; Punkt II.B.3.

¹⁴⁸ *Würth*, § 2 WEG Rz 2.

¹⁴⁹ *Hofmeister*, NZ 1992/235 156.

¹⁵⁰ *Hofmeister*, NZ 1992/235 156.

Die demgegenüber prominente Stellung des ideellen Miteigentumsanteils im ö Wohnrecht ist lt *Hofmeister* zweifach problematisch. Zum einen, weil die Belastung ideeller Miteigentumsanteile im schlichten Miteigentum grundsätzlich unzulässig ist und zum anderen, weil es sich bei der Belastung eines Miteigentumsanteils mit einem dinglichen Nutzungsrecht um eine wichtige Veränderung gem § 834 ABGB handeln kann,¹⁵¹ für die die Zustimmung allein des unmittelbar betroffenen Miteigentümers, dessen Anteil belastet werden soll, nicht ausreicht.¹⁵²

Mit der Entscheidung 5 Ob 70/91, wonach auch Mindestanteile im Wohnungseigentum aufgrund ihrer Sonderstellung mit Grunddienstbarkeiten belastet werden können, rezipierte der OGH nach Ansicht *Hofmeisters* den Sondereigentumsbegriff des d Wohnungseigentums. Ob es sich dabei um einen Akt der Auslegung oder der Rechtsfortbildung handelt, lässt *Hofmeister* offen.¹⁵³

Der OGH rückte mit dieser Entscheidung also das dingliche Nutzungs- und Verfügungsrecht über das Wohnungseigentumsobjekt in den Vordergrund und grenzt das Wohnungseigentum dadurch klar vom schlichten Miteigentum ab. Dies steht auch in Einklang mit jener Rsp des OGH, die das Wohnungseigentum nicht als ein Mehr sondern als ein Aliud zum schlichten Miteigentum definiert, und zwar mit der Begründung, dass gem § 11 WEG immer ein dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht mit dem ideellen Miteigentumsanteil verbunden sein muss.¹⁵⁴

Es ist dieses ausschließliche Nutzungsrecht, das den Mindestanteil des Wohnungseigentums auch physisch als dienende oder herrschende Liegenschaft oder zumindest als ein dieser physischen Liegenschaft gleichwertiges Objekt in Betracht kommen lässt.¹⁵⁵ *Holzner* führt aus, dass „für ein real endgültig zugewiesenes Objekt [...] das Bedürfnis nach Grunddienstbarkeiten sowohl in dienender als auch in herrschender Stellung entstehen [kann], auch wenn das WEG (1975 und 2002) die Zuweisung an den Wohnungseigentümer nur in Form eines ausschließlichen Benützungs- und Verfügungsrechtes konstruieren“.¹⁵⁶

¹⁵¹ Vgl Punkt II.B.1.

¹⁵² *Hofmeister*, NZ 1992/235 156.

¹⁵³ *Hofmeister*, NZ 1992/235 156.

¹⁵⁴ Vgl Punkt II.B.3.

¹⁵⁵ *Holzner*, Keine Grunddienstbarkeit zugunsten eines Mit- oder Wohnungseigentumsanteils? JBl 2019/3 129 (132).

¹⁵⁶ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (132).

4) Auf 5 Ob 70/91 aufbauende Entscheidungen

Im Folgenden werden zwei Entscheidungen des OGH dargestellt, die auf der Entscheidung 5 Ob 70/91 aufbauen und deren Inhalt konkretisieren.

a. 5 Ob 10/96¹⁵⁷

In gegenständlichem Fall beehrten die Kläger, ein Tiroler Ehepaar, die Feststellung, dass ihnen als Wohnungseigentümer das Grunddienstbarkeitsrecht zustehe, aus einer Quelle des Nachbargrundstückes Wasser zu schöpfen und abzuleiten. Weiters beehrten die Kläger die Zustimmung zur grundbücherlichen Einverleibung der Dienstbarkeit durch die Beklagten, welche jeweils Hälfteeigentümer der vermeintlich dienenden Liegenschaft waren.

Das Erstgericht bejahte die von den Beklagten bestrittene Aktivlegitimation, da die klagenden Wohnungseigentümer keine neue Dienstbarkeit auch für die nicht klagenden Wohnungseigentümer begründen wollten, sondern lediglich eine bereits ersessene Dienstbarkeit für die Miteigentumsgemeinschaft wahren wollten. Eine Ersitzung der Dienstbarkeit durch die Kläger liege ua deshalb vor, *„da nach RGBI 1897/77 in Tirol ersessene Wasserleitungsrechte von der grundbücherlichen Einverleibung befreit seien und sohin eine Berufung auf den Gutglaubensschutz ausscheide“*.¹⁵⁸

Das Berufungsgericht folgte der Ansicht des Erstgerichtes nicht und führte aus, dass sich aus den Feststellungen des Erstgerichtes ergebe, dass die gegenständlichen Wasserleitungen auch über allgemeine Teile der Liegenschaft verlaufen würden. Aus der Entscheidung 5 Ob 70/91 des OGH ergebe sich jedoch, dass einem einzelnen Wohnungseigentümer eine Belastung seines Mindestanteiles mit einer Realservitut nur im Rahmen seines ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrechtes gestattet sei. Da die Wasserleitungen aber auch über Liegenschaftsteile gehen, an denen den Klägern kein ausschließliches Nutzungs- und Verfügungsrecht zukomme, würde mit gegenständlicher Klage in Rechte dritter Miteigentümer der Liegenschaft eingegriffen, weshalb das Klagebegehren abzuweisen sei. Eine ordentliche Revision sei zulässig, da bei Vorliegen bloß einer Entscheidung (5 Ob 70/91) noch nicht von einer gesicherten Rsp gesprochen werden könne.

¹⁵⁷ OGH 5 Ob 10/96, 25.06.1996.

¹⁵⁸ Vgl Punkt II.A.1.

Der OGH machte in seiner rechtlichen Beurteilung zunächst darauf aufmerksam, dass das Berufungsgericht einen zentralen Unterschied zwischen gegenständlichem Sachverhalt und dem der Entscheidung 5 Ob 70/91 zugrundeliegenden Sachverhalt verkannt habe: Während sich die Entscheidung 5 Ob 70/91 der Frage widme, ob der Mindestanteil eines Wohnungseigentümers mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden könne, ginge es im vorliegenden Fall um die Zulässigkeit der Berechtigung eines Wohnungseigentümers durch eine Grunddienstbarkeit.

Weiter führte der OGH aus, dass in Anbetracht der Entscheidung 5 Ob 70/91, wonach der Mindestanteil eines Wohnungseigentümers mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden könne, auch die Möglichkeit zu bejahen sei, dass ein Mindestanteil eines Wohnungseigentümers mit einer Grunddienstbarkeit begünstigt werde. Der OGH untermauerte diese Ansicht damit, dass Grunddienstbarkeiten gem § 479 ABGB ja auch als unregelmäßige Dienstbarkeiten bestimmte Personen berechtigen könnten.¹⁵⁹ Es sei also nicht sinnig, für die Berechtigung eines Mindestanteiles auch die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu verlangen. Ob es zur tatsächlichen Ausübung der gegenständlichen Dienstbarkeit (durch Führung von Leitungen über allgemeine Liegenschaftsteile) auch der Zustimmung der Miteigentümer bedürfe, sei im gegenständlichen Prozess zwischen servitutsberechtigten Klägern und beklagten Eigentümern der dienenden Liegenschaft nicht zu klären.

Mit der Entscheidung 5 Ob 10/96 stellte der OGH klar, dass der Miteigentumsanteil einer im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaft iZm einer Grunddienstbarkeit nicht nur dienendes, sondern auch herrschendes Gut sein kann. Dies ua deshalb, weil ja § 479 ABGB bereits eine Einräumung und Verbücherung von Grunddienstbarkeiten zugunsten einer bestimmten Person im Wege der unregelmäßigen Dienstbarkeit zulässt.

Dass Mindestanteile im Wohnungseigentum nicht nur als dienendes sondern auch als herrschendes Grundstück dienen können, erscheint aufgrund des mit dem Mindestanteil verbundenen ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrecht als schlüssig. Tatsächlich mangelt es an Gründen, die Berechtigung dazu zu verneinen. Das Argument des OGH, wonach die Zulässigkeit unregelmäßiger Personalservitute zugunsten von Wohnungseigentümern auch eine Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen begründet, ist aber kritisch zu hinterfragen. Eine verbücherte unregelmäßige Personalservitut zugunsten eines

¹⁵⁹ Vgl Punkt II.A.4.

Wohnungseigentümers führt nämlich nicht zum gleichen Ergebnis wie die Einräumung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Mindestanteils. Während nämlich die unregelmäßige Personaldienstbarkeit höchstpersönlich ist und mit dem Tod des Berechtigten erlischt,¹⁶⁰ geht bei einem herrschenden Mindestanteil die Berechtigung am dienenden Grundstück bei einer Veräußerung des Mindestanteils an den neuen Wohnungseigentümer über. Dies lässt den Schluss zu, dass die Einräumung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Mindestanteils idR wohl eine dauerhaftere Belastung des dienenden Grundstückes darstellt als die Einräumung einer unregelmäßigen Personalservitut zugunsten der Person des Eigentümers des Mindestanteils und die beiden Varianten somit nur bedingt miteinander vergleichbar sind.

b. 3 Ob 84/97t¹⁶¹

Der Entscheidung 3 Ob 84/97t liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte, eine Wohnungseigentumsorganisatorin, hatte nach Abschluss eines Bauprojektes 47 Wohnungseigentumsobjekte veräußert und jedem Erwerber einen PKW-Abstellplatz vertraglich zugesichert. Da aufgrund eines Planungsfehlers entgegen ursprünglicher Absichten auf der im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaft lediglich 22 PKW-Abstellplätze errichtet worden waren, erlaubte die Beklagte den Wohnungseigentümern das Abstellen ihrer PKW auf dem in ihrem Eigentum stehenden Nachbargrundstück. Die Kläger, Wohnungseigentümer der errichteten Liegenschaft, begehrten die Übereignung der PKW-Abstellplätze des Nachbargrundstückes, da ihnen diese von der Beklagten vertraglich zugesichert worden seien. In eventu begehrten die Kläger die grundbücherliche Einräumung eines Nutzungsrechtes an je einem Abstellplatz für jeden Wohnungseigentümer, wobei aus dem Begehren nicht klar hervorging, ob eine unregelmäßige Personaldienstbarkeit zugunsten der Wohnungseigentümer gemeint war oder eine Grunddienstbarkeit zugunsten der Mindestanteile.

Das Erstgericht wies die Begehren ua mit der Begründung ab, dass die Beklagte einen PKW-Abstellplatz nur auf der Liegenschaft, auf der Wohnungseigentum begründet wurde, vertraglich zugesichert hatte und nicht auch auf dem Nachbargrundstück. Ein vertraglicher Anspruch auf Übergang des Eigentums oder Einräumung einer Dienstbarkeit bestehe deshalb nicht.

¹⁶⁰ Vgl Punkt II.A.4.

¹⁶¹ OGH 3 Ob 84/97t, 16.09.1998.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Erstgerichtes ab und gab dem Hauptbegehren der Kläger statt. Das Erstgericht habe verkannt, dass es für die Auslegung eines Vertrages vor allem darauf ankomme, wie ein redlicher Erklärungsempfänger diesen verstehe. Die Kläger hätten darauf vertrauen können, dass die am Nachbargrundstück errichteten Abstellplätze diejenigen seien, die ihnen durch die Beklagte vertraglich zugesichert worden waren, weshalb diese in das Eigentum der Kläger überzugehen hätten.

Der OGH folgte dem Berufungsgericht in seiner Entscheidung nur zum Teil und führte aus, dass auch durch die Einräumung einer Dienstbarkeit zur Nutzung der Abstellplätze dem Vertragsinhalt entsprochen werden könne. In der rechtlichen Beurteilung heißt es weiter: *„Rechtliche, von der beklagten Partei vorgetragene Bedenken gegen die Einverleibung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Wohnungseigentümern bestehen nicht. Der Oberste Gerichtshof hat bereits erkannt, daß die Mindestanteile, mit denen Wohnungseigentum verbunden ist, nicht nur mit (Personal-)Dienstbarkeiten belastet werden können (NZ 1992, 156), sondern daß auch zu ihren Gunsten auf fremden Grundstücken Dienstbarkeiten begründet werden können (NZ 1998, 113);“*. Die Fundstelle „NZ 1992, 156“ bezieht sich auf die Entscheidung 5 Ob 70/91,¹⁶² die Fundstelle „NZ 1998, 113“ auf die Entscheidung 5 Ob 10/96.¹⁶³

Mit der Entscheidung 3 Ob 84/97t stellte der OGH nochmals klar, was er in den Entscheidungen 5 Ob 70/91 und 5 Ob 10/96 bereits ausgesprochen hatte: Ein Mindestanteil im Wohnungseigentum kann durch eine Grunddienstbarkeit sowohl belastet als auch berechtigt werden.

B. 5 Ob 217/17y – Abweichen von der ursprünglichen Judikaturlinie

1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen

Beim Kläger handelte es sich um einen Wohnungseigentümer, der die Feststellung einer Dienstbarkeit des Gehens über das Grundstück der Beklagten zugunsten der gesamten Liegenschaft, an der er Miteigentümer war, begehrte. Dies deshalb, weil die Voreigentümer seines Mindestanteiles, aber auch andere Wohnungseigentümer, das Grundstück der Beklagten mehr als 40 Jahre als Durchgang verwendet hätten, weshalb das Recht ersessen bzw durch die

¹⁶² Hofmeister, NZ 1992/235 156; vgl Punkt III.A.1ff.

¹⁶³ NZ 1998/3, 113; vgl Punkt III.A.4.a.

Beklagte konkludent eingeräumt worden sei. Der Kläger behauptete, als Miteigentümer auch allein zur Klagsführung legitimiert zu sein.

Das Erstgericht wies das Begehren des Klägers mit der Begründung ab, dass die Miteigentümer einer Liegenschaft nur gemeinschaftlich auf die Feststellung einer Dienstbarkeit klagen könnten. Ein einzelner Wohnungseigentümer sei allein nicht aktivlegitimiert. Im Übrigen sei die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten oder zulasten eines ideellen Anteils einer Liegenschaft nicht zulässig.

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung der Klage insofern, dass die Feststellung einer Dienstbarkeit zugunsten einer gesamten Liegenschaft gem § 523 ABGB nur von allen Miteigentümern der Liegenschaft gemeinsam begehrt werden könne. Hinsichtlich des Ausspruchs zum Mindestanteil verwies es die Sache zur Ergänzung an das Erstgericht zurück. Dies deshalb, weil die Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen im Wohnungseigentum rechtlich zulässig und hierfür auch eine Aktivlegitimation des einzelnen Wohnungseigentümers gegeben sei. Ein Begehren auf Einräumung einer Dienstbarkeit nur zugunsten des Mindestanteils des Klägers sei weder eine quantitative Überschreitung der Klage noch im Verhältnis zum ursprünglich Begehrten ein Aliud und finde im ursprünglichen Klagebegehren Deckung. Einen Verstoß gegen § 405 ZPO,¹⁶⁴ wonach ein Gericht einer Partei nur zusprechen kann, was von dieser auch beantragt wurde, erkannte das Berufungsgericht nicht, da dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen gewesen sei, dass er nicht auch an der Einräumung der Grunddienstbarkeit nur an seinem Mindestanteil Interesse gehabt hätte.

Das Rekursgericht ließ einen Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zu, da die Frage, ob die Feststellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Mindestanteils im Verhältnis zur Feststellung einer Dienstbarkeit einer ganzen Liegenschaft ein Aliud oder ein Minus darstelle, vom OGH noch nicht beantwortet worden sei und eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 leg cit vorliege.

¹⁶⁴ Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) RGBI 1895/113 idF BGBl I 2018/109.

2) *Rechtliche Beurteilung des OGH*

Eingangs hielt der OGH fest, dass er in seiner rechtlichen Prüfung nicht an die vom Rechtsmittelwerber in seiner Revision geltend gemachten Gründe, die sich vorrangig an der vom Berufungsgericht genannten erheblichen Rechtsfrage orientieren würden, gebunden sei.

Der OGH führte in seiner rechtlichen Beurteilung weiter aus, dass Grunddienstbarkeiten grundsätzlich unteilbar seien und gem § 479 ABGB auch als unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten¹⁶⁵ ausgestaltet sein könnten. Unter Verweis auf die Entscheidung 5 Ob 139/10t¹⁶⁶ hielt der OGH fest, dass im schlichten Miteigentum ein ideeller Miteigentumsanteils weder herrschendes noch dienendes Gut sein könne. Im Übrigen sei auch der Wohnungseigentümer Miteigentümer der gesamten Liegenschaft, dessen ideelles Miteigentum im Mindestanteil ausgedrückt werde.

Unter Verweis auf zwei Rechtssätze¹⁶⁷ führte der OGH weiter aus, dass die Belastung des Mindestanteils mit einer Grunddienstbarkeit nach stRsp zulässig sei. Diese Judikatur beruhe auf der OGH-Entscheidung 5 Ob 70/91.¹⁶⁸ Der OGH habe in dieser Entscheidung zwar die Möglichkeit der Belastung von Mindestanteilen mit Grunddienstbarkeiten bejaht, nicht aber die Möglichkeit der Einräumung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Mindestanteils. Dies sei lediglich im Wege der Einräumung einer unregelmäßigen Personaldienstbarkeit zugunsten eines anderen Eigentümers eines mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteiles zulässig, weshalb die Entscheidung offensichtlich auf unregelmäßige Dienstbarkeiten abziele.

Aus der OGH-Entscheidung 5 Ob 10/96¹⁶⁹ lasse sich ebenso wenig eine Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen ableiten. Auch in dieser Entscheidung sei lediglich die Möglichkeit der Begründung einer unregelmäßigen Dienstbarkeit bejaht worden.

Auch in der Entscheidung 3 Ob 84/97t¹⁷⁰ habe der OGH lediglich über die Möglichkeit der Einräumung einer unregelmäßigen Personaldienstbarkeit zugunsten von

¹⁶⁵ Vgl Punkt II.A.5.

¹⁶⁶ OGH 5 Ob 139/10t Zak 2011/131 = EvBl 2011/59= Jus-Extra OGH-Z 4942 = NZ 2011/AGS 775 = bbl 2011/102 = NZ 2011/85 = ecolex 2011/259 = MietSlg 62.040 = MietSlg 62.046 = ZLB 2017/8.

¹⁶⁷ RIS-Justiz RS0082754; RIS-Justiz RS0011520.

¹⁶⁸ Vgl Punkt III.A.

¹⁶⁹ Vgl Punkt III.A.4.a.

¹⁷⁰ Vgl Punkt III.A.4.b.

Wohnungseigentümern abzusprechen gehabt. Dass es in der Entscheidung 3 Ob 84/97t ausdrücklich heißt, dass *„die Mindestanteile, mit denen Wohnungseigentum verbunden ist, nicht nur mit (Personal-)Dienstbarkeiten belastet werden können, sondern dass auch zu ihren Gunsten auf fremden Grundstücken Dienstbarkeiten begründet werden können“*, sei als obiter dictum zu lesen und könne bei näherer Betrachtung ohnedies nur als missverständliche Wiedergabe der Entscheidung 5 Ob 10/96 verstanden werden.

Auch in der Entscheidung 5 Ob 88/07p,¹⁷¹ einer Grundbuchsache, finde sich zwar die Rechtsansicht des OGH, dass die Begründung einer Dienstbarkeit zugunsten und zulasten eines Mindestanteils einzelner Wohnungseigentümer zulässig sei, zu beurteilen seien in dieser Entscheidung aber *„Fragen der Zustimmung zur lastenfreien Abschreibung von Trennstücken bei einer zugunsten der gesamten Liegenschaft begründeten Dienstbarkeit“* gewesen, weshalb die gegenständlich relevante Rechtsfrage in 5 Ob 88/07p nicht Verfahrensgegenstand gewesen sei und die Entscheidung nicht herangezogen werden könne.

Nach dieser ausführlichen Beschäftigung mit der Vorjudikatur ging der OGH dann zu einer oberflächlichen rechtlichen Analyse der Problematik über. So fuße die Sonderstellung des Wohnungseigentums auf der untrennbaren Verbindung zwischen dinglichem Nutzungs- und Verfügungsrecht an einem Wohnungseigentumsobjekt *„mit dem im Mindestanteil ausgedrückten ideellen Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft“*. Durch den Mindestanteil werde der Miteigentumsanteil im Verhältnis zum Ganzen ausgedrückt, weshalb – wie auch beim schlichten Miteigentum – *„im Wohnungseigentum die Konstruktion über das ideelle Miteigentum im Vordergrund steht“*.

Deshalb verhindere der Grundsatz der Unteilbarkeit von Grunddienstbarkeiten,¹⁷² dass ein Mindestanteil einer im Miteigentum stehenden Liegenschaft iZm einer Grunddienstbarkeit als herrschendes Gut fungiere.

¹⁷¹ OGH 08.05.2007, 5 Ob 88/07p.

¹⁷² Vgl Punkt II.A.5.

3) Bewertung

Aus Sicht des OGH stellt die Entscheidung 5 Ob 217/17y kein Abgehen von der bisherigen Judikaturlinie, sondern lediglich eine Klarstellung derselben dar. Die Argumente des OGH führten in der L zu heftiger Kritik.¹⁷³ So schien die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von im Wohnungseigentum stehenden Mindestanteilen durch die Rsp des OGH, jedenfalls durch die Entscheidungen 5 Ob 10/96 und 3 Ob 84/97t, abschließend bejaht worden zu sein. Im Folgenden werden die einzelnen Argumente und Verweise des OGH näher beleuchtet.

a. Unteilbarkeitsgrundsatz

Der OGH führte in seiner rechtlichen Beurteilung aus, dass der Unteilbarkeitsgrundsatz bei Dienstbarkeiten gem § 485 Satz 2 ABGB die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Miteigentumsanteils verhindere und verwies dabei auf die Entscheidung 5 Ob 139/10t, auf die im Folgenden noch eingegangen wird.¹⁷⁴

Wie sich bereits aus den vorhergegangenen Ausführungen ergibt,¹⁷⁵ verhindert § 485 Satz 2 ABGB in erster Linie eine Veränderung des Umfangs der Dienstbarkeit bei einer Veränderung des mit ihr verbundenen Grundstückes durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückelung.

Zeiller, der Schöpfer des ABGB, führt zum Unteilbarkeitsgrundsatz folgendermaßen aus: „Das Recht einer Grunddienstbarkeit ist aber zugleich mit dem ganzen herrschenden Gute verknüpft [...], und kann also, wenn das Gut mehreren Besitzern zufällt, von allen ausgeübt werden, dafern dem Verpflichteten gegen den Zweck der ursprünglichen Bestellung keine größere Last auferlegt wird (§. 484.); sowohl das Recht als die Last der Dienstbarkeit ist untheilbar und solidarisch (§. 890.).“¹⁷⁶ Aus dem Unteilbarkeitsgrundsatz ergibt sich für Zeiller folglich lediglich, dass im Falle einer Zerstückelung des herrschenden Gutes die Dienstbarkeit für alle Teile grundsätzlich unverändert weiterbesteht, solange dem Verpflichteten dadurch keine größere Last auferlegt wird.

¹⁷³ Vgl A. Illedits/S. Illedits, wobl 2018/93, 296 (296ff); Holzner, JBl 2019/3 129 (129ff); Bittner, 2019/32 238 (238ff).

¹⁷⁴ Vgl Punkt IV.A.1.

¹⁷⁵ Vgl Punkt II.A.5.

¹⁷⁶ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Bd II (1812) § 485 Rz 2.

Die Begründung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Wohnungseigentumsanteils scheint durch den Unteilbarkeitsgrundsatz aber nicht ausgeschlossen. *Holzner* erwähnt in diesem Zusammenhang, dass auch der spätere Erwerb von Anteilen durch den Eigentümer des begünstigten Miteigentumsanteils unproblematisch ist, da ja immer nur der Anteilseigentümer berechtigt bleibt und es zu keiner zusätzlichen Belastung des Verpflichteten kommt.¹⁷⁷

A. *Illedits/S. Illedits* werfen zudem die berechtigte Frage auf, weshalb der Unteilbarkeitsgrundsatz nach Ansicht des OGH zwar die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Mindestanteils verhindere, nicht aber die Belastung eines solchen mit einer Grunddienstbarkeit.¹⁷⁸

Zusammengefasst erscheint der vom OGH erwähnte Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten nicht als taugliches Argument, um die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen zu verneinen.

b. Verweis auf 5 Ob 70/91

In seiner rechtlichen Beurteilung stützte sich der OGH mehrfach auf Vorjudikatur, gab diese aber verfälscht wieder. So versuchte er, die Bejahung der Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen in eine Bejahung der Zulässigkeit lediglich von unregelmäßigen Personalservituten zugunsten der Eigentümer dieser Mindestanteile umzudeuten.¹⁷⁹

Dies zeigt sich ua am Verweis auf die Entscheidung 5 Ob 70/91. Darin heißt es: *„Die in dieser Entscheidung unter Bezugnahme auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre getätigte Aussage, dass herrschendes und dienendes „Grundstück“ Wohnungseigentumsrechte derselben Gemeinschaft sein können, wird durch den Beisatz relativiert, dass diese (Anm.: die Dienstbarkeit) zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteil bestellt werden könne, und damit offensichtlich auf eine unregelmäßige Dienstbarkeit abzielte.“*

Wörtlich heißt es demgegenüber in der Entscheidung 5 Ob 70/91: *„Dies gilt nicht nur für persönliche Dienstbarkeiten, wie z.B. das Wohnrecht (Petrasch in Rummel I2, Rz 1 zu § 521*

¹⁷⁷ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (131).

¹⁷⁸ A. *Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

¹⁷⁹ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (133).

ABGB; Würth in Rummel II, Rz 2 zu § 1 WEG), sondern grundsätzlich auch für Realservituten (vgl. Bärman-Pick-Merle, WEG5, Rz 100; Röhl im Münchner Kommentar, RZ 25 vor § 1 WEG; BGH in BB 1989, 2141). Gerade bei diesen ist anerkannt, daß herrschendes und dienendes "Grundstück" Wohnungseigentumsrechte derselben Gemeinschaft sein können, die Dienstbarkeit also zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils bestellt werden kann (vgl. Bärman-Pick-Merle aaO, Rz 93 und 100; BGH aaO)".

Diese Gegenüberstellung zeigt eindeutig, dass der OGH in der Entscheidung 5 Ob 70/91 nicht auf unregelmäßige Personaldienstbarkeiten abzielte, sondern auf Grunddienstbarkeiten. Anders kann die Wortfolge „[...] sondern grundsätzlich auch für Realservituten [...]“ nicht verstanden werden. Die Wortfolge „[...] die Dienstbarkeit also zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils bestellt werden kann [...]“ ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass durch die Grunddienstbarkeit derjenige berechtigt wird, der Eigentümer des Mindestanteils ist, und nicht nur der aktuelle Eigentümer als Person, wie dies bei einer Personaldienstbarkeit der Fall wäre.¹⁸⁰

Die Entscheidung 5 Ob 70/91 bezieht sich somit nicht auf die Möglichkeit der Begründung einer Personaldienstbarkeit zugunsten der Person des Wohnungseigentümers, sondern eindeutig auf Grunddienstbarkeiten.

c. Verweis auf 5 Ob 10/96

Auch die Entscheidung 5 Ob 10/96 habe lediglich die Möglichkeit der Begründung einer unregelmäßigen Personaldienstbarkeit zugunsten eines Wohnungseigentümers bejaht. So heißt es wörtlich: „Soweit darin mit Bezug auf die Entscheidung 5 Ob 70/91 auch betont wurde, dass dieser (der Mindestanteil) insoweit wie eine Liegenschaft behandelt wird, kommt darin lediglich zum Ausdruck, dass der dadurch bestimmte Teil der Gesamtliegenschaft – in den Grenzen der durch das Wohnungseigentum bestimmten ausschließlichen Nutzungs- und Verfügungsrechte – dienendes Gut sein kann. Dass zugunsten von Mindestanteilen zulasten einer fremden Liegenschaft eine Grunddienstbarkeit begründet werden könnte, wie das Berufungsgericht unter anderem mit Hinweis auf diese Entscheidung meint, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Bejaht wurde in dieser Entscheidung lediglich die Begründung einer unregelmäßigen Servitut“.

¹⁸⁰ Holzner, JBl 2019/3 129 (134).

Betrachtet man aber den Wortlaut der Entscheidung 5 Ob 10/96, so ergibt sich ein anderes Bild. Darin heißt es: *„Da schon nach der Entscheidung NZ 1992, 156/235, (Anmerkung: es handelt sich um die Entscheidung 5 Ob 70/91) von der abzugehen der erkennende Senat keinen Grund sieht, der Mindestanteil eines Wohnungseigentümers mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann, also insoweit wie eine Liegenschaft behandelt wird, besteht umso weniger Anlaß, die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des oder der Eigentümer eines solchen Mindestanteiles zu verweigern: Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Wohnungseigentümers einen strengeren Maßstab anzulegen als bei der Prüfung der Zulässigkeit der Belastung eines solchen Miteigentumsanteils mit einer Grunddienstbarkeit ist umso weniger geboten, als Grunddienstbarkeiten als unregelmäßige Servituten auch zugunsten bestimmter Personen begründet werden könnten (§ 479 ABGB)“*.

Ohne Zweifel sollte in der Entscheidung 5 Ob 10/96 die Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen bejaht werden. Dass Grunddienstbarkeiten auch als unregelmäßige Servitute zugunsten bestimmter Personen begründet werden können, wird in diesem Zusammenhang nur hypothetisch angeführt und soll als – wenn auch kritisch zu hinterfragendes¹⁸¹ – Argument für die Bejahung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen dienen. Weshalb sich dies für den OGH in der Entscheidung 5 Ob 217/17y nicht ableiten lässt, ist nicht nachvollziehbar.

d. Verweis auf 3 Ob 84/97t

Zu 3 Ob 84/97t meinte der OGH in der Entscheidung 5 Ob 217/17y, dass hierin wiederum lediglich über die Zulässigkeit der Einräumung einer unregelmäßigen Personaldienstbarkeit zugunsten der Person des Miteigentümers abgesprochen worden sei. Wie bereits ausgeführt,¹⁸² versteht der OGH die Aussage, dass zugunsten von Mindestanteilen Grunddienstbarkeiten auf fremden Grundstücken begründet werden könnten, als obiter dictum und missverständliche Wiedergabe der Entscheidung 5 Ob 10/96.

Wie *Holzner* aufzeigt,¹⁸³ belegt der Urteilsspruch in 3 Ob 84/97t jedoch, dass es sich dabei nicht nur um ein obiter dictum handeln kann. Darin lautet es: *„Die beklagte Partei ist schuldig, der grundbücherlichen Einverleibung der obgenannten Dienstbarkeit ob der in ihrem*

¹⁸¹ Vgl Punkt III.A.4.a.

¹⁸² Vgl Punkt III.B.2.

¹⁸³ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (135).

*Eigentum stehenden Liegenschaft EZ 455, GB ***** A*****, BG Gmunden als Last und der Ersichtlichmachung ob der Liegenschaft der klagenden Parteien, EZ 412, GB ***** A*****, als Recht zuzustimmen und zwar für:“.* Es folgen 23 Wohnungseigentumsanteile. Eine Ersichtlichmachung im Gutsbestandsblatt des herrschenden Grundstückes, wie es im Spruch heißt, ist gem § 9 Allg. G. A. G.¹⁸⁴ aber nur bei Grunddienstbarkeiten vorgesehen. Bei Personaldienstbarkeiten wird lediglich die Person berechtigt, weshalb es an einem begünstigten Grundstück mangelt. Die zusätzliche namentliche Aufzählung der Anteilseigner im Urteilspruch erfolgt nach Ansicht *Holzners* zur eindeutigen Identifizierung und lässt, insb in Anbetracht des § 9 Allg. G. A. G., nicht den Schluss zu, dass es sich dabei um Personaldienstbarkeiten handeln soll.¹⁸⁵

Eine genauere Analyse der vom OGH verwendeten Argumente lässt wiederum nur den Schluss zu, dass der OGH in seiner Entscheidung 5 Ob 217/17y Vorjudikatur falsch interpretiert hat.

e. Conclusio

Wie *A. Illedits/S. Illedits* anmerken,¹⁸⁶ begründete der OGH die Unzulässigkeit der Begünstigung von Mindestanteilen durch Grunddienstbarkeiten nicht ausreichend und führte lediglich in drei Sätzen aus, dass aufgrund des Vorrangs des ideellen Miteigentums im Wohnungseigentum der Unteilbarkeitsgrundsatz zum Tragen komme, welcher eine Grunddienstbarkeit am Mindestanteil nicht erlaube. Dass dieses Argument nicht stichhaltig ist und gute Gründe für eine Ausnahme vom Unteilbarkeitsgrundsatz für Wohnungseigentum sprechen, ergibt sich aus obigen Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung des OGH.¹⁸⁷

Den abschließenden Ausführungen des OGH in der Entscheidung 5 Ob 217/17y, wonach über die gegenständlich relevante Rechtsfrage noch nie abgesprochen worden sei und es deshalb einer Klarstellung bedürfe, kann in Anbetracht der vorhergegangenen Analyse nicht gefolgt werden. Viel mehr ergibt eine genaue Betrachtung der Argumente des OGH, dass dieser schlicht vorhergehende OGH-Rsp unzutreffend auslegt. *Holzner* führt in diesem

¹⁸⁴ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1929 über die innere Einrichtung und die Anlegung der Grundbücher (Allgemeines Grundbuchslegungsgesetz [Allg. G. A. G.]). BGBl 1930/2 idF BGBl I 2003/112.

¹⁸⁵ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (135).

¹⁸⁶ *A. Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

¹⁸⁷ Vgl Punkt III.B.3.a.

Zusammenhang aus, dass es sich bei der vom OGH so bezeichneten Klarstellung de facto um eine „glatte Judikaturwende“ handelt.¹⁸⁸

C. 5 Ob 222/17h – Schrittweise Rückkehr zur ursprünglichen Judikaturlinie

1) *Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen*

In gegenständlichem Fall hatte der OGH in einer Grundbuchsache über den Revisionsrekurs zweier Antragsteller zu entscheiden. Diese waren jeweils zur Hälfte schlichte Miteigentümer einer Liegenschaft und beehrten die Einverleibung und Ersichtlichmachung mehrerer Grunddienstbarkeiten jeweils zugunsten des einen und zulasten des anderen Miteigentumsanteils. Die Vorinstanzen lehnten den Antrag ab.

2) *Rechtliche Beurteilung des OGH*

In seiner rechtlichen Beurteilung führte der OGH zunächst aus, dass ein schlichter ideeller Miteigentumsanteil nicht herrschendes Gut sein könne und verwies ua auf die Entscheidung 5 Ob 217/17y.¹⁸⁹

Weiter führte er aus: „Es ist zwar richtig, dass im Falle der Begründung von Wohnungseigentum Grunddienstbarkeiten auch zu Lasten und zugunsten der einzelnen Mindestanteile bestellt werden können (5 Ob 217/17y mwN; RIS-Justiz RS0082754 [T1, T2]; RS0011520). Grund dafür ist, dass dem Wohnungseigentümer – anders als dem schlichten Miteigentümer – ein servitutsähnliches ausschließliches Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt zukommt (5 Ob 217/17y; RIS-Justiz RS0081766). Diese Befugnis umfasst eben auch das Recht, den Mindestanteil insoweit mit Rechten eines Dritten oder eines anderen Wohnungseigentümers zu belasten (5 Ob 217/17y; RIS-Justiz RS0082754; RS0106354 [T2]; RS0011520; Rassi aaO § 3 Rz 60). Angesichts dieser Unterschiedlichkeit der beiden Rechtsinstitute bedeutet deren divergierende Behandlung keinen Wertungswiderspruch. Für eine rechtliche Gleichstellung des Miteigentums mit dem Wohnungseigentum fehlt vielmehr die gesetzliche Grundlage“.

¹⁸⁸ Holzner, JBl 2019/3 129 (135).

¹⁸⁹ Vgl Punkt III.B.

3) Bewertung

Bei der zitierten rechtlichen Beurteilung handelt es sich um eine falsche Wiedergabe des Inhaltes der Entscheidung 5 Ob 217/17y in zweierlei Hinsicht. Einerseits argumentierte der OGH in 5 Ob 217/17y noch gegen die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Miteigentumsanteils im Wohnungseigentum, andererseits verneinte er eine diesbezügliche Ungleichbehandlung von schlichtem Miteigentum und Wohnungseigentum mit der Begründung, dass genauso wie beim schlichten Miteigentum auch beim Wohnungseigentum die ideelle Konstruktion im Vordergrund stehe und das servitutsähnliche ausschließliche Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt in den Hintergrund trete.

Wie *Höllwerth* zutreffend ausführt, ist das Bemerkenswerte der gegenständlichen Entscheidung nicht die rechtliche Beurteilung der Hauptfrage (der Zulässigkeit von schlichten Miteigentumsanteilen als herrschendes Gut bei Grunddienstbarkeiten), sondern die Gegenüberstellung des schlichten Miteigentums mit dem Wohnungseigentum.¹⁹⁰ Gerade einmal vier Monate nach der Entscheidung 5 Ob 217/17y spricht der OGH in 5 Ob 222/17h obiter dictum aus, was vor 5 Ob 217/17y in der überwiegenden Praxis bereits als ausjudiziert angenommen worden war.¹⁹¹ Zutreffend erkennt er, dass das Wohnungseigentum durch das ihm innewohnende dingliche Nutzungs- und Verfügungsrecht vom rein ideellen schlichten Miteigentum abgehoben wird und der Mindestanteil für Grunddienstbarkeiten als herrschendes und dienendes Gut in Frage kommen kann.

Streller betont, dass im Gegensatz zum schlichten Miteigentum beim Wohnungseigentum aufgrund des dinglichen Nutzungsrechts dem Utilitätserfordernis des § 473 ABGB¹⁹² entsprochen wird. Der in § 473 leg cit geforderte „*Besitze eines Grundstückes*“ ist nämlich dem dinglichen Nutzungs- und Verfügungsrecht an einem Wohnungseigentumsobjekt gleichzusetzen.¹⁹³ Wie bereits ausgeführt, erkennt auch *Holzner* im Mindestanteil des Wohnungseigentums ein einer physischen Liegenschaft zumindest gleichwertiges Objekt.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *Höllwerth*, Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum – Judikaturänderungen reloaded? immo aktuell 2019/6, 40 (40).

¹⁹¹ *A. Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

¹⁹² Vgl Punkt II.A.1.; Punkt II.A.5.

¹⁹³ *Streller*, Zur Einverleibung einer Grunddienstbarkeit an einem Miteigentumsanteil immolex 2019/28, 107 (108).

¹⁹⁴ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (132); vgl Punkt III.A.3.

D. 5 Ob 238/18p – Endgültige Rückkehr zur ursprünglichen Judikaturlinie

1) Sachverhalt und Entscheidungen der Vorinstanzen

Die Entscheidung 5 Ob 238/18p beruht auf folgendem Sachverhalt: Bei den beiden Antragstellern handelte es sich um die beiden schlichten Hälfteeigentümer einer Liegenschaft, die gleichzeitig Wohnungseigentümer einer anderen Liegenschaft waren. In ihrem Antrag beehrten sie die Begründung von mehreren Grunddienstbarkeiten des Parkens und Gehrechts, bei denen die im Hälfteeigentum stehende Liegenschaft als dienendes und die beiden Mindestanteile an der anderen Liegenschaft als herrschendes Grundstück dienen hätte sollen.

Das Erstgericht wies den Antrag mit der Begründung ab, dass ein Mindestanteil im Wohnungseigentum gegenüber einer anderen Liegenschaft nie herrschendes Gut sein könne.

Das Rekursgericht wies den Rekurs der Antragsteller gegen die Entscheidung des Erstgerichts ab. Dies deshalb, weil der OGH in der Entscheidung 5 Ob 217/17y ausgesprochen habe, dass eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von Mindestanteilen nicht zulässig sei.¹⁹⁵ Allerdings sei die Zulässigkeit ebensolcher Grunddienstbarkeiten in der Entscheidung 5 Ob 222/17h bejaht worden,¹⁹⁶ weshalb die höchstrichterliche Rsp zur gegenständlichen Rechtsfrage noch nicht gefestigt und ein ordentlicher Revisionsrekurs zulässig sei.

2) Rechtliche Beurteilung des OGH

Wie schon in 5 Ob 217/17y und 5 Ob 222/17h führte der OGH in der Entscheidung 5 Ob 238/18p eingangs aus, dass ein schlichter Miteigentumsanteil insb aufgrund des Grundsatzes der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten nicht herrschendes Gut sein könne. Demgegenüber komme dem Wohnungseigentümer ein ausschließliches Nutzungs- und Verfügungsrecht über ein Wohnungseigentumsobjekt zu, das untrennbar mit seinem Mindestanteil verbunden sei.

Der OGH erläuterte zunächst, dass sich der 5. Senat in der Entscheidung 5 Ob 217/17y eingehend mit der Vorjudikatur auseinandergesetzt habe und zum Schluss gekommen sei, dass trotz bestehender Unterschiede auch im Wohnungseigentum der Gedanke des ideellen

¹⁹⁵ Vgl Punkt III.B.

¹⁹⁶ Vgl Punkt III.C.

Miteigentums im Vordergrund stehe, weshalb ein Mindestanteil im Verhältnis zu einer anderen Liegenschaft nicht dienendes Gut sein könne. In der Entscheidung 5 Ob 222/17h sei demgegenüber über die Frage abgesprochen worden, ob eine Grunddienstbarkeit zugunsten eines schlichten Miteigentumsanteils begründet werden könne.

Unter Berücksichtigung der zuvor erwähnten Kritik von A. Illedits/S. Illedits¹⁹⁷ und Holzner¹⁹⁸ kommt der OGH letztlich zu der bereits in der Entscheidung 5 Ob 222/17h zum Ausdruck gebrachten Auffassung, dass eine Grunddienstbarkeit nicht nur zulasten sondern auch zugunsten von Mindestanteilen im Wohnungseigentum bestellt werden könne. Wesentlicher Grund sei lt OGH, „dass dem Wohnungseigentümer – anders als dem schlichten Miteigentümer – ein servitutsähnliches ausschließliches Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt zukommt“. Gegenteilige Rechtsansichten, die sich aus der Entscheidung 5 Ob 217/17y ergäben, seien obsolet.

Ein Eintragungshindernis für die beantragten Grunddienstbarkeiten, wie es die Vorinstanzen angenommen hatten, sei deshalb nicht gegeben. Im Übrigen seien im Falle des Miteigentums Eigentümerdienstbarkeiten zulässig.¹⁹⁹

3) Bewertung

Nachdem es sich bereits in 5 Ob 222/17h abgezeichnet hatte, kehrte der OGH mit 5 Ob 238/18p endgültig zur Rsp vor 5 Ob 217/17y zurück.

Hauptargument für diese Rückkehr ist die schon in 5 Ob 70/91²⁰⁰ zum Ausdruck gebrachte Ansicht, dass einem Mindestanteil ein ausschließliches Nutzungs- und Verfügungsrecht zukommt. Damit ist im Wohnungseigentum auch das Utilitätserfordernis des § 473 ABGB erfüllt,²⁰¹ wonach „das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vorteilhafteren oder bequemerem Benützung verknüpft“ wird.²⁰²

¹⁹⁷ A. Illedits/S. Illedits, wobl 2018/93, 296 (296ff).

¹⁹⁸ Holzner, JBl 2019/3 129 (129ff).

¹⁹⁹ Vgl Punkt II.A.1.

²⁰⁰ Vgl Punkt III.A.

²⁰¹ Vgl Punkt II.A.5.

²⁰² Streller, Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten am Mindestanteil immolex 2019/71, 252 (254).

Da es dem schlichten Miteigentum an einem solchen servitutsähnlichen dinglichen Recht mangelt, verhindert der Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten²⁰³ eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von schlichten Miteigentumsanteilen.²⁰⁴

IV. Zur Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Miteigentum

Im Folgenden werden die verschiedenen Argumente zur Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen aus L und Judikatur zusammengefasst und auf ihre Stichhaltigkeit überprüft. Darüber hinaus werden einzelne Probleme im der Begründung von Grunddienstbarkeiten im Miteigentum behandelt.

A. Schlichtes Miteigentum

1) 5 Ob 139/10t

Über die Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von schlichten Miteigentumsanteilen hat der OGH ua in der Entscheidung 5 Ob 139/10t abgesprochen. Dabei beehrten 12 Antragsteller, die allesamt Miteigentümer einer Liegenschaft waren, die grundbücherliche Eintragung der Dienstbarkeit des Gebrauchs zugunsten der gemeinschaftlichen Sache.

Eine der Antragstellerinnen hielt jedoch – im Gegensatz zu den übrigen Miteigentümern – aufgrund einer gescheiterten Wohnungseigentumsbegründung keinen Mindestanteil, sondern lediglich einen schlichten Miteigentumsanteil an der Liegenschaft. Für die ihr zukommende Wohnung wurde eine obligatorische Benützungsregelung geschlossen und gem § 828 Abs 2 ABGB im Grundbuch angemerkt.

Erst- und Rekursgericht wiesen das Grundbuchgesuch der Antragsteller ua mit der Begründung ab, dass eine Grunddienstbarkeit nicht zugunsten eines ideellen Miteigentumsanteils einverleibt werden könne.

Für den OGH handelte es sich bei gegenständlichem Gebrauchsrecht eigentlich um eine unregelmäßige Servitut,²⁰⁵ da diese als persönliche Dienstbarkeit einem ideellen

²⁰³ Vgl Punkt II.A.6.

²⁰⁴ *Streller*, immolex 2019/71, 252 (254).

²⁰⁵ Vgl Punkt II.A.4.

Miteigentumsanteil und somit – mangels eines dinglichen Anspruchs an einem realen Teil des Grundstückes – dem jeweiligen Miteigentümer der Liegenschaft zustehe. Aufgrund dieses fehlenden dinglichen Anspruches werde somit gegen den Unteilbarkeitsgrundsatz²⁰⁶ verstoßen. Auch dem Utilitätserfordernis²⁰⁷ werde nicht entsprochen.

Trotz Anmerkung im Grundbuch komme der zwischen den Miteigentümern abgeschlossenen Benützungsregelung bloß eine obligatorische Wirkung zu, „von deren Weiterbestand dingliche Rechte nicht abhängig gemacht werden können“.

Letztlich stützt sich der OGH auf zwei Argumente, wenn er die Einräumung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten schlichter Miteigentumsanteile verneint: zum einen auf die Unteilbarkeit von Grunddienstbarkeiten und zum anderen auf die fehlende Utilität für die gemeinsame Liegenschaft.²⁰⁸

2) Unteilbarkeitsprinzip

In der Entscheidung 5 Ob 139/10t nennt der OGH das Unteilbarkeitsprinzip des § 485 Satz 2 ABGB als zentrales Argument gegen die Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von ideellen Miteigentumsanteilen.

Dieses Argument wird auch von einem Großteil der ö L vertreten. So sieht ua *Rassi* in der Begründung von Grunddienstbarkeiten an einem ideellen Miteigentumsanteil einen Verstoß gegen den Unteilbarkeitsgrundsatz. Nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ müssen alle Miteigentumsanteile einer gemeinschaftlichen Liegenschaft gleich mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden. Auch die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines einzelnen schlichten Miteigentumsanteils ist unzulässig.²⁰⁹

Auch für *Spath* dürfen Grunddienstbarkeiten weder zugunsten eines schlichten Miteigentümers begründet werden, noch einen ideellen Miteigentumsanteil belasten. Eine im schlichten Miteigentum stehende Sache muss immer als Ganzes belastet werden, wobei bei neu hinzukommenden Miteigentümern gem § 485 Satz 2 leg cit immer darauf geachtet werden

²⁰⁶ Vgl Punkt II.A.6.

²⁰⁷ Vgl Punkt II.A.5.

²⁰⁸ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (130).

²⁰⁹ *Rassi* in *Kodek*, Grundbuchsrecht online – Kommentar zum Grundbuchsrecht² § 3 GBG (Stand 1.9.2016, rdb.at) Rz 49.

muss, dass die Grunddienstbarkeit durch die zusätzlichen Berechtigten nicht beschwerlicher für das dienende Gut wird.²¹⁰

Ebenso sieht *Hofmann* in der Belastung ideeller Miteigentumsanteile einen Verstoß gegen § 485 Satz 2 leg cit, da die darin normierte Unteilbarkeit bereits zum Zeitpunkt der Einräumung der Grunddienstbarkeit gilt und eine Belastung nur der gesamten Liegenschaft zulässig ist.²¹¹ Dieses Argument führt auch *Memmer* an. Im Gegensatz zu ideellen Miteigentumsanteilen können jedoch räumlich abgegrenzte Teile einer Liegenschaft sehr wohl herrschendes und dienendes Gut sein.²¹²

Holzner hingegen sieht in § 485 Satz 2 leg cit kein Verbot der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von (auch schlichten) Miteigentumsanteilen. Wie bereits ausgeführt,²¹³ lässt sich aus dem Wortlaut des § 485 Satz 2 leg cit lediglich ableiten, dass eine Grunddienstbarkeit „durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstücklung“ des Grundstückes, mit dem sie verbunden ist, „weder verändert noch geteilt werden kann“. Die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Miteigentumsanteils erscheint hinsichtlich § 485 Satz 2 leg cit für *Holzner* nicht ausgeschlossen. Auch eine nachträgliche „Vergrößerung“ des berechtigten schlichten Miteigentumsanteils durch Zukauf weiterer Anteile einer Liegenschaft ist unproblematisch, „weil das zulässige Maß der Benutzung jenes eines Anteilseigentümers“ bleibt.²¹⁴

Bzgl der Begünstigung von schlichten Miteigentumsanteilen ist iZm dem Unteilbarkeitsargument mE den Ausführungen *Holzners* zu folgen. Allein aus § 485 Satz 2 leg cit lässt sich noch keine Unmöglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten von schlichten Miteigentumsanteilen ableiten.

Was die Belastung schlichter Miteigentumsanteile mit Grunddienstbarkeiten angeht, ist hingegen der hL zu folgen. Eine Grunddienstbarkeit hat ungeteilt auf dem ganzen, im schlichten Miteigentum stehenden Grundstück zu haften. Zwar kann eine Grunddienstbarkeit auch nur einen räumlich abgegrenzten Teil einer Liegenschaft belasten,²¹⁵ ein schlichter, rein ideeller

²¹⁰ *Spath*, § 485 ABGB Rz 6.

²¹¹ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 485 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at) Rz 2.

²¹² *Memmer*, § 485 ABGB Rz 11.

²¹³ Vgl Punkt III.B.3.a.

²¹⁴ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (130).

²¹⁵ *Hofmann*, § 485 ABGB Rz 2.

Miteigentumsteil, der kein dingliches Recht an einem körperlichen Teil der gemeinschaftlichen Sache verbrieft, lässt sich aber unmöglich mit einem solchen räumlich abgegrenzten Liegenschaftsteil vergleichen.

3) *Utilitätserfordernis*

Auf das den Dienstbarkeiten innewohnende Utilitätserfordernis wurde bereits eingegangen.²¹⁶ § 472 ABGB normiert dazu: „Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen“.

Auch iZm dem Utilitätserfordernis des § 472 leg cit erkennt *Holzner* keine generelle Unmöglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten schlichter Miteigentumsanteile. So setzt zwar etwa das Recht des § 475 Z 2 leg cit, einen Balken oder Sparren in eine fremde Wand einzufügen, eine ausschließliche Verfügungsmacht über einen realen Teil einer Liegenschaft voraus, Dienstbarkeiten wie das Gehrecht (§ 477 Z 1 leg cit), das Recht des Holzfällens (§ 477 Z 4 leg cit) oder das Recht des Wassers schöpfens (§ 477 Z 2 leg cit) können aber problemlos auch für einen ideellen Miteigentumsanteil – bzw dessen Eigentümer – nützlich sein. In Anbetracht des § 361 leg cit, der jedem schlichten Miteigentümer „das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles“ verbürgt, ist es für *Holzner* nicht ersichtlich, weshalb eine Grunddienstbarkeit nicht zugunsten eines solchen Miteigentumsanteils eingeräumt werden kann.²¹⁷

Aus der Wortfolge „in Rücksicht einer Sache“ ergibt sich jedoch, dass § 472 leg cit als belasteten Gegenstand eine Sache verlangt. Grundsätzlich kann es sich bei dieser Sache – insb bei der Personaldienstbarkeit des Fruchtgenusses – auch um eine bewegliche Sache handeln,²¹⁸ für Grunddienstbarkeiten setzt § 474 leg cit aber immer ein dienendes (sowie ein herrschendes) Grundstück voraus. Zwar fallen unter diesen weiten Grundstücksbegriff auch Baurechte und Superädifikate,²¹⁹ ein ideeller Miteigentumsanteil lässt sich darunter jedoch nicht subsumieren.

²¹⁶ Vgl Punkt II.A.5.

²¹⁷ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (131).

²¹⁸ *Spath*, § 472 ABGB Rz 7.

²¹⁹ *Bittner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ (2016) § 474 Rz 2.

Problematisch an der Argumentation *Holzners* ist mE darüber hinaus der Wortlaut des § 473 leg cit, der ein spezielles Utilitätserfordernis für Grunddienstbarkeiten normiert. Danach handelt es sich bei einer Dienstbarkeit dann um eine Grunddienstbarkeit, wenn „*das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemerer Benützung verknüpft*“ wird. Der Besitz eines schlichten Miteigentumsanteils kann jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht mit dem Besitz eines Grundstückes gleichgesetzt werden, da es dem rein ideellen schlichten Miteigentümer an einem dinglichen Verfügungsrecht über einen körperlichen Teil der gemeinschaftlichen Liegenschaft mangelt.²²⁰

Mit einer Grunddienstbarkeit begünstigte oder belastete schlichte Miteigentumsanteile erfüllen somit nicht das Utilitätserfordernis der §§ 472, 473 leg cit.

4) Mögliche weitere Begründungshindernisse

a. Ersitzung zugunsten aller Miteigentümer

Unteilbarkeitsgrundsatz und Utilitätsprinzip lassen eine Begünstigung oder Belastung nur eines schlichten Miteigentumsanteils durch eine Grunddienstbarkeit nicht zu. Begünstigt oder belastet wird immer die ganze Liegenschaft.

§§ 1452 ff ABGB legen die Voraussetzungen fest, unter denen ein Recht ersessen werden kann. Um eine Grunddienstbarkeit zugunsten aller Miteigentümer einer Liegenschaft zu ersitzen reicht es bereits, dass nur ein schlichter Miteigentümer das entsprechende Recht für die Miteigentümergemeinschaft ausübt.²²¹

Für den OGH führt die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit durch einen ideellen Miteigentümer deshalb automatisch dazu, dass das Recht allen Miteigentümern zukommt.²²² Eine Ersitzung allein zugunsten des ideellen Miteigentumsanteils ist nicht möglich, weshalb das dienende Gut durch alle Miteigentümer des herrschenden Gutes belastet wird.

Für *Holzner* ist fraglich, ob die Ersitzungswirkung immer zwingend zugunsten der gesamten Liegenschaft eintreten muss. Dies könne man in Zweifelsfällen und in Fällen, in denen der schlichte Miteigentümer die Benützung zugunsten der ganzen Liegenschaft ausüben

²²⁰ Vgl Punkt IV.A.2.

²²¹ OGH 29.03.2001, 6 Ob 255/00v.

²²² OGH 02.12.2010, 5 Ob 139/10t.

möchte, annehmen. In Fällen, in denen der Miteigentümer aber nur seinen schlichten Miteigentumsanteil begünstigen möchte, solle dieser jedoch nicht mehr erhalten als gewollt. Umgekehrt solle die dienende Liegenschaft nicht mehr belastet werden als unbedingt notwendig. Eine Grunddienstbarkeit zugunsten eines schlichten Miteigentumsanteils sei im Vergleich zu einer Grunddienstbarkeit, die die ganze Liegenschaft belastet, das „*kleinere Übel*“.²²³

Isoliert betrachtet kann den Argumenten *Holzners* zur Frage der Ersitzungswirkung mE zugestimmt werden. Allerdings muss auch hier entgegengehalten werden, dass eine Ersitzung nur zugunsten eines Mindestanteils wohl bereits am Utilitätserfordernis²²⁴ scheitert. Da das ideelle Konstrukt des schlichten Miteigentums eine Begünstigung nur eines Miteigentumsanteiles nicht zulässt, kann auch eine Ersitzung durch einen Miteigentümer gem dem Motto „*Alles oder Nichts*“ nur zugunsten der gesamten Liegenschaft gehen.

b. Zerfallsneigung des Miteigentums

Holzner wirft die Frage auf, ob nicht auch die Zerfallswirkung des Miteigentums ein Argument gegen die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von schlichten Miteigentumsanteilen sei und ob nicht auch eine unregelmäßige Personalservitut²²⁵ zugunsten des Eigentümers des schlichten Miteigentumsanteils ausreiche.²²⁶

So erlaubt § 830 ABGB jedem Miteigentümer, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen.²²⁷ Eine Zivilteilung und anschließende Versteigerung einer im Miteigentum stehenden Liegenschaft führt für *Holzner* dazu, dass das dem schlichten Miteigentumsanteil durch die Grunddienstbarkeit zukommende Recht mangels dinglichen Anspruchs verloren geht. *Holzner* führt weiter aus: „*Auch hier gilt aber wieder: Wer wollte sich darüber beschweren? Etwa der Eigentümer der dienenden Liegenschaft?*“²²⁸

Problematischer ist für *Holzner* eine Einräumung des Rechtes im Wege einer unregelmäßigen Personaldienstbarkeit, da in einem solchen Fall zu klären wäre, ob der Person

²²³ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (131).

²²⁴ Vgl Punkt IV.A.3.

²²⁵ Vgl Punkt II.A.4.

²²⁶ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (131).

²²⁷ Vgl zum Aufhebungsanspruch und den Rechtsfolgen Punkt II.B.1.

²²⁸ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (131).

des ehemaligen Anteilseigners das Recht der Dienstbarkeit auch nach der Versteigerung der Liegenschaft noch zusteht. Davon sei im Zweifel aber nicht auszugehen.²²⁹

ME könnte es allerdings der Erwerber der Liegenschaft sein, der sich darüber beschwert, dass ihm das Recht der Dienstbarkeit nicht mehr zukommt. Immerhin lässt sich argumentieren, dass der Gesamteigentümer der Liegenschaft gleichzeitig Eigentümer an allen ideellen Miteigentumsanteilen der Liegenschaft ist, welche er nach Belieben veräußern kann. Wenn das Recht an einer Grunddienstbarkeit zuvor einem ideellen Anteil an der Liegenschaft zukam, warum sollte es jetzt nicht dem Eigentümer der gesamten Liegenschaft zukommen, dessen Eigentum wohl auch den ideellen Anteil des ehemaligen Anteilseigners umfasst? Solange es sich um einen Alleineigentümer der Liegenschaft handelt, würde das dienende Gut auch nicht zusätzlich belastet werden, weshalb kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten²³⁰ vorläge. Anders müsste es sich freilich bei einer erneuten Teilung der Liegenschaft verhalten, da der ursprünglich durch die Grunddienstbarkeit begünstigte, rein ideelle Miteigentumsanteil zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existiert.

Demgegenüber erscheint eine entsprechend ausgestaltete unregelmäßige Personaldienstbarkeit, die bei Veräußerung des Anteils der begünstigten Person untergeht gerade in Anbetracht der Zerfallsneigung des schlichten Miteigentums als probateres (weil rechtssichereres) Mittel, um einen einzelnen Miteigentümer einer schlichten Miteigentümergemeinschaft mit einer Grunddienstbarkeit zu begünstigen.

c. Redlichkeit bei titelloser Ersitzung

Eine Ersitzung setzt gem § 1463 ABGB Redlichkeit voraus. Redlich ist gem § 326 leg cit „*wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, [...]*“. Wer den Mangel seines Rechtes kannte oder kennen musste ist demgegenüber schlechtgläubig, wobei hierfür bereits leichte Fahrlässigkeit ausreicht.²³¹

Beim Erwerb einer – durch eine unverbücherte aber offenkundige Grunddienstbarkeit belasteten – Liegenschaft durch eine Miteigentümergemeinschaft verhindert nach stRsp bereits

²²⁹ Holzner, JBl 2019/3 129 (131).

²³⁰ Vgl Punkt II.A.6.

²³¹ Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 1463 (Stand 1.3.2017, rdb.at) Rz 1.

die Schlechtgläubigkeit eines Miteigentümers den lastenfreien Erwerb für die ganze Gemeinschaft.²³²

Entsprechendes hat für *Holzner* für die Frage der titellosen Ersitzung einer Grunddienstbarkeit zu gelten. Die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit zugunsten einer im schlichten Miteigentum stehenden Liegenschaft erfordert die Redlichkeit aller Miteigentümer. Ein einzelner Miteigentümer soll sich keinen Vorteil dadurch verschaffen können, dass er den Erwerb der Grunddienstbarkeit nur zugunsten seines Anteils einklagt.²³³ Im Grundbuch müsste die Grunddienstbarkeit dann zugunsten der gesamten Liegenschaft eingetragen werden.²³⁴

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass gewisse Belastungen zulässigerweise bereits jetzt auf einem ideellen Miteigentumsanteil im Grundbuch eingetragen werden können, etwa ein Vor- und Wiederkaufsrecht.²³⁵ Eine Wohnungsservitut kann hingegen nur auf der ganzen Liegenschaft oder auf einem räumlich abgegrenzten Teil, nicht hingegen auf dem ideellen Miteigentumsanteil einverleibt werden.²³⁶

Zulässig iSd § 3 Abs 1 GBG („Jeder Grundbuchskörper ist als ein Ganzes zu behandeln.“) ist demgegenüber die grundbücherliche Belastung eines Wohnungseigentumsobjekts mit einem Wohnungsgebrauchsrecht, sofern der damit verbundene Mindestanteil als Ganzes belastet wird. Eine teilweise Belastung des Mindestanteils hinsichtlich eines getrennt begeh- und nutzbaren Bereichs des Wohnungseigentumsobjekts wurde von der Rsp ebenso verneint²³⁷ wie die Belastung eines ideellen Miteigentumsanteils.²³⁸

Die Rsp begründet die Unzulässigkeit der Einverleibung der Personaldienstbarkeit des Wohnungsgebrauchsrechtes an ideellen Teilen damit, dass dem ideellen Miteigentümer kein Recht auf Nutzung eines bestimmten Liegenschaftsteils zukommt.²³⁹ Für *Limberg* wirft diese Argumentation die Frage auf, ob im Umkehrschluss die Einverleibung eines Wohnungsgebrauchsrechtes immer dann zulässig sein müsse, wenn dem Miteigentümer sehr wohl ein Recht auf Nutzung eines bestimmten Liegenschaftsteils zukommt. Dies wäre nicht nur

²³² 2 Ob 570/95 = SZ 68/206; 5 Ob 58/09d = NZ 2010/5; 5 Ob 27/14b = wobl 2015/34.

²³³ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (132).

²³⁴ *Rassi*, § 3 GBG Rz 49.

²³⁵ *Rassi*, § 3 GBG Rz 40.

²³⁶ *Rassi*, § 3 GBG Rz 44.

²³⁷ OGH 5 Ob 113/13y Jus-Extra OGH-Z 5478 = immolex-LS 2014/6 = EvBl 2014/45 S 309 = wobl 2014/90 = immolex 2014/91 = NZ 2014/136 = MietSlg 65.077 = MietSlg 65.550.

²³⁸ RIS-Justiz RS0042550; RIS-Justiz RS0060362.

²³⁹ RIS-Justiz RS0042550 [T 1]; RIS-Justiz RS0060362 [T 4]; *Streller*, immolex 2019/28, 107 (108).

beim Wohnungseigentum, sondern auch bei einer – uU sogar verbücherten – Benützungsvereinbarung zwischen schlichten Miteigentümern denkbar. Diese entfalte zwar keine dingliche Wirkung,²⁴⁰ schaffe aber dennoch „ein nachhaltiges Nutzungsrecht und nähert sich praktisch betrachtet dem Fall eines WE stark an“.²⁴¹

Rassi sieht demgegenüber die Einräumung von Wohnungsrechten an ideellen Miteigentumsanteilen in solchen Fällen kritisch, da sich die Befugnis des schlichten Miteigentümers ausschließlich auf eine ihn obligatorisch verpflichtende Benützungsvereinbarung und nicht auf ein dingliches Recht stützt.²⁴²

So kann etwa ein ideeller Miteigentumsanteil auch Gegenstand eines Fruchtgenussrechtes sein, die bücherliche Eintragung bedarf aber immer der Zustimmung aller Miteigentümer und muss ob der gesamten Liegenschaft erfolgen. Andernfalls würde das dingliche, verbücherte Recht der Dienstbarkeit vom Bestand der nicht zwingend verbücherten, obligatorischen Benützungsvereinbarung abhängen. Die Verbücherung einer Benützungsvereinbarung soll gem § 828 Abs 2 ABGB lediglich dazu führen, dass sie auch für die Rechtsnachfolger ihrer Parteien Wirkung entfaltet.²⁴³

Was für die Personaldienstbarkeiten des Gebrauchs und des Fruchtgenusses gilt, muss auch für Grunddienstbarkeiten gelten. Mangels dinglichen Anspruchs kann auch eine Benützungsvereinbarung die Einverleibung einer Grunddienstbarkeit an schlichten Miteigentumsanteilen nicht rechtfertigen.

Würde man hingegen zu dem Schluss kommen, dass auch ideelle Miteigentumsanteile durch Grunddienstbarkeiten begünstigt – und etwa im Falle verbüchelter Benützungsregelungen auch belastet – werden können, so wäre es nur folgerichtig, eine grundbücherliche Eintragung von Grunddienstbarkeiten auch zugunsten bzw zulasten von ideellen Miteigentumsanteilen zuzulassen. Insofern würde die Frage der Schlechtgläubigkeit anderer Miteigentümer keine Rolle mehr spielen und ein schlichter Miteigentümer, der eine Ersitzung nur zu Gunsten seines Anteils geltend macht, würde sich auch keinen ungebührlichen

²⁴⁰ Vgl Punkt IV.A.I.

²⁴¹ Limberg, Wohnungsgebrauch an einem Teil einer Eigentumswohnung? immolex 2014/91 330 (331).

²⁴² Rassi, § 3 GBG Rz 56.

²⁴³ Cerha, Fruchtgenussrecht an einem Teil der Liegenschaft immolex 2009/22 58 (59).

Vorteil mehr verschaffen. Das dienende Gut wäre dann ja nur durch ihn und nicht auch durch alle übrigen Miteigentümer belastet.

5) *Fehlendes dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht*

Aus der behandelten Rsp²⁴⁴ und den angeführten Argumenten der L²⁴⁵ zeigt sich, dass es der Mangel eines dinglichen Nutzungs- und Verfügungsrechtes über einen realen Teil der gemeinschaftlichen Sache ist, der eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten schlichter Miteigentumsanteile verhindert.

So lässt sich zwar eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten schlichter Miteigentumsanteile mit dem Unteilbarkeitsprinzip vereinbaren, einer Belastung steht dieser aber mangels eines dinglichen Anspruchs an einem räumlich abgegrenzten Teil entgegen.²⁴⁶

Auch mit dem Utilitätserfordernis lässt sich der ideelle Miteigentumsanteil mE nicht vereinbaren. Das ABGB setzt für eine Grunddienstbarkeit die Verknüpfung des Dienstbarkeitsrechts „mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vorteilhafteren oder bequemerer Benützung“ voraus. Der Besitz eines schlichten Miteigentumsanteils lässt sich damit allerdings nicht gleichsetzen.²⁴⁷

Selbst eine verbücherte Benützungsregelung über die gemeinschaftliche Liegenschaft schafft keinen Anspruch, der mit einem dinglichen Nutzungs- und Verfügungsrecht, wie ihn das Wohnungseigentum kennt, vergleichbar ist.²⁴⁸

Somit ist es letztlich das fehlende dingliche Nutzungs- und Verfügungsrecht, das eine Gleichsetzung des schlichten Miteigentumsanteils mit einem körperlichen Liegenschaftsteil und folglich eine Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten schlichter Miteigentumsanteile verhindert. Da es dem schlichten Miteigentum an dieser Grundvoraussetzung mangelt, kann die Frage der Zulässigkeit nur verneint werden.

²⁴⁴ OGH 10.04.2018, 5 Ob 222/17h; OGH 25.04.2019, 5 Ob 238/18p; OGH 02.12.2010, 5 Ob 139/10t.

²⁴⁵ *Rassi*, § 3 GBG Rz 49; *Spath*, § 485 ABGB Rz 6; *Hofmann*, § 485 ABGB Rz 2; *Memmer*, § 485 ABGB Rz 11.

²⁴⁶ Vgl Punkt IV.A.2.

²⁴⁷ Vgl Punkt IV.A.3.

²⁴⁸ Vgl Punkt IV.A.4.c.

B. Wohnungseigentum

Die Frage der Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Mindestanteilen im Wohnungseigentum wurde bereits im Zuge der Entscheidungsbesprechungen ausführlich behandelt,²⁴⁹ weshalb die schon erwähnten Argumente im Folgenden nur mehr verkürzt dargestellt werden.

Wie bereits ausgeführt,²⁵⁰ lassen sich Utilitätserfordernis und Unteilbarkeitsgrundsatz auf der einen und schlichtes Miteigentum auf der anderen Seite deshalb nicht miteinander in Einklang bringen, weil es dem schlichten Miteigentum an einem dinglichen Anspruch auf Nutzung und Verfügung eines realen Liegenschaftsteils mangelt. Dem Wohnungseigentum gesteht § 2 Abs 1 WEG hingegen ein solches „*dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen*“ ausdrücklich zu. Die Hauptargumente, die von Rsp und L zutreffender Weise gegen die Begründung von Grunddienstbarkeiten an schlichten Miteigentumsanteilen ins Treffen geführt werden, können beim Wohnungseigentum nicht greifen. Dennoch ergeben sich auch beim Wohnungseigentum Problemstellungen.

So wirft *Holzner* auch im Zusammenhang mit dem Wohnungseigentum die Frage auf, ob Grunddienstbarkeiten nur von einem redlichen Wohnungseigentümer ersessen werden können oder dazu die Redlichkeit aller Mitglieder der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft vorausgesetzt wird. Ähnlich wie beim schlichten Miteigentum²⁵¹ sollte auch beim Wohnungseigentum darauf abgestellt werden, ob der Wohnungseigentümer mit der ersessenen Grunddienstbarkeit nur seinen Mindestanteil (und das damit verbundene Wohnungseigentumsobjekt) begünstigt – etwa wenn nur sein Wohnungseigentumsobjekt über das Nachbargrundstück erreichbar ist –, oder ob die Grunddienstbarkeit Utilität grundsätzlich auch für andere Mindestanteile entfalten kann. In erstgenanntem Fall kann es richtigerweise nur auf die Redlichkeit des betroffenen Wohnungseigentümers ankommen.²⁵²

Umgekehrt könne der Eigentümer des vermeintlich dienenden Gutes lt *Holzner* den Benützer schon durch ein an die (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft als Ganzes gerichtetes

²⁴⁹ Vgl Punkt III.

²⁵⁰ Vgl Punkt IV.A.5.

²⁵¹ Vgl Punkt IV.A.4.a.

²⁵² *Holzner*, JBl 2019/3 129 (136).

Schreiben schlechtgläubig machen. Es sei also nicht notwendig, den tatsächlich benützenden Wohnungseigentümer ausfindig zu machen.²⁵³

Generell sei es die (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft, die Unklarheiten zu verantworten habe. Grenzen zB mehrere Wohnungseigentumsobjekte an eine Nachbarliegenschaft, könne jeder örtlich in Betracht kommende Gemeinschafter als tauglicher Ansprechpartner für eine Untersagung der Benützung des Nachbargrundstückes als Gehweg in Frage kommen.²⁵⁴

Der Ansicht *Holzners* ist mE zuzustimmen. In jenen Fällen, in denen eine Grunddienstbarkeit eindeutig nur einem oder einer begrenzten Anzahl von Mindestanteilen zukommt, stehen einer Ersitzung durch einzelne Wohnungseigentümer keine unüberwindbaren Hindernisse entgegen.

A. *Illedits/S. Illedits* merken an, dass die Einräumung wechselseitiger Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Mindestanteilen derselben Liegenschaft nicht dazu führen darf, dass die „*fundamentalen Strukturprinzipien*“ des Wohnungseigentums durch gegenseitige Nutzungsrechte bedeutungslos werden.²⁵⁵ Hintergrund ist eine Tendenz in der Rsp, die im Falle dinglicher, durch Grunddienstbarkeiten eingeräumter, Nutzungsrechte eine Durchbrechung des dem Wohnungseigentum immanenten Abgeschlossenheits- bzw Trennungsgrundsatzes zwischen Wohnungseigentumsobjekten zulässt.²⁵⁶ Nach *Hausmann* dürfen diese Bedenken jedoch nicht zu einer Abschaffung von (Grund-)Dienstbarkeiten im Wohnungseigentum führen.²⁵⁷

Eine ähnliche Problematik erkennt die Rsp in der zeitlich unbegrenzten Einräumung und Verbücherung von unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten an Liegenschaften. Um einer Aushöhlung des Liegenschaftseigentums entgegenzuwirken, dürfen solche als Realservitute ausgestattete Personaldienstbarkeiten (zB ein Fruchtgenussrecht) eine Liegenschaft nur auf begrenzte Zeit belasten.²⁵⁸

²⁵³ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (136).

²⁵⁴ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (136f).

²⁵⁵ *A. Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

²⁵⁶ *Hausmann*, § 2 WEG Rz 11a.

²⁵⁷ *Hausmann*, § 2 WEG Rz 11b.

²⁵⁸ Vgl Punkt II.A.4.

Der OGH erwähnt in seiner Entscheidung 5 Ob 238/18p²⁵⁹ die gerade ausgeführte Kritik *A. Illedits/S. Illedits*, folgt im Ergebnis jedoch der – ebenfalls von *A. Illedits/S. Illedits* zum Ausdruck gebrachten²⁶⁰ – Ansicht, dass vom von der Vorjudikatur beschrittenen Weg der Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum allein schon aus Praktikabilitätsüberlegungen nicht mehr abgewichen werden soll.

Grund dafür ist, wie bereits ausgeführt, die spezielle Konstruktion des Wohnungseigentums: Die untrennbare Verbindung eines ideellen Miteigentumsanteils mit einem servitutsähnlichen, dinglichen Nutzungsrecht.²⁶¹

C. Conclusio

Wie der OGH in seiner Entscheidung 5 Ob 139/10t²⁶² zutreffend ausführt, mangelt es dem schlichten Miteigentümer an einem ausschließlichen Anspruch an einem realen Teil der gemeinschaftlichen Liegenschaft. Ein solcher ausschließlicher Anspruch kommt dem Wohnungseigentümer hingegen durch § 2 Abs 1 WEG²⁶³ zu.

Während insb Unteilbarkeitsprinzip und Utilitätserfordernis einer Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von schlichten Miteigentumsanteilen entgegenstehen,²⁶⁴ macht das mit dem Mindestanteil untrennbar verbundene dingliche Nutzungs- und Verfügungsrecht den Mindestanteil zu einem Objekt, das einer körperlichen Liegenschaft so sehr ähnelt, dass auch am Mindestanteil eine Begünstigung und Belastung durch Grunddienstbarkeiten zulässig sein muss.²⁶⁵

Diese, jedenfalls seit der Entscheidung 5 Ob 222/17h auch vom OGH wieder vertretene Rechtsmeinung, bedeutet letztlich eine Annäherung an das d Wohnungseigentum, welches im Gegensatz zum ö Wohnungseigentum Sondereigentum und nicht nur servitutsähnliches Nutzungs- und Verfügungsrecht am Wohnungseigentumsobjekt einräumt.²⁶⁶ Die im Vergleich zum d Wohnungseigentum prominentere Stellung des ideellen Miteigentumsanteils im ö

²⁵⁹ Vgl Punkt III.D.

²⁶⁰ *A. Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

²⁶¹ *Illedits in Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht: Taschenkommentar³ (2018) § 2 WEG Rz 1; RIS-Justiz RS0081766.

²⁶² Vgl Punkt IV.A.1.

²⁶³ Vgl Punkt IV.B.

²⁶⁴ Vgl Punkt IV.A.

²⁶⁵ Vgl Punkt III.A.3.

²⁶⁶ Vgl Punkt III.A.3.

Wohnungseigentum, sollte einer Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten lt A. *Illedits/S. Illedits* auch aus Praktikabilitätsgründen nicht entgegenstehen.²⁶⁷ Auch *Holzner* erkennt, wie bereits ausgeführt, „für ein real endgültig zugewiesenes Objekt [...] das Bedürfnis nach Grunddienstbarkeiten sowohl in dienender als auch in herrschender Stellung [...], auch wenn das WEG (1975 und 2002) die Zuweisung an den Wohnungseigentümer nur in Form eines ausschließlichen Benützungs- und Verfügungsrechtes konstruieren“.²⁶⁸

Abschließend ist somit – in Beantwortung der in dieser Arbeit behandelten Frage – auszuführen, dass die Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum unzulässig ist. Im Wohnungseigentum ist eine solche Begründung hingegen zulässig.

²⁶⁷ A. *Illedits/S. Illedits*, wobl 2018/93, 296 (299).

²⁶⁸ *Holzner*, JBl 2019/3 129 (132).

Literaturverzeichnis

Aufsätze/Beiträge

Bittner, Ludwig, Wohnungseigentum als nicht nur juristische Ideologie, in wobl 2019/32 (2019).

Cerha, Matthias, Fruchtgenussrecht an einem Teil der Liegenschaft, in immolex 2009/22 (2009).

Hofmeister, Herbert, OGH 17.9.1991, 5 Ob 70/91, in NZ 1992/235 (1992) (EAnm).

Holzner, Christian, Keine Grunddienstbarkeit zugunsten eines Mit- oder Wohnungseigentumsanteils?, in JBl 2019/3 (2019).

Höllwerth, Johann, Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum – Judikaturänderungen reloaded?, in immo aktuell 2019/6 (2019).

Illedits, Alexander/Illedits, Sophie, Zugunsten eines Mindestanteils, mit dem WE verbunden ist, kann keine Grunddienstbarkeit an einer fremden Liegenschaft begründet werden, in wobl 2018/93 (2018).

Limberg, Clemens, Wohnungsgebrauch an einem Teil einer Eigentumswohnung?, in immolex 2014/91 (2014).

Streller, Robert, Zur Einverleibung einer Grunddienstbarkeit an einem Miteigentumsanteil, in immolex 2019/28 (2019).

Streller, Robert, Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten am Mindestanteil, in immolex 2019/71 (2019).

Bücher

Perner, Stefan/Spitzer, Martin/Kodek Georg, Bürgerliches Recht, 6. Auflage (2019).

Kommentare

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar, 3. Auflage (2016).

- Hausmann, Till/Vonkilch, Andreas*, Österreichisches Wohnrecht – WEG, 4. Auflage (2017).
- Illedits, Alexander/Reich-Rohrwig, Otto*, Wohnrecht: Taschenkommentar, 3. Auflage (2018).
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin*, ABGB-ON 1.03 (Stand 1.3.2017, rdb.at).
- Kodek, Georg*, Grundbuchsrecht online – Kommentar zum Grundbuchsrecht, 2. Auflage (Stand 1.9.2016, rdb.at).
- Limperg, Bettina/Oetker, Hartmut/Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band VIII, 8. Auflage (2020).
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard*, ABGB, 4. Auflage (Stand 1.8.2015, rdb.at).
- Schwimann, Michael/Kodek, Georg*, ABGB: Praxiskommentar Band II, 4. Auflage (2012).
- Schwimann, Michael/Kodek, Georg*, ABGB: Praxiskommentar Band III, 5. Auflage (2020).
- Zeiller, Franz von*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Band II, (1812).

Judikaturverzeichnis

1. OGH-Entscheidungen

Geschäftszahl	Fundstelle bzw Datum	Seite(n)
7 Ob 16/57	JB1 1960, 441.	28
8 Ob 112/63	SZ 36/66.	3
5 Ob 93/70	SZ 43/117	8
3 Ob 681/80	MietSlg 33.045.	28
5 Ob 70/91	NZ 1992/235.	27
5 Ob 10/96	25.06.1996	32
5 Ob 2243/96f	NZ 1997/394.	13
5 Ob 2246/96x	24.09.1996	10
3 Ob 84/97t	16.09.1998	34
6 Ob 255/00v	29.03.2001	52
5 Ob 40/06b	Zak 2006/397.	10
5 Ob 88/07p	08.05.2007	38
5 Ob 139/10t	Zak 2011/131 = EvBl 2011/59= Jus-Extra OGH-Z 4942 = NZ 2011/AGS 775 = bbl 2011/102 = NZ 2011/85 = ecolex 2011/259 = MietSlg 62.040 = MietSlg 62.046 = ZLB 2017/8.	37, 48
5 Ob 113/13y	Jus-Extra OGH-Z 5478 = immolex-LS 2014/6 = EvBl 2014/45 S 309 = wobl 2014/90 = immolex 2014/91 = NZ 2014/136 = MietSlg 65.077 = MietSlg 65.550.	56

5 Ob 149/16x	Jus-Extra OGH-Z 6088 = Zak 2016/771 = EvBl 2017/19 = wobl 2017/18 = NZ 2017/62.	22
5 Ob 217/17y	Zak 2018/81 = EvBl 2018/113 = ÖJZ 2018/103 = wobl 2018/93 = JBl 2019, 129.	1, 36
5 Ob 222/17h	Zak 2018/432 = immo aktuell 2019/6 = NZ 2019/14 = immolex 2019/28.	1. 44
5 Ob 238/18p	Zak 2019/396 = immolex 2019/71 = EvBl 2019/154.	1, 46, 60

2. LG-Entscheidungen

Geschäftszahl	Fundstelle bzw Datum	Seite(n)
LGZ Wien 41 R 145/83	MietSlg 35.599.	20
LGZ Wien 45 R 23/84	MietSlg 36.620.	24
LGZ Wien 41 R 510/93	MietSlg 45.548.	24

Abstract

Diese Master Thesis behandelt die Frage der Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Miteigentumsanteilen im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum. Dazu werden zunächst die rechtlichen Grundlagen der Dienstbarkeiten, des schlichten Miteigentums und des Wohnungseigentums dargestellt. In einem nächsten Schritt wird die zentrale Judikatur des OGH zur Zulässigkeit von Grunddienstbarkeiten im Wohnungseigentum wiedergegeben und einer Bewertung unterzogen. Darauf folgend werden die Argumente aus Lehre und Judikatur zur Frage der Zulässigkeit im schlichten Miteigentum und im Wohnungseigentum einander gegenübergestellt und auf ihre Stichhaltigkeit überprüft. Die Arbeit schließt mit einer Einschätzung der Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten einerseits im schlichten Miteigentum und andererseits im Wohnungseigentum ab.

This Master's Thesis addresses the question of whether co-ownership shares in the context of both simple co-ownership and condominium can be subject to an easement. Firstly, the Master's Thesis will illustrate the legal foundations of subserviences, simple co-ownership and condominium. Subsequently, the most relevant decisions of the Austrian supreme court in civil matters (OGH) regarding the permissibility of easements in the context of condominium are shown and evaluated. Afterwards, the key arguments of teaching and judicature will be discussed. The Master's Thesis finishes with a personal assessment of whether co-ownership shares in the context of both simple co-ownership and condominium can be subject to an easement.