



universität
wien

MASTER THESIS

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

„Rechtsfragen des Grundnutzungsverhältnisses bei
Superädifikaten“

verfasst von / submitted by

Mag. Florian Tristan Widter

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:

Univ.-Ass. Dr. Stephanie Nitsch

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Allgemeiner Überblick über das Recht der Superädifikate.....	3
A.	Dogmatische Grundlagen und rechtlicher Rahmen	3
1.	Das Superädifikat als Ausnahme vom Grundprinzip <i>superficies solo cedit</i>	3
2.	Die Rechtsquellen des Superädifikatrechts.....	5
a.	Die Superädifikatsbestimmungen des ABGB und ihre Entstehung.....	5
b.	Das Superädifikat als bewegliche Sache?	7
B.	Die Voraussetzungen der Superädifikatseigenschaft im Einzelnen	10
1.	Der Bauwerksbegriff.....	10
2.	Die mangelnde Belassungsabsicht	14
3.	Errichtung auf fremdem Grund?	17
4.	„soferne sie nicht Zugehör eines Baurechtes sind“	19
C.	Der Erwerb von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten an Superädifikaten	20
	<i>Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem</i>	
	<i>Urkundenhinterlegungsgesetz</i>	21
D.	Abgrenzungen und Konkurrenzen	24
1.	Das Baurecht.....	24
2.	Weitere Konkurrenzen	28
3.	Abgrenzungen	28
III.	Das Grundnutzungsverhältnis in seiner „Nutzungsfunktion“	29
A.	Rechtsfolgen der Bauführung auf fremden Grund ohne (deckendem)	
	Grundnutzungsverhältnis	30
1.	Der künstliche Zuwachs durch Bauführung (§§ 417 ff)	30
2.	Rechtsfolgen der Bauführung ohne Grundnutzungsverhältnis	36
	<i>Exkurs: Rechtsfolgen der Bauführung bei Willens- bzw. Wurzelmängeln</i>	38
3.	Rechtsfolgen der Bauführung ohne deckendem Grundnutzungsverhältnis	40

4. Zwischenergebnis	41
B. Das Grundnutzungsverhältnis – Denkbare (Gestaltungs-)Formen und Abgrenzungen	41
1. Die Dienstbarkeit als dingliches Grundbenützungsrecht	42
2. Die obligatorischen Grundnutzungsrechte	47
a. Leihe und Prekarium	47
b. Miete und Pacht	50
C. Die Analogie zum MRG	53
1. Die Ausgangssituation – Mangelnde direkte Anwendbarkeit des MRG	53
2. Die stRsp und ältere Lehre	55
a. Die analoge Anwendung des Kündigungsschutzes durch die Judikatur	55
b. Die dogmatische Untermauerung der Judikatur durch F. Bydlinski	59
3. Die Kritik der jüngeren Lehre	61
<i>Exkurs: Welche Kündigungsschutzbestimmungen des § 30 MRG sind analogiefähig?</i>	66
4. Widersprüchliche Tendenzen der neueren Judikatur und deren Kritik in der Lehre	68
5. Eigene Stellungnahme und Ausblick	72
D. Die Eigentumsübertragung am Superädifikat aus der Perspektive des Grundnutzungsverhältnisses	75
1. Die Übernahme des Grundnutzungsverhältnisses	76
2. Einräumung vom Grundnutzungsverhältnis abgeleiteter Nutzungsrechte	77
<i>Exkurs: Das Schicksal des Grundnutzungsverhältnisses bei exekutiver Verwertung des Superädifikate</i>	80
E. Die Rechtsfolgen der Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses auf das Superädifikat	81
1. Dispositive Rechtsfolgen	81
2. Der „Heimfall“ des Bauwerkes	82
IV. Die „Dokumentationsfunktion“ des Grundnutzungsverhältnisses	86

III

A. Allgemeines.....	86
B. Die Voraussetzungen im Einzelnen	86
1. „ <i>nicht stets</i> “ – die Dauer der Belassung.....	86
2. Die zeitliche Begrenztheit des Grundnutzungsverhältnisses	87
<i>Exkurs: Ostheims Parteienvereinbarungstheorie</i>	93
C. Die mangelhafte Publizität der Superädifikatseigenschaft und Lösungsansätze	97
1. Die problematische Publizität der mangelnden Belassungsabsicht	97
2. Lösungsansätze <i>de lege lata</i>	99
3. Eigener Lösungsvorschlag	102
D. Zusammenfassung der eigenen These zur „ <i>Dokumentationsfunktion</i> “	107
E. Kurzer Ausblick <i>de lege ferenda</i>	107
V. Literaturverzeichnis.....	109
Abstract	112

I. Einleitung

Das Bauen auf fremdem Grund, genauer gesagt die Errichtung rechtlich selbständiger, von fremdem Grundeigentum losgelöster Bauwerke, erfreut sich in der Rechtspraxis sowohl im privaten als auch und vor allem im gewerblichen Bereich steigender Verbreitung und wirtschaftlicher Bedeutung. Ausschlaggebend für diese Entwicklung sind die Gegebenheiten am Immobilienmarkt und die entgegengesetzten Interessen der handelnden Akteure. Auf der einen Seite stehen die beschränkte Verfügbarkeit von Grund und Boden als knappes, nicht vermehrbares Gut, die steigenden Grundstückspreise und damit in Verbindung das Interesse von Grundeigentümern, ihre Liegenschaften zu behalten, um an der Wertsteigerung ihrer Liegenschaften zu partizipieren, zugleich aber auch bei fehlendem Eigenbedarf maximalen Profit aus diesen zu ziehen. Auf der anderen Seite stehen das begrenzte Grundstücksangebot, die bei Grundstücksinteressenten oftmals fehlenden finanziellen Mitteln zum Erwerb bzw. die gewollte Ersparnis von finanziellen Mitteln für andere Investitionen sowie das Interesse an selbständigem Eigentum an Bauwerken zwecks Vermögensbildung und Erlangung umfassender Verfügungsrechte hieran.¹

Von der Rechtsordnung, die vom Regelfall der Eigentümeridentität an Grundstück und Bauwerk ausgeht, wird die Trennung von Grundstücks- und Bauwerkseigentum eingeschränkt und nur im Rahmen bestimmter Rechtsinstitute zugelassen, wobei sich in der Praxis das ursprünglich primär für leichte/ labil gebaute Bauwerke gedachte Institut des Superädifikates infolge extensiver Auslegung in Lehre und Rsp sowie steuerlicher Vorteile gegenüber dem Baurecht und dem nur untergeordnete Bedeutung zukommenden Kellereigentum durchgesetzt hat.

Während die Superädifikatskonstruktion im Vergleich zu ihrer wirtschaftlichen Bedeutung gesetzlich nur unzureichend und seit der III. Teilnovelle (TN) des ABGB aus dem Jahre 1916 im Wesentlichen unverändert geregelt ist, stand sie im Laufe der Jahre wiederholt im Spektrum des wissenschaftlichen Diskurses, der sich vor allem mit ihren dogmatischen Besonderheiten und Problemen sowie mit dem rechtlichen Schicksal des Bauwerkes beschäftigte. Soweit ersichtlich wurde hierbei das sog. Grundnutzungsverhältnis, also das zwischen Bauführer/ Superädifiziar und Grundstückseigentümer bestehende Rechtsverhältnis noch nicht umfassend und gesamtheitlich beleuchtet. Dass es sich beim diesem nicht nur um einen unbeachtlichen Nebenaspekt handelt, zeigt sich schon daran, dass das Grundnutzungsverhältnis nicht nur

¹ Kohlmaier in Artnner/ Kohlmaier, Praxishandbuch³ 159; Forster, Ausgewählte Fragen 10 ff; F. Bydlinski, Superädifikate 2 ff.

Legitimation des Bauführers für die Bebauung und fortlaufende Benützung des fremden Grundes ist, sondern von der Rsp neben der Bauweise des Bauwerkes als Indiz für die Existenzvoraussetzung der fehlenden Belassungsabsicht des Bauführers herangezogen wird.² Von *Kletečka* wurden diese beiden Wirkungsrichtungen des Grundnutzungsverhältnisses anschaulich auch als „*Nutzungsfunktion*“ und „*Dokumentationsfunktion*“ bezeichnet.³

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese beiden Funktionen des Grundnutzungsverhältnisses und ihre Zusammenhänge mit der Superädifikatskonstruktion und deren Voraussetzungen grundlegend zu beleuchten. Nach einem für das nähere Verständnis der Superädifikatskonstruktion und ihrer dogmatischen Grundlagen erforderlichen allgemeinen Überblick über das Superädifikatsrecht werden die genannten Funktionsweisen in zwei weiteren Abschnitten detailliert behandelt. Zu den sich hierbei aufwerfenden Problemstellungen wird jeweils der bereits existente Meinungsstand in Rsp und Lehre ausführlich dargestellt und werden, wo geboten, neue Lösungsansätze, insbesondere auf Basis der geltenden Rechtslage aber auch *de lege ferenda*, präsentiert. Die Arbeit soll hierdurch Anlass geben, die bisherige Rechtspraxis kritisch zu hinterfragen und Diskussionsgrundlage für eine an den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers orientierte Gesetzesauslegung sowie eine längst überfällige Reform des Rechtes der Bauten auf fremdem Grund liefern.

² RIS-Justiz RS0011252.

³ *Kletečka*, wobl 2001, 129.

II. Allgemeiner Überblick über das Recht der Superädifikate

A. Dogmatische Grundlagen und rechtlicher Rahmen

1. Das Superädifikat als Ausnahme vom Grundprinzip *superficies solo cedit*

Eines der zentralen Grundprinzipien des österreichischen Sachenrechts besteht in dem Grundsatz *superficies solo cedit*, der sinngemäß übersetzt so viel bedeutet wie „das Gebäude folgt rechtlich dem Grund“ bzw. „das Gebäude fällt dem Grundeigentümer zu“. Dieser aus dem römischen Recht stammende Grundsatz wird im ABGB⁴ durch die §§ 294 und 297 ABGB sowie durch die §§ 417 ff ABGB verkörpert.⁵ Die §§ 294 ff enthalten Bestimmungen über das sog. Zugehör: § 294 umschreibt das Zugehör als „*dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gebracht wird*“, wobei hierunter nach dem Gesetzeswortlaut der Zuwachs der Sache sowie Nebensachen fallen. Entsprechend dem Verständnis der hL fallen unter den Begriff des Zuwachses (vgl. §§ 404 ff) die selbständigen und unselbständigen Bestandteile einer Sachverbindung sowie unter den Begriff der Nebensachen das Zubehör i.e.S.⁶ Die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Bestandteilen richtet sich nach ihrer Trennbarkeit von der Hauptsache: Ist diese unmöglich oder zumindest untunlich, d.h. unwirtschaftlich, so ist der Bestandteil unselbständig und teilt zwingend das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Im entgegengesetzten Fall liegt ein selbständiger Bestandteil vor, der zwar im Zweifel das rechtliche Schicksal der Liegenschaft teilt, jedoch sonderrechtsfähig ist (vgl. § 415 Satz 1), d.h. Gegenstand selbständiger Sachenrechte sein kann.⁷ Das Zubehör ist nicht Bestandteil, jedoch dem fortdauernden besseren Gebrauch einer Hauptsache gewidmet und ebenfalls sonderrechtsfähig, wenngleich es im Zweifel ebenfalls das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt.⁸

Nach § 297 1. HS gehören zu den unbeweglichen Sachen „*diejenigen [Sachen], welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen, als: Häuser und andere Gebäude mit dem in senkrechter Linie darüber befindlichen Luftraume.*“

⁴ Soweit in Folge nicht anders angeführt, beziehen sich §§-Verweise auf das ABGB idgF.

⁵ OGH 6 Ob 23/00a bbl 2001, 72 = NZ 2001, 305 = NZ 2002, 40 = MietSlg 52.032 = MietSlg 52.085; OGH 7 Ob 222/00y NZ 2002, 180 = bbl 2001/135 = immolex 2001/169.

⁶ Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 783; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 294 Rz 1 ff; Nach Helmich und Holzner sind hingegen vom Begriff des (künstlichen) Zuwachses nur die unselbständigen Bestandteile umfasst: Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 294 Rz 5; Holzner in Rummel/ Lukas, ABGB⁴ § 294 Rz 1.

⁷ Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 786 f; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 294 Rz 9 ff, 22 ff.; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 294 Rz 10 ff, 17 ff.

⁸ Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 788 ff; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 294 Rz 30 ff; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 294 Rz 21.

Aus dieser Bestimmung leitet die hA ab, dass Gebäude bzw. Bauwerke⁹, die in der Absicht dauernder Belassung errichtet werden, als künstlicher Zuwachs automatisch, somit ohne grundbücherlichen Eintragungsakt oder dergleichen, unselbständiger und somit sonderrechtsunfähiger Bestandteil der Liegenschaft werden, d.h. das sachenrechtliche Schicksal der Liegenschaft teilen und daher nicht Gegenstand selbständiger Sachenrechte sein können (*superficies solo cedit*).¹⁰ Die §§ 417 ff enthalten gegenüber § 297 Sondervorschriften und normieren die Geltung des sachenrechtlichen Grundprinzips *superficies solo cedit* für die Fälle der Bauführung mit Materialien, die nicht im Eigentum des Liegenschaftseigentümers stehen.¹¹

Während die §§ 417 ff überwiegend als dispositiv angesehen werden¹², ist die Bestimmung des § 297 nach hA zwingend, weshalb eine davon abweichende Vereinbarung unwirksam ist.¹³ Die Bestimmung des § 297 basiert auf keinen besonderen Gerechtigkeitserwägungen, sondern vielmehr auf „*Erwägungen der Klarheit und Einfachheit des Rechtsverkehrs*“ und soll Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit, die durch real geteiltes Eigentum entstehen sowie die Vernichtung wirtschaftlicher Werte durch die Trennung von miteinander fest verbundener Teile verhindern.¹⁴ Das Prinzip *superficies solo cedit* „*ist also weniger ein rechtsethisches als vielmehr ein rechtstechnisches Prinzip*“¹⁵. § 297 gilt daher nicht lückenlos, sondern gestattet gewisse Ausnahmen vom Prinzip *superficies solo cedit*. Die in der Praxis wohl bedeutsamste Ausnahme¹⁶ ist das Superädifikat (auch Überbau genannt): Nach der Legaldefinition des § 435 sind darunter Bauwerke zu verstehen, „*die auf fremden Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen, sofern sie nicht Zugehör eines Baurechtes sind.*“ Sie sind im Unterschied zu den nach § 297 sonderrechtsunfähigen Gebäuden rechtlich selbständig und folgen daher nicht dem sachenrechtlichen Schicksal der Liegenschaft (Sonderrechtsfähigkeit). Wesentliches Abgrenzungskriterium ist die sog. Belassungsabsicht,

⁹ Während die Rsp diese beiden Begriffe weitgehend synonym verwendet, geht die Lehre davon aus, dass es sich beim Begriff des Bauwerkes um den Oberbegriff handelt; siehe unten, II. B. 1.

¹⁰ F. Bydlinski, Superädifikate 1; Forster, Ausgewählte Fragen 20 mwN; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 297 Rz 1 mwN; Holzner in Rummel/ Lukas, ABGB⁴ § 297 Rz 3; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 297 Rz 6 mwN; Hinteregger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 435 Rz 1; RIS-Justiz RS0009944; RIS-Justiz RS0009946; aA Angst, ÖJZ 1972, 119 ff.

¹¹ Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 417 Rz 2; zum Verhältnis der §§ 417 ff zum Superädifikat siehe unten, III. A. 1.

¹² Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 417 Rz 2; Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 417 Rz 1.

¹³ OGH 1 Ob 25/48 SZ 21/57; RIS-Justiz RS0009890; Forster, Ausgewählte Fragen 21 ff mwN; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 297 Rz 2 mwN; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 297 Rz 6; aA Angst, ÖJZ 1972, 119 ff; Ostheim, Eigentumserwerb durch Bauführung 45 ff; Ostheim in FS Kralik 501 ff; Bittner, NZ 1989, 295; Bittner, NZ 2010, 67 ff; siehe unten, III. A.

¹⁴ F. Bydlinski, Superädifikate 2; Bollenberger, RdW 2001, 582.

¹⁵ F. Bydlinski, Superädifikate 2.

¹⁶ OGH 3 Ob 144/93 ÖJZ 1994/134: „*Die Regel ist die Eigentümeridentität, die Ausnahme die Sonderrechtsfähigkeit.*“ Zu den weiteren Ausnahmen siehe unten, II. D.

deren Mangel für die Superädifikatseigenschaft eines baulichen Gebildes entscheidend ist.¹⁷ Weitere Voraussetzungen sind nach dem Wortlaut des § 435 das Vorliegen eines Bauwerkes, die Errichtung auf fremden Grund sowie die mangelnde Zugehöreigenschaft zu einem Baurecht.¹⁸

2. Die Rechtsquellen des Superädifikatrechts

a. Die Superädifikatsbestimmungen des ABGB und ihre Entstehung

Die zentralen Bestimmungen des Superädifikatsrechts sind die bereits genannten §§ 435 und 297. Bereits vor Einführung des § 435 in den Rechtsbestand des ABGB im Zuge der III. TN wurde aus § 297 e contrario die Möglichkeit sonderrechtsfähiger Bauten auf fremdem Grund bei mangelnder Belassungsabsicht abgeleitet. Infolge des Bedürfnisses der Rechtspraxis nach rechtlich selbständigen Bauten auf fremdem Grund wurden zunächst einfache und jederzeit wieder abtragbare Hütten auf prekariistisch überlassenen Grundstücken errichtet, ehe man dazu überging, auch massivere Bauten auf der Basis von rechtlich stabileren Bestandverträgen zu errichten.¹⁹ Nach der hA fallen Superädifikate mangels Belassungsabsicht nicht in den Anwendungsbereich des § 297 und sind daher im Umkehrschluss als bewegliche Sachen zu qualifizieren und somit dem Mobiliarrecht unterworfen. Dies erachtete der Gesetzgeber der III. TN aus Gesichtspunkten des Verkehrsschutzes als „höchst problematisch“: *„Denn die (körperliche) Übergabe kann ihren Zweck, die Eigentumsübertragung zur Erscheinung zu bringen, hier schon deshalb nicht erfüllen, weil als Besitzer des Ganzen nach außen immer der Bodeneigentümer, der Besitz des Bauberechtigten [= Superädifiziar] aber immer nur als Pachtbesitz sich darstellt.“*²⁰ An der vorherrschenden Einordnung der Superädifikate als bewegliche Sachen wollte der Gesetzgeber jedoch nichts ändern. Daher sah der Entwurf der Kommission für Justizgegenstände im Interesse der Verbesserung der mangelhaften Publizität des Rechtserwerbes die Schaffung neuer Erwerbsarten für den Erwerb dinglicher Rechte an Superädifikaten vor, nämlich die Übergabe einer Urkunde über das Erwerbsgeschäft in Gegenwart zweier Zeugen als Modus des Eigentumserwerbes sowie die gerichtliche Hinterlegung von Urkunden als Modus des Pfandrechts- und Servitutserwerbes. Die Einführung der Urkundenhinterlegung auch als Erwerbsart des Eigentums an Superädifikaten wurde vom Gesetzgeber ursprünglich mit dem Argument abgelehnt, dass man kein

¹⁷ RIS-Justiz RS0009865.

¹⁸ Zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen siehe unten, II. B.

¹⁹ Forster, Ausgewählte Fragen 5 ff mwN; F. Bydlinski, Superädifikate 4 f; Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 167 ff.

²⁰ Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168.

„Grundbuch zweiter Klasse“ schaffen wolle.²¹ Die in der Praxis zunächst nicht so bedeutsamen unverbücherten Liegenschaften sollten als Nebeneffekt von der Neuordnung ebenfalls umfasst und denselben Regeln unterworfen werden. Aufgrund der Zerstörung zahlreicher Grundbücher im Zuge des ersten Weltkrieges wendete sich das Blatt und war nunmehr die Regelung des Rechtserwerbes an den in keinem Grundbuch mehr aufscheinenden Liegenschaften von vordergründiger Bedeutung. Der Gesetzgeber sah sich genötigt, bis zur vollständigen Wiederherstellung der zerstörten Grundbücher eine Übergangslösung zu schaffen und führte schließlich im Zuge der III. TN die gerichtliche Hinterlegung grundbuchsfähiger Urkunden über dingliche Erwerbsgeschäfte bei den zuständigen Grundbuchgerichten als Modus für den Erwerb des Eigentums und anderer dinglicher Rechte an nicht verbücherten Liegenschaften ein.²² Der durch die III. TN geschaffene § 434 ordnet dementsprechend für die Übertragung des Eigentums an nicht verbücherten Liegenschaften die Hinterlegung einer mit den Erfordernissen der §§ 432 f versehenen Urkunde²³ bei Gericht an. Für Superädifikate wurde letztendlich „der Einfachheit halber“ dieselbe Erwerbsform eingeführt.²⁴ § 435 verweist daher hinsichtlich der Form des Eigentumserwerbes an „Bauwerken, die auf fremden Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen“, auf § 434. Die §§ 436 f enthalten flankierende Bestimmungen, die auch für den Eigentumserwerb kraft rechtskräftigen Urteils, gerichtlicher Teilung oder Einantwortung (§ 436) bzw. aufgrund eines Vermächtnisses (§ 437) die Urkundenhinterlegung anordnen.²⁵ § 451 Abs 2 legt die Urkundenhinterlegung als Modus für

²¹ Dies sei „bedenklich [...], weil damit die Frage entstände, wie weit diese Register des grundbücherlichen Vertrauensschutzes teilhaftig seien [...], während die Frage für eine gerichtliche Urkundensammlung im Sinne der §§ 72 und 74, die über das Eigentum keinen Aufschluß gibt [= das wie erwähnt für Pfandrechte und Servituten angedachte Gerichtsregister], wohl gar nicht auftauchen kann.“, Ebd 169; „ein Register, das überdies für die „Publizität“ der Rechtsverhältnisse schon deshalb von geringem Werte wäre, weil es sich eben nur um sporadische Fälle handeln würde und der Verkehr im Unklaren darüber bliebe, ob und bei welchem Gerichte zufällig solche hinterlegte Eigentumstitel sich befinden, die man einzusehen hätte.“, Begründung zur Kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 34.

²² „Der Publizität ist damit hier so gut als möglich gedient, weil jedermann wissen wird, daß in jenen Bezirken oder Bezirksteilen augenblicklich eben gar keine Liegenschaft „verbüchert“ ist, also überall nur die Registratur des Hinterlegungsgerichtes Aufschluß geben kann.“ Durch Urkunden in grundbuchsfähiger Form (§§ 432 f) sollte eine „Brücke für die Übertragung in das wieder hergestellte Grundbuch“ geschaffen und dadurch bewirkt werden, dass sich der Verkehr „in der langen Übergangszeit [nicht] der Tabularform der Geschäfte entwöhne.“, Begründung zur Kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 35.

²³ Nach § 432 muss es sich um eine beglaubigte Urkunde in der zur Gültigkeit des Geschäftes vorgeschriebenen Form oder um eine öffentliche Urkunde handeln, § 433 regelt die Inhaltserfordernisse dieser Urkunde (genaue Bezeichnung der Personen des Übergebers und des Übernehmers, der Liegenschaft, des Rechtsgrundes sowie des Ortes und der Zeit des Vertragsabschlusses), an Stelle der Bewilligung der Einverleibung (= Aufsandungserklärung) ist nach § 434 Satz 2 eine Erklärung der Einwilligung zur Hinterlegung der Urkunde vorgesehen.

²⁴ Begründung zur Kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 34 f; Im Ergebnis wurde damit für Superädifikate das ursprünglich abgelehnte „Grundbuch zweiter Klasse“ eingeführt, krit Forster, Ausgewählte Fragen 8.

²⁵ Freilich ist die Urkundenhinterlegung im Falle der Einantwortung nur deklarativ; Forster, Ausgewählte Fragen 79.

den Pfandrechtserwerb an nicht verbücherten Liegenschaften und Superädifikaten und § 481 Abs 2 als Modus für den Erwerb von Dienstbarkeiten fest. Die als Provisorium gedachten Bestimmungen stehen bis heute unverändert in Geltung. Gemeinsam mit der III. TN wurden durch die Hinterlegungsverordnung vom 26.3.1916 Durchführungsbestimmungen betreffend das Urkundenhinterlegungsverfahren geschaffen, welche durch die Verordnungen des Bundesministers für Justiz 1927/326 und 1927/327 abgelöst wurden. Diese wurden schließlich 1974 durch das heute noch in Geltung stehende Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG)²⁶ sowie in der ergänzend dazu als Durchführungserlass ergangenen Urkundenhinterlegungsvorschrift (UHV) ersetzt, ohne dass hierdurch inhaltlich große Veränderungen eingetreten sind. Aus der ursprünglich sogar abgelehnten und schließlich als Provisorium gedachten Erwerbsart der Urkundenhinterlegung wurde eine bis heute existente Dauerlösung, die – wie noch näher darzustellen ist – aufgrund ihrer mangelhaften und unzeitgemäßen Ausgestaltung in der Praxis zu zahlreichen Problemen führt und daher im eklatanten Widerspruch zu den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nach Rechtssicherheit und Publizität steht.²⁷

b. Das Superädifikat als bewegliche Sache?

Da das österreichische Sachenrecht zwar grundsätzlich von einem weiten Sachbegriff (§ 285) geprägt ist, jedoch im Einzelnen für Immobilien und Fahrnis unterschiedliche Regelungen trifft, ist die Frage der Beweglichkeit einer Sache iSd § 293 entscheidende Vorfrage für die Frage nach den anwendbaren Gesetzesbestimmungen.²⁸ Wie bereits erwähnt, nahm bereits der Gesetzgeber der III. TN im Anschluss an die schon damals in Gesetzgebung, Theorie und Praxis vorherrschende Auffassung an, dass Superädifikate von § 297 nicht umfasst und daher als bewegliche Sache anzusehen sind. Auch die heutige überwiegende Rsp²⁹ und Teile der Lehre³⁰ gehen ungeachtet der Bauweise von der grundsätzlichen Beweglichkeit des Superädifikats aus, die jedoch stellenweise durchbrochen wird. So erfolgt insbesondere der (derivative) Rechtserwerb an Superädifikaten abweichend von den Mobilienbestimmungen durch Urkunden-

²⁶ Bundesgesetz vom 21. Mai 1974 über die gerichtliche Hinterlegung und Einreihung von Urkunden über Rechte an nichtverbücherten Liegenschaften und an Bauwerken, BGBl 1974/326.

²⁷ Forster, Ausgewählte Fragen 8; Bittner, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat (Eintragungen beim Superädifikat), in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 106; zum Urkundenhinterlegungsverfahren siehe unten, II. C. und Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz.

²⁸ Grund für die Verschiedenbehandlung ist die Erwägung, dass es sich bei Immobilien um ein nicht vermehrbare und wertvolles Gut handelt. Die Verkehrsbedürfnisse gebieten eine abweichende Behandlung; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 762 ff; Kisslinger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 293 Rz 1 ff.

²⁹ RIS-Justiz RS0009950.

³⁰ Klang in Klang² II § 297, 27; Hinteregger in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 435 Rz 1; Kletečka in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 894; Nach F. Bydlinski ist die Einordnung von Superädifikaten als bewegliche Sachen lediglich als Zweifelsregel mit „Richtliniencharakter“ anzusehen, wobei sich neben expliziten gesetzlichen Ausnahmen „aus den Zwecken einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen in Verbindung mit der Beachtung der „Natur der Sache“ im hier buchstäblichen Sinn des Wortes“ weitere Ausnahmen ergeben können; F. Bydlinski, Superädifikate 36.

hinterlegung. Wie aus § 1 Abs 1 lit b-e UHG hervorgeht, werden Superädifikate auch hinsichtlich der Möglichkeit der Verdinglichung von Bestandrechten, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten sowie Veräußerungs- und Belastungsverboten wie unbewegliche Sachen behandelt. Seit der EO-Novelle 2000 sind auf Superädifikate überdies die Bestimmungen der Zwangsversteigerung von Liegenschaften anwendbar. Im Steuerrecht gelten Superädifikate gemeinhin als unbewegliche Sachen.³¹ Auch die Rsp wendet auf Superädifikate vereinzelt Immobilienrecht an. So unterliegen Superädifikate der langen Gewährleistungsfist und sind auf Bestandverträge über Superädifikate die Bestimmungen der ZPO über das Bestandverfahren (§§ 560 ff ZPO)³² sowie z.T. das MRG³³ analog anwendbar. Hingegen werden Superädifikate hinsichtlich der Möglichkeit des gutgläubigen Rechteerwerbes nach § 367 bzw. § 456, der kurzen Ersitzungsdauer nach § 1466, der Möglichkeit des Eigentumsvorbehaltes am Bauwerk, des Bestandgeberpfandrechtes des Liegenschaftseigentümers nach § 1101 sowie der Fähigkeit, Zubehör einer anderen Liegenschaft zu sein, als bewegliche Sache behandelt.³⁴

Rechberger/ Oberhammer kritisieren die überwiegend vertretene grundsätzliche Einordnung von Superädifikaten als bewegliche Sachen, da diese Ansicht „*keinen rechtlichen Erklärungswert aufweist*.“ Die Beweglichkeit bzw. Unbeweglichkeit eines Superädifikates könne nur im Einzelfall „*anhand der Teleologie und Systematik der konkreten Normen*“ ermittelt werden.³⁵

Nach *Forster* beruhe die überwiegende Meinung gar auf einem unzulässigen Umkehrschluss aus § 297, da dieser lediglich die Unbeweglichkeit von in Belassungsabsicht errichteten Gebäuden anordne, weshalb die Behandlung eines Superädifikates als bewegliche bzw. unbewegliche Sache von den allgemeinen Unterscheidungskriterien des § 293 und somit von der Beschaffenheit des Bauwerkes abhängig sei. Die Qualifizierung von Superädifikaten als bewegliche Sachen durch den Gesetzgeber basiere auf dem damaligen Status-quo vermehrt in leichter Bauweise errichteter Bauwerke und müsse daher stets der Zusammenhang zwischen Beschaffenheit und Beweglichkeit bzw. Unbeweglichkeit³⁶ berücksichtigt werden. Im Ergebnis gelte die üA nicht unbeschränkt und seien massiv errichtete Superädifikate schon de lege lata

³¹ Vgl. § 2 Abs 2 GrEStG, § 51 Abs 3 BewG; *Forster*, Ausgewählte Fragen 69.

³² OGH 9.4.1992, 8 Ob 622/91.

³³ Siehe dazu unten, III. C.

³⁴ *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 894; *F. Bydlinski*, Superädifikate 31 mwN; *Forster*, Ausgewählte Fragen 167 f mwN; *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 58.

³⁵ *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 58.

³⁶ „*Es ist unzulässig nur eine der beiden Komponenten abzuändern (Beschaffenheit des Bauwerkes) und die andere Komponente (Beweglichkeit) im ursprünglichen Zustand zu lassen*.“ Der Umkehrschluss der üA sei daher halbherzig durchgeführt worden; *Forster*, Ausgewählte Fragen 180.

als unbewegliche Sachen einzustufen. *Forster* spricht sich für die Anwendung von „*reinem*“ Immobilienrecht (im Sinne vom Recht der unbeweglichen Sachen exklusive dem Grundbuchsrecht) auf diese Bauwerke aus und lehnt die Auffassung der üA, allen voran die Meinung *F. Bydlinskis*, der aufgrund von § 367 an der Qualifikation von Superädifikaten als bewegliche Sachen festhält, sich zugleich aber für die Anwendbarkeit zahlreicher Regeln für unbewegliche Sachen ausspricht, als unlogisch und inkonsequent ab. Die Lösung der Gutglaubensproblematik obliege alleine dem Gesetzgeber, und dürfe weder Grund für die Einordnung von massiven Superädifikaten als bewegliche Sachen, noch Rechtfertigung für die Anwendung der Bestimmungen des Gutglaubenserwerbes an beweglichen Sachen auf unbewegliche Superädifikate sein.³⁷

ME ist der ausführlichen und nachvollziehbaren Argumentation *Forsters* zu folgen und sind Superädifikate entsprechend der Bestimmung des § 293 als bewegliche bzw. (in aller Regel) als unbewegliche Sachen einzuordnen. Maßgeblich für die Abgrenzung ist nach dem Gesetzeswortlaut, ob eine Ortsveränderung mit einem Substanzverlust verbunden ist.³⁸ Durch eine Behandlung massiver Bauten als unbewegliche Sachen können insbesondere viele nach der ü.A. analog anzuwendende Bestimmungen des Immobilienrechts im direkten Wege angewandt und zugleich die widrigen Folgen der Anwendung unpassender Bestimmungen des Mobiliarrechts vermieden werden. Jedoch rechtfertigt mE die dadurch bei unbeweglichen Bauwerken im Hinblick auf den Gutglaubenserwerb vorliegende planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes die analoge Heranziehung der §§ 367 bzw. 456 und somit ein von *Forster* abgelehntes „*Rosinenpicken*“, da die Wertungen dieser Bestimmungen auch auf den gesetzlich nicht geregelten Fall des Rechtserwerbes an unbeweglichen Bauwerken vom Nichtberechtigten zutreffen.³⁹

³⁷ *Forster*, Ausgewählte Fragen 173 ff.

³⁸ Anders als bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Bestandteilen kommt es bei der Unterscheidung von beweglichen und unbeweglichen Sachen lediglich auf dieses Kriterium, nicht hingegen darauf an, ob die Ortsveränderung tunlich im Sinne von wirtschaftlich ist; vgl. *Kisslinger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 293 Rz 4; *Helmich* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 293 Rz 1; Die hier vertretene Auffassung, nach der Superädifikate unter der Voraussetzung ihrer substanzneutralen Versetzbarkeit als beweglich anzusehen sind, steht nicht im Widerspruch zum sogleich (siehe unten, II. B. 1.) darzustellenden Bauwerksbegriff der neueren Lehre, der nur jene baulichen Gebilde umfasst, die potenziell (d.h. bei Belassungsabsicht) unselbständige Bestandteile sind. Ohne Substanzverletzung wieder demontierbare und daher iSd § 293 bewegliche Bauten können nämlich unter der Voraussetzung, dass deren Abtragung untunlich ist, unselbständige Bestandteile und bei fehlender Belassungsabsicht Superädifikate sein.

³⁹ *F. Bydlinski*, Superädifikate 36 f.

B. Die Voraussetzungen der Superädifikatseigenschaft im Einzelnen

1. Der Bauwerksbegriff

§ 435 spricht von „*Bauwerken*“, ohne diesen Begriff jedoch näher zu konkretisieren. Auch das dem Superädifikatsrecht „verwandte“ Baurechtsgesetz (BauRG) enthält denselben Begriff, jedoch ebenfalls keine Begriffsbestimmung. Demgegenüber verwendete der Gesetzgeber der Stammfassung des ABGB in § 297 die Wendung „*Häuser und andere Gebäude*“. Dass der Gesetzgeber für die Bestimmung des § 435 bewusst den Begriff des Bauwerkes wählte, geht aus den Materialien der III. TN eindeutig hervor: Demnach wurde „*mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der möglicherweise in Betracht kommenden „Werke“ auf fremden Grund (vgl § 340 a. b. G. B.)*“ der „*weitere [...] Ausdruck „Bauwerke“*“ verwendet.⁴⁰ Folglich sind nach der Intention des Gesetzgebers vom Bauwerksbegriff des § 435 nicht nur Gebäude⁴¹ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches und der Verkehrsauffassung, also massiv errichtete, allseitig baulich abgegrenzte (insbesondere überdachte) und begehbare Bauten, sondern auch andere (weniger stabile) bauliche, d.h. von Menschenhand errichtete (und daher künstliche), Gebilde umfasst.⁴² Es handelt sich beim Bauwerksbegriff somit um einen Oberbegriff.⁴³ Über den genauen Inhalt dieses Begriffes bestehen in älterer und jüngerer Lehre und Rsp unterschiedliche Auffassungen.

Nach der von *Angst* begründeten Lehrmeinung sind „*Unter einem „Bauwerk“ [...] alle Sachen zu verstehen, die*

- 1. unter Einsatz von Arbeit und unter Verwendung von Materialien hergestellt werden,*
- 2. mit dem Boden in eine feste Verbindung gebracht werden*
- und*
- 3. ihrer Zweckbestimmung nach nicht an einen anderen Ort bewegt werden sollen.“⁴⁴*

F. Bydlinski griff diese Begriffsdefinition auf, modifizierte sie jedoch an zwei Stellen, da seiner Ansicht nach der Lösungsansatz von *Angst* zu eng gefasst sei. Er umfasse nämlich gerade jene

⁴⁰ Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 169 f.

⁴¹ Der Begriff des Hauses fällt unter den weiteren Begriff des Gebäudes, vgl. „*Häuser und andere Gebäude*“.

⁴² Vom Bauwerksbegriff des § 435 zu unterscheiden ist demgegenüber jener der in § 1319 normierten Bauwerkehaftung, der auch Gruben und Bäume umfasst; *Welser/ Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1573 mwN; Soweit in weiterer Folge von Bauwerken die Rede ist, sind jene iSd § 435 gemeint.

⁴³ *Angst*, ÖJZ 1972, 119; *Forster*, Ausgewählte Fragen 151; *Kletečka*, immolex 2004, 264; *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 297 Rz 3/1 f; aA *Klang*, der den Gebäudebegriff weitgehend synonym versteht und etwa auch „*Umfassungsmauern, Holzzäune, Eisengitter [oder] ständige Flaggenmaste*“ als Gebäude ansieht; *Klang* in *Klang*² II § 297, 26.

⁴⁴ *Angst*, ÖJZ 1972, 119.

leicht gebauten baulichen Gebilde nicht, die einem beim Gedanken an ein Superädifikat in erster Linie in den Sinn kommen. Daher genüge es bereits, wenn durch die Aufführung des Bauwerkes eine feste, jedoch ohne besondere Schwierigkeiten wieder lösbare, körperliche Verbindung entstehe. Zudem reiche bereits eine Zweckbestimmung aus, die lediglich im Normalfall eine Bewegung ausschließe.⁴⁵ Die einigermaßen fest, jedoch nicht untrennbar mit dem Boden verbundenen Bauwerke würden eine „*Mittelkategorie*“ darstellen, auf die – wenngleich darunter auch „*durchaus [...] selbständige und daher sonderrechtsfähige Sachen*“ fallen – § 435 analog anwendbar sei.⁴⁶

Im Gegensatz zur überwiegenden Lehre wendet die überwiegende Rsp die Begriffe „Bauwerk“ und „Gebäude“ weitgehend synonym an. Entscheidend für das Vorliegen eines Gebäudes bzw. eines Bauwerkes⁴⁷ ist nach dem OGH⁴⁸ in Anlehnung an die erwähnte Lehre das Vorliegen einer grundfesten Errichtung unter Einsatz von Arbeit und Material. Dabei kommt es nicht auf die Untrennbarkeit von Bauwerk und Grund, insbesondere nicht auf eine feste Verankerung mit dem Boden, oder auf die Verwendung bestimmter Baumaterialien an,⁴⁹ sondern lediglich darauf, dass das Bauwerk nach seiner Zweckbestimmung nicht einfach bewegt werden soll.⁵⁰ Maßgebliche Bedeutung hierbei kommt der Verkehrsauffassung zu, wobei zu berücksichtigen ist, dass Bauwerke häufig aus Fertigteilen bestehen.⁵¹ Die Baubewilligungspflicht eines baulichen Gebildes indiziert dessen Bauwerkseigenschaft.⁵² Jedenfalls muss es sich um selbständige bauliche Gebilde handeln, wohingegen bloße Gebäudeteile nicht unter den Bauwerksbegriff fallen.⁵³ Eine feste bauliche Verbindung mit einem anderen Bauwerk ist jedoch dann unschädlich, wenn nach der Verkehrsauffassung eine selbständige Sache vorliegt, was selbst bei Vorliegen einer gemeinsamen Mittelwand denkbar ist, sofern die Abtragung des einen Bauwerkes ohne Beschädigung des anderen Bauwerkes technisch möglich ist.⁵⁴

⁴⁵ F. Bydlinski, Superädifikate 17; Zust Forster, Ausgewählte Fragen 152.

⁴⁶ F. Bydlinski, Superädifikate 29, Abl Kletečka, immolex 2004, 264.

⁴⁷ In weiterer Folge wird im Einklang mit der überwiegenden Lehre der Oberbegriff „Bauwerk“ verwendet.

⁴⁸ RIS-Justiz RS00099921.

⁴⁹ OGH 6 Ob 23/00a bbl 2001, 72 = NZ 2001, 305 = NZ 2002, 40 = MietSlg 52.032 = MietSlg 52.085; „Ob ein Bauwerk im Sinne des § 297 ABGB vorliegt, hängt nicht allein davon ab, ob die Sache mit dem Grund und Boden untrennbar verbunden ist oder doch ohne erheblichen Aufwand abgetragen werden kann“: OGH 4 Ob 533/91 wobl 1992, 13; OGH 7 Ob 513/87 SZ 60/66 = EvBl 1987/143 = JBl 1987, 779.

⁵⁰ OGH 3 Ob 119/93 SZ 67/1 = EvBl 1994/134.

⁵¹ OGH 7 Ob 513/87 SZ 60/66 = EvBl 1987/143 = JBl 1987 779; OGH 4 Ob 533/91 wobl 1992, 13; OGH 7 Ob 222/00y NZ 2002, 180 = bbl 2001/135 = immolex 2001/169.

⁵² OGH 7 Ob 31/06v wobl 2006/142.

⁵³ RIS-Justiz RS0009868; RIS-Justiz RS0009906.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0003410; Andernfalls entsteht mangels Trennbarkeit zweier/ mehrerer in mangelnder Belassungsabsicht errichteter baulicher Gebilde Miteigentum an einem einheitlichen Bauwerk, das nach der Bestimmung des § 415 auflösbar ist, vgl. Bollenberger, RdW 2001, 582.

Beispiele aus der Judikatur für Bauwerke sind Häuser, Umfassungsmauern, Holzzäune, Eisengitter, ständige Flaggenmaste, Aussichtswarten, Maschinenschuppen, Scheunen, Transformatorenhäuser,⁵⁵ ein Würstelstand auf einem Betonfundament,⁵⁶ Kapellen, Schuppen, Keller, ausgemauerte Düngerstätten, Kalkofen, Brücken, bloße Straßenanlagen, die Stützmauer einer Böschung, ein einbetonierter Starkstromleitungsmast, Fertigteilhäuser und Garagen, Schwimmbecken⁵⁷ oder eine Schirmbar.⁵⁸ Nicht als Bauwerk eingestuft wurden hingegen etwa Zelte oder Buden, Reklametafeln, Abortshäuschen aus Brettern, zerlegbare Baracken, Tribünen,⁵⁹ Zäune und Grenzmauern,⁶⁰ eine Rampe bestehend aus einem Stahlrohrgestell und Holzbrettern⁶¹ oder mit Schotter aufgefüllte Kunstrasentennisplätze.⁶²

Die soeben dargestellte Rsp wird von *Kletečka*, als widersprüchlich und nicht im Einklang mit dem Bestandteilsrecht stehend kritisiert. Da diese, wie ausgeführt, nicht auf das Kriterium der Trennbarkeit abstellt, komme es nämlich in einigen Fällen zu Überschneidungen mit den von vornherein sonderrechtsfähigen selbständigen Bestandteilen. Da es sich beim Rechtsinstitut des Superädifikates, das an sich sonderrechtsunfähigen, weil unselbständige Bestandteile darstellenden, baulichen Gebilden ein zeitlich begrenztes, eigenständiges sachenrechtliches Schicksal ermögliche, aber gerade um eine Ausnahme von diesem Grundsatz handle, sei eine Erstreckung des Bauwerksbegriffes auf die von vornherein zeitlich unbegrenzt sonderrechtsfähigen selbständigen Bestandteile nicht logisch nachvollziehbar. Weil diese vom Grundsatz *superficies solo cedit* nicht erfasst seien, könne auch die Ausnahme von diesem Grundsatz nicht greifen.⁶³ Die Bauwerksdefinition müsse daher an der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Bestandteilen anknüpfen, andernfalls der Grundsatz *superficies solo cedit* seine Intention, Rechtssicherheit zu schaffen, verfehle. Nach *Kletečka* komme es für die Qualifikation eines baulichen Gebildes als Bauwerk daher neben dem Kriterium des Einsatzes von Arbeit und Material entscheidend darauf an, dass die Absonderung

⁵⁵ Beispielhafte Aufzählung in OGH 7 Ob 513/87 SZ 60/66 = EvBl 1987/143 = JBl 1987, 779.

⁵⁶ OGH 4 Ob 533/91 wobl 1992, 13.

⁵⁷ Beispielhafte Aufzählung in OGH 7 Ob 222/00y NZ 2002, 180 = bbl 2001/135 = immolex 2001/169.

⁵⁸ OGH 7 Ob 31/06v wobl 2006/142.

⁵⁹ Beispielhafte Aufzählung in OGH 7 Ob 513/87 SZ 60/66 = EvBl 1987/143 = JBl 1987, 779.

⁶⁰ OGH 7 Ob 222/00y NZ 2002, 180 = bbl 2001/135 = immolex 2001/169; nach anderen E sind jedoch Holzzäune, Umfassungsmauern und Eisengitter vom Bauwerksbegriff umfasst, siehe FN 55.

⁶¹ OGH 7 Ob 222/00y NZ 2002, 180 = bbl 2001/135 = immolex 2001/169; in dieser E verneinte der OGH zwar die Gebäudeeigenschaft, bejahte aber fälschlicherweise das Vorliegen eines Superädifikates; Krit *Kletečka*, der darauf hinweist, dass § 297 und § 418 vom selben Gebäudebegriff ausgehen, *Kletečka*, immolex 2004, 264.

⁶² „Ob Tennisplätze als Gebäude im genannten Sinn zu qualifizieren sind, kann [aber] nicht generell gesagt werden, weil es sich dabei um völlig unterschiedliche Anlagen handeln kann.“; OGH 9 Ob 133/03d bbl 2004, 119 = immolex 2004, 283 = MietSgl 55.014.

⁶³ „Das Superädifikat stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes "superficies solo cedit" dar. Wenn dieses Prinzip aber schon nach allgemeinen Regeln nicht zum Tragen kommt, bedarf es dieser Ausnahme nicht. Pointiert formuliert: Eine Regelung, die die Verselbständigung eines ohnehin schon sonderrechtsfähigen Bestandteils ermöglicht, erscheint sinnlos.“; *Kletečka*, immolex 2004, 264 ff.

desselben unmöglich oder zumindest untunlich wäre, somit bei Belassungsabsicht ein unselbständiger Liegenschaftsbestandteil vorläge.⁶⁴ Oder anders formuliert: Selbständige Bestandteile können nach der Ansicht *Kletečkas* keine Bauwerke und folglich auch keine Superädifikate sein. Zur Abgrenzung sei auf die Verkehrsauffassung abzustellen, die wiederum auf die Möglichkeit bzw. Wirtschaftlichkeit der Trennung zurückgreife.⁶⁵

Helmich folgt der von *Kletečka* vertretenen Ansicht, modifiziert diese jedoch an einem Punkt in entscheidender Weise: Er vertritt die Auffassung, dass es nach der Intention des Gesetzgebers bei „Gebäuden“ – im Unterschied zu „Bauwerken“ – nicht auf das Kriterium der Untrennbarkeit ankomme⁶⁶ und daher auch bauliche Gebilde, die nach allgemeinen Regeln selbständiger Bestandteil wären, als Gebäude anzusehen und somit Superädifikat seien könnten. Das Erfordernis der Untrennbarkeit spiele nur für Bauwerke eine Rolle.⁶⁷

ME ist *Kletečka* uneingeschränkt zu folgen, da nicht nachzuvollziehen ist, dass gerade für Gebäude, die einen hohen wirtschaftlichen Wert einnehmen, von den allgemeinen, als sachgerecht angesehenen und auf die Trennbarkeit abstellenden Regeln Abweichendes gelten sollte.⁶⁸ Außerdem läuft diese einschränkende Ansicht den Zielen des Prinzips *superficies solo cedit* zuwider und führt zu Rechtsunsicherheit, da vom klaren Abgrenzungskriterium nach der Wirtschaftlichkeit der Trennung Abstand genommen und stattdessen auf das „schwammige“ Kriterium der Gebäudeeigenschaft abgestellt wird. Schließlich liegt der Ansicht *Helmichs* ein unklares Verständnis des Begriffes „Gebäude“ zugrunde, da hierunter eben nur besonders massive bauliche Gebilde fallen, deren Absonderung jedenfalls unwirtschaftlich ist.⁶⁹

In seiner neueren Judikatur tendiert der OGH abweichend zu älteren Entscheidungen, ohne sich mit diesen oder der oben beschriebenen jüngeren Lehre jedoch näher auseinanderzusetzen,⁷⁰ dazu, die Bauwerkseigenschaft an die Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Bestandteilen anzuknüpfen. Dabei betont er, dass es sich bei Bauwerken an sich um

⁶⁴ Auch labile Bauten („klassische Superädifikate“) können demnach Bauwerke und daher Superädifikate sein, sofern die Abtragung, insbesondere unter Bedachtnahme auf die Demontagekosten, unwirtschaftlich wäre.

⁶⁵ *Kletečka*, immolex 2004, 264 ff.

⁶⁶ Zust *Holzner* in *Rummel/ Lukas*, ABGB⁴ § 297 Rz 1.

⁶⁷ *Helmich* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 297 Rz 3/1, 10.

⁶⁸ Vgl. *Kletečka*, immolex 2004, 264.

⁶⁹ Vgl. *Forster*, der betont, dass ein „Gebäude“ eine feste Bodenverbindung voraussetzt, *Forster*, Ausgewählte Fragen 20 f.

⁷⁰ In seiner E OGH 5 Ob 223/12y NZ 2013/125 erwähnt der OGH jedoch zunächst frühere E, nach denen es auf eine grundfeste Errichtung ankommt, wofür nicht die Verankerung, sondern die einer Ortsveränderung im Normalfall entgegenstehende Zweckbestimmung maßgeblich ist. In weiterer Folge zitiert er im Hinblick auf die „Frage wirtschaftlich möglicher Trennbarkeit“ den Aufsatz *Kletečkas*. Er stellt in weiterer Folge fest, dass es in der gegenständlichen E nicht auf die Frage der wirtschaftlichen Trennbarkeit ankomme, da eine Photovoltaikanlage als bloßer Gebäudeteil kein Superädifikat sein könne. Offengelassen wurde die allfällige Qualifikation als selbständiger Bestandteil.

unselbständige und daher sonderrechtsunfähige Liegenschaftsbestandteile handelt. Werde ein solches in mangelnder Belassungsabsicht erbaut, so liege ein sonderrechtsfähiges Superädifikat vor.⁷¹ Diese Entwicklung in der Rsp ist im Lichte der obigen Ausführungen begrüßenswert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bauwerksbegriff vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst wurde. Er ist nach oben hin offen und umfasst insbesondere also auch massiv errichtete Gebäude. Nach unten hin ist der Bauwerksbegriff jedoch durch die Möglichkeit bzw. Tunlichkeit der Abtragung begrenzt, sodass es sich bei jenen baulichen Gebilden, die nach diesen Kriterien als selbständiger Bestandteil zu qualifizieren wären, um keine Bauwerke handeln kann.⁷²

2. Die mangelnde Belassungsabsicht

Entscheidende Voraussetzung für die als Ausnahme vom Grundsatz *superficies solo cedit* zu wertende Qualifikation eines Bauwerkes als Superädifikat ist, dass es „in der Absicht aufgeführt [ist], daß [es] nicht stets darauf [auf dem fremden Grund] bleiben soll [...]“ (§ 435). Die auf *Klang*⁷³ fußende und von *F. Bydlinski* maßgeblich geprägte hA legt dieses Kriterium äußerst großzügig aus: Danach kommt es nicht darauf an, dass eine positive Absicht der nicht dauerhaften Errichtung im Sinne einer Entfernungsabsicht besteht, sondern vielmehr nur, dass es an einer Absicht mangelt, das Gebäude stets, d.h. über seine gesamte natürliche Lebensdauer hinweg, zu belassen (sog. mangelnde Belassungsabsicht).⁷⁴ Es genügt dabei, wenn das Bauwerk der Absicht seines Erbauers⁷⁵ nach nur solange bleiben soll, wie es der Grundeigentümer gestattet und dem Erbauer das spätere Schicksal seines Bauwerkes gleichgültig ist.⁷⁶ Als zulässig angesehen werden daher sog. Heimfallsklauseln, nach denen der Grundeigentümer nach Ablauf der vereinbarten Dauer des Grundnutzungsverhältnisses das Eigentum am Bauwerk erwerben soll.⁷⁷ Maßgeblich ist lediglich eine neben der natürlichen Lebensdauer bestehende zweite zeitliche Schranke, die eine Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses

⁷¹ OGH 3 Ob 58/02d immolex 2003/158; OGH 5 Ob 28/04k MietSlg 56.027; OGH 3 Ob 25/09m immolex 2009/130; OGH 5 Ob 223/12y NZ 2013/125; RIS-Justiz RS0009946; Zust *Hinteregger* in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 435 Rz 1.

⁷² In diesem Sinne als selbständige Bestandteile zu qualifizieren sind etwa Windkraftanlagen, *Kletečka*, RdW 2008, 14; Zust *Pierer/ Wilfling*, immolex 2018, 10.

⁷³ *Klang* in *Klang*² II § 297, 27; *Klang* in *Klang*² II § 435, 370.

⁷⁴ RIS-Justiz RS0011062.

⁷⁵ Die Absicht des Erbauers, nicht jedoch jene des Grundeigentümers ist entscheidend, *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 889.

⁷⁶ *F. Bydlinski*, Superädifikate 17 ff; ihm folgend der OGH, etwa in OGH 6 Ob 312/70 = MietSlg 23.041; OGH 3 Ob 125/84 RdW 1985, 368 = EvBl 1986/10 = SZ 58/23; OGH 24.9.1986, 3 Ob 76/86; *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 889 mwN.

⁷⁷ *F. Bydlinski*, Superädifikate 37 ff; RIS-Justiz RS0009934; von manchen Stimmen der Lehre wird – mE zurecht – vertreten, dass dem klaren Gesetzeswortlaut nach von einer Abbruchspflicht des Bauführers auszugehen ist, weshalb der vereinbarte „Heimfall“ für das Vorliegen von Belassungsabsicht spricht; *Forster*, Ausgewählte Fragen 220 ff; *Holzner*, JBL 1994, 589 f; siehe unten, III. E. 2.

vor Ablauf der natürlichen Lebensdauer des Bauwerkes ermöglicht und eine dauerhafte Eigentumsspaltung von Grund- und Bauwerkseigentum verhindert.⁷⁸ Wird ein Bauwerk hingegen von vornherein in Belassungsabsicht errichtet, so wird es, wie bereits dargestellt, nach dem Grundsatz *superficies solo cedit* zu einem sonderrechtsunfähigen unselbständigen Bestandteil der Liegenschaft.⁷⁹ Nach manchen Stimmen der Lehre⁸⁰, die von der hA jedoch – mE zurecht – abgelehnt werden, können jedoch auch solche in Belassungsabsicht errichtete Bauwerke bei Vorliegen einer darauf gerichteten Parteienvereinbarung Superädifikate sein.⁸¹

Im Einklang mit sachenrechtlichen Publizitätserwägungen kommt es nach der hA für das Kriterium der mangelnden Belassungsabsicht nicht auf eine bloß innere, subjektive und unkontrollierbare Absicht des Bauführers an, sondern muss die fehlende Absicht nach außen hin erkennbar, somit objektivierbar sein.⁸² Im Allgemeinen wird angenommen, dass die mangelnde Belassungsabsicht sowohl aus dem äußeren Erscheinungsbild (aus der Beschaffenheit bzw. Bauweise) des Bauwerkes, aber auch aus anderen Umständen, insbesondere aus der zeitlichen Begrenzung des zwischen Grundeigentümer und Bauführer bestehenden Rechtsverhältnisses über die Benutzung des Grundes (sog. zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis) oder auch aus dem zeitlich begrenzten Zweck des Bauwerkes hervorgeht.⁸³ Da die Bauweise alleine somit nicht ausschlaggebend ist, können auch massiv errichtete Gebäude, deren Abtragung ohne Substanzverlust nicht möglich ist, als Superädifikate qualifiziert werden.⁸⁴

Während bezüglich des Kriteriums der äußeren Erscheinung des Bauwerkes⁸⁵ weitgehend Klarheit bzw. Einigkeit in Lehre und Rsp herrscht, sind die weniger publizitätswirksamen sonstigen Umstände der Errichtung, allen voran die Voraussetzungen für ein zeitlich begrenztes

⁷⁸ F. Bydlinski, Superädifikate 37 ff, 41.

⁷⁹ RIS-Justiz RS0009946, RIS-Justiz RS0012257.

⁸⁰ Allen voran: Ostheim, Eigentumserwerb durch Bauführung 45 ff; Ostheim in FS Kralik 501 ff; ebenso: Angst, ÖJZ 1972, 119 ff; Bittner, NZ 1989, 295; Bittner, NZ 2010, 67 ff.

⁸¹ Siehe dazu unten, IV. B. 2. Exkurs: Ostheims Parteienvereinbarungstheorie.

⁸² Bartsch in Klang¹ I/1 § 297, 1171; Ostheim, ÖJZ 1975, 206; F. Bydlinski, Superädifikate 21.

⁸³ Bartsch in Klang¹ I/1 § 297, 1171 f; Klang in Klang² II § 297, 26; F. Bydlinski, Superädifikate 20 ff; Forster, Ausgewählte Fragen 226 ff; Kletečka in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 890 f; RIS-Justiz RS0011252; RIS-Justiz RS0015107; RIS-Justiz RS0009865.

⁸⁴ Diesfalls muss sich die fehlende Belassungsabsicht freilich aus anderen Begleitumständen der Errichtung, insbesondere aus dem zeitlich begrenzten Grundnutzungsverhältnis oder aus dem Zwecke des Bauwerkes, ergeben. Nach Rechberger/ Oberhammer ist die Beurteilung der Superädifikatseigenschaft eines Bauwerkes unter Berücksichtigung der drei genannten Gesichtspunkten (Bauweise, Grundnutzungsverhältnis, Zweck des Bauwerkes) „anhand eines beweglichen Systems von Rechtssätzen“ vorzunehmen; Rechberger/ Oberhammer, Das Superädifikat, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 58.

⁸⁵ Es muss sich freilich trotz labiler Bauweise richtigerweise noch um ein Bauwerk im oben beschriebenen Sinne handeln, damit es als Superädifikat qualifiziert werden kann. Bei mit festem Fundament errichteten Bauten spricht die Bauweise für das Vorliegen einer Belassungsabsicht; OGH 6 Ob 108/12v MietSlg 64.040.

Grundnutzungsverhältnis, höchst umstritten. Während Teile der Lehre⁸⁶ und Rsp⁸⁷ das Erfordernis der zeitlichen Begrenzung mit einer Befristung gleichsetzen, genügt nach der herrschenden Lehre⁸⁸ und Rsp⁸⁹ auch die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung von unbefristeten Rechtsverhältnissen, weshalb auch diese eine mangelnde Belassungsabsicht dokumentieren können. Dies wird von einigen Stimmen der Lehre vor dem Hintergrund der von der Judikatur vertretenen analogen Anwendung der Kündigungsbestimmungen des MRG⁹⁰ und der dadurch bewirkten hohen Bestandskraft der Grundnutzungsverhältnisse vehement kritisiert.⁹¹ Die Frage, ob und inwiefern durch das Grundnutzungsverhältnis die mangelnde Belassungsabsicht dokumentiert werden kann, soll in weiterer Folge noch eingehend beleuchtet werden.⁹²

In der Praxis weit weniger von Bedeutung sind das in Lehre und Rsp wiederholt angesprochene Kriterium des Zweckes des Bauwerkes (z.B. im Zusammenhang mit „Weltausstellungspavillons“) bzw. die „anderen Umstände“, da sich die mangelnde Belassungsabsicht oftmals schon aus der Bauweise bzw. aus dem zeitlich begrenzten Grundnutzungsverhältnis ergibt.⁹³ Aufgrund der bewusst offen gehaltenen Formulierung der hA („andere Umstände“) vertreten manche Stimmen der Lehre, dass noch weitere Anzeichen, etwa Aufschriften am Bauwerk, die mangelnde Belassungsabsicht dokumentieren können.⁹⁴ Mit *Forster* sind mE jedoch richtigerweise andere Umstände als die Bauweise und das zeitlich begrenzte Grundnutzungsverhältnis mangels hinreichender Bestimmtheit sowie aufgrund der dadurch geschaffenen Gefahr der Ausuferung des „Superädifikats(un)wesens“ aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen.⁹⁵ Der wiederholt angeführte Begriff des Bauwerkzweckes kann

⁸⁶ *Forster*, Ausgewählte Fragen 233 ff, 248 ff.

⁸⁷ OGH 1 Ob 25/48 SZ 21/57; OGH 8 Ob 146/66 JBl 1966, 618; OGH 3 Ob 516, 517/90 SZ 63/100 („von vornherein zeitlich begrenztes vom Grundeigentümer eingeräumtes Grundbenützungsrecht“); OGH 5 Ob 36/00f NZ 2000/486 = wobl 2001/13 = bbl 2000/109; OGH 2 Ob 242/05k Zak 2007, 173 = bbl 2007/132 = RdW 2007,600 = immolex 2007/170 = ecollex 2008, 718 (*Kletečka/ Häusler*) = NZ 2010, 65 (*Bittner*).

⁸⁸ *F. Bydlinski*, Superädifikate 24 f.

⁸⁹ OGH 5 Ob 98/90 NZ 1992, 66; nach dieser E ist selbst ein Kündigungsverzicht für 50 Jahre für das Vorliegen einer mangelnden Belassungsabsicht unschädlich.

⁹⁰ Zur analogen Anwendung des MRG/ der Kündigungsbestimmungen des MRG auf Mietverträge zur Superädifikatserrichtung sowie zur Kritik der Lehre an dieser Rsp siehe unten, III. C.

⁹¹ Zutr *Kletečka*: „Eine übersteigerte Nutzungsfunktion des Grundnutzungsverhältnisses nimmt ihm die Dokumentationsfunktion.“, *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60.

⁹² Siehe unten, IV.

⁹³ *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 891; so hat der OGH etwa bei einem relativ locker mit dem Boden verbundenen Folientunnel auch einen zeitlich begrenzten Zweck angenommen, OGH 2 Ob 164/12z Zak 2013,401 = wobl 2014/21 = ZLB 2014,57 = ecollex 2014,514 = bbl 2014/27.

⁹⁴ *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 891 f; nach *Bydlinski* sind solche Umstände zwar denkbar, kommen jedoch praktisch nicht vor, *F. Bydlinski*, Superädifikate 21.

⁹⁵ *Forster*, Ausgewählte Fragen 227 ff, 248.

jedoch mE problemlos als Oberbegriff verstanden werden, unter den die Bauweise und das Grundnutzungsverhältnis eingeordnet werden.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die mangelnde Belassungsabsicht ist der Beginn der Bauführung. Bauwerke, die in Belassungsabsicht aufgeführt wurden und dadurch unselbständiger Liegenschaftsbestandteil wurden, können somit im Nachhinein auch nicht mehr einvernehmlich in ein sonderrechtsfähiges Superädifikat umgewandelt werden.⁹⁶ Bis zu einem gewissen geringen Ausmaß ist die Bauführung unter Miteinbeziehung von „Altbestand“, d.h. von schon existenten Bauwerksbestandteilen, nach der Rsp allerdings unschädlich.⁹⁷

Da es sich beim Superädifikat um eine Ausnahme vom Grundsatz *superficies solo cedit* handelt, ist im Zweifel von einer Belassungsabsicht auszugehen. Die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Superädifikates trägt nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der dessen Existenz behauptet.⁹⁸

3. Errichtung auf fremdem Grund?

Auf dem ersten Blick scheint die Frage, ob Superädifikate nur auf fremden Grund oder aber auch auf eigenem Grund existieren können, durch den Gesetzeswortlaut klar beantwortet: § 435 spricht explizit von „*Bauwerken, die auf fremdem Grund [...] aufgeführt sind*“. Bedenkt man jedoch, dass das Rechtsinstitut des Superädifikates dogmatisch auch aus § 297 abgeleitet wird und dass § 435 den Modus der Urkundenhinterlegung lediglich für Bauwerke auf fremdem Grund explizit regelt, ist deren Beantwortung jedoch nicht so einfach. Entsprechend kontrovers wird daher die Möglichkeit der Errichtung von Superädifikaten auf eigenem Grund gesehen.

Ostheim leitet aus § 297 die Zulässigkeit von Superädifikaten auf eigenem Grund ab. § 297 unterscheide hinsichtlich der Bedeutung der mangelnden Belassungsabsicht nicht zwischen Bauführungen auf fremden und auf eigenem Grund und sei daher auch für Bauführungen auf eigenem Grund maßgeblich. Ein Rechtssatz, dass bei Bauführungen auf eigenem Grund stets der Grundsatz *superficies solo cedit* durchschlage, sei nicht ersichtlich und gehe ein solcher auch nicht aus den §§ 417 ff hervor. Damit die mangelnde Belassungsabsicht bei Bauführungen auf eigenem Grund maßgeblich sein kann, müsse diese aus den Umständen objektiv erkennbar

⁹⁶ F. Bydłinski, Superädifikate 17; *Kletečka* in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 890 mwN; RIS-Justiz RS0012258; Es gilt sohin der Grundsatz „Einmal unselbständiger Bestandteil, immer unselbständiger Bestandteil“, eine Ausnahme hiervon ist freilich das Baurecht, siehe unten, II. D. 1.

⁹⁷ Es darf sich nicht bloß um als Gebäudeteile einzustufende Neubauten handeln, weshalb nur im Verhältnis zum Gesamtbauwerk geringfügige Teile des Altbestandes miteinbezogen werden dürfen, OGH 2 Ob 242/05k Zak 2007, 173 = bbl 2007/132 = RdW 2007,600 = immolex 2007/170 = ecollex 2008, 718 = NZ 2010, 65 (krit *Bittner*).

⁹⁸ *Ostheim*, ÖJZ 1975, 206; F. Bydłinski, Superädifikate 18; *Forster*, Ausgewählte Fragen 229; RIS-Justiz RS0011246.

sein, wobei in erster Linie die labile Bauweise entscheidend sei. Massive Bauten hingegen können – da die fehlende Belassungsabsicht bei einer Bauführung auf eigenem Grund nicht aus einem naturgemäß fehlenden Grundnutzungsverhältnis hervorgehen kann – nur ausnahmsweise und unter strengen Gesichtspunkten als Superädifikate auf eigenem Grund errichtet werden, wobei von *Ostheim* etwa der Grenzüberbau von fremdem auf den eigenen Grund sowie die Widmung des Bauwerks als Zugehör einer anderen Liegenschaft als maßgebliche objektive Merkmale, die für eine mangelnde Belassungsabsicht sprechen können, eingestuft wurden.⁹⁹ *F. Bydlinski* bejaht ebenfalls die Möglichkeit rechtlich selbständiger Bauwerke auf eigenem Grund, schränkt diese jedoch ausschließlich auf Bauwerke labiler Bauweise ein. Bei stabilen, solide errichteten Bauwerken hingegen könne die mangelnde Belassungsabsicht bei einer Bauführung auf eigenem Grund von vornherein nicht durch ein zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis hervorgehen und stelle überdies § 297 eine unwiderlegbare Vermutung auf, dass Häuser und andere Gebäude als massive Bauten bei Eigentümeridentität unselbständige Bestandteile der Liegenschaft sind.¹⁰⁰ Nach *Rechberger/ Oberhammer* und nach *Kisslinger* könne sich die mangelnde Belassungsabsicht bei Errichtung auf eigenem Grund hingegen auch aus dem nach außen hin erkennbaren Zweck des Bauwerkes ergeben, weshalb unter dieser Voraussetzung nichts gegen die Zulässigkeit von stabil errichteten Superädifikaten auf eigenem Grunde spreche.¹⁰¹ ME völlig zurecht gänzlich abgelehnt wird die Möglichkeit der Errichtung von Superädifikaten auf eigenem Grund von *Kletečka* im Hinblick auf die damit verbundenen Probleme, die Sonderrechtsfähigkeit im Nachhinein zu beenden. Grundsätzlich komme es nämlich stets auf den Mangel der Belassungsabsicht im Zeitpunkt der Bauführung an¹⁰² und sei eine nachträgliche Änderung derselben irrelevant, weshalb bei einer Bauführung auf eigenem Grund auf Dauer ausgelegte Superädifikate die Konsequenz wären. Ginge man abweichend davon ausnahmsweise von der Beachtlichkeit einer späteren Absichtsänderung aus, so stelle sich die Frage, wie man diese nach außen hin erkennen sollte. Aufgrund dieser erheblichen Unsicherheiten sei nach *Kletečka* von der Möglichkeit der Errichtung von Superädifikaten auf eigenem Grund insgesamt Abstand zu nehmen.¹⁰³

⁹⁹ *Ostheim*, ÖJZ 1975, 204 ff.

¹⁰⁰ Die von *Ostheim* vertretenen weiteren Varianten von Superädifikaten auf eigenem Grund (Grenzüberbau von fremden auf eigenen Grund, Widmung als Zubehör eines anderen Grundstückes) lehnt *F. Bydlinski* hingegen entschieden ab, *F. Bydlinski*, Superädifikate 28 ff.

¹⁰¹ *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 58; *Kisslinger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 297 Rz 17.

¹⁰² Vgl. „Eine Erstreckung auf die spätere und möglicherweise wechselnde Absicht dieses Erbauers verbietet sich schon deshalb, weil die [...] Rechtsunsicherheit [...] dadurch erheblich verstärkt würde.“, *F. Bydlinski*, Superädifikate 17.

¹⁰³ *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 894 f; *Zust Kohlmaier* in *Artner/ Kohlmaier*, Praxishandbuch³ 162.

In der Judikatur wurde die Frage der Möglichkeit der Superädifikatserrichtung auf eigenem Grund noch nicht umfassend beleuchtet. Der OGH hat sich in diesem Zusammenhang bislang lediglich mit mehrpersonalen Eigentumsverhältnissen an Grund und Bauwerk auseinandergesetzt und entschied, dass es unschädlich für die Qualifikation eines Bauwerkes als Superädifikat ist, wenn Grund und Bauwerk im Miteigentum verschiedener Personen stehen und zumindest eine Person sowohl am Grund als auch am Bauwerk Miteigentümer ist.¹⁰⁴ Ebenso bereits Gegenstand von Entscheidungen war der von der ursprünglichen Errichtung eines Bauwerkes auf eigenem Grund zu unterscheidende Fall, dass bei einer Errichtung auf fremdem Grund im Nachhinein Eigentümeridentität eingetreten ist. Beim nachträglichen Erwerb des Grundstückes durch den Bauwerkseigentümer kommt es nach der hRsp im Anschluss an *F. Bydlinski*¹⁰⁵ bei massiv errichteten Bauwerken¹⁰⁶ grundsätzlich zum Zuwachs in dem Sinne, dass diese unselbständiger Bestandteil des Grundes werden.¹⁰⁷ Im umgekehrten Fall – Erwerb des Bauwerkes durch den Grundeigentümer – ist nach hA und Rsp jedoch ein Zuwachs ausgeschlossen und als Modus eine Urkundenhinterlegung erforderlich.¹⁰⁸ Bestehen am Bauwerk Pfandrechte, so behält das Superädifikat zugunsten dieser auch bei Eintritt einer nachträglichen Eigentümeridentität seine rechtliche Selbständigkeit.¹⁰⁹

Abweichend von einer rein wörtlichen Auslegung des Gesetzeswortlautes „*auf fremdem Grund*“ und des Begriffes Superädifikat (Überbau) sind nach der hA auch unterirdische Superädifikate möglich.¹¹⁰

4. „soferne sie nicht Zugehör eines Baurechtes sind“

Zur Abgrenzung zum Baurecht siehe sogleich unter II. D. 1.

¹⁰⁴ RIS-Justiz RS0011044.; Zust *F. Bydlinski*, Superädifikate 30.

¹⁰⁵ *F. Bydlinski*, Superädifikate 40 f.

¹⁰⁶ Offengelassen wurde jedoch der Eintritt des Zuwachses bei labilen Bauwerken; für eine Sonderrechtsfähigkeit in solchen Fällen: *Kisslinger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 297 Rz 19.

¹⁰⁷ OGH 5 Ob 36/00f NZ 2000/486 = wobl 2001/13 = bbl 2000/109.

¹⁰⁸ OGH 3 Ob 125/84 EvBl 1986, 45 = SZ 58/23; OGH 1 Ob 14/06z NZ 2007/84 = MietSlg 58.033; OGH 5 Ob 278/07d Zak 2008/268 = EvBl 2008/115 = wobl 2008/96; *F. Bydlinski*, Superädifikate 40; siehe unten, III. E. 2.

¹⁰⁹ RIS-Justiz RS0003468; Zust *F. Bydlinski*, Superädifikate 41 ff; Nach *Kletečka* sei hier hingegen im Interesse des Fortbestandes des Grundnutzungsverhältnisses § 8 BauRG analog auf den Fall der vorzeitigen Beendigung desselben anwendbar, *Kletečka*, RdW 2008, 14 f; *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts 900 f.

¹¹⁰ OGH 1 Ob 513/93 ecolex 1993,451 = NRsp 1993/224 = NRsp 1993/225 = NZ 1994,15 = Jus-Extra OGH-Z 1388 = SZ 66/38 – unterirdische Luftschutzstollen; Krit im Hinblick auf Garagen in Form von Superädifikaten, da bei diesen mangels Abbruchsabsicht die mangelhafte Belassungsabsicht zweifelhaft erscheine: *Forster*, Ausgewählte Fragen 225.

C. Der Erwerb von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten an Superädifikaten

Hinsichtlich des Erwerbes von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten an Superädifikaten wird zwischen dem erstmaligen (sog. originären) Eigentumserwerb und weiteren (derivativen) Erwerbsakten von Eigentum und beschränkt-dinglichen Rechten unterschieden. Der erstmalige/originäre Eigentumserwerb durch den Bauführer, d.h. die Entstehung eines Superädifikates, erfolgt durch den Akt der Bauwerkerrichtung in mangelnder Belassungsabsicht, ein besonderer (bücherlicher) Publizitätsakt ist nach hA nicht erforderlich.¹¹¹ Es ist vielmehr ausreichend, wenn die fehlende Belassungsabsicht im Sinne der obigen Ausführungen nach außen hin erkennbar ist. Dies führt im Hinblick auf die Zulässigkeit von in massiver Bauweise errichteten Superädifikaten oftmals zu erheblichen Publizitätsproblemen und einer Aushöhlung der grundbücherlichen Publizität.¹¹² Erklären lässt sich diese im Lichte des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips eigenartig anmutende Rechtslage damit, dass es sich bei der Bauwerkerrichtung dogmatisch betrachtet eben um keinen rechtsgeschäftlichen Erwerbsakt, sondern um einen bloßen Realakt handelt: Der Bauführer erwirbt kein neues Eigentum infolge eines Verfügungsgeschäftes sondern bleibt Eigentümer an dem von ihm¹¹³ aus seinen Materialien in mangelnder Belassungsabsicht errichteten Bauwerk bzw. erwirbt nach der Bestimmung des § 415 originär anteilmäßiges Miteigentum durch Verarbeitung fremder Materialien.¹¹⁴ Für den vom Bauführer abgeleiteten, d.h. derivativen Erwerb von Eigentum oder beschränkt-dinglichen Rechten ist hingegen – vergleichbar mit dem Eintragungsprinzip des Grundbuchsrechts – der Modus der Urkundenhinterlegung konstitutiv.¹¹⁵ Mangels erfolgter Urkundenhinterlegung steht dem Erwerber nur publizianischer Sachbesitz (§ 372) am Bauwerk zu.¹¹⁶ Der Mangel der Hinterlegung wird jedoch durch Ersitzung geheilt, wobei nach hA entsprechend der Qualifikation von Superädifikaten als bewegliche Sachen für eigentliche Ersitzungen die kurze, dreijährige Ersitzungsdauer nach § 1466 maßgeblich sein soll.¹¹⁷ Für

¹¹¹ Jedoch ist nach § 1 Abs 1 Z 2 lit b UHG eine deklarative Einreihung hinsichtlich des originären Eigentumserwerbes möglich, die nach § 10 Abs 1a UHG von Amts wegen grundbücherlich ersichtlich zu machen ist; hierzu siehe sogleich, vgl. OGH 5 Ob 36/00f NZ 2000/486 = wobl 2001/13 = bbl 2000/109.

¹¹² Siehe dazu unten, IV. C. 1.

¹¹³ Bzw. von seinem unmittelbaren Stellvertreter, vgl. OGH 1 Ob 99/53 SZ 26/83; Hoyer in FS Ostheim 102.

¹¹⁴ „Der Bauende wird also nicht etwa Eigentümer des Gebäudes, sondern er bleibt es, und dazu bedarf es eben keines besonderen Aktes.“, Holzner, JBL 1994, 589.

¹¹⁵ RIS-Justiz RS0011240; RIS-Justiz RS0011245; RIS-Justiz RS0011244; RIS-Justiz RS0011102; RIS-Justiz RS0015089; RIS-Justiz RS0010982; RIS-Justiz RS0011241.

¹¹⁶ Der Bauführer genießt daher neben Besitzschutz auch publizianischen Rechtsschutz (*actio publiciana*); RIS-Justiz RS0010253; F. Bydlinski, Superädifikate 30; aA RIS-Justiz RS0000855.

¹¹⁷ RIS-Justiz RS0106410; Dezidiert abgelehnt wird vom OGH hingegen die analoge Anwendung des die Ersitzung unbeweglicher Sachen regelnden § 1468 sowie die Ansicht, wonach je nach Beschaffenheit des Bauwerkes die kurze oder die lange Ersitzungsdauer zur Anwendung kommen soll, dies aus Gründen der Rechtssicherheit; Krit Rechberger/ Oberhammer, Das Superädifikat, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 58; Krit Forster, Ausgewählte Fragen 77 f.

den originären gutgläubigen Rechtserwerb nach § 367 (bzw. § 456) ist hingegen nach hA die Urkundenhinterlegung als Modus erforderlich.¹¹⁸

Vom Eigentumserwerb am Superädifikat zu unterscheiden ist die für den Fortbestand des Superädifikates bedeutsame Rechtsnachfolge hinsichtlich des Grundnutzungsverhältnisses.¹¹⁹

Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz

Das Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG) kennt im Wesentlichen zwei Arten der Urkundenhinterlegung i.w.S., die sich in Anwendungsbereich und Rechtswirkung unterscheiden, nämlich die (Urkunden-)Hinterlegung i.e.S. und die Einreihung. Die Hinterlegung i.e.S. ist grundsätzlich konstitutiver, d.h. rechtsbegründender Akt (§ 1 Abs 2 UHG) für die Entstehung bzw. den unbedingten¹²⁰ Erwerb der in § 1 Abs 1 Z 1 UHG taxativ genannten Rechte bzw. Lasten an Superädifikaten, insbesondere für den (derivativen) Erwerb von Eigentum, Pfandrechten, Dienstbarkeiten und Reallasten sowie für die Verdinglichung von Bestandrechten (§ 1095). Demgegenüber ist die Einreihung (§ 1 Abs 1 Z 2 UHG) freiwillig, hat nur deklarative Wirkung und dient lediglich Übersichtszwecken. Sie ist etwa hinsichtlich Urkunden, die das Erlöschen bzw. Nichtbestehen eines Rechtes am Superädifikat festhalten oder Umstände dokumentieren, die grundbuchsrechtlich Gegenstand einer Anmerkung, Ersichtlichmachung oder Löschung sein könnten oder anderen „*Urkunden über den Erwerb eines dinglichen Rechts, sofern zum Rechtserwerb nicht die Hinterlegung erforderlich ist*“, vorgesehen. Die zitierte Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 lit b UHG ermöglicht u.a. die Einreihung von Urkunden, die die Bauführung auf fremden Grund dokumentieren¹²¹ und bietet die Möglichkeit, auch hinsichtlich eines originären Rechtserwerbes am Bauwerk Publizität zu schaffen. Für die Einreihung sind grundsätzlich dieselben Bestimmungen des UHG wie für die Hinterlegung i.e.S. maßgeblich (§ 1 Abs 3 UHG).¹²²

Das Urkundenhinterlegungsverfahren ist dem Grundbuchsverfahren angelehnt, worauf nicht zuletzt der Verweis auf eine Reihe von Bestimmungen des GBG in § 1 Abs 2 UHG und in § 10 Abs 3 UHG hindeutet,¹²³ weist jedoch im Vergleich nicht unwesentliche Besonderheiten

¹¹⁸ F. Bydliniski, Superädifikate 31; RIS-Justiz RS0010907; aA hinsichtlich des gutgläubigen Eigentumserwerbes Gröll, ÖBA 1989, 1186; Holzner, JBL 1994, 593; siehe unten, IV. C. 2.

¹¹⁹ Siehe unten, III. D.

¹²⁰ Ein bedingter Rechtserwerb analog der Vormerkung nach dem GBG ist nicht möglich, RIS-Justiz RS0011253.

¹²¹ Hier ist wohl die Einreihung zweier Urkunden erforderlich, nämlich einer Urkunde über das Grundnutzungsverhältnis sowie einer Urkunde über die erfolgte Bauwerksserrichtung, Forster, Ausgewählte Fragen 77.

¹²² Forster, Ausgewählte Fragen 75 ff; Bittner, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in Kletecka/ Rechberger/ Zitta Rz 98 f.

¹²³ Daneben wird von der hA die analoge Heranziehung von weiteren Bestimmungen des GBG angenommen, sofern damit keine institutionelle Erweiterung der Hinterlegungsmöglichkeiten verbunden ist, weshalb eine

auf und hat sowohl, wie unten noch näher darzustellen ist, in formeller wie in materieller Hinsicht den Anschluss daran verloren. Ebenso wie beim Grundbuchsverfahren besteht beim Urkundehinterlegungsverfahren eine eingeschränkte, formelle Prüfkompetenz des Gerichtes. Die Begründetheit des Begehrens auf Hinterlegung i.w.S. wird nur anhand des Inhaltes der vorgelegten Urkunden überprüft, eine materielle Nachprüfung, ob das Superädifikat rechtlich existent ist, ist nicht vorgesehen (§ 9 Abs 1 Z 2 UHG). Ergibt sich jedoch schon aus dem Inhalt der Urkunden, dass kein sonderrechtsfähiges Bauwerk existiert oder dass die Bauführung nicht in mangelnder Belassungsabsicht erfolgte,¹²⁴ ist das Begehren abzuweisen. Umgekehrt genügt die bloße urkundliche Behauptung eines Bauwerkes iSd § 435 und ist dessen Existenz im Rechtsweg zu klären.¹²⁵ Ein Antrag auf Urkundenhinterlegung i.w.S. ist schriftlich beim Bezirksgericht der Belegenheit des Bauwerkes einzubringen. Er hat die Liegenschaft konkret zu bezeichnen (EZ und uU Grundstücksnummer) und ein bestimmtes Begehren (Hinterlegung oder Einreihung hinsichtlich bestimmter Rechte) zu enthalten. Gemeinsam mit dem Antrag sind die zu hinterlegenden bzw. einzureihenden Urkunden in grundbuchsfähiger Form (§§ 432-437, 451, 481) vorzulegen, wobei das Bauwerk anhand von Lageplänen (§ 4 Abs 2 UHG) oder Beschreibungen in den Urkunden, etwa nach Flächenumfang, Größe oder Bauweise, eindeutig identifizierbar sein muss.¹²⁶ Analog zur Aufsandungserklärung des GBG ist eine Einwilligung desjenigen zur Hinterlegung erforderlich, dessen Rechte am Superädifikat übertragen, belastet, beschränkt oder aufgehoben werden sollen. Da es sich beim Superädifikat um ein sonderrechtsfähiges und damit selbständig veräußer- und belastbares Gebilde handelt, ist für die Hinterlegung i.w.S. keine Zustimmung des Liegenschaftseigentümers erforderlich.¹²⁷ Wird eine Liegenschaft jedoch zu Unrecht mit einer Hinterlegung i.w.S. belastet, so steht dem Liegenschaftseigentümer analog zu § 61 GBG eine Löschungsklage zur Verfügung.¹²⁸ Das Gericht entscheidet ohne vorausgehende Vernehmung der Parteien (§ 10 Abs 1 UHG). Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt und bestehen keine Bedenken gegen die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten oder die Befugnis des Antragstellers zum Einschreiten (§ 9 Abs 1 Z 1 UHG), so

Analogie v.a. bei der Einreihung in Frage kommt; vgl. OGH 5 Ob 24/91 = MietSlg 38.031; *Bittner*, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in *Kletecka/Rechberger/Zitta* Rz 98.

¹²⁴ Was etwa dann der Fall ist, wenn vereinbart wird, dass das Bauwerk sofort in das Eigentum des Grundeigentümers übergehen und dem Bauführer lediglich ein Fruchtgenussrecht zustehen soll, vgl. RIS-Justiz RS0012257.

¹²⁵ RIS-Justiz RS0077193; OGH 5 Ob 55/13v ZVB 2013/116 = Zak 2013/653 = bbl 2013/225; *Bittner*, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in *Kletecka/Rechberger/Zitta* Rz 100; Dass somit nicht eingehend überprüft wird, ob ein sonderrechtsfähiges Superädifikat oder lediglich ein sonderrechtsunfähiger unselbständiger Bestandteil vorliegt, stellt ein wesentliches Manko des UHG dar, das zur „Ausuferung“ des Superädifikatswesens beigetragen hat, *Forster*, Ausgewählte Fragen 81.

¹²⁶ Wobei die Bezeichnung als „Superädifikat“ per se nicht ausreicht, RIS-Justiz RS0130030; Zust *Forster* FN378.

¹²⁷ *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchsrecht, 1276; RIS-Justiz RS0077190.

¹²⁸ RIS-Justiz RS0037897.

hat das Gericht die Hinterlegung i.w.S. zu bewilligen und die Urkunden in die Sammlung der bei Gericht hinterlegten und eingereihten Urkunden¹²⁹ aufzunehmen, eine Tagebucheintragung vorzunehmen und für das Bauwerk eine neue Bauwerkskartei¹³⁰ zu eröffnen bzw. den Erwerb in einer bestehenden Kartei ersichtlich zu machen, um ein Auffinden der hinterlegten bzw. eingereihten Urkunden zu erleichtern (§ 6 UHG). Zugleich ist gemäß der durch die GB-Novelle 2008¹³¹ neu geschaffenen Bestimmung des § 10 Abs 1a UHG im Bewilligungsbeschluss von Amts wegen die grundbücherliche Ersichtlichmachung der erfolgten Urkundenhinterlegung i.w.S. für ein Bauwerk im Gutsbestandsblatt des bebauten Grundstückes anzuordnen. Abweichend von der aufgehobenen Vorgängerbestimmung des § 19 Abs 1 aF UHG, die bei Zustimmung des Grundeigentümers zur Hinterlegung eine amtswegige grundbücherliche Ersichtlichmachung des Bauwerkes vorsah, ist nunmehr unabhängig von der Zustimmung des Grundeigentümers der Umstand der erfolgten Urkundenhinterlegung ersichtlich zu machen. Die grundbücherliche Ersichtlichmachung hat jedoch nach wie vor keine rechtliche Wirkung und dient lediglich Übersichtszwecken. Für jedes weitere Bauwerk ist eine weitere Ersichtlichmachung vorzunehmen. Wird eine Urkunde eingereiht, die das Nichtbestehen des Bauwerkes festhält, so ist die Ersichtlichmachung zu löschen.¹³²

In formeller Hinsicht besteht der wesentliche Unterschied des Urkundenhinterlegungsverfahrens zum Grundbuchsverfahren darin, dass das Karteikartensystem bis dato noch nicht auf automationsunterstützte Datenverarbeitung (ADV) umgestellt wurde,¹³³ was in Zeiten des ERV einen Anachronismus darstellt. Inhaltlich unterscheidet sich das Urkundenhinterlegungsverfahren dadurch, dass das Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Karteien nicht geschützt ist (§ 20 UHG). Dies ist zum einen auf den Umstand zurückzuführen, dass für den originären Rechtserwerb an Superädifikaten wie ausgeführt die Hinterlegung nicht vorgesehen und eine Einreihung nur möglich, jedoch nicht verpflichtend ist. Im Ergebnis bestehen somit zahlreiche Superädifikate, für die mangels erfolgter Einreihung keine Kartei existiert. Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass in der Praxis auch bei derivativen

¹²⁹ Diese ist von der Urkundensammlung nach § 6 GBG zu unterscheiden und getrennt zu führen, jedoch kraft Verweises nach denselben Vorschriften (§ 13 UHG).

¹³⁰ Die Bauwerkskarteien sind nach Katastralgemeinden und Grundstücksnummern zu ordnen. Für jedes Bauwerk ist eine eigene Karteikarte anzulegen (§ 6 Abs 2 UHG). Daneben existiert in jedem Gerichtsbezirk noch eine Namenskartei aller Personen, deren Rechte durch eine UH berührt werden (§ 6 Abs 3 UHG).

¹³¹ Grundbuchs-Novelle 2008 – GB-Nov 2008, BGBl I 2008/100.

¹³² RIS-Justiz RS0038237; Die Ersichtlichmachung betrifft lediglich die „*unbestreitbare Rechtstatsache*“ der erfolgten Hinterlegung i.w.S. und wirkt in keiner Weise rechtsbegründend. Die Ersichtlichmachung soll demjenigen, der Einsicht in das GB nimmt, weitere Nachforschungen ermöglichen, ob tatsächlich ein Bauwerk iSd § 435 existiert und bewirkt eine Verbesserung der Publizität; ErläutRV 542 BlgNR 23. GP 15 f; Feil/Marent/Preis, Grundbuchsrecht, 1277; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 297 Rz 10.

¹³³ Wiewohl nunmehr mit § 20a UHG eine entsprechende Gesetzesgrundlage besteht.

Erwerben oftmals eine Urkundenhinterlegung unterbleibt, was durch die von der hA befürwortete Anwendung der kurzen, dreijährigen Ersitzungsfrist nach § 1466 begünstigt wird.¹³⁴ Zum anderen ist der Gutgläubensschutz auch dadurch ausgeschlossen, dass vor diesem Hintergrund, anders als im Grundbuchsverfahren (§ 21 GBG), die Berechtigung des Vormannes nicht nachgeprüft wird (§ 9 Abs 2 UHG).¹³⁵ Dessen ungeachtet zerstören eingereihte oder hinterlegte Urkunden den guten Glauben, da sich infolge der gesetzlichen „Bekanntheitsvermutung“ niemand auf die *„Unkenntnis von Tatsachen und Rechten, die aus den Karteien sowie aus den dort verzeichneten Urkunden ersichtlich sind“*, berufen kann (§ 20 UHG).¹³⁶

Somit ist im Ergebnis mangels eines rechtlich geschützten Vertrauens auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Karteien diplomatisch formuliert die Aussagekraft und der Mehrwert der Urkundenhinterlegung nur äußerst bescheiden. Das UHG trägt in seiner jetzigen Ausformung nicht zur intendierten Klarheit über die Eigentumsspaltung zwischen Grund und Bauwerk,¹³⁷ sondern vielmehr erheblich zu den Publizitätsproblemen und zur Rechtsunsicherheit des Superädifikatsrechtes bei, weshalb von Vertretern der Lehre eine Reform des UHG gefordert wird.¹³⁸

D. Abgrenzungen und Konkurrenzen

1. Das Baurecht

Rechtsquelle des Baurechts ist das Baurechtsgesetz (BauRG) aus dem Jahre 1912. Das Baurecht hat mit dem Institut des Superädifikats gemeinsam, dass es gemeinhin ebenfalls als Ausnahme vom Grundsatz *superficies solo cedit* angesehen wird und somit ebenfalls die Errichtung sonderrechtsfähiger Bauwerke auf fremden Grund ermöglicht. Abgesehen davon unterscheiden sich die beiden Rechtsinstitute grundlegend voneinander.

Das BauRG „zäumt das Pferd von der anderen Seite auf“: Primärer Regelungsgegenstand ist nicht das Bauwerk an sich, sondern das Baurecht als dingliches, veräußerliches und vererbliches

¹³⁴ Forster, Ausgewählte Fragen 77 f.

¹³⁵ Vielmehr ist es ausreichend, dass man von demjenigen erwirbt, der behauptet, am Superädifikat berechtigt zu sein (etwa aufgrund eines originären Eigentumserwerbes infolge Bauwerkserrichtung), vgl. RIS-Justiz RS00379025; Forster, Ausgewählte Fragen 81 ff.

¹³⁶ F. Bydlinski, Superädifikate 32.

¹³⁷ Vgl. RIS-Justiz RS0011241.

¹³⁸ Krit Forster: „Der Zweck der Urkundensammlung in dieser Form ist sohin mehr als fraglich; meines Erachtens ist diese Sammlung – in der derzeitigen Form der Handhabung – überflüssig und sinnlos. Dies nicht zuletzt deswegen, weil ein Vertrauen auf die Einsichtnahme, wie es im Grundbuchsverfahren üblich ist, nicht möglich ist. Diese Regelungen sind somit unzeitgemäß und bedürfen daher – wie es der Großteil der Lehre und auch teilweise der Rspr zutreffend erkannt hat – einer dringenden Reform.“, Forster, Ausgewählte Fragen 78 f; „So etwas dürfte in einer Rechtsordnung, die stark auf das Vertrauens- und Publizitätsprinzip aufbaut, nicht vorkommen. Es bedarf daher für diesen ganzen Bereich des Urkundenhinterlegungsverfahrens neuer Überlegungen und einer raschen Reform.“, Ebd. 89; Bittner, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in Kletecka/ Rechberger/ Zitta Rz 106.

Recht, „auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben“ (§ 1 Abs 1 BauRG), also das Grundnutzungsverhältnis, dem durch das BauRG dingliche Wirkung verliehen wird. Nach der Stammfassung des BauRG konnte das Baurecht nur durch die öffentliche Hand (Bund, Länder, Gemeinden und öffentliche Fonds) oder durch Kirchen, Pfründe und kirchliche sowie gemeinnützige Anstalten oder Vereinigungen begründet werden, wobei Baurechtsbegründungen, die nicht durch die öffentliche Hand erfolgten, zudem einer Genehmigung der Landesbehörde bedurften (§ 2 aF BauRG).¹³⁹ Durch die BauRG-Nov 1990 wurde diese Beschränkung der Bestellungsberechtigten ersatzlos beseitigt, weshalb nunmehr seit dem 1.7.1990 jeder Grundeigentümer ein Baurecht an seiner Liegenschaft einräumen kann. Die Begründung eines auch nur anteiligen Baurechts auf eigenem Grund ist jedoch nicht möglich.¹⁴⁰ Das Baurecht ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eine unbewegliche Sache, das Bauwerk,¹⁴¹ das im Unterschied zum Superädifikatsrecht bei der Einräumung eines Baurechts schon bestehen kann (arg: „zu haben“), „Zugehör“, genauer gesagt unselbständiger Bestandteil des Baurechts (§ 6 Abs 1 BauRG).¹⁴² Dem Bauberechtigten steht an der Liegenschaft eine dem Fruchtgenuss ähnliche Rechtstellung,¹⁴³ am Bauwerk hingegen Eigentum zu (§ 6 Abs 2 BauRG). Durch diese auf den ersten Blick eigenartig anmutende Konstruktion, die eine rechtliche Verselbständigung des Bauwerkes von der Liegenschaft und somit in dieser Hinsicht eine Durchbrechung des Grundsatzes *superficies solo cedit* ermöglicht, wird im Ergebnis in konsequenter Weise die Anwendbarkeit des genannten Grundsatzes auf die künstlich geschaffene Liegenschaft „Baurecht“ fortgeschrieben und durch diese Fiktion im Endeffekt eine künstliche Vermehrung von Grund und Boden erreicht.¹⁴⁴ Die Baurechtseinräumung erfolgt zumeist entgeltlich, wobei das Entgelt idR im regelmäßig wiederkehrenden Bauzins besteht, dessen Ausmaß und Fälligkeit bestimmt sein muss. Seit der

¹³⁹ Hintergrund dieser äußerst restriktiven Bestimmung war, dass der Gesetzgeber, der mit dem BauRG auf die drückende Wohnungsnot und schlechte Wohnverhältnisse reagierte, eine missbräuchliche Verwendung des Baurechts zu spekulativen Zwecken verhindern wollte. Die Beschränkung des Kreises der Bestellungsberechtigten führte dazu, dass das Baurecht bis zur BauRG-Nov 1990 kaum einen praktischen Anwendungsbereich hatte und die Praxis zugleich auf das Superädifikat als einzig offenstehende Möglichkeit zurückgriff, was unterstützt durch die Rsp zur Ausuferung des Superädifikatswesens führte; Forster, *Ausgewählte Fragen* 47 f; Das Baurecht blieb „weitgehend eine wohlgemeinte Totgeburt“, F. Bydliniski, *Superädifikate* 6 f.

¹⁴⁰ RIS-Justiz RS0078990; zur Entstehung eines Eigentümerbaurechts bei vorzeitiger Beendigung siehe sogleich.

¹⁴¹ Zur Definition des Begriffes „Bauwerk“ siehe oben, II. B. 1.

¹⁴² Für die Zulässigkeit der Umwandlung eines bestehenden Bauwerks in ein Baurechtsbauwerk spricht auch § 6 Abs 1 BauRG: „das aufgrund eines Baurechts erworbene oder hergestellte Bauwerk“, Kletečka in Rainer, *Handbuch des Miet- und Wohnrechts* II 909 f; der Begriff „Zugehör“ ist zu weit gewählt; F. Bydliniski, *Superädifikate* 6; zust Kletečka, *Das Baurecht*, in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 31.

¹⁴³ Mit der Besonderheit, dass das Baurecht selbständiges Verkehrsobjekt ist, F. Bydliniski, *Superädifikate* 6.

¹⁴⁴ „Grundbuchsrechtlich wird daher das Baurecht wie eine Liegenschaft behandelt. Bildlich kann das Baurecht als „Grundeigentum im ersten Stock der Liegenschaft“ beschrieben werden. Die faktisch unmögliche Vermehrung der Erdoberfläche wird durch eine Art Fiktion rechtlich möglich gemacht.“; „Es erscheint sogar konsequent, den Satz „*superficies solo cedit*“ auch auf die artifizielle Liegenschaft namens Baurecht zu erstrecken“, Kletečka, *Das Baurecht*, in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 31; Kohlmaier in Artner/Kohlmaier, *Praxishandbuch*³ 170.

BauRG-Nov 1990 sind jedoch Wertsicherungsvereinbarungen, die nicht auf den Grundstücks-wert Bezug nehmen, zulässig (§ 3 Abs 2 BauRG).

Das Baurecht als beschränktes dingliches Recht entsteht – eine Berechtigung des Vormannes vorausgesetzt – bei Vorliegen eines gültigen Baurechtsvertrages als Erwerbstitel durch den Modus der Eintragung in das Lastenblatt (C-Blatt) des Grundstückes, wobei es sich kraft Gesetzes nur auf den gesamten Grundbuchkörper (EZ) und nicht bloß auf einen Teil davon erstrecken kann (§ 5 BauRG).¹⁴⁵ Für das Bauwerk ist eine eigene Baurechtseinlage zu eröffnen, in der entsprechend dem Intabulationsgrundsatz die weiteren das Baurecht betreffenden Erwerbs- und Übertragungsakte mit konstitutiver Wirkung einzutragen sind (§ 5 Abs 2 letzter Satz BauRG). Entsprechend der Intention, die Kreditfähigkeit¹⁴⁶ des Baurechtes sicherzustellen, enthält das BauRG eine Reihe an zwingenden Bestimmungen.¹⁴⁷ So muss bei Begründung sichergestellt sein, dass das Baurecht Pfand- und anderen auf eine Geldzahlung gerichteten Belastungsrechten des Grundstückes im Rang vorgeht, was eine vorrangige Befriedigung der Pfandgläubiger am Bauwerk garantieren soll (§ 5 Abs 2 BauRG). Bei einer Exekution auf die Liegenschaft ist das Baurecht nach § 11 BauRG jedenfalls ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen.¹⁴⁸ Entsprechend der intendierten Kreditfähigkeit weist das Baurecht weiters eine hohe Bestandssicherheit auf: Das Baurecht kann nur zeitlich befristet auf zumindest 10 Jahre und maximal 100 Jahre¹⁴⁹ eingeräumt werden, wobei die Höchstfrist der Vermeidung einer dauerhaften Eigentumsspaltung dient¹⁵⁰ (§ 3 Abs 1 BauRG). Auflösende Bedingungen und im Größenschluss ein unbestimmter Endtermin oder vorzeitige Auflösungsmöglichkeiten für den Grundeigentümer¹⁵¹ können nicht wirksam vereinbart werden (§ 4 Abs 1 BauRG). Als einzige Ausnahme erlaubt das BauRG in § 4 Abs 2 die Vereinbarung einer vorzeitigen Auflösung bzw. eines Kündigungsrechtes¹⁵² bei einem

¹⁴⁵ Das Baurecht kann jedoch der Ausübung nach drittwirksam beschränkt werden, wobei analog zu § 12 Abs 2 GBG 1955 eine genaue Bezeichnung der Einschränkung erforderlich ist, *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 906, 912; *Kletečka*, Das Baurecht, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 33, 35.

¹⁴⁶ Vgl. auch § 7 BauRG.

¹⁴⁷ Vgl. der Hinweis auf die Gesetzesmaterialien in *Kletečka*, Das Baurecht, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 33; *F. Bydlinski*, Superädifikate 7.

¹⁴⁸ Dies ergibt sich zum einen durch die vorrangige Stellung des Baurechts und den Verweis auf die für Dienstbarkeiten maßgebliche Rechtslage (§ 150 EO), zum anderen durch eine ausdrückliche Anordnung hinsichtlich gesetzlicher Pfand- oder Vorzugsrechte; *Forster*, Ausgewählte Fragen 58 ff.

¹⁴⁹ Vor der BauRG-Nov 1990 betrug die Mindestfrist 30, die Höchstfrist hingegen 80 Jahre.

¹⁵⁰ Eine Verlängerung des Baurechts ist jedoch möglich, wobei jeweils maximal die Verlängerung um die bereits abgelaufene Vertragsdauer zulässig ist. MaW: Der Grundeigentümer darf der Belastung seines Eigentums nur auf jeweils maximal 100 Jahre zustimmen, *F. Bydlinski*, Superädifikate 8.

¹⁵¹ Gegen die Zulässigkeit der Vereinbarung vorzeitiger Auflösungsmöglichkeiten des Bauberechtigten OGH 5 Ob 152/03v RdW 2004, 212 = bbl 2004, 74 = ecolex 2004, 449 = NZ 2005, 88; aA *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 906, 914.

¹⁵² In beiden Fällen erlischt das Baurecht nicht automatisch, sondern entsteht nur ein Löschungstitel; RIS-Justiz RS0129004.

Zinszahlungsverzug in der Dauer von wenigstens zwei aufeinanderfolgenden Jahren. Von der Lehre wird daneben noch eine außerordentliche Beendigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund vertreten, etwa bei noch massiveren Verletzungen der Bauzinszahlungspflicht.¹⁵³ Eine einvernehmliche vorzeitige Auflösung ist nur möglich, wenn sämtliche Pfandgläubiger und andere am Baurecht beschränkt dinglich Berechtigte zustimmen, widrigenfalls das Baurecht nur relativ erlischt, d.h. im Verhältnis zu den nicht zustimmenden dinglich Berechtigten bis zum Ablauf der vereinbarten Dauer als sog. Eigentümerbaurecht fortbesteht. Selbiges gilt allgemein grundsätzlich auch für die anderen Fälle der vorzeitigen Beendigung des Baurechts (§ 8 BauRG). Nach Ablauf der vereinbarten Zeit kommt es mangels abweichender Vereinbarung¹⁵⁴ zum Heimfall und erhält der Bauberechtigte eine Entschädigung in Höhe eines Viertels des Wertes des Bauwerkes. Während gesetzliche Pfandrechte auf das Grundstück übergehen, bestehen sonstige Pfandrechte an der Entschädigung fort (sog. Pfandrechts-wandlung, §§ 9, 10 BauRG).

Das BauRG hat trotz unterschiedlicher Regelungstechnik nach üA denselben Anwendungsbereich wie das Superädifikatsrecht,¹⁵⁵ bietet jedoch aufgrund der zwingenden Bestimmungen und vor allem aufgrund der stärker ausgeprägten Publizität eine geeignetere Rechtsgrundlage für den Bau massiver Bauwerke auf fremdem Grund. In der Praxis spielt das Baurecht auch nach den Änderungen durch die BauRG-Nov 1990 nach wie vor eine bloß untergeordnete Rolle, wozu neben der steuer-/abgabenrechtlichen Besserstellung der Superädifikate der geringere Aufwand der Superädifikatsbegründung, die stärkere Rechtsposition der Grundstückseigentümer gegenüber Superädifizieren und nicht zuletzt auch die weitgehende Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf das Grundnutzungsverhältnis sowie die überaus großzügige Rsp zum Superädifikat ihren Teil beitragen. Rechtspolitisch existieren daher im Sinne der Rechtssicherheit und Publizität Bestrebungen, das Baurecht im Interesse

¹⁵³ Es kommt auf die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses an, wobei aufgrund des dinglichen Charakters des Baurechts ein strengerer Maßstab als bei der vorzeitigen Auflösung von obligatorischen Dauerrechtsverhältnissen anzulegen sein wird, *F. Bydlinski*, Superädifikate 8.

¹⁵⁴ Denkbar ist etwa die Vereinbarung einer abweichenden Höhe, des Ausschlusses einer Entschädigung und/ oder einer Abbruchverpflichtung. In diesem Fall wird das Baurechtsbauwerk nach Ablauf der Befristungsdauer zu einem Superädifikat, das mangels eines Grundnutzungsverhältnisses auf Verlangen des Grundeigentümers zu beseitigen ist, *F. Bydlinski*, Superädifikate 10.

¹⁵⁵ Es ist daher nach üA von einem „Nebeneinander“ von Superädifikat und Baurecht auszugehen, wobei sich das Superädifikat durch den (idR) obligatorischen und dispositiven Charakter des Grundnutzungsverhältnisses und die Anlage desselbigen auf vorübergehende Zeit vom auf relative Dauer angelegten, dinglichen und weitgehend zwingendem Baurecht unterscheidet; *F. Bydlinski*, Superädifikate 13 ff; aA *Forster*, demzufolge zahlreiche Gründe bereits de lege lata dafür sprächen, dass das Institut des Superädifikats lediglich für labile Bauten offen stehe, massive Bauwerke auf fremdem Grund hingegen nur aufgrund eines Baurechtes errichtet werden können, *Forster*, Ausgewählte Fragen 154 ff.

eines verstärkten Rückgriffes hierauf attraktiver zu gestalten sowie den Anwendungsbereich des Superädifikates auf labile Bauten auf fremdem Grund zu beschränken.¹⁵⁶

2. Weitere Konkurrenzen

In einem Atemzug mit Superädifikat und Baurecht als Ausnahme vom Grundsatz *superficies solo cedit* angeführt werden zumeist auch das Kellereigentum sowie das Stockwerkseigentum.

Das Kellereigentum ist ein rechtlich vom Grundeigentum unabhängiges, selbständiges Eigentum, das an unter der Erdoberfläche eines fremden Grundes mit Zustimmung des Grundeigentümers errichteten Bauwerken, die „*nicht der Fundierung von über der Erdoberfläche errichteten Bauwerken dienen, wie Kellern, Tiefgaragen und industriellen oder wirtschaftlichen Zwecken gewidmeten Stollen*“, begründet werden kann (§ 300). Kellereigentumsbauwerke sind sonderrechtsfähige unbewegliche Sachen, die durch Eröffnung einer eigenen Grundbuchseinlage verbüchert werden.¹⁵⁷

Beim Stockwerkseigentum handelt es sich im Unterschied zum „normalen“, d.h. nach ideellen Quoten geteilten Miteigentum um eine Form real, d.h. materiell geteilten Miteigentums, bei dem die Stockwerke eines Bauwerkes horizontal geteilt werden und im Alleineigentum der jeweiligen Stockwerkseigentümer stehen. Hiermit verbunden ist ein ideelles Miteigentum an gemeinsamen Teilen, insbesondere an Grund und Boden. Eine Neubegründung von Stockwerkseigentum ist seit Inkrafttreten des Gesetzes RGBI 1879/50 nicht mehr zulässig. Zuvor wirksam begründetes Stockwerkseigentum bleibt jedoch bis zu einer späteren Vereinigung aufrecht.¹⁵⁸

3. Abgrenzungen

Wie bereits oben ausgeführt, sind Superädifikate nach der mE zutreffenden neuen Lehre und Rsp von den selbständigen Liegenschaftsbestandteilen zu unterscheiden: Diese werden von vornherein vom Grundsatz *superficies solo cedit* nicht berührt und sind unabhängig vom Fehlen einer Belassungsabsicht, d.h. auf Dauer, sonderrechtsfähig. Als Bauwerke iSd § 435 kommen hingegen nur jene baulichen Gebilde in Frage, die bei Belassungsabsicht an sich unselbständige Bestandteile wären. Abgrenzungskriterium zwischen selbständigen und unselbständigen Bestandteilen ist die tatsächliche oder zumindest wirtschaftliche Trennbarkeit.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Forster, Ausgewählte Fragen 43 ff; Zu Reformvorschlägen bezüglich des Baurechts: Siehe unten; IV. E.

¹⁵⁷ Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 300.

¹⁵⁸ Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 297 Rz 42; Holzner in Rummel/ Lukas, ABGB⁴ § 297 Rz 15; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 297 Rz 13.

¹⁵⁹ Während es bei der tatsächlichen Trennbarkeit darauf ankommt, dass die Trennung ohne Zerstörung oder wesentliche Beschädigung von Hauptsache und Bestandteil (Substanzverletzung) möglich ist, wird die Wirtschaftlichkeit anhand der Trennungskosten sowie der mit der Trennung verbundenen Wertminderung von

Im Hinblick auf die von der Rsp¹⁶⁰ als Beispiel für Superädifikate angeführten Umfassungsmauern und Holzzäune ist eine Abgrenzung zu den sog. Scheidewänden gemäß § 854 vorzunehmen. Bei diesen handelt es sich um Grenzeinrichtungen, also um Einrichtungen, die auf der Grenze zwischen zwei Grundstücken stehen und der Einfriedung/ Abgrenzung dienen. Nach der gesetzlichen Vermutung des § 854 stehen Scheidewände im „gemeinschaftlichen Eigentum“ der benachbarten Grundstückseigentümer, wobei es sich hierbei nach der hA nicht um real geteiltes, sondern um ideelles Miteigentum handelt, das als Zubehör zum Alleineigentum an den Liegenschaften mit diesen „in eine eigentümliche Verbindung“ tritt.¹⁶¹

III. Das Grundnutzungsverhältnis in seiner „Nutzungsfunktion“

Das Grundnutzungsverhältnis ist wie bereits erwähnt das dem Bauen auf fremden Grund zugrunde liegende (dingliche oder – zumeist – obligatorische) Rechtsverhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Bauführer (Superädifiziar). Es verfolgt neben der bereits angeschnittenen „Dokumentationsfunktion“ hinsichtlich der mangelnden Belassungsabsicht zunächst primär den Zweck, dem Bauführer die Nutzung fremden Grundes zur Errichtung und fortlaufenden Benützung eines Superädifikates überhaupt erst zu ermöglichen („Nutzungsfunktion“).¹⁶² Die rechtliche Zulässigkeit der Erbauung und fortdauernden Benützbarkeit eines Superädifikates und damit zusammenhängend dessen Wert stehen somit zu Existenz und Stabilität des Grundnutzungsverhältnisses in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis.¹⁶³ Aufgrund der zentralen Bedeutung des Grundnutzungsverhältnisses für das Bauen auf fremden Grund soll dieses im Folgenden im Hinblick auf seine „Nutzungsfunktion“ einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Während zunächst die Rechtsfolgen des Bauens ohne (deckendem) Grundnutzungsverhältnis untersucht werden, wird in weiterer Folge näher auf Abgrenzungen sowie superädifikatspezifische Besonderheiten und Gestaltungsformen desselben eingegangen.

Hauptsache und Bestandteil bestimmt. Wann eine Trennung unwirtschaftlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei als Richtwert eine „Wirtschaftlichkeitsgrenze“ von 20-25% des Wertes des Bestandteiles herangezogen werden kann; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 786 f; Helmich in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 294 Rz 9 ff; Kisslinger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 294 Rz 10 ff.

¹⁶⁰ OGH 7 Ob 513/87 SZ 60/66 = EvBl 1987/143 = JBl 1987, 779.

¹⁶¹ RIS-Justiz RS0013894; Parapatits in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 854 Rz 1 ff.

¹⁶² Zu dieser Abgrenzung siehe Kletečka, wobl 2001, 129.

¹⁶³ Beim Eigentum an Superädifikaten handelt es sich aufgrund der beschriebenen Abhängigkeit vom Grundnutzungsverhältnis um einen „problematischen Vermögenswert[...]“, der oftmals mit einem „Gebäude auf schwimmenden Sand“ verglichen wird; F. Bydlinski, Superädifikate 45 f.

A. Rechtsfolgen der Bauführung auf fremden Grund ohne (deckendem)

Grundnutzungsverhältnis

Bevor auf superädifikatsspezifische Abgrenzungen und Besonderheiten des Grundnutzungsverhältnisses eingegangen wird, stellt sich jedoch zunächst die Frage, inwiefern die Entstehung eines Superädifikates von der Existenz eines die Superädifikatserrichtung deckenden Grundnutzungsverhältnisses abhängt. Mit anderen Worten: Was passiert bei Bauführung ohne Vorliegen eines rechtswirksamen, die Bauführung auf fremdem Grund zulassenden Grundnutzungsverhältnisses? Verwandt dazu ist die Frage der Rechtsfolge eines Abweichens der Bauführung von der vertraglich zugelassenen Art/ dem vertraglich zugelassenen Ausmaß (z.B. Errichtung eines mehrstöckigen anstelle eines einstöckigen Hauses). Zur Beantwortung dieser Fragestellungen ist die Kenntnis des Regelungsinhaltes der Bestimmungen über den künstlichen Zuwachs durch Bauführung (§§ 417 ff) unerlässlich und soll dieser daher zunächst genauer beleuchtet werden.

1. Der künstliche Zuwachs durch Bauführung (§§ 417 ff)

Die §§ 417 ff regeln die Spezialfälle des künstlichen Zuwachses (§§ 414 ff) durch Bauführung bei unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen an Baumaterialien und Grund und normieren für diese den Grundsatz *superficies solo cedit*. Während § 417 den Fall der Bauführung mit fremdem Material auf eigenem Grund zum Gegenstand hat und in konsequenter Umsetzung des genannten Grundsatzes einen Eigentumserwerb des Bauführers am Gebäude bei gleichzeitigem bereicherungsrechtlichen Ausgleich vorsieht, beschäftigt sich § 418 mit der hier interessierenden Errichtung eines Gebäudes¹⁶⁴ aus eigenem Material auf fremdem Grund.¹⁶⁵ Nach der Grundregel des § 418 Satz 1 fällt/ wächst dem Grundeigentümer ein Gebäude zu, das auf seinem Grund „ohne [sein] Wissen und Willen“ errichtet wird (*superficies solo cedit*). Der Bauführer hat gegenüber dem Grundeigentümer Bereicherungsansprüche, die von seiner Redlichkeit¹⁶⁶ abhängig sind (§ 418 Satz 2): Während der redliche Bauführer den Ersatz der notwendigen und nützlichen Kosten verlangen kann (§ 331), ist der unredliche Bauführer wie

¹⁶⁴ Im Zusammenhang mit den folgenden Ausführungen zu §§ 417 ff wird bewusst der engere und vom Gesetzgeber verwendete Begriff „Gebäude“ (und nicht der Begriff „Bauwerk“) verwendet; zu dieser für den Anwendungsbereich mE wichtigen Unterscheidung siehe sogleich.

¹⁶⁵ § 418 kommt auch bei der Bauführung eines Grundmiteigentümers auf dem gemeinsamen Grundstück zur Anwendung, Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 418 Rz 1.

¹⁶⁶ Der Bauführer ist redlich (gutgläubig), wenn er aus plausiblen Gründen über die Eigentumsverhältnisse am Grund oder über den Umstand irrte, dass die Bauführung durch den Grundeigentümer gestattet wurde. Hierbei schadet schon leichte Fahrlässigkeit die bereits dann vorliegen wird, wenn er sich vor Bauführung nicht ausreichend über die Eigentumsverhältnisse am Grund informiert hat (etwa auch durch Einsichtnahme in die Grundstücksmappe oder den Grenzkataster), wobei er sich auch Fehlleistungen/ -auskünfte eines beauftragten Dritten (z.B. Baumeister) zurechnen lassen muss; RIS-Justiz RS0103699; RIS-Justiz RS0011067; RIS-Justiz RS0103701.

ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln, weshalb der bereicherungsrechtliche Ausgleich von einem subjektiven Vorteil des Grundeigentümers abhängig ist. § 418 Satz 1 und 2 verfolgen neben dem bereits erwähnten Ziel einer konsequenten Umsetzung des Grundsatzes *superficies solo cedit* einen Sanktions- bzw. Präventionszweck, da durch die angeordnete Rechtsfolge (Zuwachs an den Grundeigentümer) der Störung fremden Eigentums vorgebeugt und diese sanktioniert wird.¹⁶⁷ § 418 Satz 3 normiert als Ausnahmetatbestand und in Durchbrechung bzw. Umkehrung des Grundsatzes *superficies solo cedit* einen außerbücherlichen Eigentumserwerb des redlichen Bauführers¹⁶⁸ an Grund und Gebäude¹⁶⁹ in jenen Fällen, in denen der Grundeigentümer die Bauführung trotz positiver Kenntnis nicht untersagt und daher im Unterschied zu Satz 1 schlechtgläubig ist (Verschweigung).¹⁷⁰ Dahinter steht ebenfalls ein Sanktions- bzw. Präventionsgedanke: Der unredliche Grundeigentümer, der einer Bauführung auf seinem Grund tatenlos zusieht (und mitunter sogar mit dem Eigentumserwerb am Gebäude spekuliert), soll für seine Nachlässigkeit bzw. Untätigkeit nicht belohnt, sondern durch den Eigentumserwerb des Bauführers „bestraft“ werden bzw. sollen Grundeigentümer durch diese Rechtsfolge abgeschreckt und zum Tätigwerden (Untersagen der Bauführung) motiviert werden.¹⁷¹ Der Bauführer ist im Gegenzug zum Erwerb nach § 418 Satz 3 verpflichtet, den gemeinen Wert des Grundes zu ersetzen. Sind sowohl Grundeigentümer als auch Bauführer schlechtgläubig, so kommt nach hA Satz 1 zur Anwendung.¹⁷² § 419 regelt die Bauführung mit fremden Materialien auf fremdem Grund und normiert hierfür entsprechend dem Grundsatz *superficies solo cedit* einen Zuwachs an den Grundeigentümer.¹⁷³ Bereicherungsansprüche des Bauführers gegenüber dem Grundeigentümer richten sich kraft Verweises nach der Bestimmung des § 418 und sieht § 419 daneben im Verhältnis Bauführer – Materialeigentümer einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich vor, der von der Gut- bzw. Schlechtgläubigkeit des Bauführers abhängig ist.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Forster, Ausgewählte Fragen 34.

¹⁶⁸ Dieser hat nach erfolgtem außerbücherlichen Erwerb gegenüber dem Grundeigentümer freilich den Anspruch auf grundbücherliche Einverleibung, Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 418 Rz 8.

¹⁶⁹ Der Bauführer erwirbt den für Errichtung und Benützung des Gebäudes unentbehrlichen Grund (z.B. eine Zufahrt) mitsamt des einen unselbständigen Bestandteil bildenden Gebäudes; Klang in Klang² II § 418, 291; Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 418 Rz 8; RIS-Justiz RS0011092.

¹⁷⁰ RIS-Justiz RS0011089.

¹⁷¹ Forster, Ausgewählte Fragen 37 f; OGH 3 Ob 585/84 (3 Ob 586/84) NZ 1986, 226.

¹⁷² Da beim Grundeigentümer nach dem Gesetzeswortlaut neben dem Wissen kumulativ auch der Wille maßgeblich ist; Erfolgt eine Bauführung zwar in dessen Kenntnis aber ohne dessen Willen, so ist § 418 Satz 1 anwendbar; Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 418 Rz 12; RIS-Justiz RS0011071.

¹⁷³ Strittig ist hingegen, ob bei Verschweigung des Grundeigentümers analog zu § 418 Satz 3 ein außerbücherlicher Eigentumserwerb des mit fremdem Material Bauführenden möglich sein soll; zust Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1005; Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 419 Rz 1.

¹⁷⁴ Wie bei der Bauführung mit fremden Materialien auf eigenem Grund (§ 417) hat der redliche Bauführer den gemeinen, der unredliche Bauführer hingegen den höchsten Wert zu ersetzen. Daneben wird von der hA auch ein Verwendungsanspruch (§ 1041) des Materialeigentümers gegenüber dem Grundeigentümer vertreten, sofern kein

Im Gegensatz zur hA¹⁷⁵, die den Begriff „Gebäude“ in §§ 417 ff weitgehend synonym mit dem wie bereits ausgeführt weiteren Bauwerksbegriff auslegt, ist mE die Diktion des Gesetzes ernst zu nehmen und sind die §§ 417 ff daher nur auf „Gebäude“ im oben näher umschriebenen Sinne anzuwenden, also auf in massiver Bauweise errichtete, allseitig baulich abgegrenzte (insbesondere überdachte) und begehbare Bauten, nicht jedoch auf labil/ nicht massiv errichtete Bauwerke. Hierfür spricht neben dem eindeutigen Gesetzeswortlaut unter Berücksichtigung des aus den Materialien erhellenden Verständnisses des historischen Gesetzgebers der III. TN („Bauwerk“ als Überbegriff, siehe oben II. B. 1.) insbesondere auch die Auslegung der §§ 417 ff im Kontext der allgemeinen Bestimmungen über den künstlichen Zuwachs durch Verarbeitung, Vereinigung und Vermengung (§§ 414-416). Diese sehen als grundsätzliche Rechtsfolge der nicht mehr (wirtschaftlich) rückführbaren Verarbeitung/ Vereinigung/ Vermengung den Erwerb von Miteigentum durch die Beteiligten, d.h. durch den/ die bisherigen Eigentümer der verarbeiteten/ vereinigten/ vermengten Sachen und durch den/ die Verarbeiter, an der neu entstandenen Sache (bzw. die Entstehung von Quantitätseigentum bei abgrenzbarer Vermengung) vor (§ 415), wobei sich die Miteigentumsanteile nach dem Wertverhältnis der verarbeiteten/ vereinigten/ vermengten Sachen zueinander bzw. der Arbeitsleistung zum verwendeten Material richten (iZw Miteigentum zu gleichen Teilen). Sind die verarbeiteten/ vereinigten/ vermengten Sachen bzw. die Arbeitsleistung zu der verarbeiteten Sache hingegen wirtschaftlich nicht gleichgeordnet, sondern erfolgt lediglich eine (nicht rückführbare) Aus- bzw. Verbesserung einer wirtschaftlich betrachtet übergeordneten Sache (Hauptsache), so behält deren Eigentümer (unbeschadet eines bereicherungsrechtlichen Ausgleiches) das Alleineigentum daran bzw. erwirbt im umgekehrten Fall der Verarbeitende bei vernachlässigbarem Wert des Grundstoffes Alleineigentum an der verarbeiteten Sache (§ 416).¹⁷⁶ Die §§ 417 ff regeln Sonderfälle der Vereinigung und Verarbeitung, wobei bei der Bauführung mit fremden Materialien auf eigenem Grund der Wert der Materialien idR im Verhältnis zum Wert des Grundes sowie der Arbeitsleistung von untergeordneter Bedeutung ist und der Grundstückseigentümer qua Zuwachs Eigentum am Gebäude erwirbt.¹⁷⁷ Bei der Errichtung eines Gebäudes iS eines massiven/ stabil errichteten Bauwerkes (nicht hingegen bei

gutgläubiger Erwerb des Grundeigentümers (§ 367) vorliegt; *Koziol – Welser/ Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1005.

¹⁷⁵ *Klang* in *Klang*² II Vorbemerkung zu §§ 417 bis 419, 288; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 418 Rz 2; *Mader* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 417 Rz 3.

¹⁷⁶ *Klang* in *Klang*² II § 415, 284 ff; *Klang* in *Klang*² II § 416, 287 f; *Mader* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 415 Rz 1 ff; Ebd § 416 f; *Koziol – Welser/ Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 982 ff.

¹⁷⁷ Aufgrund der generellen Normierung des Grundsatzes *superficies solo cedit* in § 417 als *lex specialis* zu den §§ 414 ff erwirbt der Grundeigentümer freilich auch bei erheblichem Wert der Materialien das von ihm/ für ihn mit fremden Materialien auf seinem Grund errichtete Gebäude.

jeder Form eines Bauwerkes) auf fremdem Grund kommt es hingegen in aller Regel zu einer mitunter deutlichen Wertsteigerung des Grundes und sind Material und Arbeit im Verhältnis zum Grundstück nicht stets von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung. § 418 als *lex specialis* zu den §§ 414 ff sieht für die Bauführung auf fremdem Grund wie bereits ausgeführt zum Schutz des Grundeigentümers vor nicht gewollten Bauführungen auf seinem Grund und in konsequenter Umsetzung des Grundsatzes *superficies solo cedit* dennoch einen Zuwachs des Gebäudes an den Grundeigentümers vor, sofern der Bauführer unredlich ist. Bei Unredlichkeit des Grundeigentümers erwirbt jedoch der redliche Bauführer in Umkehrung des genannten Grundsatzes aus Präventions- und Sanktionszwecken Alleineigentum an Gebäude samt dazugehöriger Grundfläche. Der außerbücherliche Eigentumserwerb nach § 418 Satz 3 schöpft mE seine Berechtigung unter Bedachtnahme auf den geschilderten Regelungsinhalt der §§ 414-416 neben der Redlichkeit des Bauführers auch zu einem großen Teil aus der durch Material und Arbeit erfolgten wesentlichen Wertsteigerung des Grundes und des übergeordneten/ beträchtlichen Wertes des Gebäudes/ von Arbeit und Material gegenüber des Wertes der verwendeten Grundfläche und hat der Gesetzgeber daher mE bewusst diese Rechtsfolge nur bei der Errichtung von Gebäuden, nicht jedoch für die Aufführung eines jeden beliebigen Bauwerkes vorgesehen. Es ist daher festzuhalten, dass die §§ 417 ff richtigerweise nur auf Gebäude im eigentlichen Wortsinne, nicht jedoch auf labile bzw. nicht massiv errichtete Bauwerke anwendbar sind.¹⁷⁸ Für die Errichtung letzterer auf fremdem Grund sind daher nur die §§ 297, 435 maßgeblich.

Umstritten im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 417 ff ist das Kriterium der Belassungsabsicht. In Judikatur und Lehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass die genannten Bestimmungen auf Superädifikate von vornherein keine Anwendung finden. Begründet wird dies damit, dass die §§ 417 ff den Grundsatz *superficies solo cedit* verkörpern würden¹⁷⁹ und daher nicht auf Gebäude anwendbar seien, die in mangelnder Belassungsabsicht

¹⁷⁸ Vgl. Forster: „Ein Eigentumserwerb gemäß § 418 tritt jedoch nicht ein, wenn es sich beim Bauwerk um eine bewegliche Sache (Schuppen, Stadel etc), die nicht dem Gebäudebegriff, sondern vielmehr der untersten Stufe des Bauwerksbegriffes zuzuordnen bzw unter diesen überhaupt nicht zu subsumieren ist, handelt. Diesfalls hat der Liegenschaftseigentümer gegenüber dem Bauwerkserrichter einen negatorischen Beseitigungsanspruch.“; Forster, Ausgewählte Fragen 35; vgl. auch die in Lehre und älterer Rsp vertretene Ansicht, nach der ein Bauführer bei einem geringfügigem Grenzübergang analog zu § 416 Alleineigentum am Gebäude und der verbauten Fläche erwirbt; Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 418 Rz 15; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1004; vgl. RIS-Justiz RS0011110; Holzner in Rummel/ Lukas, ABGB⁴ § 297 Rz 1.

¹⁷⁹ Ostheim bezeichnet § 418 gar als „Ausführungsbestimmung“; Ostheim, Zum Eigentumserwerb 10; An anderer Stelle verweist Ostheim auf den systematischen Zusammenhang zwischen §§ 417 ff über den Zuwachs durch Bauführung mit den Bestimmungen der §§ 293, 294 und 297 über das „Zugehör überhaupt“; Ostheim, ÖJZ 1975, 205.

erbaut und somit von diesem Grundsatz von vornherein nicht erfasst sind.¹⁸⁰ Nach manchen Vertretern der Lehre kommt es hingegen bei den §§ 417 ff im Unterschied zu den §§ 297, 435 nicht auf die Frage der Belassungsabsicht an. *Forster* untermauert diese Auffassung insbesondere mit folgenden Argumenten: Im Unterschied zu den §§ 297, 435 („welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen“; „die auf fremden Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen“) fehle in den §§ 417 ff jegliche explizite Anknüpfung an das Kriterium der Belassungsabsicht und sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dieses ausdrücklich normiert hätte, wäre es ihm hierauf angekommen. Es bestehe zwar unzweifelhaft ein Zusammenhang mit § 297, doch sei dieser nicht so weit zu verstehen, dass auch bei § 418 auf die Belassungsabsicht des Bauführers abzustellen sei. Zudem habe § 418 den bereits näher beschriebenen Präventions- und Sanktionscharakter und soll durch die Ausweitung des Grundsatzes *superficies solo cedit* auf Bauführungen ohne Belassungsabsicht auch diesbezüglichen Eigentumsstörungen wirksam begegnet werden. Ein Abstellen auf das Kriterium der Belassungsabsicht würde hingegen dieselben Abgrenzungsprobleme mit sich bringen wie bei der Frage nach der Existenz eines Superädifikates. Schließlich sei eine Beseitigungspflicht des Bauführers, die bei Nichtanwendbarkeit des § 418 bestehe, aus wirtschaftlichen Überlegungen abzulehnen.¹⁸¹ Auch *F. Bydlinski* scheint abweichend von der hA die Ansicht zu vertreten, dass § 418 vom Kriterium der Belassungsabsicht unabhängig ist: „*Die Absicht des Bauführers, selbst Eigentümer zu werden oder auch das Bauwerk nur vorübergehend zu belassen, ändert daran [an der Anwendbarkeit des § 418] nichts, denn § 418 Satz 1 stellt auf diese Merkmale nicht ab. Seine Abgrenzung gegenüber § 435 hat, wie gezeigt, durch das Kriterium der Zustimmung des Grundeigentümers zu erfolgen [...]*“.¹⁸² ME ist der dargestellten schlüssigen Argumentationsweise der Mindermeinung zu folgen und ist ungeachtet einer Belassungsabsicht von der prinzipiellen Anwendbarkeit der §§ 417 ff auf sämtliche Bauführungen bei unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen an Grund und Baumaterial auszugehen. Durch das oben beschriebene Verständnis des Gebäudebegriffes wird insbesondere die unbillig bzw.

¹⁸⁰ OGH 22.11.1960, 4 Ob 537/60 (4 Ob 538/60); OGH 3 Ob 144/93 ÖJZ 1994/134; RIS-Justiz RS0011062; RIS-Justiz RS0015108; RIS-Justiz RS0009939; RIS-Justiz RS0015106; *Klang* in *Klang*² II Vorbemerkung zu §§ 417 bis 419, 288; *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 59; *Ostheim*, ÖJZ 1975, 205; *Ostheim*, Zum Eigentumserwerb 10; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 417 Rz 3; *Mader* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 417 Rz 3; aA RIS-Justiz RS0009852.

¹⁸¹ „*Es bleibt dem Gesetzgeber ja vorbehalten, unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 294 ff ABGB diese Rechtsfolgen aus rechtspolitischen Gründen (Sanktionsgedanke!) eintreten zu lassen.*“; *Forster*, Ausgewählte Fragen 35.

¹⁸² *F. Bydlinski*, Superädifikate 50.

unverhältnismäßig anmutende Anwendung des § 418 Satz 3 (außerbücherlicher Eigentums-erwerb) auf in einfacher/ labiler Bauweise errichtete Bauwerke vermieden.

Zentrales Kriterium für die Anwendbarkeit des § 418 Satz 1 ist das fehlende Wissen und Wollen des Grundeigentümers. Bei Bauführungen auf fremdem Grund kann daher mit Zustimmung des Grundeigentümers im Rahmen des rechtlich Zulässigen (d.h. unter Beachtung von *superficies solo cedit*) eine vom gesetzlich vorgesehenen Zuwachs nach § 418 abweichende Vereinbarung getroffen werden. Auch von § 418 Satz 3 sowie von den §§ 417, 419 kann nach hA in denselben Grenzen einvernehmlich abgegangen werden. Abweichend von den gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen kann insbesondere Miteigentum an Grund und Gebäude, Alleineigentum des Bauführers an Grund und Gebäude sowie – für die Errichtung von Superädifikaten und Baurechtsbauwerken von Bedeutung – nicht auf Dauer angelegtes Alleineigentum des Bauführers lediglich am Gebäude (bei unveränderter Eigentumssituation am Grund) vereinbart¹⁸³ werden. Welche Rechtsfolge eintreten soll, also wem Grund und Gebäude gehören sollen, ist (wenn eine explizite Regelung fehlt) eine Frage der Vertragsauslegung, wobei hier auf die Begleitumstände, mE insbesondere auch auf die objektiv erkennbare mangelnde Belassungsabsicht des Bauführers (Abschluss eines von vornherein zeitlich begrenzten Grundnutzungsverhältnisses), abzustellen ist. Im Zweifelsfall gilt jedoch der Grundsatz *superficies solo cedit* und fällt das Gebäude auch bei Bauführung mit Zustimmung des Grundeigentümers – unbeschadet eines allfälligen bereicherungsrechtlichen Ausgleiches – diesem zu, wenn der Bauführer keine abweichende Vereinbarung über die sachenrechtlichen Rechtsfolgen der Bauwerkerrichtung nachweisen kann. Abweichend von F. Bydlinski, dem zufolge für die Unanwendbarkeit des § 418 schon „irgendeine „Zustimmung“ des Grundeigentümers“ zur Bauführung genügt und mangels sachenrechtlich wirksamer abweichender Vereinbarung § 297 zur Anwendung kommt,¹⁸⁴ ist mE im Anschluss an die üA auch für die Unanwendbarkeit der §§ 417 ff eine Vereinbarung über die sachenrechtlichen Folgen der Bauführung erforderlich, sodass mangels einer solchen Vereinbarung die §§ 417 ff greifen und daher ein auf fremdem Grund errichtetes Gebäude nach § 418 Satz 1 dem Grundeigentümer zuwächst.¹⁸⁵ Im Ergebnis bedarf die Entstehung eines massiv errichteten

¹⁸³ Freilich reicht bei Superädifikaten eine Parteienvereinbarung alleine nicht aus, sondern muss eine objektiv erkennbare mangelnde Belassungsabsicht vorliegen; siehe unten, IV. B. 1. *Exkurs: Ostheims Parteienvereinbarungstheorie.*

¹⁸⁴ F. Bydlinski, Superädifikate 51 f.

¹⁸⁵ F. Bydlinski, Superädifikate 50 ff; Klang in Klang² II Vorbemerkung zu §§ 417 bis 419, 289; Klang in Klang² II § 418, 290; Forster, Ausgewählte Fragen 38 f; Ostheim, Zum Eigentumserwerb 10, 51 ff; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 997 f; Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 417 Rz 2; Mader in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 418 Rz 5; Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 417 Rz 1;

Superädifikates (Gebäude) daher neben der mangelnden Belassungsabsicht des Erbauers auch der Zustimmung des Grundeigentümers zur Superädifikaterrichtung.

2. Rechtsfolgen der Bauführung ohne Grundnutzungsverhältnis

Um die Abhängigkeit des Superädifikates vom Grundnutzungsverhältnis umfassend zu beleuchten und zu verstehen, ist der (hypothetische) „Extremfall“ des Bauens ohne Vorliegen eines Grundnutzungsverhältnisses zu untersuchen. Es ist also der Frage nachzugehen, ob ein Superädifikat überhaupt entstehen kann, wenn der Bauführer ein Bauwerk ohne Zustimmung des Grundeigentümers auf fremdem Grund errichtet oder ob dieses entsprechend dem Grundsatz *superficies solo cedit* zwingend dem Grundeigentümer zuwächst.

Nach manchen Ansichten ist die Existenz eines (auf fremdem Grund errichteten) Superädifikates unweigerlich bzw. wesensnotwendig mit einer diesbezüglichen Vereinbarung zwischen Bauführer und Grundeigentümer verbunden, sodass *e contrario* ein in Ermangelung einer vertraglichen Grundlage errichtetes Bauwerk nach § 418 bzw. § 297 stets dem Grundeigentümer zuwachse.¹⁸⁶

Die hA geht wie soeben dargestellt davon aus, dass die §§ 417 ff als Ausfluss des Prinzipes *superficies solo cedit* im Falle fehlender Belassungsabsicht generell nicht anwendbar sind. Bei Bauführungen ohne Grundnutzungsverhältnis scheide dieses als Anhaltspunkt für das Fehlen der Belassungsabsicht aus und wachse das Bauwerk daher gemäß §§ 297, 418 grundsätzlich dem Grundeigentümer zu. Allerdings ist nach Ansicht der Judikatur die Entstehung eines Superädifikates auch ohne Bestehen einer diesbezüglichen Vereinbarung/ ohne Grundnutzungsverhältnis nicht ausgeschlossen, sofern der Mangel der Belassungsabsicht aus dem äußeren Erscheinungsbild des Bauwerkes hervorgehe, wie der OGH in der Entscheidung 3 Ob 144/93 implizit ausgesprochen hat: „Ist die mangelnde Belassungsabsicht nicht aus dem äußeren Erscheinungsbild ableitbar, und errichtet der Bauführer dennoch in Kenntnis, daß es sich nicht um seinen Grund handelt, ohne Vereinbarung mit dem Grundeigentümer auf dessen Grundstück ein Bauwerk, kann ein Superädifikat nicht begründet werden.“¹⁸⁷ Mangels Zustimmung des Grundstückseigentümers stellt die Bauführung jedoch einen nicht

Klicka/Reidinger in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 418 Rz 14; RIS-Justiz RS0011052; OGH 10 Ob 17/09m MietSlg 61.053; vgl. RIS-Justiz RS0011102; OGH 3 Ob 76/86 NZ 1987/91; RIS-Justiz RS0009854.

¹⁸⁶ „Superädifikate fallen, da sie stets auf einer Vereinbarung (obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis) beruhen, niemals in den Anwendungsbereich des § 418 Satz 1 und 2 ABGB.“; Forster, Ausgewählte Fragen 36.

¹⁸⁷ OGH 3 Ob 144/93 ÖJZ 1994/134: Hier hatte der OGH über Seeinbauten im Wörthersee zu entscheiden, die ohne Vereinbarung mit der Grundeigentümerin (Republik Österreich) errichtet wurden, und entschied, dass diese mangels einer aus dem äußeren Erscheinungsbild ableitbaren fehlenden Belassungsabsicht nicht sonderrechtsfähig sind, sondern unselbständige Bestandteile des Grundstückes wurden. *E contrario* ergibt sich daher, dass nach dem OGH bei entsprechendem Erscheinungsbild ein Superädifikat auch ohne Grundnutzungsverhältnis entstehen kann; Ebenso Ostheim, ÖJZ 1975, 205.

autorisierten Eingriff in dessen Eigentumsrecht dar, weshalb diesem Beseitigungs- und bei Unredlichkeit des Bauführers auch Schadenersatzansprüche zustehen (§ 523).¹⁸⁸ Lediglich bei Redlichkeit des Bauführers und gleichzeitiger Unredlichkeit des Grundeigentümers wird von manchen Stimmen der Lehre eine Duldungspflicht des Grundeigentümers¹⁸⁹ bzw. ein gutgläubiger Erwerb eines vorläufigen Benützungsrechtes analog zu § 418 Satz 3 vertreten.¹⁹⁰

Folgt man hingegen der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, so muss zwischen zwei Varianten unterschieden werden, nämlich zwischen der Errichtung eines Gebäudes auf fremden Grund ohne Grundnutzungsverhältnis und der Errichtung eines sonstigen Bauwerkes ohne Grundnutzungsverhältnis. In der ersten Variante kann schon aufgrund der massiven Bauweise und mangels Vorliegen eines die fehlende Belassungsabsicht dokumentierenden Grundnutzungsverhältnisses kein Superädifikat entstehen. Zudem ist der Bauführer, der auf einem fremden Grund ohne diesbezüglicher Vereinbarung mit dem Grundeigentümer über die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen der Bauführung ein sonderrechtsfähiges Gebäude errichtet, jedenfalls als unredlich anzusehen, weshalb dem Grundeigentümer das Gebäude nach § 418 Satz 1 zuwächst. Auf den unredlichen Bauführer finden hingegen die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung, weshalb er nur Ersatz für dem Grundeigentümer subjektiv-nützliche Aufwendungen verlangen kann (§ 1037). Mangels eines klaren und überwiegenden subjektiven Vorteiles des Gebäudes für den Grundeigentümer hat dieser einen Anspruch auf Beseitigung und Wiederherstellung des früheren Zustandes gegenüber dem Bauführer (§ 1038). Wird hingegen ein sonstiges, d.h. nicht in massiver/ stabiler Bauweise errichtetes, Bauwerk ohne Zustimmung des Grundeigentümers errichtet, so ist § 418 Satz 1 – mangels Vorliegen eines Gebäudes – nicht anwendbar. Aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes (der labilen/ nicht massiven Bauweise) des Bauwerkes, aus dem die mangelnde Belassungsabsicht des Bauführers äußerlich erkennbar hervorgeht, ist in dieser Variante mE die Entstehung eines Superädifikates ohne Grundnutzungsverhältnis möglich.¹⁹¹ Mangels Zustimmung des Grundeigentümers entbehrt die Bauwerkerrichtung und -verwendung auf

¹⁸⁸ Ostheim, ÖJZ 1975, 205; Krit Forster, dem zufolge ein Beseitigungsanspruch lediglich bei Unredlichkeit des Bauführers gerechtfertigt sei, da ansonsten der wirtschaftliche Wert des Bauwerkes zerstört würde, Forster, Ausgewählte Fragen 35.

¹⁸⁹ Ostheim, ÖJZ 1975, 205.

¹⁹⁰ Rechberger/ Oberhammer lehnen die diesbezügliche Auffassung von Spielbüchler (*Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 418 Rz 4) vehement ab, da diese in Wahrheit eine dogmatisch höchst fragwürdige gutgläubige Forderungsbegründung vorsehe, wobei nicht klar ist, worauf der gute Glaube gegründet sei (hat der Grundeigentümer eine entsprechende Erklärung abgegeben, so entstehe nach der Vertrauens Theorie ohnehin idR ein entsprechender Vertrag; hat der Grundeigentümer hingegen keinen Rechtschein gesetzt, so bestehe keine Rechtfertigung für einen gutgläubigen Erwerb); Rechberger/ Oberhammer, Das Superädifikat, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 59.

¹⁹¹ Zur Frage, ob das äußere Erscheinungsbild geeignet ist, die fehlende Belassungsabsicht zu dokumentieren, siehe unten, IV. C. 1; zur Auswirkung eines unbefristeten Rechtsverhältnisses siehe unten, IV. B. 2.

fremdem Grund jedoch jeglicher Rechtsgrundlage, weshalb dem Grundstückseigentümer – unabhängig von der Redlichkeit des Bauführers – ein Beseitigungsanspruch zusteht, sofern nicht durch die Duldung der Grundstücksbenützung nachträglich schlüssig ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist. Bei Unredlichkeit stehen dem Grundeigentümer darüber hinaus Schadenersatzansprüche (auf Naturalrestitution) zu (§ 1323).

Zusammenfassend ist das Vorliegen eines Grundnutzungsverhältnisses samt Vereinbarung über die Rechtsfolgen der Bauführung auf fremdem Grund mE nur für die Entstehung massiv errichteter Superädifikate (Gebäude) konstitutiv, wohingegen Superädifikate in leichter/ nicht massiver Bauweise auch ohne diese Voraussetzungen entstehen können, in ihrem Fortbestand jedoch durch Beseitigungs- bzw. Schadenersatzansprüche des Grundeigentümers gefährdet sind.

Exkurs: Rechtsfolgen der Bauführung bei Willens- bzw. Wurzelmängeln

Verwandt zur Bauführung ohne Grundnutzungsverhältnis ist die Bauführung bei Wurzelmängeln, also jenen Mängeln bei Vertragsabschluss (an der „Wurzel“ des Vertrages), die der endgültigen Wirksamkeit eines Vertrages entgegenstehen, wozu insbesondere Willensmängel (Irrtum, List und Drohung), mangelnde Geschäftsfähigkeit sowie (anfängliche) Unmöglichkeit bzw. fehlende Erlaubtheit gehören. In Lehre und Rsp existieren hier unterschiedliche Ansichten.

Nach F. Bydlinski habe das Grundnutzungsverhältnis „*sachenrechtlich nur die Bedeutung, die rechtlich maßgebende fehlende Belassungsabsicht des Erbauers objektiv zureichend erfaßbar zum Ausdruck zu bringen*“, weshalb der nachträgliche Wegfall für das Kriterium der mangelnden Belassungsabsicht im maßgeblichen Zeitpunkt der Bauwerkerrichtung irrelevant sei. Gleich zu beurteilen sei der Fall, dass sich nachträglich die Ungültigkeit des Grundnutzungsverhältnisses herausstelle. In beiden Fällen bleibe das Superädifikat rechtlich existent, sei jedoch auf Verlangen des Grundeigentümers zu beseitigen bzw. bei entsprechender Vereinbarung (insbesondere bei sog. „Heimfallsklauseln“) an den Grundeigentümer zu übertragen.¹⁹² Auch Spielbüchler bezweifelt, dass es für die Dokumentation der fehlenden Belassungsabsicht auf die Gültigkeit des Grundnutzungsverhältnisses ankommt. Eine erfolgreiche Anfechtung wegen Wurzelmängeln habe daher keine Auswirkungen auf den zeitlich begrenzten Zweck des Bauwerkes. Jedoch komme es zum Zuwachs, wenn das Bauwerk trotz Wegfall des Grundnutzungsverhältnisses nicht beseitigt wird.¹⁹³

¹⁹² F. Bydlinski, Superädifikate 40; Zust Kletečka in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 890.

¹⁹³ Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 297 Rz 4.

Demgegenüber entschied der OGH im Kontext einer arglistigen Irreführung bzw. Erschleichung in Ablehnung der erwähnten Lehremeinung, dass wie etwa auch in Fällen fehlender Geschäftsfähigkeit „*in Wahrheit keine wirksame Zustimmung vorliegt und damit auch die Absicht, das Bauwerk nicht ständig auf fremdem Grund zu belassen, bei einem in solider Bauweise errichteten Gebäude von vornherein nicht wirksam wäre. In diesem Fall wäre die maßgebliche Absicht des Erbauers nicht in der erforderlichen Weise rechtlich bindend hervorgetreten (was Bydlinski S. 23 unten selbst fordert), und ein Benützungsrecht nicht wirklich eingeräumt worden.*“ Während im Allgemeinen bei Dauerschuldverhältnissen die Möglichkeit einer rückwirkenden (*ex tunc*) Aufhebung umstritten ist,¹⁹⁴ vertrat der OGH in der zitierten Entscheidung der hA zur Arglist folgend die Auffassung, dass schon *ex tunc* keine wirksame und notwendige Zustimmung des Grundeigentümers vorliege und es daher zum Zuwachs des Bauwerkes gem. §§ 297, 418 kam.¹⁹⁵

ME ist der Ansicht der Rsp grundsätzlich zu folgen, jedoch unter Maßgabe folgender Differenzierungen: Zum einen ist, wie auch soeben unter III. A. 2. ausgeführt, zu unterscheiden, ob es sich um ein Gebäude oder um ein sonstiges Bauwerk handelt. Nur bei ersteren ist der zitierten Entscheidung zu folgen, da mangels wirksamer Zustimmung des Grundeigentümers § 418 Satz 1 zur Anwendung kommt, wohingegen Superädifikate in der Form sonstiger Bauwerke wie ausgeführt auch ohne Grundnutzungsverhältnis entstehen können (jedoch auf Verlangen des Grundeigentümers jederzeit zu entfernen sind). Daneben ist mE hinsichtlich von Gebäuden noch zu differenzieren, ob die Ungültigkeit des Grundnutzungsverhältnisses mit Wirkung *ex tunc* oder lediglich mit Wirkung *ex nunc* eintritt.¹⁹⁶ Nur eine Ungültigkeit *ex tunc* hat mE zur Konsequenz, dass mangels wirksamer Zustimmung im Zeitpunkt der Bauführung § 418 Satz 1 anwendbar ist, wohingegen eine lediglich *ex nunc* wirkende Auflösung des Grundnutzungsverhältnisses die im Zeitpunkt der Bauführung vorhandene Zustimmung nicht beseitigt, weshalb das Superädifikat rechtlich existent ist und bleibt, dies unbeschadet eines Beseitigungsanspruches des Grundeigentümers.

¹⁹⁴ Vgl. *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 34.

¹⁹⁵ OGH 3 Ob 516, 517/90 SZ 63/100.

¹⁹⁶ Nach der allgemeinen Grundregel ist bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich nur eine Auflösung *ex nunc* möglich, dies aus Verkehrssicherheitserwägungen. Davon wird neben dem bereits erwähnten Fall der Arglist dann abgewichen, wenn die Rückabwicklung problemlos möglich ist; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 34; eine problemlose Rückabwicklung wird mE wohl nur dann möglich sein, wenn Dritte im Vertrauen auf das Bestehen eines sonderrechtsfähigen Überbaues keine vermögenswerten Dispositionen getroffen oder gar Rechte an diesem erworben haben.

3. Rechtsfolgen der Bauführung ohne deckendem Grundnutzungsverhältnis

Ebenfalls einer näheren Überprüfung wert ist schließlich die Frage nach der Rechtsfolge einer Bauführung ohne deckendem/ entsprechendem Grundnutzungsverhältnis. Oder anders formuliert: Was passiert, wenn zwar ein Vertragsverhältnis über die Nutzung fremden Grundes vorliegt, dieses jedoch entweder überhaupt keine Bauwerkserrichtung vorsieht oder eine solche zwar zulässt, der Bauführer jedoch von der vertraglich bedungenen Art/ dem vertraglich bedungenen Ausmaß abweicht?

In der Lehre hat sich *F. Bydlinski* bereits mit dem angeschnittenen Fragenkomplex auseinandergesetzt. Zunächst beschäftigt er sich mit dem speziellen Fall der Bauführung durch einen Untermieter und hält fest, dass für die Nichtanwendbarkeit des § 418 auch eine „indirekte“ vertragliche Zustimmung genüge, die sich aus Miet- und Untermietverhältnis ergebe. Sei hingegen die Untervermietung nicht zulässig, so komme mangels wirksamer Zustimmung des Grundeigentümers zur Bauführung des Untermieters § 418 zur Anwendung. Von diesem Spezialfall ausgehend, kommt *F. Bydlinski* zur allgemeinen Schlussfolgerung, dass in allen Fällen, in denen das errichtete Gebäude von der erteilten Zustimmung abweicht (z.B. statt einem einstöckigen Haus wird ein mehrstöckiges erbaut), ebenfalls keine Zustimmung zum konkreten Gebäude vorliege und dieses daher dem Grundeigentümer nach § 418 zuwachse.¹⁹⁷ Dieselbe Rechtsfolge trete auch ein, wenn jemand auf fremdem Grund baut, der zwar über ein vertraglich eingeräumtes Nutzungsrecht an diesem Grund verfügt, das jedoch keine Errichtung eines Superädifikates vorsieht. Stimmt der Grundeigentümer der Bauführung nicht zu, wodurch es zu einer Vertragsänderung käme, so trete ein Zuwachs nach §§ 418, 297 ein. Da der Bauführer nicht als redlich anzusehen sei, sei der Bauführer kraft Verweises in § 418 Satz 2 wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln und habe das Bauwerk spätestens nach Vertragsende zu entfernen, sofern es nicht zum klaren und überwiegenden subjektiven Vorteil des Grundeigentümers gereicht (§§ 1037, 1038).¹⁹⁸

Der dargestellten Ansicht *F. Bydlinskis* ist mE grundsätzlich zu folgen, jedoch unter Berücksichtigung der in dieser Arbeit vertretenen Meinung. Mangels Zustimmung zur konkreten Bauführung tritt § 418 daher lediglich dann ein, wenn es sich um ein Gebäude iSd obigen Ausführungen handelt. Auf labil errichtete Bauwerke ist § 418 wie bereits ausgeführt

¹⁹⁷ „Die Absicht des Bauführers, selbst Eigentümer zu werden oder auch das Bauwerk nur vorübergehend zu belassen, ändert daran nichts, denn § 418 Satz 1 stellt auf diese Merkmale nicht ab. Seine Abgrenzung gegenüber § 435 hat, wie gezeigt, durch das Kriterium der Zustimmung des Grundeigentümers zu erfolgen, die bei unzulässiger Untervermietung ebenso wenig vorliegt wie bei Errichtung eines von der Zustimmung abweichenden Gebäudes.“, *F. Bydlinski*, Superädifikate 50.

¹⁹⁸ *F. Bydlinski*, Superädifikate 50 f.

von vornherein nicht anwendbar, sodass § 418 mE der Entstehung nicht massiv errichteter Überbauten ohne hinreichender Zustimmung des Grundeigentümers nicht entgegensteht.

4. Zwischenergebnis

Liegt keine Zustimmung des Grundeigentümers zur Errichtung eines sonderrechtsfähigen Gebäudes auf seinem Grund durch einen Dritten vor, so kommt die Bestimmung des § 418 zur Anwendung und kann ein Superädifikat nicht entstehen. Zur Entstehung eines in massiver Bauweise errichteten Superädifikates ist daher neben einer mangelnden Belassungsabsicht ausreichend dokumentierenden Grundnutzungsverhältnis auch eine Vereinbarung über die konkrete Bauführung samt ihren Rechtsfolgen erforderlich. Labile/ nicht massiv errichtete Bauwerke auf fremdem Grund können hingegen auch ohne Zustimmung des Grundeigentümers Superädifikate sein, sind jedoch mangels Berechtigung des Bauführers auf Verlangen des Grundeigentümers jederzeit zu beseitigen, sofern nicht durch Duldung ein schlüssiges Grundnutzungsverhältnis zustande gekommen ist.

B. Das Grundnutzungsverhältnis – Denkbare (Gestaltungs-)Formen und Abgrenzungen

Das Grundnutzungsverhältnis als der Bauführung auf fremdem Grund zugrundeliegendes Rechtsverhältnis zwischen Grundeigentümer und Bauführer kann verschieden ausgestaltet werden. Während aufgrund des im Sachenrecht vorherrschenden Typenzwangs (*numerus clausus*)¹⁹⁹ als dingliches Grundbenützensrecht lediglich die Dienstbarkeit/ Servitut existiert, kommen als obligatorische Nutzungsrechte insbesondere²⁰⁰ die „klassischen“ Gebrauchs- Überlassungsverträge, nämlich Miete/ Pacht sowie Leihe/ Prekarium in Frage. Den Vertragsparteien kommt im Rahmen der Privatautonomie Auswahl- und weitgehende inhaltliche Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Grundnutzungsverhältnisses zu, die freilich auf Ebene der „Dokumentationsfunktion“ des Grundbenützensverhältnisses durch das Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht begrenzt ist. In dieser Gestaltungsfreiheit, die eine relativ flexible Anpassung an die Interessen beider Seiten ermöglicht, liegt einer der wesentlichen Unterschiede zum Baurecht, das inhaltlich durch eine Reihe an zwingenden Gesetzesbestimmungen ausgestaltet ist.²⁰¹

¹⁹⁹ RIS-Justiz RS0009728.

²⁰⁰ Denkbar wäre daneben etwa auch eine Einbringung einer Liegenschaft in eine Gesellschaft *quoad usum* durch Gesellschaftsvertrag, F. Bydlinski, Superädifikate 45.

²⁰¹ F. Bydlinski, Superädifikate 13 ff; „Das vom zwingenden Recht weitgehend freie Institut des Superädifikates gestattet dagegen für den Normalfall einen beliebigen Interessenausgleich zwischen Grundeigentümer und Bauwerkseigentümer je nach der konkreten wirtschaftlichen Lage (einschließlich der relativen Verhandlungsmacht beider Teile).“, ebd 15; siehe oben, II. D. 1.

In weiterer Folge sollen die verschiedenen als Grundnutzungsverhältnis in Frage kommenden praxisrelevanten Vertragstypen in gebotener Kürze skizziert und voneinander abgegrenzt werden sowie superädifikatsspezifische Gestaltungsoptionen und Besonderheiten behandelt werden.

1. Die Dienstbarkeit als dingliches Grundbenützungsrecht

Die Dienstbarkeit/ Servitut, geregelt in den §§ 472-530, ist ein (im Vergleich zum Eigentumsrecht als dinglichem Vollrecht) beschränktes dingliches und idR vertraglich eingeräumtes Recht an einer fremden (beweglichen oder unbeweglichen) Sache, das den Eigentümer der Sache verpflichtet, zugunsten/ zum Vorteile eines anderen etwas zu dulden oder unterlassen (§ 472).²⁰² Es wird auch als ein Nutzungsrecht im weiten Sinne bezeichnet²⁰³ und kann sowohl unentgeltlich als auch entgeltlich eingeräumt werden. Die Entgeltsverpflichtung kann zum Inhalt der Dienstbarkeit gehören oder als persönliche Verpflichtung sowie als unabhängige Reallast ausgestaltet sein.²⁰⁴ Wesentliches Abgrenzungskriterium zur Reallast ist der Grundsatz, dass der Eigentümer der belasteten Sache zu keinem positiven Tun verpflichtet ist (*servitus in faciendo consistere nequit*; § 482). Die Vereinbarung einer Leistungspflicht des Eigentümers der belasteten Sache ist nach hA jedoch insofern unschädlich, als diese nicht Hauptinhalt des Vertrages ist, sondern lediglich der besseren Ausübung der Dienstbarkeit dient und somit nur rechtlich unselbständiges Mittel zum Zweck ist (sog. reallastartige Nebenverpflichtungen).²⁰⁵ Die Verpflichtung zur Errichtung eines Bauwerkes durch den Grundeigentümer wäre hingegen demgegenüber eine rechtlich selbständige Verpflichtung, die der Entstehung einer Dienstbarkeit entgegenstünde. Bei der Dienstbarkeit handelt es sich definitionsgemäß um ein dingliches Recht²⁰⁶, weshalb es eine absolut geschützte Rechtsposition vermittelt und nicht nur *inter partes*, sondern auch gegenüber Dritten, insbesondere auch gegenüber jedem zukünftigen Eigentümer der belasteten Sache, wirkt.

²⁰² RIS-Justiz RS0011523; RIS-Justiz RS0104356.

²⁰³ Im weiten Sinne deshalb, weil sich eine (Grund)dienstbarkeit auch in einem bloßen Unterlassungsanspruch/ einer Beschränkung des Eigentums an der belasteten Sache ohne korrespondierende aktive Nutzungsbefugnis des Servitutberechtigten erschöpfen kann (z.B. Dienstbarkeit der Aussicht, Verbot des Höherbauens; sog. „verneinende Servitut“, § 476); Eine „bejahende Servitut“ verpflichtet dagegen den Sacheigentümer zur Duldung einer bestimmten Verwendung seiner Sache durch den Berechtigten; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 472 Rz 4; Memmer in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 472 Rz 4.

²⁰⁴ RIS-Justiz RS0011527; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 473 Rz 7.

²⁰⁵ RIS-Justiz RS0130340; OGH 5 Ob 16/07z NZ 2007/693; OGH 7 Ob 125/10y ecolex 2011/41.

²⁰⁶ Die Rsp erachtet demgegenüber die Einräumung „obligatorischer/ vertraglicher Dienstbarkeiten“, also lediglich obligatorisch wirkender Dienstbarkeiten, für zulässig; RIS-Justiz-RS0011659; OGH 3 Ob 208/10z MietSlg 63.061 = MietSlg 63.186 = MietSlg 63.242 = MietSlg 63.725; OGH 6 Ob 95/11f JusGuide 2011/32/9068; RIS-Justiz-RS0011659; RIS-Justiz RS0011509; Diese Judikatur wird von der Lehre mE zu Recht als unzutreffend und irreführend kritisiert. Mangels Verdinglichungsabsicht liegt eben keine Dienstbarkeit, sondern ein entsprechender obligatorischer Gebrauchsüberlassungsvertrag (Leihe/ Prekarium bzw. Miete/ Pacht) vor; Spath in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 472 Rz 1; Memmer in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 472 Rz 20; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 472 Rz 6.

Zentrales Abgrenzungskriterium gegenüber den obligatorischen Gebrauchs-Überlassungsverträgen ist der durch Vertragsauslegung im Einzelfall zu ermittelnde Parteiwille auf Verdinglichung des Nutzungsrechtes.²⁰⁷ Wie allgemein im Sachenrecht ist auch zu Erwerb einer Dienstbarkeit neben einer entsprechenden Berechtigung des Vormannes ein gültiger auf die Servitutsbegründung gerichteter Titel (insbes. Servitutsbestellungsvertrag) sowie die Setzung eines entsprechenden Modus erforderlich. Während Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen im Allgemeinen durch Übergabe (§§ 426 ff) entstehen, ist für die hier interessierende Dienstbarkeitsbegründung an Liegenschaften entsprechend dem Intabulationsprinzip grundsätzlich²⁰⁸ eine Eintragung im C-Blatt der belasteten Liegenschaft erforderlich (§ 481 Abs 1; § 4 GBG), wobei Art, Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit möglichst bestimmt eingetragen werden müssen (§ 12 Abs 1 GBG). Eine räumliche Beschränkung ist einverleibungsfähig, wobei die Grenzen bestimmt sein müssen (§ 12 Abs 2 GBG). Damit diesem Bestimmtheitsgebot genüge getan wird, ist ein Verweis auf die der Eintragung zugrundeliegende und in die Urkundensammlung aufzunehmende Urkunde ausreichend (§ 5 GBG). Für die Dienstbarkeit als Grundnutzungsverhältnis ist es daher erforderlich, dass aus der Grundbuchseintragung in Verbindung mit dem Servitutsbestellungsvertrag der Inhalt der Dienstbarkeit, insbesondere die vorgesehene Art und Dauer der Bauführung und mitunter (bei räumlicher Beschränkung) auch der Ort der Bauführung, allenfalls auch aus Lageplänen, objektiv bestimmt hervorgeht.²⁰⁹

Dienstbarkeiten werden im Allgemeinen nach dem berechtigten Subjekt in Grunddienstbarkeiten (Real-/ Prädialservituten) und persönliche Dienstbarkeiten (Personalservituten) eingeteilt (§ 473). Während Grunddienstbarkeiten als Belastung einer Liegenschaft (dienendes Grundstück) die vorteilhaftere oder bequemere Benützung einer anderen in Nachbarschaft befindlichen Liegenschaft (herrschendes Grundstück) bezwecken (Utilitätsprinzip) und den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes berechtigen, dienen persönliche Dienstbarkeiten dem persönlichen Vorteil/ dem persönlichen Bedürfnis eines bestimmten Berechtigten, der je nach Umfang des Nutzungsrechtes die belastete Sache, grundsätzlich jeweils unter Schonung der Substanz (§§ 504, 507, 509), entweder bloß zur Deckung seiner

²⁰⁷ RIS-Justiz RS0088537; RIS-Justiz RS0011590; RIS-Justiz RS0011517; OGH 5 Ob 131/10s MietSgl 62.051 = MietSgl 62.130; OGH 23.05.1990, 3 Ob 568/89; Memmer in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 472 Rz 20; Spath in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 472 Rz 1.

²⁰⁸ Der Intabulationsgrundsatz wird stellenweise durchbrochen: So können Dienstbarkeiten auch originär durch Ersitzung entstehen. Zudem entstehen Grunddienstbarkeiten nach hA mitunter auch ohne Einverleibung aufgrund Ihrer Offenkundigkeit (sog. „offenkundige Servitut“); RIS-Justiz RS0011707; RIS-Justiz RS0011618; RIS-Justiz RS0111211; Memmer in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 481 Rz 6 ff.

²⁰⁹ Bittner in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 472 Rz 11; Memmer in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 481 Rz 3; Inhalt und Umfang der Servitut sind mangels eindeutigen Vertrags- bzw. Eintragungsinhalts durch Auslegung zu ermitteln, Spath in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 481 Rz 2.

persönlichen Bedürfnisse (Gebrauchsrecht; §§ 504 ff) oder ohne diese Einschränkung (Fruchtgenussrecht; §§ 509 ff) verwenden darf. Im Unterschied zu den Grunddienstbarkeiten, die mit dem Eigentum am herrschendem Grund untrennbar verbunden sind und mit diesem übertragen werden können, sind Personalservituten persönliche Rechte, die grundsätzlich nicht eigenmächtig übertragen werden können (§ 485)²¹⁰ und mit dem Tod erlöschen (§ 529). Nach § 479 können „klassische“ Grunddienstbarkeiten auch als persönliche Dienstbarkeiten (oder umgekehrt)²¹¹ eingeräumt werden (unregelmäßige Servitut).²¹²

Soweit ersichtlich wurde in Lehre und Rsp noch nicht explizit²¹³ der Frage nachgegangen, ob es sich bei einem Grundnutzungsverhältnis auf Servitutsbasis idealtypisch um eine Grunddienstbarkeit oder um eine Personalservitut (Gebrauchsrecht oder Fruchtgenussrecht) handelt. Diese Abgrenzung ist ungeachtet der Möglichkeit der Einräumung unregelmäßiger Servituten insbesondere im Hinblick auf die Frage der Übertragbarkeit der Servitut (dem Rechte nach) bei Veräußerung des Superädifikates von Bedeutung. In der Lehre wird von *Bittner* vertreten, dass auch ein Superädifikat herrschendes „Grundstück“ einer Grunddienstbarkeit sein kann, wobei dies ohne eingehende Begründung durch den Verweis darauf begründet wird, dass Superädifikate auch dienende Sachen sein können (vgl. § 481 Abs 2).²¹⁴ *Kletečka* lehnt demgegenüber aus Rechtssicherheitserwägungen die Möglichkeit der Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Superädifikates ab. Mangels Vormannprüfung im Urkundenhinterlegungsverfahren bzw. mangels Hinterlegung/ Einreichung von Urkunden in vielen Fällen könne nur schwer bzw. gar nicht festgestellt werden, wer Eigentümer des Superädifikates und somit Servitutsberechtigter ist.²¹⁵ Im Unterschied zu diesen Lehrmeinungen, die sich (wohl primär) mit der Frage beschäftigen, ob ein schon existierendes Superädifikat als herrschendes „Grundstück“ einer Grunddienstbarkeit fungieren kann, ist das Superädifikat in der hier interessierenden Fragestellung mangels Errichtung noch nicht existent, sondern bedarf erst einer entsprechenden Nutzungsbefugnis (Grundnutzungsverhältnis) als Grundlage der Erbauung. Es geht also nicht bloß um eine vorteilhaftere Benützung eines

²¹⁰ Zur Besonderheit beim Fruchtgenussrecht siehe sogleich.

²¹¹ RIS-Justiz RS0011621.

²¹² *Bittner* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 473 Rz 1-3; *Memmer* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 473 Rz 1 ff.

²¹³ Im Zusammenhang mit einer Abgrenzung des Baurechts zur Dienstbarkeit führt *Bittner* als Defizite eines Superädifikates ein „*allfälliges Erlöschen der persönlichen Dienstbarkeit oder des Bestandrechts*“ an, woraus hingegen zumindest implizit geschlossen werden könnte, dass nach *Bittner* die Grundnutzungsverhältnis-Servitut als Personalservitut zu qualifizieren ist; *Bittner* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 472 Rz 21.

²¹⁴ *Bittner* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 472 Rz 9; Ebd § 473 Rz 1; Nach *Memmer* sei der Terminus „Grundstück“ nicht wörtlich zu verstehen und falle auch etwa eine Baurechtseinlage darunter; *Memmer* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 473 Rz 7.

²¹⁵ *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 897 f.

„Grundstückes“, also in diesem Zusammenhang eines Bauwerkes, sondern um die Schaffung der Existenzgrundlage eines Superädifikates bzw. der Zulässigkeit der Bebauung eines fremden Grundes und fortlaufenden Benützung des Grundes mitsamt des errichteten Bauwerkes. Die Einräumung der Erlaubnis an den Bauführer zur Errichtung eines Superädifikates ist mE rechtlich nicht als *maius* (ein „Mehr“), sondern als *aliud* (als ein „Anderes/ Verschiedenes“) zur Verschaffung einer bloß vorteilhafteren bzw. bequemerer Nutzung eines bereits erbauten Bauwerkes anzusehen und stehen zudem üblicherweise gerade der persönliche Vorteil sowie persönliche Bedürfnisse des konkreten Bauführers im Vordergrund, weshalb es sich bei Grundnutzungsverhältnissen auf Servitutsbasis dem Wesen nach um persönliche Dienstbarkeiten handelt. Für diese Ansicht sprechen nicht auch zuletzt die bereits angeführten und mE zutreffenden Argumente *Kletečkas*, sondern auch folgende, zumindest für Gebäude relevante, grundbuchsrechtliche Erwägungen: Grunddienstbarkeiten werden im C-Blatt des dienenden Grundstückes zugunsten eines durch die Grundstücksnummer bestimmt bezeichneten „Grundstücks“ eingetragen und hierdurch erworben. Da Superädifikate wie bereits dargestellt originär durch die Bauführung entstehen und erst danach eine fakultative Urkundeneinreihung möglich ist, wäre eine bestimmte Bezeichnung des Bauwerkes (etwa durch Bezugnahme auf die Bauwerkskartei) im Zeitpunkt der Begründung des der Bauführung zugrunde liegenden Grundnutzungsrechtes nicht möglich. Zudem müsste im Ergebnis wohl eine grundbuchsrechtlich nicht vorgesehene Eintragung eines aufschiebend bedingten Rechtes vorgenommen werden.²¹⁶

Aus all diesen Überlegungen ist mE zu schließen, dass es sich bei Servituten, die Bauführungen auf fremdem Grund zugrunde liegen, um persönliche Dienstbarkeiten handeln muss.²¹⁷ Die Grundnutzungsverhältnis-Dienstbarkeiten weisen jedoch insoweit eine Besonderheit auf, als Bauführungen von einer „normalen“ Personalservitut idR nicht umfasst sind, weil es sich hierbei in den meisten Fällen (zumindest bei der Errichtung eines Gebäudes mit damit einhergehender grundfester Bodenverbindung) um einen Eingriff in die Substanz der Liegenschaft handelt. Grundnutzungsverhältnis-Dienstbarkeiten sind daher im Vergleich zur gesetzlichen Regelung besonders ausgestaltete Dienstbarkeiten.²¹⁸

²¹⁶ „Bedingte Rechte können vor Eintritt der Bedingung im Grundbuch aber nicht eingetragen werden.“, OGH 7 Ob 602/89 JBl 1989, 780; Höller in Kodek, Grundbuchsrecht² § 8 GBG Rz 4.

²¹⁷ Vgl. auch die E OGH 8 Ob 137/75 SZ 48/78, in der der OGH eine – im konkreten Fall allerdings in Belassungsabsicht getroffene – Vereinbarung über die Errichtung einer Garage auf fremdem Grund als (persönliche) Dienstbarkeit des Gebrauchs qualifizierte.

²¹⁸ „Das Recht zur Bauwerkerrichtung ist dem Fruchtgenussrecht fremd.“; Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 472 Rz 21.

Da der Regelungsinhalt der §§ 504 ff dispositiver Natur ist, hängt der konkrete Inhalt bzw. Umfang der Nutzungsbefugnis des Servitutberechtigten, insbesondere die Veräußerlichkeit bzw. Möglichkeit der Übertragung der Nutzungsberechtigung sowie die Vererblichkeit, von der konkreten Parteienvereinbarung ab.²¹⁹ Mangels abweichender Regelung kommen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung und liegt je nach Umfang des Nutzungsrechtes eine Dienstbarkeit des Gebrauches (§§ 504 ff) oder ein Fruchtgenussrecht (§§ 509 ff) vor. Während der Gebrauchsberechtigte die Liegenschaft „*bloß zu seinem Bedürfnisse*“ benutzen darf, d.h. konkret ein Bauwerk errichten und dieses über die vereinbarte Dauer hinweg auf dem belasteten Grund belassen darf, kommen dem Fruchtnießer quasi eigentümergeleiche Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse (nicht jedoch Verfügungsbefugnisse) über die Liegenschaft zu,²²⁰ weshalb er diese in Bestand geben sowie die Dienstbarkeit – zumindest der Ausübung nach – überlassen darf.²²¹ Das Fruchtgenussrecht ermöglicht es dem Superädifikatär daher im Gegensatz zum bloßen Gebrauchsrecht, einem Dritten die Nutzung an Grund samt Bauwerk einzuräumen und das Bauwerk zu veräußern. Der Umfang der Dienstbarkeit am Grundstück, der nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung (§§ 914 f)²²² zu ermitteln ist, spielt somit für die Verkehrsfähigkeit des Superädifikats eine entscheidende Rolle. Die Dauer der Dienstbarkeit wird von der dispositiven Gesetzesregel des § 529, wonach Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, abweichend geregelt werden müssen, um dem Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht zu genügen.²²³

Die Errichtung eines Superädifikates auf Basis einer Dienstbarkeit weist Parallelen zum Baurecht auf, da es sich bei Dienstbarkeit und Baurecht jeweils um dingliche Nutzungsrechte an fremdem Grund handelt, denen neben der Möglichkeit der Errichtung sonderrechtsfähiger Bauwerke ein hohes Maß an Publizität durch die Grundbuchseintragung gemeinsam ist. Das Dienstbarkeits-Grundnutzungsverhältnis unterscheidet sich jedoch vom Baurecht abgesehen von der weitgehenden privatautonomen Gestaltbarkeit der Dienstbarkeit im Gegensatz zur weitgehend zwingenden Ausgestaltung des Baurechts²²⁴ im Wesentlichen dadurch, dass das

²¹⁹ Memmer in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 504 Rz 1; Spath in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 504 Rz 1; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 504 Rz 1.

²²⁰ Spath in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 509 Rz 1.

²²¹ RIS-Justiz RS0011626; Eine dinglich wirkende Übertragbarkeit auch der „Substanz“ nach ist demgegenüber strittig, wobei die hA mittlerweile von deren Zulässigkeit ausgeht: Memmer in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 509 Rz 14; Spath in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 509 Rz 6; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 485 Rz 3; AA Kletečka, Das Baurecht, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 32; Nach der E OGH 5 Ob 157/13v SZ 2014/13 bedarf es zu einer dinglichen (Voll-)Übertragung des Fruchtgenussrechtes wie bei jeder Vertragsübernahme nach allgemeinen Grundsätzen einer Dreiparteieneinigung.

²²² Wobei hierbei der Entgeltlichkeit/ Unentgeltlichkeit der Dienstbarkeit nach der Unklarheitenregel des § 915 Bedeutung zukommt und daher bei einer entgeltlichen Dienstbarkeit iZw ein Fruchtgenussrecht vorliegen wird.

²²³ Siehe dazu unten, IV. B. 2.

²²⁴ Siehe dazu oben, II. D. 1.

Baurechtsbauwerk in seiner Sonderrechtsfähigkeit von der Existenz des Baurechts abhängig ist, wohingegen Superädifikate nicht automatisch bei Erlöschen des Grundnutzungsverhältnisses dem Grundeigentümer zuwachsen sowie auch ohne Grundnutzungsverhältnis entstehen können, wenn sie in nicht massiver Bauweise errichtet werden (also keine Gebäude). Zudem ist das Baurecht im Gegensatz zur Dienstbarkeit stets frei veräußerlich sowie vererblich. Schließlich geht das Baurechtsgebäude als unselbständiger Bestandteil des Baurechts bei Veräußerung des Baurechts gemeinsam mit diesem über und erfordert die Übertragung lediglich eine grundbücherliche Einverleibung des Erwerbers, wohingegen bei Verwertung des Superädifikats neben der Übertragung des Bauwerks, die durch Urkundenhinterlegung erfolgt, zusätzlich eine Einräumung bzw. Übertragung des/ eines Nutzungsrechtes zu erforderlich ist.²²⁵

2. Die obligatorischen Grundnutzungsrechte

Fehlt den Parteien hingegen der Wille auf Verdinglichung des Nutzungsrechtes, so kommt ein Grundnutzungsverhältnis mit lediglich obligatorischer, d.h. *inter partes*-Wirkung zustande. Hierbei voneinander abzugrenzen sind unentgeltliche und entgeltliche Gebrauchsüberlassungsverträge, wobei auf Ebene der unentgeltlichen Verträge insbesondere die Leihe vom Prekarium und auf Ebene der entgeltlichen Verträge insbesondere die Miete von der Pacht zu unterscheiden sind. Der Abgrenzung zwischen Miete und unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung auf der einen und Pacht auf der anderen Seite kommt in der Praxis aufgrund der in stRsp vertretenen analogen Anwendbarkeit des MRG auf Grundstücksmieten zur Errichtung eines Wohn- oder Geschäftsraum-Superädifikates²²⁶ eine nicht unerhebliche Bedeutung zu.

a. Leihe und Prekarium

Die Leihe, geregelt in den §§ 971 ff, ist ein Vertrag über die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung an einer unverbrauchbaren beweglichen oder – hier interessierend – unbeweglichen Sache (eines Grundstückes). Abweichend vom Gesetzeswortlaut des § 471, der die Überlassung „auf eine bestimmte Zeit“ verlangt (wobei sich die Befristung nach § 973 auch konkludent aus der Gebrauchsabsicht bzw. dem Gebrauchszweck ergeben kann),²²⁷ wird von der hA auch die Zulässigkeit einer Befristung auf Lebenszeit ebenso wie eine Überlassung auf unbestimmte Zeit gegen Kündigung vertreten.²²⁸ Im Hinblick auf das Kriterium der mangelnden Belassungsabsicht ergibt sich mE jedoch, dass bei der Grundstücksleihe zur

²²⁵ Kletečka, Das Baurecht, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 32; Bittner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 472 Rz 21; siehe unten, III. D.

²²⁶ Siehe unten, III. C.

²²⁷ RIS-Justiz RS0019100.

²²⁸ Karner in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 971 Rz 5; RIS-Justiz RS0025348 [T 4].

Errichtung eines Superädifikates eine vertragliche Befristung vorhanden sein muss.²²⁹ Erfolgt die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung hingegen auf unbestimmte Zeit bei jederzeitiger, freier Widerrufsmöglichkeit, d.h. bei fehlender Bindung auf eine bestimmte Zeit,²³⁰ liegt ein Prekarium (Bittleihe), eine Unterart des Leihvertrages,²³¹ vor. Die freie Widerruflichkeit kann hierbei explizit geregelt sein, oder resultiert konkludent aus den Umständen, insbesondere aus einer vereinbarten Unentgeltlichkeit (vgl. § 915). Nach manchen Entscheidungen spricht die Zustimmung zu Investitionen in die überlassene Sache jedoch gegen das Vorliegen eines Prekariums, da diese im Falle eines frühen Widerrufs frustriert wären.²³² ME ist letztere Erwägung auch auf die Errichtung von Bauwerken auf fremdem Grund zutreffend, sodass das Vorliegen einer Bittleihe von einer ausdrücklich vereinbarten freien Widerruflichkeit abhängig sein wird.

Leihe und Prekarium sind vom Bestandvertrag durch das Unterscheidungskriterium der Unentgeltlichkeit abzugrenzen. Unentgeltlichkeit ist gegeben, wenn die Gebrauchsüberlassung freigiebig, d.h. ohne eine (wirtschaftlich in Gewicht fallende) Gegenleistung erfolgt, wobei auch die Parteiabsicht zu berücksichtigen ist. Vereinbaren die Parteien ausdrücklich die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung, so liegt aufgrund des darauf gerichteten Willens der Parteien ohne Rücksicht auf die Höhe der vereinbarten Gegenleistung ein Bestandvertrag vor.²³³ Unabhängig von einer diesbezüglichen Vereinbarung begründet jedenfalls eine vereinbarte Gegenleistung, die gegenüber dem Wert der Benützung wirtschaftlich ins Gewicht fällt und daher über einen bloßen „Anerkennungszins“ hinausgeht, die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung. Nicht als Entgelt anzusehen sind die den Entlehner gemäß § 481 ohnehin treffenden Kosten des ordentlichen Gebrauches (Gebrauchskosten) sowie der ordentlichen Erhaltung, d.h. jene Kosten, die auf der Pflicht zur unversehrten Zurückstellung des Leihgutes (§ 972) beruhen. Werden demgegenüber Kosten, die vom konkreten Gebrauch der Sache bzw. der Gebrauchsüberlassung unabhängig sind bzw. entstehen und daher jedenfalls (auch ohne Gebrauchsverhältnis) vom Verleiher zu tragen wären („Sowieso-Kosten“, z.B. Grundsteuer), vertraglich auf den Entlehner überwältzt, so handelt es sich hierbei demgegenüber

²²⁹ Siehe unten, IV. B. 2.

²³⁰ RIS-Justiz RS0083418; RIS-Justiz RS0019221.

²³¹ Entgegen des Gesetzeswortlautes des § 974 („kein wahrer Vertrag“) handelt es sich beim Prekarium nach hA dennoch um einen Vertrag, der sich im Vergleich zur „normalen“ Leihe jedoch durch eine deutlich schwächere Rechtsstellung des Prekaristen bzw. eine stärkere Rechtsstellung des Prekariumsgebers unterscheidet; RIS-Justiz RS0019212 [vgl. T 8]; RIS-Justiz RS0111193; insofern wird auch von einer „Vereinbarung mit eingeschränktem Rechtsfolgewillen“ gesprochen, Karner in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 974 Rz 1; Da das Prekarium eine Sonderform („Abart“) der Leihe darstellt, sind darauf grundsätzlich die Bestimmungen über den Leihvertrag (§§ 971 ff) anwendbar; Parapatis in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 971 Rz 1 f.

²³² OGH 6 Ob 143/02a MietSlg 54.110; OGH 9 Ob 42/17t JusGuide 2017/46/16236.

²³³ RIS-Justiz RS0016008; OGH 6 Ob 73/19g MANZ Wohnrecht-E 2019/41/03.

um eine Gegenleistung, die eine Entgeltlichkeit begründen kann, sofern sie nicht bloß geringfügig ist, d.h. wirtschaftlich ins Gewicht fällt. Bei dieser Beurteilung kommt es auf die Verhältnisse, d.h. auf die Höhe der vereinbarten Gegenleistung in Relation zum marktüblichen bzw. gesetzlich zulässigen Bestandzins, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, wobei im Allgemeinen Gegenleistungen von in etwa 10 % des marktüblichen bzw. gesetzlich zulässigen Zinses keine Entgeltlichkeit begründen. Die Vereinbarung einer Wertsicherungsvereinbarung schließt einen bloßen Anerkennungs zins aus und führt zur Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung. Kein Entgelt stellen mangels vertraglicher Verpflichtung jedenfalls Investitionen dar, die vom Entlehner mit Zustimmung bzw. Duldung des Verleihers vorgenommen werden, wobei im gegebenen Zusammenhang hierunter insbesondere der Aufwand zur Errichtung eines Superädifikates fallen wird.²³⁴

Art und Umfang des zulässigen Gebrauches des Leihgegenstandes richten sich primär nach der vertraglichen Vereinbarung („*näher bestimmte[r] Gebrauch*“). Subsidiär ist der ordentliche Gebrauch geschuldet (§ 972), der sich nach der Art der Sache und der Verkehrsauffassung bestimmen lässt.²³⁵ Auch für die Leihe wird mE wie bei der Dienstbarkeit die Befugnis des Entlehners zur Bauführung speziell vereinbart sein müssen, da ein Substanzeingriff (der zumindest bei der grundfesten Errichtung eines massiven Bauwerks vorliegen wird) vom ordentlichen Gebrauch idR nicht umfasst sein wird. Abgesehen davon bedarf es zur Entstehung massiver Superädifikate (Gebäude) neben dem zeitlich begrenzten Grundnutzungsverhältnis ohnehin einer Zustimmung zur Bauführung sowie eine Vereinbarung über deren Rechtsfolgen.²³⁶ Nach der Zweifelsregel des § 915 ist das Gebrauchsrecht restriktiv auszulegen und auf die Deckung persönlichen Bedürfnisse beschränkt, weshalb eine Weitergabe der geliehenen Sache mangels diesbezüglicher Vereinbarung unzulässig ist (vgl. § 978).²³⁷ Dieser Umstand ist insofern bedeutsam, als die Verkehrsfähigkeit des auf einem Leihgrund errichteten Superädifikates, insbesondere die Veräußerbarkeit sowie die Begründung dinglicher bzw. obligatorischer Nutzungsrechte am Bauwerk, wesentlich von einer entsprechenden vertraglich vereinbarten Befugnis zur Weitergabe des Leihgrundes abhängt. Mangels einer solchen

²³⁴ OGH 1 Ob 695/86 JBl 1987, 320 = MietSlg XXXVIII/49; OGH 8 Ob 25/06v JBl 2006, 649; LG für ZRS Wien 24.03.2009, 40 R 30/09x; RIS-Justiz RS0019053; RIS-Justiz RS0019169; RIS-Justiz RS0019053; RIS-Justiz RS0011844 [T 5, T 6, T 7]; RIS-Justiz RS0019111; RIS-Justiz RS0019245; Karner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 971 Rz 4; Ebd § 974 Rz 2 f; Ebd § 981 Rz 4; *Parapatis* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 971 Rz 12 ff; Ebd § 974 Rz 8; Ebd § 981 Rz 1 ff; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 971 Rz 9; Ebd § 974 Rz 3 ff.

²³⁵ *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 972 Rz 1.

²³⁶ Siehe bereits oben, III. A. 4.

²³⁷ *Parapatis* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 972 Rz 1 f; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 972 Rz 1.

bedürfen Verfügungen über das Superädifikatsbauwerk der im Einzelfall einzuholenden Zustimmung des Grundverleihers.²³⁸

Abweichend von der Dienstbarkeit sowie vom Bestandvertrag ist bei der Leihe eine grundbücherliche Einverleibung nicht vorgesehen (aufgrund des lediglich obligatorischen Charakters) bzw. eine „Verdinglichung“ (wie nach § 1095) nicht möglich,²³⁹ was sich zu Lasten der Publizität eines Grundnutzungsverhältnisses auf Leihvertragsbasis sowie der Publizität der Rechte am Bauwerkes auswirkt. Die mangelnde Publizität kann jedoch durch die fakultative Möglichkeit der Einreihung einer Urkunde über den originären Rechtserwerb gemäß § 1 Abs 1 Z 2 lit b UHG sowie die damit gemäß § 10 Abs 1a UHG einhergehende grundbücherliche Ersichtlichmachung der Urkundeneinreihung im Grundbuch ausgeglichen werden.²⁴⁰

b. Miete und Pacht

Miete und Pacht bilden die beiden Gestaltungsformen des Vertragstypus Bestandvertrag, der die Gebrauchsüberlassung an unverbrauchbaren Sachen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, jedoch im Unterschied zum Leihvertrag gegen Entgelt, zum Gegenstand hat (§ 1090). Während der Mietvertrag nach den *verba legalia* des § 1091 durch die Gebrauchsüberlassung einer Sache, die sich „ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt“, charakterisiert ist, bezieht sich der Pachtvertrag auf solche Sachen, die sich „nur durch Fleiß und Mühe benützt werden“ können. Nach der korrigierenden Auslegung der hA ist diese Bestimmung dahingehend zu verstehen, dass von der Miete die bloße Gebrauchsüberlassung, von der Pacht hingegen die Überlassung zu Gebrauch und sachtypischer Fruchtziehung umfasst ist. Für die Abgrenzung ist nicht (alleine) die Vertragsbezeichnung oder die Beschaffenheit des Bestandgegenstandes maßgeblich (wenngleich diesen Umständen eine Indizwirkung zukommen wird), sondern in erster Linie Art und Umfang der vertraglich eingeräumten Befugnisse des Bestandnehmers und der hieraus erfließende Vertragszweck.²⁴¹ Dem in § 1091 zweiter Satz normierten Absorptionsprinzip zufolge unterliegt ein gemischter Bestandvertrag, d.h. ein Bestandvertrag, der sowohl Elemente der Miete als auch der Pacht enthält, zur Gänze den Bestimmungen

²³⁸ Siehe unten, III. D.

²³⁹ Beim Gebrauchsrecht des Leihnehmers handelt es sich um kein „verbücherungsfähiges“ Recht iSd § 9 GBG 1955.

²⁴⁰ Zu den mit dem Grundnutzungsverhältnis verbundenen Publizitätsfragen siehe unten, IV. B. 2. und 3.

²⁴¹ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1091 Rz 1, 3; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1091 Rz 1; *Iro/Rassi* in *KBB*⁵ § 1091 Rz 1; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1091 ABGB Rz 4 ff; RIS-Justiz RS0020261.

desjenigen Vertragstypus, dessen Elemente die „*Hauptsache*“ bilden, also von ihrer (wirtschaftlichen) Bedeutung her überwiegen.²⁴²

Während die frühere hA die entgeltliche Gebrauchsüberlassung eines Grundstückes zu Zwecken der Errichtung eines Superädifikats zumeist als Pachtvertrag qualifizierte²⁴³ und diese im Volksmund nach wie vor häufig so bezeichnet wird, geht die jüngere Lehre und hRsp nunmehr einhellig davon aus, dass idR ein Mietvertrag vorliegt, da typischerweise lediglich ein Gebrauch des Grundstückes (Bauwerkserrichtung), jedoch keine Fruchtziehung bezweckt wird: „*Wird ein Grundstück zum Zweck der Errichtung eines geschäftlich [oder auch zu Wohnzwecken²⁴⁴] genutzten Superädifikats in Bestand genommen, so ist es bestimmt, in der beschriebenen Weise gebraucht zu werden. Keineswegs dient es dem Zweck, auf Grund entsprechender Bearbeitung Früchte (Zuwachs) hervorzubringen. Es handelt sich entgegen weitverbreiteter falsa demonstratio in der Vertragspraxis nicht um Pacht, sondern um Miete.*“²⁴⁵ Wird hingegen ein Grundstück zur Fruchtziehung sowie zur Bauwerkserrichtung in Bestand gegeben und überwiegt die wirtschaftliche Bedeutung der Fruchtziehung, sodass dem Bauwerk nur „Hilfsfunktion“ zukommt, liegt hingegen Pacht vor (etwa bei der bei In-Bestandgabe eines Wiesengrundstückes zur Grasnutzung sowie Errichtung einer Scheune).²⁴⁶ Die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht ist insofern von großer praktischer Bedeutung, als nach stRsp auf die In-Bestandgabe von Flächen zur Errichtung eines Superädifikates zu Wohn- oder Geschäftszwecken das MRG analog zur Anwendung kommen soll.²⁴⁷ In der Praxis ist die Miete die bedeutendste Form des Grundnutzungsverhältnisses.²⁴⁸

Miet- und Pachtverträge können im Allgemeinen sowohl auf befristete als auch auf unbefristete Dauer abgeschlossen werden, wobei mE lediglich befristete Bestandverhältnisse eine mangelnde Belassungsabsicht ausreichend dokumentieren können.²⁴⁹ Jedenfalls bezüglich

²⁴² Diese Bestimmung ist allerdings dispositiv, weshalb die Vertragsparteien über Flächennutzung und Fruchtziehung getrennte Verträge abschließen können; Pesek in Schwimann/ Kodek, ABGB⁴ § 1091 Rz 2; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1091 ABGB Rz 3;

²⁴³ Klang in Klang² II § 297, 27: „Im II., XX. und XXI. Bezirke von Wien und in Klosterneuburg stehen vielfach gemauerte Häuser auf gepachteten Klosterneuburger Stiftsgründen.“; OGH 3 Ob 602/29 MietSlg 10.167: „Die Bestandnahme einer Grünfläche ist auch dann Pachtvertrag, wenn sie zur Aufstellung einer Hütte, also zu Wohnzwecken erfolgt.“

²⁴⁴ OGH 4 Ob 83/15g wobl 2015, 322 = ecolex 2015, 849 = immolex 2016, 193: „Auch die Errichtung einer Baulichkeit auf der Bestandfläche für Wohn- oder Erholungszwecke entspricht nicht der einen Pachtvertrag über ein Grundstück kennzeichnenden Bearbeitung und Aufwendung von Fleiß und Mühe im Sinne des § 1091 ABGB.“

²⁴⁵ F. Bydlinski, JBl 1984, 241 f; F. Bydlinski, Superädifikate 46 f; Zust Iro/Rassi in KBB⁵ § 1091 Rz 1; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1091 Rz 1; RIS-Justiz RS0020338 [T 8, T 9]; OGH 4 Ob 83/15g = wobl 2015, 322 = ecolex 2015, 849 = immolex 2016, 193.

²⁴⁶ Schimetschek, Bestandrecht im Zusammenhang mit Superädifikaten, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 80.

²⁴⁷ Siehe sogleich, III. C.

²⁴⁸ Kletečka, wobl 2001, 129; Kohlmaier in Artner/ Kohlmaier, Praxishandbuch³ 163.

²⁴⁹ Siehe oben, II. B. 2.; siehe unten, IV. B. 2.

jener Bauführungen, die die Substanz der Bestandliegenschaft berühren, wird – schon aus schuldrechtlicher Perspektive aber auch im Hinblick auf die §§ 418, 297 – eine gesonderte Vereinbarung erforderlich sein und gilt mE dasselbe wie auch bei der Dienstbarkeit sowie der Leihe. Ebenso wie der Leihvertrag ist der Bestandvertrag sowie das auf dessen Grundlage erworbene Eigentum am Superädifikat mangels Grundbuchseintragung wenig publizitätswirksam. Im Unterschied zum Leihvertrag besteht beim Bestandvertrag allerdings die Möglichkeit einer Einverleibung des Bestandrechtes im Grundbuch, genauer gesagt im Lastenblatt der belasteten Liegenschaft (§ 1095; § 11 AllgGAG).²⁵⁰ Hiermit wird das Bestandrecht allerdings nicht zum dinglichen Recht, sondern gehen lediglich gewisse Rechtswirkungen einher (§ 1095 iVm §§ 1102, 1120, 1121)²⁵¹ und erlangen als hier interessierender Nebeneffekt das Bestandverhältnis sowie die Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerkes durch die Einverleibung und die Aufnahme der Vertragsurkunde in die gerichtliche Urkundensammlung (§ 6 GBG) eine gewisse Offenkundigkeit. Darüber hinaus kann dem originären Rechtserwerb des Superädifiziers am Bauwerk durch die fakultative Einreihung einer Urkunde, mit deren Bewilligung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung von Amts wegen, d.h. ohne dass es eines diesbezüglichen Antrages des Superädifiziers oder einer Zustimmung des Grundeigentümers bedürfte, eine Ersichtlichmachung der Urkunden hinterlegung im Grundbuch anzuordnen ist, alternativ bzw. noch zusätzlich Publizität verliehen werden (§ 1 Abs 1 Z 2 lit b iVm § 10 Abs 1a UHG).²⁵²

Die Übertragung des Bestandverhältnisses an einen Dritten, insbesondere auch an den Erwerber des Superädifikates, bedarf nach allgemeinen Grundsätzen einer Dreiparteien-Einigung. Sofern dies vertraglich nicht ausgeschlossen ist, kann im Zuge einer Veräußerung des Superädifikates allerdings das Nutzungsrecht am Grundstück der Ausübung nach übertragen oder das Grundstück untervermietet werden.²⁵³

²⁵⁰ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1095 Rz 1.

²⁵¹ So wird das Recht eines späteren Erwerbers der Liegenschaft, das Bestandverhältnis „außerordentlich“, also abweichend von der vertraglichen Vereinbarung zu den gesetzlichen Terminen unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen, ausgeschlossen und bleibt dieser über die ursprünglich vereinbarte Vertragsdauer hinweg an den Vertrag gebunden (§ 1120). Zudem ermöglicht die Verbücherung des Bestandrechtes die grundbücherliche Anmerkung von Mietzinsvorauszahlungen (§ 1102) und bewirkt, dass das Bestandrecht im Falle der Exekution in die Liegenschaft wie eine Dienstbarkeit zu behandeln ist (§ 1121 iVm § 150 Abs 3 EO); *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1095 ABGB Rz 31 ff.

²⁵² Siehe bereits oben, II. C. *Exkurs: Das System der Urkunden hinterlegung nach dem Urkunden hinterlegungsgesetz*; siehe unten, IV. B. 3.

²⁵³ Siehe unten, III. D.

C. Die Analogie zum MRG

1. Die Ausgangssituation – Mangelnde direkte Anwendbarkeit des MRG

Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut, der die äußerst zulässige Grenze einer jeden Gesetzesauslegung absteckt, ist das MRG nur auf die Miete bestimmter Mietgegenstände, nämlich von Wohnungen/ Wohnungsteilen sowie von Geschäftsräumlichkeiten (Geschäftsräume)²⁵⁴ samt den jeweils mitgemieteten Haus- oder Grundflächen, anwendbar (§ 1 Abs 1 MRG). Während sich Wohnungs(teil)- und Geschäftsraummieter in ihrer vertraglichen Zweckbestimmung unterscheiden,²⁵⁵ ist ihr gemeinsamer Nenner, dass es sich in beiden Fällen um eine Raummiete handelt, wobei unter einem Raum nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein baulich dreidimensional abgegrenztes Gebilde zu verstehen ist.²⁵⁶ Für die Qualifikation als Wohnung(steil) ist neben dem Vertragszweck und der räumlichen Abgrenzung zudem noch erforderlich, dass die Räumlichkeit selbständig ist und ihrer bautechnischen und rechtlichen Beschaffenheit nach zur Verwendung als Unterkunft zu Wohnzwecken/ zur Haushaltsführung, somit zur Befriedigung individueller Wohnbedürfnisse, geeignet ist bzw. ein solcher Zustand vereinbarungsgemäß von Vermieter oder Mieter herzustellen ist.²⁵⁷ Auch bei Geschäftsräumen wird eine vorhandene oder von einer der Parteien vereinbarungsgemäß herzustellende objektive Eignung zur Ausübung der beabsichtigten geschäftlichen Tätigkeit²⁵⁸ erforderlich sein.²⁵⁹

Die Miete von Grundflächen unterliegt demgegenüber dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nach nur ausnahmsweise und zwar dann dem MRG, wenn es sich um Flächen handelt, die mit einer Wohnung/ einem Wohnungsteil oder einem Geschäftsraum mitgemietet sind, d.h. im Vergleich zur als Hauptsache gemieteten Räumlichkeit nur eine untergeordnete Rolle spielen und somit Nebensache sind (demonstrativ genannt sind „Hausgärten, Abstell-, Lade- oder Parkflächen“). Wenn der Räumlichkeit im umgekehrten Fall jedoch keine selbständige, sondern lediglich eine Hilfsfunktion zur Grundfläche zukommt, wobei es nicht nur auf das bloße Flächenverhältnis, sondern auf das aus dem Vertragszweck erfließende funktionelle

²⁵⁴ Hierunter fallen nach der demonstrativen Aufzählung im Gesetzestext insbesondere „Geschäftsräume[...], Magazine[...], Werkstätten, Arbeitsräume[...], Amts- oder Kanzleiräume[...].“

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0069471; RIS-Justiz RS0044863; RIS-Justiz RS0070039; RIS-Justiz RS0066884.

²⁵⁶ Wobei eine fünffache Begrenzung, eine davon jedenfalls nach oben, genügt; RIS-Justiz RS0069446; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 44.

²⁵⁷ RIS-Justiz RS0069440; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 45 f.

²⁵⁸ Der Begriff der „geschäftlichen Tätigkeit“ ist weit zu verstehen: Diese erfordert keine Erwerbsabsicht, sondern lediglich eine auf Dauer angelegte Organisation, die über rein private Zwecke hinausgeht; OGH 1 Ob 588/89 wobl 1989/73; Humanitäre, geistliche, kulturelle oder Vereinszwecke reichen aus; RIS-Justiz RS0066868; OGH 6 Ob 592/86 MietSlg 38.254; Eine unmittelbare Ausübung der „geschäftlichen Tätigkeit“ in der gemieteten Räumlichkeit ist nicht zwingend erforderlich; 5 Ob 120/10y MietSlg 62.222; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 48; H. Böhm/ Prader in GeKo Wohnrecht I § MRG Rz 58.

²⁵⁹ T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 48.

Verhältnis zwischen Grund und Räumlichkeit ankommt, so liegt ebenso wie bei der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung an einer unbebauten Liegenschaft eine vom MRG nicht umfasste Flächenmiete vor.²⁶⁰

Auch die Vorgängerregelung zum MRG, das Mietengesetz (MG),²⁶¹ umfasste von seinem Anwendungsbereich her die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumen, ging jedoch von einem für die Praxis bedeutsamen, über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgehenden Verständnis des Begriffes des Geschäftsraumes aus. So führte § 1 Abs 1 MG in seiner demonstrativen Aufzählung „*Verkaufsräume, Magazine, Werkstätten, Arbeitsräume, Lagerplätze, Amts- und Kanzleiräume u. dgl..*“ als Beispiele für „*Geschäftsräumlichkeiten aller Art*“ an. Aus der Erwähnung der „*Lagerplätze*“ wurde in der Rsp geschlossen, dass der Gesetzgeber unter Geschäftsräumen nicht ausschließlich dreidimensional abgeschlossene räumliche Gebilde verstand, sodass die Bestimmungen des MG im Ergebnis auch auf unbebaute Grundstücke, die zu geschäftlichen Zwecken vermietet wurden, anwendbar waren.²⁶² Im Größenschluss unterlagen daher auch Mietverträge über Grundflächen, auf denen vereinbarungsgemäß ein geschäftlichen Zwecken gewidmetes Superädifikat errichtet werden sollte bzw. wurde, dem MG und damit insbesondere den Kündigungsschutzbestimmungen des MG (§§ 19 – 23 MG), dies unabhängig davon, ob es sich bei dem Bauwerk um eine Räumlichkeit im Sinne der allgemeinen Verkehrsauffassung handelte oder nicht.²⁶³ Die kündigungsrechtliche Übergangsbestimmung des § 49 MRG ordnet für die dem MRG nicht mehr unterliegenden „*Lagerplätze*“ eine zeitlich befristete Weitergeltung des MG-Kündigungsschutzes bis zum 31.12.1988 (ursprünglich nur bis zum 31.12.1986) sowie einen Investitionersatz für durch den Mieter getätigte bauliche Aufwendungen an,²⁶⁴ sodass der MG-Kündigungsschutz mit 1.1.1989 wegfiel.²⁶⁵

²⁶⁰ RIS-Justiz RS0069482; Raummiete bejahend: OGH 1 Ob 2244/96y MietSlg 48.190 – Schießstand mit großen Freiflächen; OGH 6 Ob 173/05t immolex-LS 2005/73 = Zak 2005/58 = RdW 2006,18 = MietSlg 57.242 – Autoverkaufsplatz mit Büro, Werkstätte, Lagerräumen und Sanitäranlagen; Raummiete verneinend: OGH 6 Ob 672/84 MietSlg 36.234/38 – Sportplatz mit Umkleideräumen; OGH 3 Ob 545/91 MietSlg 43.129 – 284 m² großer Autoverkaufsplatz mit kleiner Holzhütte.

²⁶¹ Bundesgesetz vom 7. Dezember 1922 über die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten (Mietengesetz), BGBl 1922/872, wiederverlautbart durch V 22.6.1929, BGBl 210.

²⁶² OGH 3 Ob 924/31 MietSlg 10.172; LG Wien 39 R 1393/35 MietSlg 10.173; OGH 1 Ob 292/53 SZ 26/167 u.v.a.; RIS-Justiz RS0066855.

²⁶³ F. Bydlinski, JBl 1984, 241 f; F. Bydlinski, Superädifikate 47; Schimetschek, Bestandrecht im Zusammenhang mit Superädifikaten, in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 80.

²⁶⁴ Der Anspruch auf Investitionersatz steht jedoch nur zu, wenn die Aufwendungen „über die Mietdauer hinaus wirksam und von Nutzen sind“, d.h. lediglich dann, wenn den Mieter keine Abbruchverpflichtung trifft.

²⁶⁵ Vonkilch in GeKo Wohnrecht I § 49 MRG Rz 6 f.

Nach der Rechtslage seit Inkrafttreten des MRG²⁶⁶ unterliegen, wie bereits ausgeführt, reine Flächenmietverträge nicht dem Mieterschutz. Soll nach dem Willen der Vertragsparteien auf einem gemieteten Grundstück ein Superädifikat errichtet werden, so ist Gegenstand der vertraglichen Gebrauchsüberlassung keine Räumlichkeit (diese wird ja erst vom Mieter errichtet und steht als sonderrechtsfähiges Gebilde in dessen Eigentum), sondern ein idR unbebautes Grundstück, weshalb, beurteilt nach dem Gesetzeswortlaut, eine reine Flächenmiete vorliegt, auf die das MRG nicht (direkt) anwendbar ist. Das MRG wird hier nur ausnahmsweise dann direkt zur Anwendung kommen, wenn zugleich mit dem für die Superädifikatserrichtung in Bestand gegebenen Grundstück ein bereits auf diesem errichtetes Objekt vermietet wird, dem gemessen am Vertragszweck eine selbständige Bedeutung zukommt, sofern dieses nicht unter die Vollausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2 MRG fällt.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass das MRG auf ein Grundnutzungsverhältnis auf Mietvertragsbasis grundsätzlich nicht direkt anwendbar ist.

2. Die stRsp und ältere Lehre

a. Die analoge Anwendung des Kündigungsschutzes durch die Judikatur

Während auf Flächenmietverträge zur Errichtung eines geschäftlichen Zwecken gewidmeten Superädifikates wie auch ganz generell auf die Flächenmiete zu geschäftlichen Zwecken das MG anwendbar war, wodurch dem Superädifiziar automatisch der im MG geregelte Bestandsschutz zugutekam, war der Anwendungsbereich des MG darüber hinaus vergleichbar wie später im MRG geregelt, nämlich auf „*die Miete von Wohnungen oder einzelnen Wohnungsbestandteilen*“ inklusive mitgemieteter untergeordneter Flächen eingeschränkt. Mietverträge zwecks vereinbarungsgemäßer Errichtung eines Wohnzwecken dienenden Superädifikats waren – da es sich hierbei um keine Raummiete handelt – auch vom Wortlaut des MG nicht umfasst, weshalb dieses nicht direkt anwendbar war.

Nachdem der OGH diese Rechtslage noch in der Entscheidung SZ 26/167 aus dem Jahr 1953 als vom Gesetzgeber gewollt angesehen hatte,²⁶⁷ sprach er sich in weiterer Folge ausgehend von der Leitentscheidung MietSlg 3.750 aus dem darauffolgenden Jahr für eine analoge Anwendbarkeit des MG auf die Miete von Grundstücken aus, auf denen mit Zustimmung des

²⁶⁶ Gemäß § 58 Abs 1 MRG grundsätzlich mit 1.1.1982.

²⁶⁷ OGH 1 Ob 292/53 SZ 26/167: „Daraus ist zu entnehmen, daß, abgesehen von den Geschäftsräumen, wie bereits erwähnt, die Bestimmungen des Mietengesetzes nur auf die Miete von Wohnräumen in Gebäuden anzuwenden sind und eine Ausdehnung der Kündigungsbeschränkungen über den Rahmen des § 1 Abs. 1 MietG. auf vom Vermieter nicht bebaute Grundstücke, die nicht zu geschäftlichen Zwecken bestimmt und dazu dem Mieter in Bestand gegeben worden sind, auch nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht, der übrigens andernfalls den Geltungsbereich des Mietengesetzes oder wenigstens der Kündigungsbeschränkungen auf derartige Fälle hätte ausdehnen können.“

Vermieters und der Baubehörde festgemauerte/ stabile Baulichkeiten (nicht hingegen „Baracken“²⁶⁸) errichtet wurden, die für den Vermieter erkennbar²⁶⁹ dauernden Wohnzwecken²⁷⁰ des Mieters dienen sollen, sodass die Bodenmiete einer Wohnungsmiete gleichkommt.²⁷¹ Ausschlaggebend für die Analogie war folgender Gedankengang: Der Mieter einer Grundfläche, der auf dieser ein Wohnzwecken dienendes, massives Bauwerk errichtet, ist von der Aufkündigung des Mietverhältnisses aufgrund der mangels abweichender Vereinbarung bestehenden Verpflichtung zur Abtragung des Bauwerkes stärker betroffen als der Mieter einer Wohnung/ eines Wohnungsteiles. Zudem widerspricht die Abtragsverpflichtung und die damit einhergehende Zerstörung von Wohnraum ohne hinreichenden Grund der Absicht des MG, Wohnraum zu sichern.²⁷² Wie aus dieser Begründung unschwer erkennbar ist, ging es dem OGH (in erster Linie) um die Anwendbarkeit der MG-Kündigungsschutzbestimmungen, wenngleich er nicht näher differenzierend aussprach, dass das MG analog anzuwenden ist.

Diese Judikaturlinie fand in der älteren Lehre, allen voran bei *F. Bydlinski*, der sie im Rahmen einer kritischen dogmatischen Untersuchung vom Ergebnis her unterstützte,²⁷³ Zustimmung und wurde auch nach Inkrafttreten des MRG fortgeschrieben sowie *F. Bydlinski* folgend auf geschäftlichen Zwecken dienende Superädifikate ausgedehnt.²⁷⁴ Das MRG ist sohin nach mittlerweile stRsp analog auf die Miete von Grundstücken anwendbar, auf denen vom Mieter mit Zustimmung des Vermieters binnen vereinbarter bzw. angemessener Frist²⁷⁵ ein Superädifikat zu (relativ)²⁷⁶ dauernden Wohn- bzw. geschäftlichen Zwecken errichtet wurde bzw. wird (Wohngebäude-Superädifikat bzw. Geschäftsraum-Superädifikat). Es handelt sich bei Wohn- bzw. Geschäftszwecken dienenden Superädifikaten nach Ansicht des OGH um „Räume“ mit der Besonderheit, dass diese auf fremdem Grund errichtet werden und ohne die Flächenmiete keinen Bestand haben können. Wie bei „normalen“ Wohn- oder Geschäftsräumen

²⁶⁸ Die bereits erwähnte Entscheidung OGH 1 Ob 292/53 SZ 26/167 betraf eine Baracke.

²⁶⁹ Auf die Erkennbarkeit kommt es insbesondere bei Errichtung des Bauwerkes für den Mieter durch einen Dritten an; OGH 5 Ob 223/66 und 4 Ob 523/66 MietSlg 18.251.

²⁷⁰ Dauernde Wohnzwecke liegen bei Abschluss des Mietvertrages auf drei Jahre sowie ausdrücklicher vertraglicher Verpflichtung, bei Parzellierung der Liegenschaft zu weichen, nicht vor; OGH 7 Ob 35/75 MietSlg 27.246; Ebenso wenig bei einem lediglich Erholungszwecken dienenden, 28m² großen Gartenhaus (das zudem ohne Zustimmung errichtet wurde); LGZ Wien 41 R 5/76 MietSlg 28.200.

²⁷¹ OGH 2 Ob 974/53 MietSlg 3.750; OGH 1 Ob 530/31 MietSlg 10.166; OGH 5 Ob 223/66 u 4 Ob 523/66 MietSlg 18.251; OGH 7 Ob 35/75 MietSlg 27.246; OGH 7 Ob 692/76 MietSlg 28.199; u.v.a.

²⁷² OGH 2 Ob 974/53 MietSlg 3.750.

²⁷³ *F. Bydlinski*, JBl 1984, 241; Siehe sogleich, III. C. 2. b.

²⁷⁴ OGH 5 Ob 607/84 MietSlg 36.236: „Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Fall der Grundstücksmiete mit Wohngebäude – Superädifikat und der Fall der Grundstücksmiete mit Geschäftsraum – Superädifikat nicht (mehr) in den Bereich der analogen Anwendung des § 1 MRG fallen sollten.“

²⁷⁵ OGH 6 Ob 59/98i MietSlg 50.246; OGH 9 Ob 512/95 SZ 68/123; OGH 8 Ob 83/10d MietSlg 63.255.

²⁷⁶ Hierdurch soll zugleich dem Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht entsprochen werden; RIS-Justiz RS0069454.

stellt sich auch hinsichtlich der „Superädifikats-Räume“ das Problem des Schutzes der Interessen des Mieters an diesen mittels rechtlicher Absicherung des Bestandverhältnisses und liegt keine bewusste gesetzgeberische Entscheidung gegen die Anwendung des MRG auf Flächenmieten zur Errichtung von Wohn- oder Geschäftszecken dienenden Superädifikaten vor, weshalb auch nach der jüngeren Rsp eine Analogie zum MRG gerechtfertigt ist.²⁷⁷

Auch bei der analogen Anwendung des MRG kommt es ganz wesentlich auf den Vertragszweck²⁷⁸ an, nämlich im Hinblick darauf, ob das Superädifikat zumindest relativ dauernd²⁷⁹ Wohn- oder Geschäftszwecken dienen soll sowie darauf, ob dieses im funktionellen Verhältnis zur vermieteten Grundfläche von selbständiger und nicht bloß untergeordneter Bedeutung ist.²⁸⁰ Auch kommt die Analogie nur dann zum Tragen, wenn es sich um Räume iSd oben beschriebenen Verständnisses handelt, die zudem eine objektive Eignung aufweisen, Wohn- oder Geschäftszwecken zu dienen.²⁸¹

Während die Rsp seit Jahrzehnten einhellig die analoge Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes auf Superädifikats-Flächenmieten vertritt, herrscht im Hinblick auf die Frage der Analogie zu weiteren MRG-Bestimmungen aufgrund der diesbezüglich uneinheitlichen und z.T. widersprüchlichen Judikatur weitgehend Unklarheit.²⁸² In der jüngeren Lehre mehrten sich indes die kritischen Stimmen an der Analogie zum MRG.²⁸³

Mit Inkrafttreten der durch die MRN 2001 geschaffenen Vollausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 5 MRG (Ein- oder Zwei-Objekt-Häuser) am 1.1.2002 erfuhr die Analogie zum MRG eine in der Praxis bedeutsame Einschränkung. Nach dieser Bestimmung, die inhaltlich eine Weiterentwicklung der vormaligen Teilausnahmebestimmung des § 1 Abs 4 Z 2 MRG (Ein- oder Zweifamilienhäuser) darstellt, sind Mietverträge über Wohnungen bzw. Wohnungs-

²⁷⁷ OGH 5 Ob 607/84 MietSlg 36.236; OGH 2 Ob 580/84 MietSlg 36.237; OGH 6 Ob 517/85 MietSlg 37.222; OGH 1 Ob 704/85 MietSlg 37.223; LGZ Wien 41 R 590/85 MietSlg 37.224; OGH 8 Ob 550, 551 /86 MietSlg 38.255; OGH 7 Ob 677/86 MietSlg 38.256; OGH 1 Ob 565/84 MietSlg 46.235; u.v.a.; jüngst: OGH 1 Ob 189/17a immolex 2018/24 = MietSlg 69.253; RIS-Justiz RS0069261; RIS-Justiz RS0066883; RIS-Justiz RS0069255.

²⁷⁸ Maßgeblich ist der übereinstimmende Parteiwille bei Vertragsabschluss; LGZ Wien 41 R 590/85 MietSlg 37.224.

²⁷⁹ Vgl. OGH 2 Ob 580/84 MietSlg 36.237; „Ging die Absicht der Parteien des Bestandvertrages dahin, das zu geschäftlichen Zwecken zu errichtende Bauwerk nicht dauernd auf dem vermieteten Grund zu belassen, so lag der Zweck des Vertragsabschlusses nicht in der Beschaffung eines Raumes zu dauernder geschäftlicher Tätigkeit, so daß auch eine analoge Anwendung des MRG ausgeschlossen ist.“; RIS-Justiz RS0066883.

²⁸⁰ RIS-Justiz RS0069482 [siehe T 2]; Selbständige Bedeutung verneinend: OGH 1 Ob 578/90 MietSlg 42.171 - Baulichkeiten auf Campingplatz; Selbständige Bedeutung bejahend: OGH 8 Ob 640/88 wobl 1990/80 (Würth) – Schleplift samt Berg- und Talstation; OGH 1 Ob 616/86 = MietSlg 38.485 – Einfamilienhaus auf 500m² Grund.

²⁸¹ OGH 7 Ob 31/06v wobl 2006/142 = Zak 2006/330 – Schirmbar mit Windschutzverglasung.

²⁸² T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 55a f; H. Böhm/ Prader in GeKo Wohnrecht I § 1 MRG Rz 43, 46; Kohlmaier in Artner/ Kohlmaier, Praxishandbuch³ 164; siehe unten, III. C.4.

²⁸³ Siehe sogleich unten, III. C. 3.

teile oder Geschäftsräume in Gebäuden „mit nicht mehr als zwei selbständigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten“ (nachträglich geschaffene Dachbodenausbauten zählen nicht) zur Gänze vom MRG ausgenommen. Maßgeblich ist hierbei, dass auf einem Grundbuchskörper neben maximal zwei dem MRG unterliegenden Objekten (Wohnungen und/ oder Geschäftsräumen) keine weiteren Objekte tatsächlich selbständig vermietet sind bzw. objektiv einer selbständigen Vermietung zugänglich wären (sofern es sich nicht um typische Nebenräume eines Bestandobjektes handelt), wobei die Verhältnisse bei Vertragsabschluss bzw. Mietbeginn sowie die Verkehrsauffassung entscheiden.²⁸⁴ Nach hL und Rsp ist diese Vollausnahmebestimmung analog auf die Superädifikats-Flächenmiete anwendbar und unterliegen daher Mietverträge zwecks Errichtung von „Ein-oder-Zwei-Objekt-Superädifikaten“ nicht der Analogie zum MRG, wobei dies damit gerechtfertigt wird, dass das MRG nicht auf die Miete von Flächen zur Errichtung jener Objekte analog angewendet werden dürfe, die im Falle einer Raummiete nicht der direkten Anwendbarkeit des MRG unterliegen würden.²⁸⁵

Ob ein von der Vollausnahmebestimmung umfasstes „Ein-oder-Zwei-Objekt-Superädifikat“ vorliegt, ist – mangels Existenz des Superädifikates im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – nach dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu beurteilen, wobei jene Objekte nicht als selbständig anzusehen und daher nicht gesondert zu berücksichtigen sind, die zu einem Wohnungsverband gehören oder mit anderen Objekten eine wirtschaftliche Einheit bilden.²⁸⁶ Im Sinne einer liegenschaftsbezogenen Betrachtungsweise sind grundsätzlich sämtliche auf der Liegenschaft errichtete bzw. zu errichtende, selbständig vermietbare/ vermietete Objekte zu berücksichtigen, es sei denn, es wäre unbillig, mehrere Bauwerke bzw. Objekte als Einheit anzusehen. Eine derartige Unbilligkeit läge vor, wenn die Bauwerke bzw. Objekte tatsächlich und wirtschaftlich derart voneinander getrennt sind, dass sie jeweils für sich alleine eine wirtschaftliche Einheit darstellen und nicht im Verhältnis Haupt- und Nebensache zueinanderstehen. Dies ist nach der Verkehrsauffassung im Einzelfall zu beurteilen, wobei folgende Kriterien eine Rolle spielen können: „das Vorhandensein gemeinsamer Versorgungseinrichtungen [...], Alter der Gebäude, bauliche Trennung,

²⁸⁴ RIS-Justiz RS0127181; RIS-Justiz RS0079363; RIS-Justiz RS0079853; RIS-Justiz RS0069389; OGH 8 Ob 116/17t immolex-LS 2018/1; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 78.

²⁸⁵ H. Böhm, bbl 2002, 95; maW: „Wo das MRG nicht einmal direkt anwendbar ist, kann es schon gar nicht analog angewendet werden“ H. Böhm/ Prader in GeKo Wohnrecht I § 1 MRG Rz 42; Andernfalls würde man die Bodenmiete infolge einer „wunderbaren Normenvermehrung“ strenger behandeln als die Raummiete, Kletečka, ecolex 2003, 229 ff; OGH 1 Ob 189/17a immolex 2018/24 = MietSlg 69.253.

²⁸⁶ OGH 1 Ob 189/17a immolex 2018/24 = MietSlg 69.253; Bei Geschäftsraum-Superädifikaten gilt also eine unternehmensbezogene Sichtweise; H. Böhm, bbl 2002, 95; zust Kletečka, ecolex 2003, 229 ff.

Erhaltungszustand oder auch unterschiedliche Verwendung, einerseits zu Wohnzwecken, andererseits zu betrieblichen Zwecken.“²⁸⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in stRsp vertretene analoge Anwendung des MRG auf Flächenmietverträge zur Errichtung eines Wohn- oder Geschäftsraumsuperädifikates aufgrund der Bestimmung des § 1 Abs 2 Z 5 MRG nur mehr für Altverträge (vor dem 1.1.2002 abgeschlossen) sowie Neuverträge zur Errichtung von (in der Praxis selten vorkommenden) „Mehr-Objekt-Superädifikaten“ maßgeblich ist. Freilich hat die Analogie zum MRG aufgrund der hohen Anzahl an Altverträgen (derzeit noch) keinesfalls an Bedeutung verloren.

b. Die dogmatische Untermauerung der Judikatur durch F. Bydlinski

Einen maßgeblichen Beitrag zur Festigung und Fortentwicklung der soeben dargestellten Judikaturlinie leistete *F. Bydlinski*. In einem vielbeachteten Aufsatz aus dem Jahre 1984²⁸⁸ setzte er sich vertiefend mit der dogmatischen Begründbarkeit der von der Judikatur vertretenen analogen Anwendung des MG (Kündigungsschutzes) auf Flächenmieten zur Errichtung von Wohnraum-Superädifikaten, den hierfür verlangten Voraussetzungen sowie der Fortschreibung der Analogie auf das MRG auseinander.

Zunächst stellte *F. Bydlinski* klar, dass das MG infolge Überschreitung des äußerst möglichen Wortsinnes lediglich im Wege einer Analogie auf die Miete von Grundstücken zur Errichtung von Wohngebäuden anwendbar sein könne und dass Grundlage eines jeden Analogieschlusses (§ 7) die zureichende (Rechts-)Ähnlichkeit eines gesetzlich nicht geregelten mit einem gesetzlich geregelten Sachverhalt sowie eine Gesetzeslücke iS einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes sei. Vorliegend seien diese Voraussetzungen und somit eine teleologische Lücke²⁸⁹ gegeben, da zum einen mangels einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Anwendung des Kündigungsschutzes auf Wohnraum-Superädifikate eine Gesetzeslücke vorliege, sowie zum anderen, gemessen an den Zwecken des Mieterschutzes (Sicherung des Grundbedürfnisses Wohnen) sowie der Interessenlage, eine ausreichende Rechtsähnlichkeit zwischen einer Wohnraummiete und einer Flächenmiete zur Errichtung eines für den Vermieter erkennbar dauerhaft Wohnzwecken dienenden Superädifikates bestehe, weshalb eine Verschiedenbehandlung dieser Fälle sachlich nicht zu rechtfertigen sei.

²⁸⁷ OGH 4 Ob 244/18p immolex-LS 2019/22; OGH 8 Ob 22/19x Zak 2019/276 = immo aktuell 2019/29 (Höllwerth); RIS-Justiz RS0069949; RIS-Justiz RS0079849; RIS-Justiz RS0079853; RIS-Justiz RS0069376.

²⁸⁸ *F. Bydlinski*, JBl 1984, 241.

²⁸⁹ „Bei der sehr wohl in Frage kommenden teleologischen (weniger glücklich auch „unechten“) Lücke fordert der Grund (die ratio, der Zweck oder die Grundwertung) des Gesetzes in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung einer gesetzlichen Norm (oder auch mehrerer Vorschriften) auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall.“; *F. Bydlinski*, JBl 1984, 244.

Insbesondere existiere auch bei Wohnraum-Superädifikaten derselbe Interessenkonflikt zwischen dem Mieterinteresse auf möglichst langfristigen Gebrauch zur Sicherung des Wohnbedürfnisses auf der einen und dem Vermieterinteresse auf Dispositionsfreiheit auf der anderen Seite und habe ersteres Vorrang, wenn der Vermieter der Bauführung bei erkennbarer Absicht des Mieters auf (relativ) dauernde Befriedigung eines Wohnbedürfnisses²⁹⁰ zustimmt, da der Vermieter in diesem Falle nicht mit der baldigen Verfügbarkeit seines Grundes rechnen dürfe. Das Kriterium der Befriedigung eines relativ dauernden Wohnbedürfnisses stehe hierbei nicht im Widerspruch zum Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht des Mieters als Superädifiziar und schade somit der erforderlichen Rechtsähnlichkeit nicht: *„Der Widerspruch zur Voraussetzung eines Superädifikats, daß die Absicht des dauernden Verbleibens fehlen muß (§ 435 ABGB), ist dagegen nur ein scheinbarer, da sich diese gesetzliche Voraussetzung auf die Existenz des Gebäudes auf dem fremden Grund, die von der Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzung „dauernder“ Befriedigung eines Wohnbedarfes durch den Erbauer des Superädifikates dagegen offenbar auf die Existenz dieser Person bezieht.“* Zudem komme der mangelnden Belassungsabsicht des Bauführers ohnehin nur beschränkte Bedeutung *„als weite und elastische Schranke gegenüber einer Dauertrennung von Grund- und Gebäudeeigentum im Interesse des Rechtsverkehrs“* zu.²⁹¹ Der relativ dauerhafte Wohnzweck müsse nicht zwingend, wie von der Judikatur zum MG gefordert, aus der Beschaffenheit (massive Bauweise) hervorgehen, sondern sei diese lediglich Indiz hierfür. Irrelevant sei zudem das von der Judikatur aufgestellte Erfordernis einer baubehördlichen Genehmigung, da dieses an der Interessenlage – ebenso wie die Bauweise – nichts ändere. Im Ergebnis bejaht auch *F. Bydlinski* nach umfassender Interessenabwägung und aufgrund eines Größenschlusses (*argumentum a minori ad maius*) die analoge Anwendung des MG-Kündigungsschutzes und – infolge diesbezüglich unveränderter Rechts- und Interessenlage – auch des MRG-Kündigungsschutzes auf Flächenmieten zur Errichtung von Wohnraum-Superädifikaten.²⁹²

Auch bei Geschäftsraum-Superädifikaten sind nach *F. Bydlinski* die Voraussetzungen einer analogen Anwendbarkeit des MRG-Kündigungsschutzes gegeben. Zwar habe sich der Gesetzgeber bewusst für eine „Straffung“ des MRG-Anwendungsbereiches durch die Herausnahme der reinen Geschäftsflächenmiete (Lagerplätze) und die Konzentration auf die Raummiete als zentrales Anliegen entschieden, weshalb keine planwidrige Unvollständigkeit

²⁹⁰ Die erforderliche Dauerhaftigkeit der Wohnzwecke sei nicht wortwörtlich zu verstehen, sondern genüge eine Absicht zur Deckung des Wohnbedürfnisses für *„unbestimmte, voraussichtlich aber lange Zeit“*; Entscheidend sei der im Wege der Auslegung zu ermittelnde Vertragszweck; *F. Bydlinski*, JBl 1984, 247.

²⁹¹ *F. Bydlinski*, JBl 1984, 247 FN 19.

²⁹² *F. Bydlinski*, JBl 1984, 243 ff.

vorliege, die eine generelle analoge Heranziehung des MRG auf Geschäftsflächen erlaube. Aufgrund der Abhängigkeit eines Geschäftsraum-Superädifikates von dem zugrundeliegenden Mietverhältnis und der nach Vertragsende greifenden Abbruchspflicht stelle die Flächenmiete zur Errichtung eines Geschäftsraum-Superädifikates hingegen einen Sonderfall dar und sei eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung gegen die Anwendbarkeit des MRG-Kündigungsschutzes nicht erkennbar, weshalb *F. Bydlinski* diesen auch hier als analog anwendbar ansieht. Voraussetzung hierfür sei parallel zu den Wohnraum-Superädifikaten die dem Vermieter erkennbare Absicht auf relativ dauernde geschäftliche Nutzung des Superädifikates sowie, dass es sich um Geschäftsräume iSd obigen Darstellung handle.²⁹³

3. Die Kritik der jüngeren Lehre

Während die soeben dargestellte Meinung *F. Bydlinskis* zunächst unangefochten herrschende Lehre war und dogmatischen Nährboden für die Judikatur lieferte, mehrten sich seit den 1990er Jahren in der jüngeren Lehre die Kritiker der Analogie zum MRG, die mittlerweile zahlenmäßig die Befürworter deutlich überwiegen.

Kernpunkt und gleichsam gemeinsamer Nenner der Kritik ist der unüberwindbare Widerspruch der analogen Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen zum Wesen des Superädifikates. So betont etwa *Holzner*, dass sich Kündigungsschutz und Superädifikats-eigenschaft gegenseitig ausschließen: Die Selbständigkeit (Sonderrechtsfähigkeit) des Superädifikates hinge von der mangelnden Belassungsabsicht des Bauführers ab (§ 435) und ziele das MRG konträr jedoch auf eine möglichst lange Dauer des Mietverhältnisses ab. Das Bauwerk könne daher bei Anwendung des MRG-Bestandschutzes mangels ernstzunehmender Beseitigungsabsicht nicht selbständig sein, sondern müsste dem Grundeigentümer zuwachsen und laufe die Analogie daher im Ergebnis der vom Bauführer beabsichtigten Selbständigkeit entgegen.²⁹⁴ *Kletečka* hakt in diesen Kritikpunkt ein – „*Eine übersteigerte Nutzungsfunktion des Grundnutzungsverhältnisses nimmt ihm die Dokumentationsfunktion.*“; ein unbefristeter Mietvertrag könne nur dann die fehlende Belassungsabsicht indizieren, wenn man die Analogie zum MRG verneint – und bezweifelt aufgrund des Konfliktes mit der fehlenden Belassungsabsicht und gemessen am „Plan“ der gesamten Rechtsordnung das Vorliegen einer die Analogie rechtfertigenden Gesetzeslücke.²⁹⁵ Die von *F. Bydlinski* wie soeben dargestellt

²⁹³ *F. Bydlinski*, JbL 1984, 249 ff.

²⁹⁴ *Holzner*, JbL 1994, 601.

²⁹⁵ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; ebd: „*Die Annahme, dass der Gesetzgeber einerseits die zeitliche Begrenzung der durch das Superädifikat bewirkten Eigentumsspaltung anordnet, andererseits aber das Grundnutzungsverhältnis, von dem die Eigentumsspaltung abhängt, mit einer derart starken Bestandsgarantie ausstattet, unterstellte aber wohl einen in sich widersprüchlichen Plan.*“; *Zust Pletzer*, immolex 2005, 114 ff.

vorgenommene Unterscheidung zwischen der Existenz des Bauwerkes auf der einen sowie der Existenz der bewohnenden Person auf der anderen Seite kann *Kletečka* nicht nachvollziehen, zumal auch die Existenz des Bauwerkes vom Bestehen des Mietvertrages und somit vom Kündigungsschutz abhängt.²⁹⁶ *Rechtberger/ Oberhammer*, sehen in der analogen Anwendbarkeit der MRG-Kündigungsschutzbestimmungen eine „gewisse *Perplexität*“, da die Analogie bei massiven Bauwerken ein „massives“ Indiz gegen den Mangel der Belassungsabsicht darstelle. Die Analogie sei nur in den praktisch weniger bedeutsamen Fällen nicht massiv errichteter Superädifikate sowie bei befristeten Mietverhältnissen mit vereinbarter Kündigungsmöglichkeit für die Superädifikatseigenschaft unschädlich.²⁹⁷ Auch *H. Böhm/ Prader* kritisieren die analoge Anwendung des Bestandschutzes als dem Wesen des Superädifikates „*diametral*“ entgegenstehend, da diese „zu uU „ewigem“ Bestand des Flächenmietvertrages und damit zum dauernden Auseinanderfallen von Liegenschafts- und Gebäudeeigentum führen kann“.²⁹⁸

Nahe verwandt mit der Analogie zum Kündigungsschutz ist die wie bereits oben unter II. B. 2. dargestellt strittige Frage, ob ein unbefristetes Mietverhältnis überhaupt geeignet ist, die mangelnde Belassungsabsicht hinreichend zu dokumentieren.²⁹⁹ Folge man mit Teilen der Rsp der Ansicht, dass eine Befristung erforderlich ist, um der geforderten, von vornherein bestehenden zeitlichen Begrenzung zu genügen, so ist eine Analogie zum MRG-Kündigungsschutz nach *Kletečka* eigentlich überflüssig. Einem befristeten Mietvertrag komme nämlich von Haus aus höhere Bestandfestigkeit zu, weil dieser mit Zeitablauf ende und mangels abweichender Vereinbarung nicht gemäß § 30 MRG vorzeitig gekündigt werden könne. Zudem hätte die Analogie unter eben erwähnter Prämisse das Institut des Superädifikates in seiner Existenz gefährdet, so man auch von einer analogen Anwendung der MRG-Befristungsbeschränkungen ausgeht, da vor der WRN 2000 keine wirtschaftlich sinnvolle Befristung bei Geschäftsraum-Superädifikaten möglich gewesen wäre.³⁰⁰

In der Lehre ebenfalls gegen die Analogie ins Treffen geführt wird das Argument, dass diese aufgrund ihres Widerspruches zur Absicht des Gesetzgebers zu Ungereimtheiten in der Praxis sowie nachteiligen Folgen für den Verkehrsschutz beitrage. So stellt *Forster* fest, dass die analoge Anwendung des Kündigungsschutzes eine künstliche Absicherung des der

²⁹⁶ Ebd, FN 23.

²⁹⁷ *Rechtberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechtberger/ Zitta* Rz 60; Ebenso: *Rechtberger/ Graf*, *immolex* 2004, 260 ff; Zust *H. Böhm/ Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 48.

²⁹⁸ *H. Böhm/ Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 47.

²⁹⁹ Siehe dazu näher unten, IV. B. 2.

³⁰⁰ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; *Holzner*, *ÖBA* 2001, 305; *Pletzer*, *immolex* 2005, 114 ff.

Superädifikatskonstruktion zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsverhältnisses darstelle. Diese widerspreche der klaren Intention des Gesetzgebers zum Verhältnis des Superädifikates als Bauwerk auf fremdem Grund auf Basis eines vorübergehenden, idR obligatorischen Rechtsverhältnisses zum Baurecht als relativ dauerndes Recht, auf fremdem Grund ein Bauwerk zu haben³⁰¹ und führe u.a. dazu, dass vermehrt (massive) Großbauten auf Superädifikatsbasis errichtet werden und das Superädifikat in eine Rolle gedrängt werde, für die es nicht gedacht sei (mit zahlreichen einhergehenden Problemen und Ungereimtheiten).³⁰² Durch die Analogie zum Kündigungsschutz würden nach *Holzner* die nachteiligen Folgen der Publizitätsdefizite des Superädifikates noch verstärkt: Mangels Analogie könnte ein Liegenschaftserwerber, dessen Vertrauen in die Bestandteileigenschaft eines auf der Liegenschaft errichteten Superädifikates enttäuscht wurde, den Mietvertrag gemäß § 1120 aufkündigen und den Superädifiziar durch seinen Anspruch auf Abbruch des Bauwerkes (zumindest indirekt) auch zur Übereignung des Bauwerkes zwingen und im Ergebnis auch Eigentum an diesem erwerben.³⁰³ Durch die analoge Anwendung des MRG-Kündigungsschutzes, die konsequenter Weise auch den Vertragseintritt des Erwerbers eines Mietgegenstandes in den bestehenden Mietvertrag gemäß § 2 Abs 1 letzter Satz MRG erfassen müsste, bliebe dem Erwerber die beschriebene Möglichkeit verwehrt und stelle sich daher erst die schwierige Frage, ob und in welchen Fällen ein gutgläubiger Miterwerb am Superädifikat³⁰⁴ möglich sei.³⁰⁵

An der Analogie zum MRG-Kündigungsschutz wird weiters die Begründetheit und das Ausmaß des dem Superädifiziar zukommenden Schutzes kritisiert. So fehle es dem Bauführer, der sich die Anschaffung/ Errichtung eines in seinem Eigentum stehenden Bauwerkes leisten kann, an der den Kündigungsschutz rechtfertigenden wirtschaftlichen Unterlegenheit und der hieraus resultierenden Schutzwürdigkeit eines „gewöhnlichen“ Mieters und sei er aufgrund seiner stärkeren Stellung in der Lage, mit dem Bodeneigentümer ein für ihn günstiges Grundnutzungsverhältnis zu vereinbaren (z.B. Verbücherung gemäß § 1095, Servitut).³⁰⁶ Aus

³⁰¹ Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168: „Die bessere gesetzliche Regelung der hier in Frage stehenden „Superädifikate“ wird aber auch neben dem neu geschaffenen Rechtsinstitute eines „dinglichen“ Baurechts nicht überflüssig. Nach bestimmten wirtschaftspolitischen Zielen geordnet, wird letzteres nur (relativ) dauernder Bodenbenützung zu dienen geeignet sein. Daneben wird immer noch Raum bleiben für lediglich persönlich verpflichtende Vereinbarungen über die vorübergehende Duldung von Bauwerken (i.w.S.) eines anderen auf eigenem Grund.“

³⁰² Forster, Ausgewählte Fragen 205 ff.

³⁰³ Auch ein (gutgläubiger) Hypothekargläubiger wäre geschützt, da dem exekutiven Erwerber nach § 1121 ebenfalls ein Kündigungsrecht zusteht, wodurch einer Entwertung des Grundstückes und einer Verringerung des Exekutionserlöses entgegengewirkt würde; *Holzner*, ÖBA 2001, 305.

³⁰⁴ Zu dieser Problematik siehe unten, IV. C. 2.

³⁰⁵ *Holzner*, JBL 1994, 600; *Holzner*, ÖBA 2001, 305; Zust *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff.

³⁰⁶ *Holzner*, JBL 1994, 600 f.

rechtstatsächlicher Sicht spreche die in der Praxis häufig anzutreffende Vertragskonstruktion einer Heimfallsklausel, der zufolge das Bauwerk nach dem Ende des Grundnutzungsverhältnisses dem Grundeigentümer zufallen soll, gegen eine aus dem Abbruch des Bauwerkes resultierende Schutzwürdigkeit des Bauführers.³⁰⁷ Nicht nur, dass es dem Bauführer an der Schutzwürdigkeit fehle, werde er dadurch, dass eine Reihe der Kündigungsgründe von vornherein nicht anwendbar seien, besser gestellt als im Falle einer „normalen“ Raummiete und stehe er insgesamt sogar besser da als ein Fruchtgenussberechtigter, weil Mietverhältnisse, die dem MRG unterliegen, nach hA ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen seien. Die Analogie zum MRG-Kündigungsschutz bewirke somit im Ergebnis ein „*dingliches Superrecht*“.³⁰⁸

Schließlich argumentiert *Kletečka*, dass eine allenfalls bestanden habende Gesetzeslücke jedenfalls nachträglich vom Gesetzgeber durch die Novellierung des § 49 MRG geschlossen worden sei. Dadurch, dass der Gesetzgeber für ursprünglich dem MG-Kündigungsschutz direkt unterliegende „Lagerplatzmieten“ lediglich einen Investitionsersatz, nicht jedoch eine Weitergeltung des Kündigungsschutzes vorsah, auch nicht für Geschäftsraum-Superädifikate, habe er seinen „Plan“ (schlüssig) geändert bzw. authentisch interpretiert. „*Damit erfasst die Novelle auch den Fall der Abbruchspflicht, aus dem Rsp und L im Wege des Größenschlusses den Kündigungsschutz abgeleitet haben. Der Gesetzgeber sah sich hingegen dazu gerade nicht veranlasst.*“³⁰⁹

Trotz dieser zahlreichen und gewichtigen Gegenstimmen sah sich der OGH indes nicht veranlasst, von seiner in stRsp vertretenen Analogie zum MRG-Kündigungsschutzregime abzurücken. Erstmals ging der OGH in der E 9 Ob 47/04h auf die kritische Lehre ein, wobei er sich inhaltlich nicht ausführlich mit dieser auseinandersetzte. Stattdessen zog er lediglich das letztgenannte Argument *Kletečkas* bezüglich der Lückenfüllung durch § 49 MRG sowie das Argument bezüglich der fehlenden tatsächlichen Schutzwürdigkeit infolge Heimfallklauseln heran und verwarf diese, da der von *Kletečka* ins Treffen geführte Größenschluss (durch die Abbruchspflicht ist der Superädifiziar schutzwürdiger, als ein „normaler“ Raummietler) nicht tragendes Argument der Judikatur sei. Auf die weiteren „tragenden“ Kritikpunkte (insbesondere auf den Wertungswiderspruch der Analogie zum Wesen des Superädifikates)

³⁰⁷ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff.

³⁰⁸ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; *Holzner*, ÖBA 2001, 305 f: „*ein Superrecht deshalb, weil es nicht einmal mehr dem Rangprinzip unterliegt (und das bei einer reinen Grundstücksmitte, bei der ein unbefangener Leser des § 1 MRG an die Anwendbarkeit des MRG gar nicht denkt!). Sogar die Begründung eines Fruchtgenußrechts könnte dem Gebäudeeigentümer eine derart günstige Position nicht verschaffen.*“

³⁰⁹ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; *Zust Pletzer*, immolex 2005, 114 ff.

wird in dieser E nicht näher eingegangen. Tragende Erwägung der Analogie zu den Kündigungsschutzbestimmungen ist für den OGH im Anschluss an die Leitentscheidung JBl 1985, 107³¹⁰ vielmehr die Tatsache, dass es sich auch bei vom Mieter errichteten Superädifikaten um „Räume“ handle mit der Besonderheit, dass diese in ihrem Bestand von der Grundstücksmitte abhängig seien. Es stelle sich *„daher auch hier [...] das Problem des Schutzes der Interessen an für Wohn- oder Geschäftszwecke genutzten Räumlichkeiten mittels rechtlicher Sicherung des der Nutzung zugrunde liegenden Mietverhältnisses“*, weshalb an der bisherigen Judikatur festzuhalten sei. § 49 MRG sei auf derartige „Räume“ nicht anwendbar.³¹¹

Eine ausführlichere Stellungnahme des OGH zur kritischen Lehre erfolgte nur wenig später in der E 6 Ob 88/05t. Hier hatte sich der OGH mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des MRG-Kündigungsschutzes auf eine unbefristete Flächenmiete mit 25-jährigem Kündigungsverzicht zwecks Errichtung eines Geschäftsraum-Superädifikats (Tankstellengebäude samt Servicestation) zu befassen. Dabei musste er aufgrund eines von der Klagsseite vorgelegten, von *Vonkilch* erstellten Rechtsgutachtens auf die oben dargestellten Gegenargumente sowie auf zusätzliche Gegenargumente *Vonkilchs*³¹² eingehen, die er jedoch aufgrund folgender Erwägungen allesamt verwarf: Auch bei auf fremdem Grund errichteten Bauwerken handle es sich um „Räume“, die in ihrem Bestand vom Mietverhältnis abhängig sind. Ebenso wie ein „normaler“ Geschäftsraummieter sei ein Superädifiziar, der auf fremdem Grund einen Geschäftsraum errichtet, in seiner unternehmerischen Tätigkeit sowie Existenz von der dauerhaften Nutzung von Bauwerk und Grund abhängig und liege gemessen am Schutzzweck des MRG (Schutz geschäftlicher Tätigkeit und Vermeidung nachteiliger betriebs- und volkswirtschaftlicher Auswirkungen durch Schaffung von Bestandfestigkeit der Mietverhältnisse) eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit vor. Ein Superädifiziar sei insbesondere im Regelfall auch nicht wirtschaftlich bessergestellt, als ein „normaler“ Geschäftsraummieter (häufig erfolge der Bau fremdfinanziert). Eine Errichtung für vorübergehende Zeit *„ändere an der dem Vermieter erkennbaren Absicht einer (relativen) dauernden Nutzung zu Geschäftszwecken nichts“* und sei der erwähnte Schutzzweck der

³¹⁰ OGH 1 Ob 565/84 MietSlg 46.235 = JBl 1985, 107.

³¹¹ OGH 9 Ob 47/04h wobl 2005/109 (krit *Schauer*) = RdW 2005, 354 = SZ 2004/161 = MietSlg 56.221.

³¹² *„Die Gesetzesmaterialien zum MRG 1982 bezeichneten die Raummiete als „zentrales Anliegen dieses Gesetzesvorhabens“, § 1 Abs 1 MRG sehe aber nur einen Kündigungsschutz für Grundstücksflächen vor, wenn diese mit einem dem MRG unterliegenden Objekt mitgemietet werden; die Abbruchspflicht des Superädifiziers könne vertraglich abbedungen werden und begründe daher keine Schutzbedürftigkeit; ein Vergleich mit dem Baurecht, das eine Befristung zulasse, spreche gegen die Anwendbarkeit des MRG auf Superädifikate; die Analogie bewirke eine nicht bloß vorübergehende, sondern eine dauerhafte Spaltung von Eigentum an Liegenschaften und Eigentum am Bauwerk; eine Judikaturwende sei ohne Enttäuschung des Vertrauens (auf ein Beibehalten der bisherigen Rechtsprechung) möglich.“*; OGH 6 Ob 88/05t wobl 2006/52 (T. Hausmann) = immolx 2006/64 = MietSlg 57.241 (15).

Kündigungsbeschränkungen vorrangig. Gegen die Analogie sprechen nach dem OGH auch nicht die mangelnde Anwendbarkeit einiger MRG-Bestimmungen sowie die Gesetzesmaterialien, die die Absicht einer Fokussierung auf die Raummiete betonen, da der Gesetzgeber, dem die Analogie bekannt gewesen sein musste, im Rahmen der zahlreichen Novellen keine Korrektur vorgenommen habe. Schlussendlich betonte der OGH, dass sich die Analogieproblematik aufgrund der Einführung der Vollaussnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 5 MRG in vielen Fällen gar nicht mehr stelle.³¹³ In der E 7 Ob 31/06v bestätigte der OGH die eben behandelte E und führte aus, dass eine fehlende Bestandfestigkeit des Grundnutzungsverhältnisses zur Instabilität einer auf fremdem Grund in einem Superädifikat ausgeübten Geschäftstätigkeit und hiermit verbunden auch zwangsläufig zu einer Gefahr für den wirtschaftlichen Wert, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und den Bestand des Unternehmens führe, was mit nachteiligen volkswirtschaftlichen Konsequenzen verbunden wäre.³¹⁴

Einen zwischen kritischer Lehre und Rsp vermittelnden Lösungsansatz der Analogiediskussion vertritt *Pletzer*. Die eben behandelten Erwägungen der Judikatur hätten zwar grundsätzlich etwas für sich, rechtfertigen ihrer Meinung nach aber keine analoge Anwendung des MRG-Kündigungsschutzes. Folge man jedoch der Auffassung, dass durch ein unbefristetes Mietverhältnis die vom Gesetz geforderte mangelnde Belassungsabsicht nicht hinreichend zum Ausdruck komme, so habe dies zur Konsequenz, dass der Grundsatz *superficies solo cedit* greife und von vornherein kein Superädifikat, sondern ein unselbständiger Liegenschaftsbestandteil vorliege (abweichende Vereinbarungen wären aufgrund des zwingenden Charakters des § 297 gemäß § 848 unwirksam). Der Mietvertrag sei nach dem Parteiwillen so auszulegen, dass das Benützungsrecht auch das Bauwerk mitumfasse, sodass im Ergebnis eine Raummiete vorliege, auf die das MRG unmittelbar zur Anwendung komme (sofern dem Bauwerk nicht nur untergeordnete Bedeutung zukomme).³¹⁵

Exkurs: Welche Kündigungsschutzbestimmungen des § 30 MRG sind analogiefähig?

Die soeben dargestellte Judikatur begnügt sich mit der pauschalen Feststellung, dass aufgrund der Schutzwürdigkeit des Superädifiziers der MRG-Kündigungsschutz analog auf das Mietverhältnis mit dem Grundeigentümer anwendbar ist, ohne jedoch die Tatbestände des § 30 MRG im Einzelnen auf ihre Analogiefähigkeit zu prüfen. Bei näherer Betrachtung zeigt

³¹³ OGH 6 Ob 88/05t wobl 2006/52 (*T. Hausmann*) = immolex 2006/64 = MietSlg 57.241 (15).

³¹⁴ OGH 7 Ob 31/06v wobl 2006/142 = Zak 2006/330 – Schirmbar mit Windschutzverglasung; Siehe ebenso OGH 7 Ob 137/06g MietSlg 58.207 = Zak 2006/640; OGH 15.2.2007 6 Ob 306/05a; OGH 3 Ob 185/07p ecollex 2008/190; OGH 5 Ob 144/08z MietSlg 60.219 = MietSlg 60.320 = wobl 2010/10 = Zak 2008/759; u.v.a.

³¹⁵ *Pletzer*, immolex 2005, 114 ff; Zust *H. Böhm/ Prader* in GeKo Wohnrecht I § 1 MRG Rz 48.

sich jedoch, dass zahlreiche der Tatbestände spezifisch auf die Raummiete zugeschnitten sind und daher auf Flächenmieten zur Superädifikatserrichtung nicht (friktionslos) anwendbar erscheinen. Hinzu kommt nach *Ostheim*, dass sich die Interessenlage des Vermieters bei einer Superädifikats-Bodenmiete insofern von einer „normalen“ Raummiete unterscheidet, als er das Bauwerk nicht selbst erworben/ geschaffen hat und dieses nach Ende des Vertragsverhältnisses mangels abweichender Vereinbarung auch nicht für eigene Zwecke benützen oder verwerten kann.³¹⁶ Es stellt sich daher die Frage nach dem tatsächlichen Umfang der Analogie zu den Kündigungsschutzbestimmungen.

Während sich bei der Analogie zur Generalklausel des § 30 Abs 1 MRG keine Probleme stellen, ist es in der Lehre z.T. strittig, welche Tatbestände des Abs 2 leg cit analog anwendbar sein können. Weitgehende Einigkeit besteht zunächst hinsichtlich der Anwendbarkeit der Z 1, 2, 3 und 13 des § 30 Abs 2 MRG ebenso wie darüber, dass die Z 10, 12, 14, 15 und 16 leg cit unanwendbar sind.³¹⁷ Zudem ist im Wesentlichen unstrittig,³¹⁸ dass auch die Eigenbedarfstatbestände (Z 8-11 leg cit) nicht auf eine Flächenmiete zur Superädifikatserrichtung passen, da dem Vermieter bei Vertragsbeendigung das Superädifikat nicht zur Bedarfsdeckung zur Verfügung steht, wobei nach *Ostheim* eine Ausnahme infrage käme, wenn der Eigenbedarf lediglich durch eine Bauführung befriedigt werden kann, was bei Geschäftsflächen denkbar wäre.³¹⁹ Darüber hinaus herrscht jedoch im Hinblick auf die Analogiefähigkeit der verbleibenden Bestimmungen Unklarheit.

So ist *Ostheim* der Ansicht, dass die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 4 MRG nicht analog anwendbar seien, da ähnlich wie bei einer Unternehmensveräußerung idR nicht die Verwertung des Mietrechtes, sondern die Weitergabe des im Eigentum des Superädifiziers stehende Bauwerkes im Vordergrund stehe und zudem der Vermieter grundsätzlich keinen Anspruch auf Benützung/ Verwertung des Superädifikates habe, sodass der Gedanke der Verfügbarmachung nicht dringend benötigter Wohnräume bzw. der Verhinderung der Hortung von benötigtem Wohnraum nicht greife. Aus selbigen Erwägungen greife auch der Tatbestand der Z 5 leg cit nicht. Die Kündigungstatbestände in § 30 Abs 2 Z 6 und 7 MRG seien demgegenüber nach *Ostheim* zusätzlich vom Gedanken der vertragswidrigen Verwendung des Bestandobjektes geprägt, sodass eine Verwendung des Superädifikates dann nicht mehr von der freien

³¹⁶ Der Gedanke der Vermeidung eines Hortens von Wohnraum spielt bei der Superädifikats-Bodenmiete daher keine Bedeutung; *Ostheim* in FS Kralik 508 f, 511.

³¹⁷ *Ostheim* in FS Kralik 509; *Rechberger/ Oberhammer* in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60; *T. Hausmann*, wobl 2013, 107.

³¹⁸ *Ostheim* in FS Kralik 512 f; *Rechberger/ Oberhammer* in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60; *T. Hausmann*, wobl 2013, 107.

³¹⁹ Im Einzelnen stellen sich hier jedoch bei der Frage der Ersatzbeschaffung Probleme, *Ostheim* in FS Kralik 512f.

Eigentumsausübung gedeckt und eine Kündigung nach diesen Bestimmungen in Frage komme, wenn in berechnigte Interessen des Grundeigentümers eingegriffen werde (etwa bei einer wesentlichen Veränderung des vereinbarten Verwendungszweckes).³²⁰

Rechberger/ Oberhammer schließen sich der dargelegten Auffassung *Ostheims* weitgehend an, kritisieren dabei jedoch die Anwendbarkeit der Tatbestände des § 30 Abs 2 Z 5 und 6 MRG als inkonsequent: Die Vermeidung des Hortens von Wohnraum sei bei Superädifikaten kein Kriterium, das eine Kündigung rechtfertige, weil der Superädifiziar den Wohnraum selbst geschaffen habe und greife bei groben Vertragswidrigkeiten ohnehin § 30 Abs 2 Z 3 MRG.³²¹

Demgegenüber erachtet *T. Hausmann* ohne nähere Begründung die Tatbestände der Z 4 1. Fall leg cit sowie der Z 5, 6 und 7 leg cit als analogiefähig.³²²

ME ist der konsequenten Ansicht von *Rechberger/ Oberhammer* (Unanwendbarkeit auch der Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 4-7 MRG) zu folgen und kann diese noch mit der Erwägung untermauert werden, dass die Bedürfnisbefriedigung des Superädifiziers bei der Superädifikats-Bodenmiete nicht unmittelbar durch das Grundstück, sondern primär durch das vom Mieter selbst errichtete Bauwerk, sohin durch in dessen Eigentum stehenden und daher auch grundsätzlich dessen Verfügungsgewalt unterliegendem Wohnraum, erfolgt. Einer Analogie zugänglich (wenn man diese nicht als völlig verfehlt ablehnt)³²³ sind allenfalls lediglich die Tatbestände der Z 1-3 sowie 13 des § 30 Abs 2 MRG.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der überwiegende Teil der Tatbestände des § 30 MRG nicht analog angewendet werden kann und im Wesentlichen lediglich jene Kündigungsgründe übrig bleiben, die der auch bei einer Befristung anwendbaren Bestimmung des § 1118 entsprechen, sodass dem Superädifiziar im Ergebnis eine noch stärkere Rechtsstellung als einem „normalen“ Raumieter zukommt.³²⁴

4. Widersprüchliche Tendenzen der neueren Judikatur und deren Kritik in der Lehre

Während die Rsp seit mehr als 60 Jahren de facto unverändert die analoge Anwendung des MRG-Kündigungsschutzes vertritt und diese Judikaturlinie als gefestigt/ ständig bezeichnet werden kann, besteht in der jüngeren Rsp große Unklarheit und Verwirrung, ob und wenn ja welche weiteren Bestimmungen des MRG darüberhinausgehend (analog) anwendbar sein sollen. In der älteren Judikatur war bisweilen in einigen Fällen sprachlich unpräzise von einer

³²⁰ *Ostheim* in FS Kralik 509 ff.

³²¹ *Rechberger/ Oberhammer* in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60.

³²² *T. Hausmann*, wobl 2013, 107.

³²³ Siehe sogleich unten, III. C. 5.

³²⁴ Zur diesbezüglichen Kritik an der Entstehung eines „dinglichen Superrechtes“ siehe bereits oben, III. C. 3.

analogen Anwendbarkeit des MRG die Rede,³²⁵ wobei eine Analogie (lediglich) zu den Kündigungsschutzbestimmungen gemeint war. Davon explizit abweichend sprach der OGH in der E 5 Ob 50/95 im Zusammenhang mit einem Geschäftsraum-Superädifikat erstmals aus, dass aufgrund eines Gleichklanges der Interessen und des Schutzbedürfnisses eine Gleichbehandlung geboten sei und daher die Analogie wie auch die direkte Anwendbarkeit des MRG grundsätzlich den gesamten Regelungsinhalt dieses Gesetzes umfasse, sofern nicht eine Ausnahmebestimmung erfüllt ist: *„Wenn jedoch ein Mietverhältnis unmittelbar oder analog dem § 1 Abs 1 MRG zu unterstellen ist, müssen grundsätzlich alle Rechtsfolgen des MRG eintreten, sofern nicht ein Ausnahmefall der Absätze 2 bis 4 des § 1 MRG vorliegt“*. Insbesondere seien daher auch die Mietzinsbestimmungen analog anwendbar.³²⁶ Von dieser E ausgehend entwickelte sich eine uneinheitliche und z.T. mit sich selbst in Widerspruch stehende Judikatur, die grob in zwei Linien unterteilt werden kann: Während der OGH in einigen Fällen im Anschluss an die referierte E eine Pauschal-/ Generalanalogie zum MRG vertritt, spricht er sich in anderen E für eine im Einzelfall zu prüfende Analogiefähigkeit weiterer MRG Bestimmungen aus.³²⁷

Die Fronten zwischen diesen beiden skizzierten Judikaturlinien verlaufen vorwiegend entlang der Frage der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2-4 MRG, wobei im Zentrum der Betrachtung die Teilausnahmebestimmung des § 1 Abs 4 Z 1 MRG³²⁸ steht. Zunächst sprach sich der OGH in der soeben referierten E 5 Ob 50/95 für eine analoge Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen gemäß § 1 Abs 2-4 MRG aus. Demgegenüber vertrat der 6. Senat des OGH in der E 6 Ob 565/95, dass § 1 Abs 4 Z 1 MRG nicht auf das Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Superädifiziar anwendbar ist. Der Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung bewusst den Vermieter begünstigen wollen, *„der Wohn- oder Geschäftsraum durch eine Gebäudeerrichtung, also nicht etwa nur durch Errichtung bloß einzelner Räume (WoBl 1993/78) ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel schafft“* und sei diese Bestimmung daher lediglich auf Fälle der Bauwerkerrichtung durch den Vermieter anzuwenden.³²⁹ Nur wenige Jahre später entschied derselbe Senat, ohne auf diese

³²⁵ Vgl. OGH 5 Ob 607/84 MietSlg 36.236: *„Die Grundstücksmitte mit Wohngebäude-Superädifikat und die Grundstücksmitte mit Geschäftsraum-Superädifikat fallen (weiterhin) in den Bereich der analogen Anwendung des § 1 MRG.“*

³²⁶ OGH 5 Ob 50/95 MietSlg 47.163; Konkret ging es um die Anwendbarkeit des § 12 Abs 3 aF MRG; offen gelassen wurde hingegen, inwieweit andere Mieterschutzbestimmungen, etwa über die Erhaltung, einer Analogie tatsächlich zugänglich sind.

³²⁷ Zu dieser Differenzierung siehe T. Hausmann, wobl 2013, 103 f; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 1 MRG Rz 55b.

³²⁸ *„Mietgegenstände, die in Gebäuden gelegen sind, die ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel auf Grund einer nach dem 30. Juni 1953 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden sind“*.

³²⁹ OGH 6 Ob 565/95 wobl 1996/85.

Argumentation nur in irgendeiner Weise Rücksicht zu nehmen, wiederum genau gegenteilig und vertrat eine Analogie zu § 1 Abs 4 Z 1 MRG.³³⁰ Dieser Auffassung schloss sich der OGH in einer Reihe weiterer Judikate an, sodass sie zur gefestigten Rsp wurde, wobei manche neueren E wiederum betonen, dass trotz Anwendbarkeit des § 1 Abs 4 Z 1 MRG jeweils im Einzelnen überprüft werden müsse, welcher Regelungsgehalt des Teilausnahmebereiches analogiefähig ist.³³¹ Demgegenüber ist sprach sich der OGH in anderen Judikaten gegen die analoge Anwendbarkeit gewisser Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2 MRG aus.³³² Die frühere Teil- und nunmehrige Vollaussnahmebestimmung des § 1 Abs 4 Z 2 aF MRG bzw. § 1 Abs 2 Z 5 MRG (Ein- oder Zwei-Objekt-Häuser) ist nach dem OGH wiederum analog anwendbar.³³³ Über die Ausnahmebestimmungen und die Kündigungsschutzbestimmungen hinaus explizit als anwendbar angesehen wurden die Bestimmungen des § 16 Abs 6 aF MRG (Wertsicherung)³³⁴ sowie des § 29 Abs 1 Z 3 lit a aF MRG (Befristungsmöglichkeit).³³⁵

Der überwiegende Teil der Lehre steht auch der soeben dargestellten Entwicklung der jüngeren Judikatur kritisch bis ablehnend gegenüber. Häufiger Kritikpunkt ist, dass ein großer Teil der MRG Bestimmungen spezifisch auf die Raummiete im eigentlichen Sinne zugeschnitten ist und daher nicht auf die Superädifikats-Flächenmiete passt, sodass eine (General-)Analogie nach *Rechtberger/ Oberhammer* „stutzig machen“ sollte.³³⁶ Während manche Stimmen eine (über den Kündigungsschutz hinausgehenden) Analogie generell ablehnen,³³⁷ vertreten andere die Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit einzelner MRG-Bestimmungen. In einer umfassenden Untersuchung kommt *T. Hausmann* etwa zum Ergebnis, dass im Wesentlichen nur die Bestimmungen der §§ 2, 12, 14 und allenfalls § 29 MRG einer Einzelanalogie

³³⁰ OGH 6 Ob 59/98i immolex 1999/25 (*Pfiel*) = wobl 1998/234 (krit *Prader*) – Eine Analogie zu § 3 MRG schied im zu entscheidenden Fall schon aus diesem Grund aus, weshalb eine Überwälzung von Erhaltungskosten, die nach der genannten Bestimmung dem Vermieter obliegen, auf den Mieter für zulässig erachtet wurde.

³³¹ OGH 5 Ob 142/99i wobl 2000/112 (vollinhaltlich zust *Prader*); OGH 5 Ob 4/02b immolex 2003/1 – Einschränkung: im Einzelfall müsse überprüft werden, ob der gesamte Regelungsinhalt der MRG-Teilaussnahme analogiefähig ist. Im konkreten Fall wurde die Analogiefähigkeit des § 45 MRG verneint, da diese Bestimmung darauf abstelle, dass sich der Mietgegenstand in einem Gebäude befindet; OGH 8 Ob 250/02a immolex 2004/24 – „Die Vermutung für die Anwendbarkeit des MRG wird daher durch den Nachweis eines konkreten Ausnahmetatbestandes iSd § 1 Abs 2 - 4 MRG widerlegt“, hinsichtlich der Vollaussnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 4 aF MRG (Zweitwohnungen) argumentiert der OGH, dass durch die Analogie kein weiterer Anwendungsbereich geschaffen werden dürfe, als bei der Raummiete; OGH 5 Ob 115/03b MietSlg 55.238 – Die Bestimmung des § 27 MRG sei aufgrund der greifenden Teilaussnahme zum MRG nicht anwendbar; OGH 7 Ob 174/08a MietSlg 60.327 – Einzelfallprüfung der Analogiefähigkeit; OGH 10 Ob 52/14s wobl 2015/96 (*Vonkilch*) – Wortlaut und Gesetzeszweck sprächen für eine Anwendbarkeit des § 1 Abs 4 Z 1 MRG auf Fälle der Bauwerkserrichtung durch den Superädifiziar; Ebenso: OGH 7 Ob 219/16f immolex 2017/38 (*H. Böhm/ Prader*).
³³² OGH 3 Ob 148/00m MietSlg 53.242 – § 1 Abs 2 Z 1 MRG; OGH 10 Ob 1/12p wobl 2013/1 (*T. Hausmann*) – § 1 Abs 2 Z 1 und 1a MRG.

³³³ OGH 1 Ob 189/17a immolex 2018/24 = MietSlg 69.253; siehe oben, III. C. 2 a.

³³⁴ OGH 6 Ob 565/95 wobl 1996/85.

³³⁵ OGH 3 Ob 560/94 MietSlg 46.329/27.

³³⁶ *Rechberger/ Oberhammer* in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60.

³³⁷ So etwa *Holzner*, JBL 1994, 600 ff; ebenso *Rechberger/ Oberhammer* in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60.

zugänglich seien. Eine Generalanalogie sei hingegen mangels Erfüllung der Analogie-voraussetzungen bzw. eingehender diesbezüglicher Begründung der Rsp abzulehnen.³³⁸ *Prader* kritisiert die Analogie zu den auf Superädifikats-Flächenmieten nicht passenden MRG-Ausnahmebestimmungen (zur diesbezüglichen in der Lehre verbreiteten Kritik siehe sogleich) und befürwortet alternativ zu einer bloßen Analogie zu den Kündigungsschutzbestimmungen eine von den Ausnahmen unabhängige analoge Anwendbarkeit gewisser Bestimmungen.³³⁹ In seiner Kritik an der Judikatur weist *Kletečka* auf den problematischen Umstand hin, dass die mangelnde Anwendbarkeit zahlreicher Bestimmungen eine Besserstellung („*Superschutz*“) des Superädifiziers bewirke.³⁴⁰ Nach *Schimetschek* spreche hingegen der Umstand, dass zahlreiche Bestimmungen des MRG nicht anwendbar seien, nicht gegen eine Analogie und sei jener Judikatur zu folgen, die eine Prüfung der Analogiefähigkeit im Einzelfall vertritt.³⁴¹

Im Fokus der Kritik steht insbesondere die soeben dargestellte Analogie zur Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 4 Z 1 MRG. So wird argumentiert, dass diese Bestimmung schon ihrem klaren Wortlaut nach auf gebäudespezifische Merkmale und nicht auf das Grundstück abstelle³⁴² und daher von vornherein nicht auf Superädifikats-Flächenmieten anwendbar sein könne. Zudem stehe die analoge Heranziehung von § 1 Abs 4 Z 1 MRG im Widerspruch zur in der E 6 Ob 565/95 zutreffend erkannten Absicht des Gesetzgebers, durch Begünstigung des die Bauführung selbst finanzierenden Vermieters in Form der Reduzierung bzw. des Wegfalles von Mieterschutzvorschriften sowie durch Verschiebung des Mietverhältnisses in den Teilanwendungsbereich die Bereitschaft zur vermierterseitigen Bautätigkeit anzuregen und somit die Wohnungsnot zu mindern (sog. „*umgekehrte Schutzwürdigkeitskonstellation*“) und entbehre die Abweichung der Rsp von dieser klaren Absicht jeglicher Begründung.³⁴³ Die Analogie zu § 1 Abs 4 Z 1 MRG führe im Ergebnis zu einem krassen Wertungswiderspruch, da der bauführende Superädifiziar, der mit eigenen Mitteln zu einem vom Gesetzgeber als

³³⁸ T. Hausmann, wobl 2013, 106 f.

³³⁹ So spricht sich *Prader* etwa für eine Analogie zu den §§ 12, 12a, 14 und 29 Abs 1 Z 3 lit a und Abs 4 aF MRG aus, *Prader*, Glosse zu OGH 6 Ob 59/98i, wobl 1998, 370; nicht konsequent erscheint vor diesem Hintergrund, dass sich *Prader* wenig später an anderer Stelle der von der Judikatur vertretenen Ansicht einer analogen Anwendbarkeit des § 1 Abs 4 Z 1 MRG anschließt, *Prader*, Glosse zu OGH 5 Ob 142/99i, wobl 2000, 223.

³⁴⁰ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff.

³⁴¹ *Schimetschek* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 80.

³⁴² Zudem komme es dieser Bestimmung auf „*Zeitpunkt und Begleitumstände der Wohnraumschaffung durch den Grundeigentümer*“ an, *Holzner*, JBL 1994, 601 f.

³⁴³ H. Böhm/*Prader*, immolex 2017, 114: „Mit den bekannten Stichtagen (auch des MG) wollte der Gesetzgeber in der Tat die Bautätigkeit anregen, indem er dem den Bau selbst finanzierenden Vermieter(!) Belohnung im Wege des Wegfalls oder der Einschränkung von Mieterschutz verhielt bzw in der späteren Aufrechterhaltung der Stichtage sein diesbezügliches Vertrauen schützte. Dies kann nicht mit dem formalen Argument der vorliegenden und vergangener Entscheidungen vom Tisch gewischt werden, dass der Gesetzestext nicht ausdrücklich verlangt, dass der Vermieter die Bautätigkeit selbst ausübt oder finanziert.“; *Prader*, Glosse zu OGH 6 Ob 59/98i, wobl 1998, 370; T. Hausmann, wobl 2013, 105.

wünschenswert erachteten Ziel beiträgt, dadurch bestraft wird, dass das Flächenmietverhältnis in den für ihn ungünstigeren Teilanwendungsbereich fällt, wohingegen der auf Kosten der Allgemeinheit mit öffentlichen Mitteln Bauende belohnt wird.³⁴⁴ T. Hausmann bringt als weiteres Argument gegen die Analogie zu § 1 Abs 4 Z 1 MRG ins Treffen, dass die diesbezügliche Judikaturlinie mit der Judikaturlinie zur Nichtanwendbarkeit der in Wortlaut und Systematik vergleichbaren Bestimmungen des § 1 Abs 2 MRG im Widerspruch stehe, zumal nicht nachvollziehbar sei, warum der Gesetzeszweck nur bei der Auslegung letzterer eine Rolle spielen soll. Tatsächlich seien die Ausnahmebestimmungen in § 1 Abs 2-5 MRG ein zu grober und daher zweckentfremdender Raster.³⁴⁵ Schließlich wird von der Lehre mehrmals ins Treffen geführt, dass durch die widersprüchlichen Aussagen der jüngeren Judikatur ein seines gleichen suchender „chaotischer“ Zustand einer oberstgerichtlichen Judikaturdivergenz geschaffen wurde, der dringend einer Bereinigung bedarf.³⁴⁶

5. Eigene Stellungnahme und Ausblick

Auf den ersten Blick mag die von der Rsp vertretene Analogie zum MRG (Kündigungsschutzregime) noch nachvollziehbar erscheinen, da beim Superädifiziar eine Interessenlage vorliegt, die mit jener von Wohnungs- oder Geschäftsraummieterinnen vergleichbar ist und die in einigen Fällen noch durch die besondere Härte der Abbruchspflicht bei Vertragsende verschärft wird. Bei genauerer Betrachtung stellt sich mE jedoch die in der Lehre geäußerte Kritik als vollinhaltlich berechtigt und die Judikatur als verfehlt heraus. Am gewichtigsten ist hierbei das Argument, dass die analoge Anwendung des MRG-Kündigungsschutzes der mangelnden Belassungsabsicht als Existenzvoraussetzung und -berechtigung des Superädifikates diametral entgegensteht: Während das Superädifikat seinem Wesen nach auf vorübergehende/ nicht stete Belassung ausgelegt ist, bezweckt der Kündigungsschutz das genaue Gegenteil davon, nämlich Bestandfestigkeit des Mietverhältnisses zur Befriedigung auf Dauer angelegter Wohn- bzw. Geschäftszwecke. ME führt schon dieser krasse Wertungswiderspruch dazu, dass trotz der wie dargestellt mitunter vergleichbaren Interessenlage³⁴⁷ aufgrund der Unterschiede zwischen dauernder Wohn-/ Geschäftsraumversorgung und vorübergehender Bauführung auf fremdem

³⁴⁴ Prader, Glosse zu OGH 6 Ob 59/98i, wobl 1998, 370; T. Hausmann, wobl 2013, 105.

³⁴⁵ T. Hausmann, wobl 2013, 104; Etwas anderes gelte hingegen für die Teilausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 5 MRG: „Im gegenteiligen Fall (= Nichtanwendbarkeit des § 1 Abs 2 Z 5 MRG) würde man demgegenüber zu dem einigermaßen kuriosen Ergebnis gelangen, dass dann der Flächenmieter besser gestellt wäre als derjenige eines entsprechenden Gebäudes, was wohl kaum durch dessen höhere Schutzwürdigkeit (immerhin hätte er im Fall der Vertragsbeendigung mehr zu verlieren als ein reiner Gebäudem Mieter) zu rechtfertigen wäre.“; Ebd 105 f.

³⁴⁶ T. Hausmann, wobl 2013, 104 f; T. Hausmann in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 1 MRG Rz 55 d; Böhm/ Prader in GeKo Wohnrecht I § 1 MRG Rz 46.

³⁴⁷ Dass die Schutzbedürftigkeit eines Superädifiziar nicht zwingend der eines gewöhnlichen Mieters gleichkommen muss, haben Holzner und Kletečka zutreffend aufgezeigt; siehe oben III. C. 3.

Grund keine zureichende Rechtsähnlichkeit vorliegt und eine Analogie daher mangels Erfüllung dieser Voraussetzung schon von vornherein scheitern muss. Selbst, wenn man diesen Widerspruch verneint und hinreichende Rechtsähnlichkeit annimmt, so muss man eingestehen, dass ein dauernder Wohn-/ Geschäftszweck idR mit einer dauernden Belassungsabsicht einhergeht und selbst ein davon abweichendes Fehlen dieser Absicht im Einzelfall durch die hohe Bestandfestigkeit des Mietverhältnisses nicht kontrollier- und erkennbar wäre, sodass bei analoger Anwendung des MRG ein Superädifikat nie entstehen kann.³⁴⁸

Gegen die Analogie sprechen wie dargestellt auch die dadurch verursachten Probleme dahingehend, dass die Analogie im Ergebnis mangels Anwendbarkeit zahlreicher, speziell auf die Raummiete abgestellter Bestimmungen zu einer – von der Rsp wohl nicht intendierten und nicht gerechtfertigten – Besserstellung des Superädifiziers führt und zudem eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Ausuferung des Institutes des Superädifikats zulasten des Baurechtes bewirkt. Hier einhakend kann mE das Verhältnis zum Baurecht, das in der Kritik der Lehre nicht eingehender beleuchtet wurde, als weiteres unterstützendes Argument gegen eine analoge Anwendung des Kündigungsschutzes ins Treffen geführt werden. Spätestens seit der Öffnung des Baurechtes durch die BauR-Nov 1990 besteht ein Rechtsinstitut für die Bauführung auf fremdem Grund, das durch seine gesetzlich klar geregelte Bestandfestigkeit eine geeignete Grundlage für die (relativ) dauerhafte Befriedigung von Wohn- und Geschäftszwecken bietet und zudem den Erfordernissen des Verkehrsschutzes genügt, sodass eine Lückenhaftigkeit iS einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes nicht vorliegt bzw. nachträglich weggefallen ist. Mangels Gesetzeslücke fehlt es von vornherein an der Grundvoraussetzung eines jeden Analogieschlusses. In diesem Zusammenhang steht auch die Frage, inwiefern ein unbefristetes Mietverhältnis überhaupt geeignet ist, die vom Gesetz geforderte mangelnde Belassungsabsicht ausreichend offenkundig zu dokumentieren. Geht man mit einem Teil der Rsp und Lehre zutreffend davon aus, dass (zumindest bei massiven Bauwerken) iS einer von vornherein vorliegenden zeitlichen Begrenzung der Belassungsabsicht ein befristetes Mietverhältnis erforderlich ist,³⁴⁹ so liegt auch aus diesem Grund keine die Analogie zu den MRG-Kündigungsschutzbestimmungen rechtfertigende Gesetzeslücke vor, zumal bei einer Befristung eine Aufkündigung vor Befristungsende ohnehin nur aus wichtigem Grund möglich ist und durch eine angemessen lange Befristung (freilich im Rahmen der „*nicht stets*“-Grenze)³⁵⁰ dem Bedürfnis des Superädifiziers auf relativ dauernde Nutzung seines

³⁴⁸ Siehe auch unten, IV. B. 2.

³⁴⁹ Siehe dazu näher unten, IV. B. 2.

³⁵⁰ Siehe unten, IV. B. 1.

Bauwerkes für Wohn- oder Geschäftszwecke ausreichend Rechnung getragen werden kann. Wie oben dargestellt, würde überdies durch die Analogie – mangels Anwendbarkeit der meisten Kündigungsschutzbestimmungen – ohnehin kein besserer Schutz erzielt. Durch die Verbücherung des Bestandverhältnisses nach § 1095 kann bei befristeten Superädifikats-Flächenmieten auch für den Fall der Veräußerung der Liegenschaft durch den Vermieter problemlos ausreichende Bestandsicherheit gewährleistet werden (§ 1120) und wird hierdurch zudem auch für ausreichende Publizität der Rechte am Superädifikat gesorgt.³⁵¹

Da schon die Analogie zum MRG-Kündigungsschutzregime der verfehlt ist, ist der Lehre folgend umso mehr auch eine darüberhinausgehende generelle/ pauschale Analogie abzulehnen. Hier wurde von *T. Hausmann* wie oben dargestellt bereits zutreffend auf den Umstand hingewiesen, dass die eine derartige Analogie befürwortenden Entscheidungen keinerlei nähere Begründung im Hinblick auf die Analogiefähigkeit des MRG aufweisen. Eine Analogie zum MRG scheitert in den meisten Fällen schon daran, dass das MRG spezifisch auf die Raummiete ausgelegt ist – wie insbesondere auch die Ausnahmegesetzbestimmungen verdeutlichen – sodass es schon an der geforderten Rechtsähnlichkeit fehlen wird.³⁵² Zudem erscheint aus diesem Grund auch die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes fraglich. Allenfalls ist mE eine analoge Anwendung einzelner Bestimmungen denkbar, wobei die Analogiefähigkeit im Einzelnen geprüft werden müsste.³⁵³ In diese Richtung scheint nunmehr wie dargestellt auch die jüngere Rsp zu gehen.

Es bleibt zu hoffen, dass wenigstens der Gesetzgeber die mE berechtigte Kritik an der Analogie zum MRG (Kündigungsschutzregime) ernst nimmt und explizit die Nichtanwendbarkeit des MRG auf Superädifikats-Bodenmieten normiert.

³⁵¹ Siehe oben, III. B. 2. b; siehe unten, IV. C. 3.

³⁵² Vgl. *Bydlinski*: „Eine genaue analoge Anwendung der zitierten gesetzlichen Ausnahmegesetzbestimmungen [§ 23 MG; § 1 Abs 2 Z 3 und § 29 MRG] scheidet freilich in den Fällen der interessierenden Bodenmiete aus, da das Gesetz verschiedene Fristen für verschiedene Mietgegenstände vorsieht und die vermietete Grundfläche keinem der gesetzlich als Ausnahmetatbestand genannten Mietgegenstände entspricht.“; *F. Bydlinski*, JBl 1984, 246.

³⁵³ Auf den ersten Blick in Betracht kommen hier lediglich die Bestimmungen über den Vertragseintritt (§§ 12, 14 MRG) sowie allenfalls über die Anhebung des Mietzinses infolge einer Wertsicherung (§ 16 Abs 9 zweiter Satz MRG). Eine Analogie zu § 12a MRG wird wohl ausscheiden, da diese Bestimmung nach der Rsp selbst im (unmittelbaren) Teilanwendungsbereich des MRG nicht analog anwendbar ist; in diesem Sinne: *T. Hausmann*, wobl 2013, 106.

D. Die Eigentumsübertragung am Superädifikat aus der Perspektive des Grundnutzungsverhältnisses

Bei den Voraussetzungen und Folgen rechtsgeschäftlicher Verfügungen über das Eigentum an Bauwerken auf fremdem Grund zeigt sich im Vergleich mit dem Baurecht ein wesentlicher struktureller Unterschied bzw. eine wesentliche strukturelle Schwachstelle der Superädifikatskonstruktion. Während beim Baurecht das Bauwerk einen unselbständigen Bestandteil des Baurechtes darstellt, d.h. mit diesem eine rechtliche Einheit bildet, und daher das Eigentum am Bauwerk bei einer Veräußerung/ Übertragung des Baurechtes *ipso iure* mit diesem übergeht,³⁵⁴ stehen beim Superädifikat Bauwerk und Grundnutzungsverhältnis zwar wie dargestellt in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander, sind von der rechtlichen Konstruktion her jedoch selbständig und daher getrennt voneinander zu behandeln. Das Grundnutzungsverhältnis bleibt grundsätzlich mangels abweichender Vereinbarung mit dem Grundeigentümer von einer Veräußerung des Superädifikates, die der Superädifiziar aufgrund seiner aus dem Eigentumsrecht erfließenden Verfügungsmacht (§ 354) ohne Zustimmung des Liegenschaftseigentümers vornehmen kann,³⁵⁵ unberührt und geht nicht automatisch mit dem Bauwerk auf den Erwerber über, sondern bleibt unverändert zwischen Grundeigentümer und Superädifiziar bestehen. Umgekehrt ist die sachenrechtliche Wirksamkeit der Veräußerung des Superädifikates vom Grundnutzungsverhältnis unabhängig.³⁵⁶ Damit der Erwerber jedoch nicht bloß das „nackte“ Eigentumsrecht am Bauwerk ohne einen die Grundstücksnutzung deckenden Titel erhält, ist aus schuldrechtlicher Sicht auch eine Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechtes am Grund erforderlich. Auch in wirtschaftlicher Hinsicht ist der Erwerb eines die Grundstücksnutzung ermöglichenden Rechtes, das zudem mit hinreichender Bestandfestigkeit ausgestattet ist, sowohl im Interesse des Erwerbers als auch des veräußernden Superädifiziers, der nur hierdurch ein angemessenes Entgelt für das Bauwerk lukrieren wird können.³⁵⁷ In Frage kommt hierbei neben einem Eintritt des Erwerbers ins Grundnutzungsverhältnis abhängig von der Ausgestaltung desselben auch der Erwerb eines vom (ursprünglichen) Grundnutzungsverhältnis abgeleiteten Nutzungsrechtes.

³⁵⁴ Siehe oben, II. D. 1.

³⁵⁵ Insbesondere ist keine Zustimmung des Grundeigentümers zur Urkundenhinterlegung erforderlich; *Mader in Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 435 Rz 10; siehe oben, II. *Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz*.

³⁵⁶ Selbst die entgegen ein obligatorisches Veräußerungsverbot (§ 364c Satz 1) vorgenommene Veräußerung des Superädifikates ist wirksam. Um eine Umgehung des § 364c Satz 1 zu verhindern, gilt dasselbe auch für eine ohne die vertraglich vorgesehene Zustimmung des Grundeigentümers vorgenommene Veräußerung oder für eine Veräußerung bei vertraglicher Vereinbarung, nach der der Superädifiziar zugleich Mieter des Grundstückes sein muss; OGH 10 Ob 66/15a Zak 2016/254 = ecolex 2016/199 = immolex 2016/63 = wobl 2017/8.

³⁵⁷ *F. Bydlinski*, Superädifikate 48 f.

1. Die Übernahme des Grundnutzungsverhältnisses

Tritt der Erwerber des Bauwerkes anstelle des Superädifiziers in dessen vertragliche Rechtsposition ein, so liegt dogmatisch eine Vertragsübernahme vor. Der Erwerber übernimmt hierbei die gesamte Rechtsstellung des Veräußerers, d.h. sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten, bei unverändertem Inhalt und gleichbleibender Identität des Rechtsverhältnisses. Eine Vertragsübernahme erfordert nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen eine „Drei-Parteien-Einigung“, d.h. eine Zustimmung aller Beteiligten. Bei dieser Variante ist daher neben einer Einigung zwischen dem veräußernden Superädifizier und dem Erwerber stets eine Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich, die auch schlüssig erfolgen kann. Die Zustimmung kann sowohl im konkreten Erwerbsfall als auch schon vorweg, insbesondere in Form eines vertraglichen Weitergaberechts, erteilt werden.³⁵⁸ Beim Weitergaberecht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das zu einer Übertragung der vertraglichen Rechtsposition auf einen beliebigen bzw. vertraglich näher konkretisierten Dritten (im interessierenden Kontext: Erwerber des Bauwerkes) ermächtigt. Der Vertragsübergang ist nach Einigung mit dem Erwerber mit Mitteilung an den Vertragspartner (hier: Grundeigentümer) vollzogen. Mangels abweichender Vereinbarung ist das Weitergaberecht vererblich, erlischt jedoch grundsätzlich nach erstmaliger Ausübung.³⁵⁹ Mit dem Weitergaberecht verwandt aber von diesem zu unterscheiden ist das Präsentationsrecht. Dieses beinhaltet keine Vorwegzustimmung, sondern lediglich eine Verpflichtung des die Benützung vertraglich Einräumenden (des Grundeigentümers), einer Vertragsübernahme bzw. dem Abschluss eines neuen Vertrages mit einer vom Vertragspartner (Bauführer) vorgeschlagenen/ „präsentierten“ dritten Person (unter bestimmten Voraussetzungen) zuzustimmen. Es handelt sich also um einen Vorvertrag (§ 936), der lediglich einen durchsetzbaren Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübernahme bzw. Abschluss eines neuen Grundnutzungsverhältnisses (unter bestimmten Voraussetzungen) vermittelt. Auch Präsentationsrechte sind vererblich und gehen iZw nicht auf den Erwerber über.³⁶⁰

Liegt hingegen keine wie auch immer geartete Zustimmung des Grundeigentümers vor, ist die Übertragung der Vertragsposition des Superädifiziers auf den Erwerber grundsätzlich nicht wirksam und kommt lediglich der Erwerb eines abgeleiteten Nutzungsrechtes in Betracht. Eine

³⁵⁸ RIS-Justiz RS0032623; RIS-Justiz RS0032607; RS0108705; OGH 2 Ob 164/12z wobl 2014/21; F. Bydlinki, Superädifikate 48.

³⁵⁹ RIS-Justiz RS0105786; RIS-Justiz RS0032747; RIS-Justiz RS0032691; RIS-Justiz RS0032700; RIS-Justiz RS0106614; RIS-Justiz RS0111168; RIS-Justiz RS0032796; A. Vonkilch in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 12 MRG Rz 33.

³⁶⁰ RIS-Justiz RS0032739; RIS-Justiz RS0012221; RIS-Justiz RS0032796; A. Vonkilch in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 12 MRG Rz 34.

Ausnahme hiervon stellt das Fruchtgenussrecht (§§ 509 ff) dar, so man der Ansicht folgen möchte, die von der Übertragbarkeit von Fruchtgenussrechten „*der Substanz nach*“ ausgeht.³⁶¹ Bei Superädifikaten, die zu einem Unternehmen gehören, kommt zudem ein *ex lege*-Vertragseintritt nach der (dispositiven) Bestimmung des § 38 UGB in Frage. Der Vertragseintritt nach § 38 Abs 1 UGB ist von einer ausdrücklichen Zustimmung des Grundeigentümers unabhängig, jedoch nicht gegen dessen Willen möglich, da er dem Vertragseintritt binnen 3 Monaten ab Mitteilung vom Unternehmensübergang widersprechen kann (Abs 2 *leg cit*). Eine Analogie zur Vertragseintrittsbestimmung des § 12a MRG wird hingegen schon daran scheitern, dass diese Bestimmung nach hA nicht einmal analog auf Raummieten angewendet werden kann, die dem Teilanwendungsbereich des MRG unmittelbar unterliegen.³⁶²

Vorteil der Vertragsübernahme ist, dass der Erwerber die vertragliche Rechtsstellung des veräußernden Superädifiziers mit allen Rechten und Pflichten übernimmt und Vertragspartner des Grundeigentümers wird. Sein Nutzungsrecht besteht daher unmittelbar diesem gegenüber und ist nicht vom Veräußerer und dem (Fort-)Bestand dessen Nutzungsrechtes abhängig. Der Nachteil dieser Variante besteht jedoch darin, dass grundsätzlich stets eine Zustimmung des Grundeigentümers vonnöten ist. Hierdurch erhält der Grundstückseigentümer zwar ein „Mitspracherecht“ bei der Veräußerung des Superädifikats und wird verhindert, dass diesem ein „unliebsamer“ Vertragspartner aufgedrängt wird. Zugleich führt das Zustimmungserfordernis *de facto* zu einer nicht unbedeutsamen Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Superädifikaten, wobei die Vertragsübernahmebestimmung des § 38 UGB hier nur bedingt Abhilfe verschaffen kann. Zur Sicherstellung bestmöglicher Verkehrsfähigkeit sollte der Superädifiziar daher grundsätzlich um die vertragliche Verankerung eines Weitergaberechtes bedacht sein.

2. Einräumung vom Grundnutzungsverhältnis abgeleiteter Nutzungsrechte

Die Zulässigkeit der Einräumung vom Grundnutzungsverhältnis abgeleiteter Nutzungsrechte ist von Vertragstypus sowie Ausgestaltung desselben abhängig.

Bei Grundnutzungsverhältnissen auf bestandvertraglicher Basis ist der Superädifiziar grundsätzlich dazu berechtigt, das Grundstück in Unterbestand zu geben oder seine Bestandrechte der Ausübung nach zu übertragen (Abtretung/ Zession der Bestandrechte). Die

³⁶¹ OGH 3 Ob 268/03y EvBl 2004/130 = SZ 2004/13; OGH 2 Ob 122/05p Zak 2006/129 = immolex 2006/52; Memmer in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 509 Rz 14; Spath in *Schwimann/ Kodek*, ABGB⁴ § 485 Rz 3.

³⁶² T. Hausmann, wobl 2013, 106; A. Vonkilch in *Hausmann/ Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 12a MRG Rz 2.

Bestandrechtsabtretung unterscheidet sich dabei vom Unterbestand anhand des Rechtstitels (Kauf, Tausch, Schenkung, etc. auf der einen bzw. Bestandvertrag auf der anderen Seite) sowie in struktureller Hinsicht dadurch, dass bei dieser im Gegensatz zum Unterbestand die Weitergabe der Bestandrechte, die freilich zur Nutzung des Bestandobjektes berechtigen, und nicht des Bestandobjektes selbst gegenständlich ist.³⁶³ Im Zweifel liegt ein Unterbestandsverhältnis vor.³⁶⁴ In beiden Fällen entsteht mangels Zustimmung des Hauptbestandgebers (Grundeigentümer) kein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Unterbestandnehmer bzw. Zessionar (Erwerber), der lediglich Rechte gegenüber dem Hauptbestandnehmer (veräußernder Superädifikatär) erwirbt, und bleibt das Grundnutzungsverhältnis unverändert mit dem Hauptbestandnehmer (veräußernder Superädifikatär) aufrecht, sodass in der Rsp – zumindest bei der Bestandrechtsabtretung – von einem „*gespaltenen Schuldverhältnis*“ gesprochen wird.³⁶⁵ Sowohl bei einer Unterbestandgabe als auch bei einer Bestandrechtsabtretung erhält der Erwerber vom Grundnutzungsverhältnis abgeleitete Nutzungsrechte am Grundstück und benützt dieses nicht titellos, weshalb der Grundeigentümer ihn nicht kündigen oder auf Räumung klagen kann.³⁶⁶ Umgekehrt ist eine Aufkündigung des Grundnutzungsverhältnisses auch gegenüber dem Erwerber vollstreckbar (§ 568 ZPO).³⁶⁷ Sowohl die Unterbestandgabe als auch die Bestandrechtsabtretung sind nur zulässig, sofern dies vertraglich nicht ausdrücklich untersagt wurde³⁶⁸ und auch ohne Nachteil³⁶⁹ des Grundeigentümers möglich ist (§ 1098). Selbst bei einer unzulässigen Weitergabe des Grundstückes ist das Unterbestandsverhältnis bzw. die Bestandrechtsabtretung grundsätzlich wirksam und kann der Grundeigentümer nicht unmittelbar gegen den Erwerber vorgehen. Dem Grundeigentümer stehen jedoch dessen ungeachtet Unterlassungs- sowie Beseitigungs- bzw. Wiederherstellungsansprüche gegenüber dem veräußernden Superädifikatär zu.³⁷⁰ Ob darüberhinausgehend auch ein wichtiger, die vorzeitige Aufkündigung des Grundnutzungsverhältnisses rechtfertigender Grund vorliegt, scheint jedoch fraglich. ME kann analog zur (früheren) Rechtslage bei Unternehmensveräußerungen davon auszugehen werden, dass die vertragswidrige Weitergabe des Grundstückes bei einer Veräußerung des Superädifikates in der Regel nicht zur Aufkündigung des Grundnutzungsverhältnisses berechtigt, da hierbei

³⁶³ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1098 Rz 89.

³⁶⁴ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1098 Rz 65.

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0033418; RIS-Justiz RS0032730; RIS-Justiz RS0024658; OGH 2 Ob 164/12z wobl 2014/21; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1098 Rz 78, 89 ff.

³⁶⁶ OGH 6 Ob 61/05x RZ 2006 EÜ71.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0000907.

³⁶⁸ Ein Unterbestandsverbot beinhaltet auch ein Verbot der Bestandrechtsabtretung; RIS-Justiz RS0020582.

³⁶⁹ Ein Nachteil liegt nicht schon in der Weitergabe des Bestandobjektes selbst vor, sondern erst in einer nachteiligen Änderung der Benutzung; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1098 Rz 71.

³⁷⁰ RIS-Justiz RS0020617; RIS-Justiz RS0010367; RIS-Justiz RS0010408.

(jedenfalls bei massiven Bauwerken) idR wirtschaftlich nicht die Verwertung des Bestandrechtes, sondern des Bauwerkes im Vordergrund steht.³⁷¹ Hierdurch wird der Wegfall des die Existenzgrundlage darstellenden Grundnutzungsverhältnisses verhindert. Anderes wird dann gelten, wenn noch kein Superädifikat errichtet wurde und die Liegenschaft samt Bauführungsbefugnis an einen Dritten weitergegeben wird. In diesem Fall wird freilich mangels Zustimmung des Grundeigentümers zur Bauführung durch den Erwerber bei Errichtung eines massiven Bauwerkes (Gebäude) kein Superädifikat entstehen können und wächst das Gebäude nach § 418 dem Grundeigentümer zu.³⁷²

Ein Grundnutzungsverhältnis auf Leihvertrags-/ Prekariumbasis vermittelt dem Superädifiziar wie dargestellt grundsätzlich lediglich den persönlichen Gebrauch am Grundstück, weshalb mangels abweichender Vereinbarung eine Weitergabe des Grundstückes bzw. des Nutzungsrechtes daran (etwa im Wege der Unterleihe bzw. der Abtretung der Leihrechte oder der In-Bestandgabe) vertragswidrig ist, wenngleich diese nicht per se unwirksam ist.³⁷³ Nach § 978 begründet die „*eigenmächtig[e]*“ Gebrauchsüberlassung an Dritte das Recht des Verleihers, „*die Sache sogleich zurück zu fordern*“. ME ist diese Bestimmung bei einer Veräußerung des Superädifikates analog zur soeben dargestellten Lage beim Bestandvertrag teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass dem Verleiher kein Recht auf eine vorzeitige Vertragsbeendigung zukommt, wenn wirtschaftlich betrachtet die Verwertung des Superädifikates im Vordergrund steht. Jedenfalls aber bestehen bei einer vertragswidrigen Weitergabe des Grundstückes neben Unterlassungs-, Beseitigungs- sowie Schadenersatzansprüchen auch die in § 978 normierte *casus mixtus*-Haftung für auch zufällig eingetretene Schäden, die ohne Weitergabe nicht eingetreten wären.³⁷⁴

Liegt dem Superädifikat eine Dienstbarkeit als Grundnutzungsverhältnis zugrunde, so hängt die Zulässigkeit der Einräumung abgeleiteter Nutzungsrechte von deren näheren Ausgestaltung ab. Liegt eine Dienstbarkeit des Gebrauches vor (§§ 504 ff), so berechtigt diese den Superädifiziar – wie bei der Leihe – mangels abweichender Vereinbarung zur Nutzung des Grundstückes „*bloß zu seinem Bedürfnisse*“, weshalb die Übertragung hiervon abgeleiteter Nutzungsrechte (Bestandrechte, Leihvertrag, Abtretung des Gebrauchsrechtes) vertragswidrig ist, wenngleich die Weitergabe nicht per se unwirksam ist. Die Folgen der vertragswidrigen Weitergabe werden

³⁷¹ RIS-Justiz RS0020587; vgl. F. Bydlinski, Superädifikate 47 f.

³⁷² Anderes gilt bei Errichtung eines labilen Bauwerkes; siehe oben, III. A. 3.

³⁷³ Siehe oben, III. B. 2. a.

³⁷⁴ Ertl in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang³ § 978-980 Rz 2, 4.

weitgehend mit den soeben dargestellten bei Leihverträgen vergleichbar sein.³⁷⁵ Hingegen existiert beim Fruchtgenuss-Grundnutzungsverhältnis (§§ 509 ff) mangels abweichender Vereinbarung keine vergleichbare Beschränkung, weshalb der Superädifiziar zur Weitergabe des Grundes, insbesondere durch In-Bestandgabe, aber auch durch Überlassung der Dienstbarkeit der Ausübung nach (sofern man eine Übertragbarkeit „*der Substanz nach*“ ohne Zustimmung des Grundeigentümers ablehnt) berechtigt ist.³⁷⁶

Im Vergleich zur Übernahme des Grundnutzungsverhältnisses ist beim Erwerb hiervon abgeleiteter Nutzungsrechte grundsätzlich³⁷⁷ keine Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich. Der Nachteil des Erwerbes bloß abgeleiteter Nutzungsrechte liegt jedoch darin, dass hierdurch mangels unmittelbarer vertraglicher Bindungen zum Grundeigentümer ein gespaltenes Vertragsverhältnis entsteht und der Fortbestand der Nutzungsrechte vom Fortbestand des zugrundeliegenden, weiterhin aufrechten Grundnutzungsverhältnisses zwischen Grundeigentümer und veräußernden Superädifiziar abhängig ist, wobei die Gefahr besteht, dass dieses durch Umstände außerhalb des Einflussbereiches des Erwerbers erlischt (man denke etwa an zur Aufkündigung führendes vertragswidriges Verhalten des veräußernden Superädifiziar, etwa in Form eines Mietzinsrückstandes, oder an eine einvernehmliche Auflösung bzw. eine Aufkündigung des Grundnutzungsverhältnisses durch den veräußernden Superädifiziar).³⁷⁸ Diesfalls ist der Erwerber zur Beseitigung des Bauwerkes auf eigene Kosten verpflichtet (sofern er dieses Grundeigentümer nicht übereignet) und lediglich auf Schadenersatzansprüche gegenüber dem veräußernden Superädifiziar verwiesen.

Exkurs: Das Schicksal des Grundnutzungsverhältnisses bei exekutiver Verwertung des Superädifikate

Eine ähnliche Problematik wie bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung stellt sich auch bei der exekutiven Verwertung des Superädifikates im Wege der Zwangsversteigerung. Gerade hier hängen Verwertbarkeit des Bauwerkes sowie erzielbarer Erlös entscheidend von einer sicheren Nutzungsbefugnis des Erstehers an der Liegenschaft ab. Vor der EO-Novelle 2000 konnte der Ersterher mangels Zustimmung des Grundeigentümers grundsätzlich das Grundnutzungsverhältnis nicht übernehmen und lediglich abgeleitete Nutzungsbefugnisse erwerben, mit allen oben dargestellten Nachteilen und Risiken eines gespaltenen

³⁷⁵ Auch die sog. *casus mixtus*-Haftung kann zum Tragen kommen, da es sich auch hierbei im Kern um eine Verschuldenshaftung handelt – gehaftet wird für die durch die vertragswidrige Weitergabe kausal und adäquat verursachten Schäden; Ertl in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang³ § 978-980 Rz 2.

³⁷⁶ Siehe oben, III. B. 1.

³⁷⁷ Es sei denn, es bedarf zur Zulässigkeit einer diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung.

³⁷⁸ F. Bydlinski, Superädifikate 48.

Rechtsverhältnisses. Die Rsp nahm diesen Umstand zum Anlass, bei der Aufhebung von Miteigentum am Superädifikat durch gerichtliche Feilbietung (Zivilteilung) die Zustimmung des Grundeigentümers zur Vertragsübernahme durch den Ersteher spätestens bis Schluss der Verhandlung in erster Instanz als Voraussetzung zu statuieren.³⁷⁹

Die EO-Novelle 2000 brachte neben der bereits erwähnten und längst überfälligen Ausdehnung der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Zwangsversteigerung von Liegenschaften (§§ 133 ff EO) auf Superädifikate eine weitere wesentliche Erleichterung der exekutiven Verwertung von Superädifikaten in Form des neu geschaffenen § 153a EO. Diese Bestimmung normiert einen *ex lege*-Vertragseintritt des Erstehers in das zwischen verpflichtetem Superädifiziar und Grundeigentümer bestehende Grundnutzungsverhältnis. Der Ersteher übernimmt mit Zuschlag automatisch die Rechtsposition des verpflichteten Superädifiziers bei unverändertem Inhalt und gleichbleibender Identität des Grundnutzungsverhältnisses.³⁸⁰ Nach § 153a Satz 2 EO ist es dem Grundeigentümer jedoch unbenommen, „*das Nutzungsverhältnis aus wichtigem Grund*“ zu kündigen, wobei nach *Angst* der wichtige Grund im Zusammenhang mit dem Vertragseintritt stehen muss und eine den Interessen des Grundeigentümers nachteilige Veränderung der Grundstücksnutzung erfordert. Davon unbeschadet bleiben dem Grundeigentümer die auch gegen den verpflichteten Superädifiziar bestanden habenden gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsrechte erhalten, so insbesondere auch die Möglichkeit zur vorzeitigen Vertragsbeendigung bei Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund.³⁸¹

E. Die Rechtsfolgen der Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses auf das Superädifikat

1. Dispositive Rechtsfolgen

Die Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses hat per se keine unmittelbaren Folgen auf die Superädifikatseigenschaft des auf dessen Grundlage errichteten Bauwerkes. Maßgeblich ist in sachenrechtlicher Hinsicht lediglich der Bestand des die mangelnde Belassungsabsicht dokumentierenden Grundnutzungsverhältnisses im entscheidenden Stadium der Bauführung,

³⁷⁹ RIS-Justiz RS0011249; RIS-Justiz RS0011251; Krit *Forster*, Ausgewählte Fragen 197; *F. Bydlinski*, Superädifikate 49.

³⁸⁰ *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 153a EO Rz 1; *Rechberger*, Exekutionsverfahren Superädifikate, in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 119; *Rechberger/Graf*, immolex 2004, 260; Krit *Holzner*, der aufgrund des uneingeschränkten Vertragseintrittes sowohl bei Mietverträgen, als auch bei Personalservituten Systembrüche ortet, *Holzner*, JBl 2005, 333 f.

³⁸¹ *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 153a EO Rz 2 f; Die ausdrückliche Normierung des Kündigungsrechtes in § 153a Satz 2 EO ist daher in Wahrheit „*überflüssig*“ und vor dem Hintergrund der in stRsp vertretenen Analogie zum MRG-Kündigungsschutz zu verstehen: *Rechberger*, Exekutionsverfahren Superädifikate, in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 119; *Rechberger/Graf*, immolex 2004, 260.

sodass der nachträgliche Wegfall des Grundnutzungsverhältnisses für die „*Dokumentationsfunktion*“ unschädlich ist. Anders stellt sich dies freilich aus schuldrechtlicher Perspektive dar: Mit Wegfall des Grundnutzungsverhältnisses fällt auch der die fortlaufende Grundstücksnutzung deckende Rechtsgrund weg, ist der Superädifiziar zur Rückstellung des vom Bauwerk geräumten Grundstückes verpflichtet bzw. der Grundeigentümer zur Rückforderung desselben im geräumten Zustand berechtigt und stehen letzterem negatorische Beseitigungsansprüche zu (vgl. §§ 523, 972, 1109).³⁸²

2. Der „Heimfall“ des Bauwerkes

Wird die Entfernung bei in leichter Bauweise errichteten Superädifikaten noch regelmäßig unter (relativer) Schonung der Substanz möglich sein, führt die Abtragung bei massiven Bauwerken zur Substanzzerstörung. Um die damit einhergehende Wertvernichtung sowie die dadurch entstehenden Abbruchkosten zu verhindern, kann der Superädifiziar sein Bauwerk an den Grundeigentümer übertragen, wodurch dieses infolge Vereinigung zu einem unselbständigen Bestandteil des Grundstückes wird (sog. „Heimfall“).

Nach der hA, die von *F. Bydlinski* maßgeblich geprägt wurde, kann eine derartige Vereinbarung nicht nur aus Anlass des Wegfalles des Grundnutzungsverhältnisses, sondern auch schon vertraglich vorweg getroffen werden, wobei hierbei verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar sind. So kann neben einem die dispositiven Rechtsfolgen ausschließenden, in jedem Fall eintretenden Erwerb des Superädifikates durch den Grundeigentümer der Heimfall auch lediglich als alternative Wahlmöglichkeit anstelle der sonst schlagend werdenden Abbruchverpflichtung vorgesehen werden und kann vertraglich auch eine Entschädigung des Superädifiziers für den Eigentumsverlust am Bauwerk³⁸³ oder eine Verpflichtung des Superädifiziers zur Übernahme von nach dem Heimfall anfallenden Abbruchkosten geregelt werden. Nach *F. Bydlinski* stehe der – auch alternativlos eintretende – Heimfall der geforderten mangelnden Belassungsabsicht des Bauführers nicht entgegen, da das Gesetz keine positive Entfernungsabsicht des Bauführers, sondern lediglich das Fehlen der Absicht der Belassung über die gesamte natürliche Lebensdauer des Bauwerkes hinweg verlange. Es genüge daher, wenn das Grundnutzungsverhältnis mit einer zweiten, (potenziell) früher schlagend werdenden zeitlichen Schranke ausgestattet ist, wodurch eine Dauerspaltung zwischen dem Eigentum an Grund und Bauwerk vermieden werde, und dem Bauführer das weitere Schicksal des

³⁸² *F. Bydlinski*, Superädifikate 37, 40; RIS-Justiz RS0009887; OGH 9 Ob 229/01v NZ 2003/16; OGH 5 Ob 28/04k MietSlg 56.027; OGH 8 Ob 97/11i MietSlg 64.039 = MietSlg 64.720; Siehe auch oben, III. A. 2.

³⁸³ Mangels derartiger Vereinbarung steht dem Superädifiziar eine Entschädigung und ein Zurückbehaltungsrecht (§ 1052) zur Durchsetzung selbiger hingegen nicht zu; OGH 04.04.2006, 1 Ob 14/06z NZ 2007/84 = MietSlg 58.033.

Bauwerkes nach Ende des Grundnutzungsverhältnisses gleichgültig ist, insbesondere also auch, ob der Grundeigentümer das Bauwerk nach Heimfall bis zum Ende der natürlichen Lebensdauer stehen lässt oder schon früher beseitigt.³⁸⁴ In jedem Fall kommt es beim – vorweg oder aus Anlass der Beendigung vereinbarten – Heimfall zu keinem automatischen Zuwachs des Eigentums am Bauwerk an den Grundeigentümer. Vielmehr stellt die Vereinbarung des Heimfalles lediglich den Titel zum Erwerb dar und ist als sachenrechtlicher Modus wie auch sonst für jeden derivativen Eigentumserwerb an Superädifikaten eine Urkundenhinterlegung (i.e.S.) erforderlich. Der Superädifiziar ist aufgrund der getroffenen Vereinbarung verpflichtet, an der Urkundenhinterlegung mitzuwirken (§ 435; § 1 Abs 1 Z 1 lit a UHG).³⁸⁵

Von Vertretern der Lehre wird eine Reihe an kritischen Argumenten gegen die beschriebene hA ins Treffen geführt. So ist etwa *Spielbüchler* der Meinung, dass im Falle des von vornherein vereinbarten Heimfalles weitere Umstände für das Fehlen der Belassungsabsicht sprechen müssten, da in diesem Fall nicht alleine der vom Bauführer verfolgte Zweck (gemeint: die Absicht) maßgeblich sei. Um welche Umstände es sich hierbei handeln kann, wird jedoch offengelassen.³⁸⁶ Nach anderen Ansichten steht die Vereinbarung des Heimfalles der mangelnden Belassungsabsicht hingegen gänzlich entgegen. *Forster* geht abweichend von der hA davon aus, dass bei Superädifikaten eine positive Entfernungsabsicht vorliegen müsse. Er begründet dies nicht bloß mit dem Gesetzeswortlaut, der ganz klar in diese Richtung zu verstehen sei, sondern auch mit einer historisch-teleologischen Gesetzesauslegung, die zum Schluss führe, dass der Gesetzgeber die Superädifikatskonstruktion primär für solche Bauwerke auf fremdem Grund geschaffen hat, bei denen „die Absicht „des nicht steten Belassens“ mit der Absicht „des Entfernens des Bauwerkes am Ende der Laufzeit“ zusammenfällt“,³⁸⁷ was typischerweise bei labilen Bauwerken der Fall ist. Für Bauwerke in massiver Bauweise stehe hingegen als sichere Grundlage das Baurecht offen. Für diese Auslegung spreche insbesondere auch der Umstand, dass die hA durch die extensive Auslegung des Kriteriums der mangelnden Belassungsabsicht im Ergebnis eine Gesetzesumgehung und „Superädifikatsausuferung“³⁸⁸

³⁸⁴ F. Bydlinski, Superädifikate 23, 38 ff; Zust RIS-Justiz RS0009934; RIS-Justiz RS0009887; OGH 3 Ob 125/84 EvBl 1986, 45 = SZ 58/23; OGH 10 Ob 66/15a Zak 2016/254 = ecolex 2016/199 = immolex 2016/63 = wobl 2017/8.

³⁸⁵ F. Bydlinski, Superädifikate 40; Zust OGH 3 Ob 125/84 EvBl 1986, 45 = SZ 58/23; OGH 1 Ob 14/06z NZ 2007/84 = MietSlg 58.033; OGH 5 Ob 278/07d Zak 2008/268 = EvBl 2008/115 = wobl 2008/96; siehe oben, II. C. Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz; aA *Spielbüchler*, der davon ausgeht, dass die nachträgliche Änderung der Absicht des Bauführers einen Zuwachs zum Grundeigentum bewirke, *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 297 Rz 5

³⁸⁶ *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 297 Rz 4.

³⁸⁷ *Forster*, Ausgewählte Fragen 222.

³⁸⁸ Da der Bauführer seine mangelnde Belassungsabsicht nicht durch seine positive Entfernungsabsicht unter Beweis stellen muss, sondern lediglich die zeitliche Begrenzung des Grundnutzungsverhältnisses gefordert wird,

ermögliche.³⁸⁹ Da bei vertraglichen Heimfallskonstruktionen von vornherein keine Entfernungsabsicht besteht und das Bauwerk „*stets*“ auf derselben Liegenschaft bleiben soll, liege im maßgeblichen Zeitpunkt der Bauführung Belassungsabsicht vor, weshalb kein Superädifikat entstehen könne.³⁹⁰ Auch nach *Holzner* komme es entgegen der hA für den Mangel der Belassungsabsicht auf eine Beseitigungsabsicht des Bauführers an und müsse diesbezüglich auf sämtliche rechtliche und tatsächliche Begleitumstände der Bauführung Rücksicht genommen werden. Selbst im Falle eines zeitlich begrenzten Grundnutzungsverhältnisses liege beim (von vornherein) vereinbarten Heimfall Belassungsabsicht vor. Dies gelte insbesondere auch, wenn dem Bauführer ein Wahlrecht zwischen Beseitigung und Heimfall (Belassung) eingeräumt wird. Im umgekehrten Falle (Wahlrecht des Grundeigentümers) erscheine dies fraglich, sei jedoch zu verneinen, da diesem auch ohne Vereinbarung aufgrund seiner Stellung ohnehin meist faktisch ein Wahlrecht zukomme. Belassungsversprechen des Bauführers würden hingegen in letzterer Konstellation zur Belassungsabsicht führen. Es liege beim (vorweg) vereinbarten Heimfall kein schutzwürdiges Interesse des Bauführers vor, dem es nicht in letzter Konsequenz auf die Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerkes ankomme und stehe der Verkehrsschutz auch einer vorübergehenden Eigentumsspaltung entgegen, sodass es aufgrund der Belassungsabsicht zum Zuwachs des Bauwerkes nach den §§ 417 ff komme.³⁹¹ *Ostheim* argumentiert in anderem Zusammenhang, nämlich zur Untermauerung seiner Parteienvereinbarungstheorie, die von der hA anerkannte Zulässigkeit von Heimfallsklauseln beweise, dass der fehlenden Belassungsabsicht bloß fiktive Bedeutung zukomme, da der vereinbarte Heimfall in Wahrheit die Absicht des dauernden Belassens zum Ausdruck bringe. Im Ergebnis könne daher von § 297 durch Parteienvereinbarung abgewichen werden.³⁹²

Die soeben dargestellte Kritik an der hA ist mE berechtigt, darf jedoch nicht – wie dies von *Ostheim* getan wird – zum Anlass genommen werden, die vom Gesetz geforderte mangelnde Belassungsabsicht („*nicht stets*“) außer Acht zu lassen.³⁹³ Es geht bei der Frage nach der Zulässigkeit von Heimfallsklauseln wie bereits angedeutet im Kern um die Frage, ob es zur Annahme der Superädifikatseigenschaft einer positiven Beseitigungsabsicht bzw. Entfernungsabsicht bedarf. Die hA begründet ihre großzügige, „korrigierende“ Auslegung des

komme es in der Praxis häufig zu permanenten Vertragsverlängerungen, die eine dauernde Eigentumsspaltung bewirken würden; *Forster*, *Ausgewählte Fragen* 224 f.

³⁸⁹ *Forster*, *Ausgewählte Fragen* 220 ff.

³⁹⁰ *Forster*, *Ausgewählte Fragen* 258 ff.

³⁹¹ *Holzner*, JBL 1994, 590.

³⁹² *Ostheim*, *Eigentumserwerb durch Bauführung* 46 ff.

³⁹³ Siehe dazu auch unten, IV. B. *Exkurs: Ostheims Parteienvereinbarungstheorie*.

§ 435, wonach es nicht auf eine positive Beseitigungsabsicht, sondern lediglich auf die negative Absicht des nicht dauernden Belassens ankomme, damit, dass dieses Verständnis dem wahren und nur unzureichend zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers entspreche. Ginge man nämlich von einem restriktiven, die positive Absicht zur Entfernung des Bauwerkes erfordernden Verständnis des § 435 aus, hätte diese die Bestimmung einen bloß eingeschränkten Anwendungsbereich, da eine solche Absicht bei massiven Bauwerken, die der Gesetzgeber von der Superädifikatskonstruktion auch umfasst wissen wollte, typischerweise nicht vorhanden sei. Dies könne dem Willen des Gesetzgebers nicht unterstellt werden. Zudem sei systematisch betrachtet die negative Absicht in § 435 das Gegenteil der in § 297 normierten positiven Belassungsabsicht, weshalb das schlichte Fehlen letzterer ausreichen soll.³⁹⁴ Die hA vermag, wie von *Forster* zutreffend aufgezeigt wurde, mE nicht zu überzeugen. Insbesondere steht sie im offenen Widerspruch zum klaren, die äußerste Grenze einer jeden Interpretation bildenden Gesetzeswortlaut des § 435 („*Bauwerken, die auf fremdem Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß sie nicht stets darauf [d.h. auf dem bebauten Grund] bleiben sollen*“), was sogar *F. Bydlinski* eingestehen muss.³⁹⁵ Selbst wenn man die zulässigen Grenzen der Gesetzesinterpretation durch die hA noch gerade nicht als überschritten ansehen möchte, so muss spätestens das Argument, dass durch den Gesetzeswortlaut die Absicht des Gesetzgebers verfehlt würde, ins Leere gehen. Durch die Normierung des Erfordernisses einer positiven Beseitigungsabsicht kommt der gesetzgeberische Wille, wonach das Superädifikat im Regelfall für einfache Bauten gedacht ist und für massivere Bauten das Baurecht als sicherere und publizitätsstärkere Alternative offensteht, zum Ausdruck. Zudem ist der Gesetzeswortlaut nicht unklar bzw. unbestimmt und hätte der Gesetzgeber die Bestimmung abweichend formuliert, sofern er keine Beseitigungsabsicht gewollt hätte.³⁹⁶ Selbst, wenn die hA vor dem Hintergrund, dass das Baurecht über lange Zeit hinweg aufgrund des eingeschränkten Kreises der Bestellungsberechtigten im Regelfall nicht offen stand, in gewisser Weise nachvollzogen werden kann, so wurde ihr durch die Öffnung des BauRG im Zuge der BauRG-Nov 1990 endgültig der Boden entzogen.

Es ist daher festzuhalten, dass entgegen der hA von einer mangelnden Belassungsabsicht nur dann die Rede sein kann, wenn sich diese in einer positiven Entfernungs- bzw. Beseitigungsabsicht des Bauführers nach Ablauf des zeitlich begrenzten („*nicht stets*“)

³⁹⁴ *F. Bydlinski*, Superädifikate 17 f.

³⁹⁵ „*In der Tat paßt die buchstäbliche Formulierung des Gesetzes nur auf den Fall, in dem der Erbauer sich für später zum Abbruch verpflichtet und dadurch seinen Abbruchwillen deutlich macht.*“, *F. Bydlinski*, Superädifikate 18.

³⁹⁶ *Forster*, Ausgewählte Fragen 220 ff.

Grundnutzungsverhältnisses manifestiert. Der vertraglich vereinbarte Heimfall steht dieser nach mE zutreffender kritischer Lehre somit entgegen und führt dazu, dass aufgrund von Belassungsabsicht kein Superädifikat entstehen kann. Dies gilt mE auch in der Konstellation, in der dem Grundeigentümer ein Wahlrecht zwischen Beseitigung und Heimfall eingeräumt wird, da hier die Absicht des Bauführers auf Beseitigung des Bauwerkes nicht klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommt. Somit bleibt im Ergebnis lediglich die Möglichkeit der Vereinbarung des Heimfalles aus Anlass der Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses, wobei in diesem Falle als sachenrechtlicher Modus wie dargestellt eine Urkundenhinterlegung erforderlich ist.

IV. Die „Dokumentationsfunktion“ des Grundnutzungsverhältnisses

A. Allgemeines

Das Grundnutzungsverhältnis hat neben der soeben ausführlich beleuchteten Funktion, dem Bauführer die Bebauung und fortlaufende Verwendung des fremden Grundes zu ermöglichen („*Nutzungsfunktion*“) nach hA die nicht minder bedeutsame Funktion, den zeitlich begrenzten Zweck der Bauwerkserrichtung (die mangelnde Belassungsabsicht) publik zu machen/ zu dokumentieren („*Dokumentationsfunktion*“), insbesondere bei jenen Bauwerken, bei denen die Absicht des Bauführers nicht schon aus der Bauweise hervorgeht.³⁹⁷ Im Folgenden soll eingehend überprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen durch das Grundnutzungsverhältnis dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach ausreichender Publizität der Superädifikatseigenschaft eines auf fremdem Grund errichteten Bauwerkes tatsächlich genüge getan ist bzw. welche Publizitätsprobleme sich stellen können und wie diese nach der geltenden Rechtslage (*de lege lata*) bzw. durch den Gesetzgeber (*de lege ferenda*) gelöst werden können.

B. Die Voraussetzungen im Einzelnen

1. „nicht stets“ – die Dauer der Belassung

Wie bereits erwähnt, kann die mangelnde Belassungsabsicht nach hA durch ein zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis objektiviert werden. Bevor auf die Art der zeitlichen Begrenzung eingegangen wird („wie“) ist im Vorfeld zu klären, welche zeitliche Grenze der Superädifikatserrichtung innewohnen soll („wie lange“).

Das Gesetz selbst gibt hier keine eindeutige Antwort, sondern normiert lediglich, dass das Bauwerk „*nicht stets*“ (§ 435) belassen werden soll. Da kein Bauwerk auf ewig Bestand hat,

³⁹⁷ Zur mangelnden Belassungsabsicht siehe auch oben, II. B. 2.

ist „*stets*“ nach hA im Sinne der natürlichen bzw. wirtschaftlichen Lebensdauer des Bauwerkes zu verstehen, weshalb Superädifikate als Bauwerke, die „*nicht stets*“ bleiben sollen, vor Ablauf dieser Zeit ihr Ende finden müssen.³⁹⁸ Grundsätzlich sind die Lebensdauer und damit die Höchstdauer von Bauwerk zu Bauwerk verschieden. Nach *Forster* dürfe die Höchstdauer eines Superädifikates jedoch keinesfalls die Höchstdauer des Baurechtes erreichen oder gar über diese hinausgehen. Hierfür spreche nicht bloß die grundsätzliche Ablehnung des Gesetzgebers gegenüber einer dauernden Eigentumsspaltung an Grund und Bauwerk, sondern auch die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rollenverteilung zwischen Superädifikat und Baurecht: „*Nach bestimmten wirtschaftspolitischen Zielen geordnet, wird letzteres nur (relativ) dauernder Bodenbenützung zu dienen geeignet sein. Daneben wird immer noch Raum bleiben für lediglich persönlich verpflichtende Vereinbarungen über die vorübergehende Duldung von Bauwerken (i.w.S.) eines anderen auf eigenem Grund [...] – Verhältnisse, wie sie beispielsweise als eine Art von Prekarium bezüglich der oben erwähnten „Praterhütten“ bestehen [...]*.“³⁹⁹ Die gegenteilige Auffassung *F. Bydlinski*,⁴⁰⁰ nach der es nicht auf die Zeitdauer des Grundnutzungsverhältnisses ankomme, sondern lediglich darauf, dass dieses bloß vorübergehend angelegt sei, könne vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Auch der Verweis der Materialien auf das Prekarium, das einer jederzeitigen Widerruflichkeit seitens des Liegenschaftseigentümers unterliegt, spricht diesbezüglich eine klare Sprache.⁴⁰¹ ME ist dieser Ansicht zu folgen, sodass die Höchstdauer des Grundnutzungsverhältnisses zweifach begrenzt ist: Sie muss nicht nur unterhalb der Lebensdauer des Bauwerkes, sondern auch unterhalb jener des Baurechts liegen (§ 3 Abs 1 BauRG: 100 Jahre bzw. für Vertragsabschlüsse vor der BauRG-Nov 1990⁴⁰² § 3 BauRG aF: 80 Jahre), widrigenfalls von einer Bauführung in Belassungsabsicht auszugehen ist und das Bauwerk dem Grundeigentümer zuwächst (§ 297).

2. Die zeitliche Begrenztheit des Grundnutzungsverhältnisses

Während in Rsp und Lehre grundsätzlich weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass die mangelnde Belassungsabsicht neben der Bauweise auch durch ein von vornherein zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis nach außen hin publizitätswirksam dokumentiert werden kann,⁴⁰³ bestehen im Detail wesentliche Auffassungsunterschiede über die Frage, wann eine solche von vornherein bestehende Begrenzung in zeitlicher Hinsicht vorliegt.

³⁹⁸ *Forster*, Ausgewählte Fragen 203 f; *F. Bydlinski*, Superädifikate 20, 27 f.

³⁹⁹ Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168 f.

⁴⁰⁰ *F. Bydlinski*, Superädifikate 14.

⁴⁰¹ *Forster*, Ausgewählte Fragen 203 f.

⁴⁰² D.h. vor dem Inkrafttreten der Novelle am 1.7.1990 (Art III Abs 1 BauRG-Nov 1990).

⁴⁰³ *F. Bydlinski*, Superädifikate 21; OGH 2 Ob 242/05k Zak 2007/306 = bbl 2007/132 = RdW 2007/626 = immolex 2007/170 = ecolex 2008, 718 (*Kletečka/Häusler*) = NZ 2010/14 (*Bittner*) mwN.

Ausgehend von der Entscheidung SZ 51/57 – „*Ein Superädifikat setzt ein von vornherein zeitlich begrenztes Grundbenutzungsrecht voraus; fehlt die Befristung, so gilt § 297 ABGB.*“⁴⁰⁴ – vertrat der OGH in einer Reihe von weiteren Judikaten die Auffassung, dass von einer von vornherein bestehenden zeitlichen Begrenzung nur bei Vereinbarung einer Befristung des Grundnutzungsverhältnisses, also einer bestimmten Zeitdauer desselben, gesprochen werden könne.⁴⁰⁵ Während dies nach manchen Entscheidungen schlechthin, also unabhängig von der Bauweise des Bauwerkes, gelten sollte,⁴⁰⁶ sprach sich der OGH in der häufig zitierten Leitentscheidung SZ 63/100 unter Verweis auf die Vorjudikatur für das Erfordernis einer Befristung (lediglich) bei massiv errichteten Bauwerken aus.⁴⁰⁷ Die hRsp geht demgegenüber davon aus, dass das Vorliegen einer Befristung des Grundnutzungsverhältnisses nicht zwingend erforderlich ist, sondern bereits dessen vorzeitige Beendigungsmöglichkeit durch den Grundeigentümer und hiermit verbunden die Absicht des Bauführers ausreichen, nur so lange Eigentum am Bauwerk zu begründen, wie es der Grundeigentümer aus welchem Rechtstitel auch immer gestattet. In seiner Leitentscheidung NZ 1992, 66 nahm der OGH unter expliziter Ablehnung der oben beschriebenen Rsp selbst bei einem unbefristeten Bestandverhältnis bei gleichzeitiger Vereinbarung eines 50-jährigen Kündigungsverzichtes eine hinreichende zeitliche Begrenzung an, die für die mangelnde Belassungsabsicht des Erbauers spreche.⁴⁰⁸

Gestützt wird die hRsp hauptsächlich durch die ältere Lehre, allen voran durch *F. Bydlinski*. Dieser geht unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut, der keinen Anhaltspunkt für ein Befristungserfordernis liefere, als auch auf die Materialien, die als Beispiel für ein Grundnutzungsverhältnis explizit das Prekarium anführen, davon aus, dass auch unbefristete Rechtsverhältnisse durch die möglicherweise nachträglich eintretende und vom Bauführer in Kauf genommene zeitliche Schranke in Form einer Kündigung bzw. eines Widerrufs vorübergehender Natur seien und daher die mangelnde Belassungsabsicht ausreichend zum Ausdruck brächten.⁴⁰⁹ „*Darauf kommt es an; nicht auf die darüber hinausgehenden bloßen Hoffnungen.*“⁴¹⁰ Später präziserte bzw. beschränkte *F. Bydlinski* im Zuge einer Korrespondenz mit *Ostheim* seine Auffassung dahingehend, dass zwar auch die vorzeitige

⁴⁰⁴ OGH 1 Ob 25/48 SZ 21/57.

⁴⁰⁵ OGH 8 Ob 146/66 JBl 1966, 618; OGH 3 Ob 516, 517/90 SZ 63/100; OGH 5 Ob 36/00f NZ 2000/486; zuletzt implizit durch Verweis auf SZ 63/100: OGH 2 Ob 242/05k Zak 2007/306 = bbl 2007/132 = RdW 2007/626 = immolex 2007/170 = ecolex 2008, 718 (*Kletečka/ Häusler*) = NZ 2010/14 (*Bittner*); Befristung als eine von mehreren Möglichkeiten: OGH 3 Ob 617/85 MietSlg 38.030 und OGH 3 Ob 119/93 = ecolex 1994, 755.

⁴⁰⁶ OGH 8 Ob 146/66 = JBl 1966, 618.

⁴⁰⁷ OGH 3 Ob 516, 517/90 = SZ 63/100.

⁴⁰⁸ OGH 5 Ob 98/90 = NZ 1992, 66 (zust *Hofmeister*); OGH 3 Ob 125/84 = RdW 1985,368 = EvBl 1986/10 = SZ 58/23 = MietSlg 37.026 = MietSlg 37.030 (12).

⁴⁰⁹ *F. Bydlinski*, Superädifikate 20, 23 ff.

⁴¹⁰ *F. Bydlinski*, Superädifikate 23.

Beendigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund prinzipiell genüge, eine bloß theoretische Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsbeendigung jedoch keine ausreichende Schranke darstelle. Bei kündigungsgeschützten Mietverhältnissen entbehrten die gesetzlichen Kündigungsgründe aber keineswegs der realen Bedeutung, weshalb diese die mangelnde Belassungsabsicht dokumentieren. Demgegenüber seien Vertragsgestaltungen, die – wenn auch nicht wirksam – zu einer der gesamten natürlichen Lebensdauer gleichenden Vertragsdauer führen sollen, schädlich, da hierdurch klar die Absicht dauernder Belassung erkennbar sei.⁴¹¹

Nach *Ostheim* fehle hingegen bei Bauführungen auf fremdem Grund auf Basis eines obligatorischen Grundnutzungsverhältnisses oder einer Dienstbarkeit aufgrund der Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund stets eine rechtlich relevante Belassungsabsicht. Darauf, ob die Beendigung bloß theoretisch möglich wäre oder nicht komme es nicht an, weshalb auch Vertragsgestaltungen, die zu einem langen Bestand des Bauwerkes auf fremdem Grund führen sollen, unschädlich seien, da diese lediglich eine bloße Belassungshoffnung implizieren würden.⁴¹²

Im rezenten Schrifttum begrüßt *Hofmeister* den Umstand, dass die hRsp nicht mehr auf das Erfordernis einer Befristung abstellt. Seiner Ansicht nach sollte nämlich anstelle des zeitlich begrenzten auf den wirtschaftlich begrenzten Zweck der Bauführung abgestellt werden, der auch bei aus Gründen der Gebührenvermeidung häufig unbefristet geschlossenen Grundnutzungsverhältnissen vorliegen und aus den Nebenabreden (z.B. Kündungsverzicht für einen bestimmten Zeitraum) hervorgehen könne. Wenn jedoch ein Rechtsverhältnis auf unbestimmte Zeit dem tatsächlichen Willen der Parteien entspreche, liege Belassungsabsicht vor.⁴¹³

In der jüngeren Lehre mehren sich jedoch die kritischen Stimmen an der hRsp, dies vor allem vor dem Hintergrund der Analogie zum MRG-Kündigungsschutz. So betont etwa *Kletečka* wie schon oben ausgeführt den Zusammenhang der „*Dokumentationsfunktion*“ des Grundnutzungsverhältnisses mit dessen Beendigungsmöglichkeit und stellt fest, dass durch die Einschränkung der Kündbarkeit die zeitliche Begrenzung der Belassungsabsicht verlorengehe. Gehe man entgegen der Judikatur richtigerweise davon aus, dass das MRG nicht analog auf Grundnutzungsverhältnisse anwendbar ist, so komme hingegen auch unbefristeten Bestandverhältnissen aufgrund derer vorübergehenden Natur die mangelnde Belassungsabsicht

⁴¹¹ Siehe den Ausschnitt aus der Korrespondenz mit *Ostheim* in *Ostheim* in FS Kralik 505 f.

⁴¹² *Ostheim* in FS Kralik 506 f.

⁴¹³ *Hofmeister*, Glosse zu OGH 5 Ob 98/90, NZ 1992, 66.

des Bauführers zum Ausdruck.⁴¹⁴ Derselben Ansicht dürften *Rechberger/ Oberhammer* sein, nach denen die analoge Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes bei unbefristeten Grundnutzungsverhältnissen „*ein massives Indiz gegen den Mangel einer Belassungsabsicht bei „massiv“ ausgeführten Bauwerken*“ darstelle, die umgekehrt jedoch von der Unschädlichkeit von Kündigungsverzichten zwecks Erfüllung berechtigter Amortisationserwartungen des Bauführers ausgehen.⁴¹⁵

Demgegenüber schließt sich *Forster* unter gleichzeitiger Kritik der dargestellten älteren Lehre demjenigen Teil der Rsp an, die eine von vornherein bestehende zeitliche Begrenzung im Sinne einer Befristung versteht. Dafür würden insbesondere Publizitätsgründe sowie die Gefahr einer „*Superädifikatsausuferung*“ sprechen, da nur durch eine von vornherein festgelegte, bestimmte Vertragsdauer die Höchstdauer des Superädifikates („*nicht stets*“) nach außen hin erkennbar und kontrollierbar sei sowie eine Belassung über die ganze Lebensdauer hinweg und damit eine dauernde Eigentumsspaltung verhindert werden könne. Der von *F. Bydlinski* bemühte Vergleich von Bestandverhältnissen mit der prekaristischen Überlassung eines Grundstückes verkenne, dass sich diese Vertragstypen vom Wesen her grundlegend voneinander unterscheiden. Während Bestandverhältnisse im Regelfall auf eine längere Dauer ausgelegt seien und eine sichere Rechtsgrundlage für die Bauführung bieten, sei das Prekarium unentgeltlich, jederzeit widerruflich und daher für eine idR kurze Laufzeit gedacht, sodass es nur bei diesem keiner zeitlichen Beschränkung bedürfe. Auch sei ein unbefristetes Bestandverhältnis aufgrund der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nicht automatisch geeignet, die mangelnde Belassungsabsicht zu dokumentieren, da eine solche Beendigung den gesetzliche Ausnahmefall und daher eine bloß theoretische Endigungsmöglichkeit des Superädifikates darstellt. Insofern sei die neue Theorie *F. Bydlinskis*, nach der bloß theoretische Endigungsmöglichkeiten ausscheiden, im Vergleich zur früheren Theorie aber auch der dargestellten Auffassung *Ostheims* ein Schritt in die richtige Richtung.⁴¹⁶ Vor dem Hintergrund der Kritik an der Judikatur zur analogen Anwendung des MRG/ der MRG Kündigungsschutzbestimmungen befürworten auch *H. Böhm/ Prader* das Erfordernis des befristeten Grundnutzungsverhältnisses, da bei diesem bis auf den Fall einer vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit grundsätzlich keine vorzeitige ordentliche Vertragsbeendigung möglich sei und sich die Analogieproblematik daher erübrige.⁴¹⁷

⁴¹⁴ *Kletečka*, wobl 2001, 129 ff; Zust *Pletzer*, *immolex* 2005, 114 ff.

⁴¹⁵ *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 60.

⁴¹⁶ *Forster*, *Ausgewählte Fragen* 234 ff.

⁴¹⁷ *H. Böhm/ Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 47 ff.

Nimmt man das Erfordernis einer von vornherein bestehenden zeitlichen Begrenzung ernst, so führt dies mE in logischer Konsequenz dazu, dass diesem grundsätzlich nur ein befristetes Grundnutzungsverhältnis gerecht werden kann, wobei dies ungeachtet einer analogen Anwendung des MRG gilt. Nur bei einer Befristung steht nämlich im Vorhinein, d.h. im rechtlich relevanten Zeitpunkt des Beginnes der Bauführung,⁴¹⁸ in nach außen hin erkennbarer Weise fest, dass das zu errichtende Bauwerk nicht „*stets*“, also nicht über seine gesamte natürliche Lebensdauer hinweg, auf fremdem Grund bleiben soll. Einerseits besteht dadurch nicht nur die Möglichkeit, sondern gar die Gewissheit einer zeitlichen Schranke der Belassung, wodurch, wie von *Forster* zutreffend aufgezeigt, die unkontrollierbare Umgehung der mangelnden Belassungsabsicht und somit eine dauernde Eigentumsspaltung verhindert bzw. eingedämmt⁴¹⁹ wird. Unterstützend kann hier gegen die hRsp und ältere Lehre ins Treffen geführt werden, dass die Betonung der Rsp auf eine „von vornherein“ bestehende zeitliche Begrenzung vollkommen obsolet und irrelevant wäre, wenn die vorzeitige Beendigungsmöglichkeit ausreichendes Indiz für die zeitliche Begrenzung wäre, da eine solche (zumindest aus wichtigem Grund) grundsätzlich bei jedem Dauerschuldverhältnis besteht. Andererseits kann nur durch eine Befristung Publizität geschaffen werden. Selbst, wenn der Bauführer sich mit einer vorzeitigen Beendigungsmöglichkeit „abgefunden“ oder gar von vornherein die Absicht hat, das Bauwerk nur über eine bestimmte Zeitspanne hinweg zu belassen, jedoch aus Gründen der Gebührenersparnis ein unbefristetes Rechtsverhältnis eingeht, kann noch nicht von einer nach außen getretenen Absicht, sondern von einem rein psychologischen, inneren Vorgang gesprochen werden.⁴²⁰ Denn für einen außenstehenden Dritten stellen sich beide Szenarien, nämlich auf der einen Seite die Bauführung ohne Belassungsabsicht und auf der anderen Seite die Bauführung in Belassungsabsicht, jeweils auf Basis eines unbefristeten Grundnutzungsverhältnisses, vollkommen ident dar: In beiden Fällen steht nämlich die Dauer der Grundstücksnutzung und damit verbunden der Belassung des Bauwerkes bei bloßer Betrachtung des Rechtsverhältnisses, aus dem die wahre Absicht des Bauführers nicht (zweifelsfrei) hervorgeht, nach außen hin nicht fest. Auch das von *Hofmeister* ins Spiel gebrachte Argument, dass in vielen Fällen gebührenrechtliche Erwägungen ausschlaggebend

⁴¹⁸ Siehe oben, II. B. 2.

⁴¹⁹ Freilich sind auch bei befristeten Grundnutzungsverhältnissen Umgehungen denkbar, etwa durch in der Praxis verbreitete permanente Vertragsverlängerungen, denen jedoch entgegengesteuert werden kann, wenn man entgegen der hA das Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht ernst nimmt und eine positive Beseitigungsabsicht verlangt; siehe oben, III. E. 2.

⁴²⁰ *Ostheim*, ÖJZ 1975, 206; vgl. auch *F. Bydlinski*: „Eine rechtlich relevante Absicht kann kein rein psychisches, nicht nach außen hervorgetretenes Phänomen sein, schon gar nicht in dem besonders auf möglichste Publizität angelegten Sachenrecht.“; *F. Bydlinski*, Superädifikate 21; Ebenfalls in diesem Sinne: *Kletečka*, wobl 2001, 129; *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 58.

für eine unbefristete Vertragsdauer seien, der wirtschaftliche Zweck jedoch in aller Regel begrenzt sein werde und durch Nebenabreden, insbesondere durch Kündigungsverzicht, zum Ausdruck komme, vermag hier nicht restlos zu überzeugen, zumal die begrenzte Absicht keinesfalls eindeutig durch Nebenabreden hervorgehen kann (insbesondere lange Kündigungsverzicht sprechen eher für das Gegenteil)⁴²¹ und hierdurch unnötig Unklarheit und Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Wie von *Rechberger/ Oberhammer* in diesem Zusammenhang zutreffend betont wird, handelt es sich beim Abstellen auf Nebenabreden zudem um eine verpönte Anknüpfung „*an psychologische, innere Tatbestände*“.⁴²² Schließlich spricht für das Befristungserfordernis des Grundnutzungsverhältnisses auch, wie von *H. Böhm/ Prader* zutreffend betont, der Umstand, dass sich hierdurch eine Analogie zum Kündigungsschutzregime des MRG mit sämtlichen verbundenen Problemen vermeiden lässt.

Die soeben dargestellte eigene Ansicht, wonach eine Befristung des Grundnutzungsverhältnisses erforderlich ist, damit dieses als von vornherein zeitlich begrenzt und damit Indiz für die mangelnde Belassungsabsicht angesehen werden kann, gilt mE jedenfalls für alle Arten von Rechtsverhältnissen, die nach der Absicht des Gesetzgebers im Regelfall auf längere Dauer ausgelegt sind. Darunter fallen vor allem die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Bestandverhältnisse, die normale Grundstücksleihe sowie auch Dienstbarkeiten. Während Leihverträge der (dispositiven) gesetzgeberischen Vorstellung nach ohnehin befristet sind („*auf eine bestimmte Zeit*“, § 971),⁴²³ wird neben den Bestandverträgen auch bei Dienstbarkeiten (Personalservituten) explizit eine Befristung vereinbart werden müssen, damit diese im Sinne der obigen Ausführungen dem Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht gerecht werden.⁴²⁴ Fraglich erscheint, ob das (in der Praxis eher ausnahmsweise vorkommende) Prekarium aufgrund seiner jederzeitigen Widerruflichkeit als von vornherein zeitlich begrenzt angesehen werden kann. Wenn man mit *Forster* auf den gesetzgeberischen Regelfall abstellt und von diesem ableitet, dass das Prekarium aufgrund seiner dem Gesetzesplan nach kurzweiligen Rechtsnatur keiner ausdrücklichen zeitlichen Schranke bedarf, führt dies im Lichte der obigen Erwägungen zur Problematik, dass hierdurch (zumindest) bei massiven

⁴²¹ Siehe etwa die Kritik *Spielbüchlers* an der E NZ 1992, 66: „*Wieweit aber auch ein unbefristeter Vertrag – mit 50jährigem Kündigungsverzicht – die Begrenzung dartut, NZ 1992, 66, ist zweifelhaft.*“; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ § 297 Rz 4.

⁴²² *Rechberger/ Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* Rz 58.

⁴²³ Die (grundsätzlich mögliche) Vereinbarung einer hiervon abgehenden unbefristeten Vertragsdauer wäre im Hinblick auf die notwendige, von vornherein bestehende Beschränkung schädlich; siehe oben, III. B. 2. a.

⁴²⁴ Mangels abweichender Vereinbarung erlöschen persönliche Dienstbarkeiten dem dispositiven Regelfall nach mit dem Tode des Berechtigten (§ 529), sind sohin durch ein Ereignis auflösend bedingt, dessen Eintrittszeit ungewiss ist, weshalb mE mangels Vereinbarung einer Befristung keine eindeutige, von vornherein bestehende zeitliche Schranke vorliegt; siehe oben, III. B. 1.

Bauwerken die Gefahr der unkontrollierbaren Umgehung der mangelnden Belassungsabsicht besteht, da – wie auch *Forster* zugeben muss⁴²⁵ – ein Prekarium mangels Widerruf im Einzelfall auch auf lange Dauer (d.h. uU auch auf Lebensdauer des Bauwerkes) Bestand haben kann. Aus diesem Umstand sowie den Gesetzesmaterialien, die das Prekarium als Beispiel für eine vorübergehende Grundüberlassung bei „*Praterhütten*“, also typischerweise nicht massiv errichteten Bauwerken, nennen,⁴²⁶ kann mE geschlossen werden, dass eine prekaristische Grundüberlassung nur bei labilen Bauwerken die mangelnde Belassungsabsicht des Erbauers dokumentieren kann.

Im Übrigen wird mE im Anschluss an die ältere Rsp ungeachtet der Bauweise des Superädifikates generell, d.h. auch bei labilen Bauwerken, ein befristetes Grundnutzungsverhältnis erforderlich sein. Bei labilen Bauwerken gilt zwar aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes die Vermutung, dass diese in der Absicht nicht steter Belassung errichtet wurden,⁴²⁷ wobei freilich das Gegenteil, d.h. dauerhafte Belassung, vereinbart werden kann, wodurch das Bauwerk zum unselbständigen Bestandteil des Grundstückes wird. Wird nun ein seiner Bauweise nach für vorübergehende Dauer ausgelegtes Bauwerk auf Basis eines unbefristeten Verhältnisses errichtet, so steht dieses im Widerspruch zum äußeren Erscheinungsbild des Bauwerkes und zerstört den Anschein der nicht dauerhaften Belassungsabsicht, weshalb hier die besagte Vermutung nicht greift. Hierfür sprechen die oben angeführten Erwägungen, nämlich einerseits die Vermeidung einer unkontrollierbaren Umgehung der mangelnden Belassungsabsicht sowie andererseits die erwähnten Publizitätsgesichtspunkte.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die mangelnde Belassungsabsicht sowohl bei in massiver als auch in labiler Bauweise errichteten Bauwerken nur durch ein von vornherein zeitlich begrenztes iS von befristetes Grundnutzungsverhältnis dokumentiert werden kann. Als Ausnahme hiervon gilt lediglich, dass bei labilen Bauwerken auch die Errichtung auf Basis eines Prekariums für die Offenkundigkeit der nicht steten Belassung unschädlich ist.

Exkurs: Ostheims Parteienvereinbarungstheorie

Wenn man die durch großzügige Gesetzesauslegung der hRsp und Lehre eröffneten und in der Praxis gelegentlich genützten Möglichkeiten, die vom Gesetz verlangte fehlende Belassungsabsicht zu umgehen, in Betracht zieht, so wirft sich auf den ersten Blick die Frage auf, ob nicht

⁴²⁵ *Forster*, Ausgewählte Fragen 235 (FN 904).

⁴²⁶ Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168 f.

⁴²⁷ Die gegenteilige Vermutung greift mE lediglich bei jenen Bauwerken, deren äußeres Erscheinungsbild für das Vorliegen von Belassungsabsicht spricht, nämlich bei „*Häuser[n] und anderen Gebäude[n]*“ (§ 297).

schon von vornherein, somit auf „direktem Weg“, zwischen Bauführer und Grundeigentümer wirksam vereinbart werden kann, dass das zu errichtende Superädifikat über seine gesamte Lebensdauer hinweg auf fremdem Grund verbleiben soll, ohne dabei seine Sonderrechtsfähigkeit zu verlieren. Nach einem in der Minderheit gebliebenen Teil der Lehre, der von *Ostheim* maßgeblich geprägt wurde, sollen derartige Vereinbarungen möglich sein, d.h. die Eigentumsverhältnisse an Grund und Bauwerk ungeachtet einer Belassungsabsicht frei geregelt werden können.

Ausgangspunkt für die als „*Parteienvereinbarungstheorie*“ bezeichnete These *Ostheims* ist die Erwägung, dass die Bestimmung des § 297 entgegen der hA nicht zwingend sei und auf die Absicht des Bauführers, also auf ein subjektives Element abstelle. Auch wenn die hA nach außen hin objektive Umstände (Bauweise, zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis) für maßgeblich ansehe, so sei jedoch anhand in der Praxis vorkommender und von der hA für die Superädifikatseigenschaft unschädlich angesehener Konstellationen, die einer mangelnden Belassungsabsicht bei näherer Betrachtung eigentlich entgegenstehen,⁴²⁸ erkennbar, dass die Rsp und Lehre auch bei einer tatsächlichen Absicht dauerhafter Belassung des Bauwerkes eine Parteienvereinbarung über die Nichtanwendbarkeit des § 297 und damit die Superädifikatseigenschaft eines Bauwerkes für möglich und zulässig ansehe: „*Es zeigt sich also, daß auch der OGH. in manchen Fällen der Parteienvereinbarung gegenüber der Regelung des § 297 ABGB. den Vorrang gibt, wenn er auch dabei fallweise mit dem Scheinargument des (fingierten) Fehlens einer Belassungsabsicht handelt.*“⁴²⁹ Es bestehe offenbar ein wirtschaftliches Bedürfnis an der Vereinbarung der Sonderrechtsfähigkeit in Belassungsabsicht errichteter Bauwerke und sei dies auch unbedenklich, zumal es sich ohnehin nur um einen geringen Anteil der Bauführungen auf fremdem Grund und damit um eine Ausnahme handle und auch Gründe des Gläubiger- und Vertrauensschutzes nicht entgegenstünden.⁴³⁰ In einer späteren Abhandlung konkretisierte und untermauerte *Ostheim* seine These dahingehend, dass sich anhand verschiedener Arten „*liegenschaftsrechtlicher Eigentumsstreuung*“, wie etwa dem Stockwerks- und Kellereigentum, aber auch anhand der Bestimmung des § 418, die auch bei Bauführungen auf fremdem Grund in Belassungsabsicht Vereinbarungen über die Eigentumsverhältnisse zulasse, zeige, dass § 297 der Vorstellung des Gesetzgebers nach bei Bauführungen auf fremdem Grund nicht zwingend sein sollte: „*Der in § 297 zweifellos*

⁴²⁸ *Ostheim* nennt als Beispiele etwa die in solider Bauweise aufgeführten Zinshäuser auf Stiftsgründen, Heimfallsklauseln oder Vertragsgestaltungen, in denen sich der Grundeigentümer zur späteren Grundabtretung an den Bauführer verpflichtet (etwa bei einem Eigentumsvorbehalt am Grund); *Ostheim*, Zum Eigentumserwerb durch Bauführung 46 f; 49.

⁴²⁹ *Ostheim*, Zum Eigentumserwerb durch Bauführung 49.

⁴³⁰ *Ostheim*, Zum Eigentumserwerb durch Bauführung 45 ff.

angesprochene Grundsatz „*superficies solo cedit*“ gilt daher nach dieser Konzeption allgemein nur bei Bauten auf eigenem Grund, bei Bauten auf fremdem Grund nur bei Fehlen einer abweichenden Vereinbarung.⁴³¹ Der Gesetzgeber habe bei der III. TN übersehen, dass § 418 bei der Bauführung auf fremdem Grund in Belassungsabsicht die Möglichkeit offenlasse, das Eigentum an Grund und Bauwerk abweichend vom dispositiven Regelfall durch Parteienvereinbarung frei zu regeln und seien die Bestimmung des § 435 sowie die Ergänzungsbestimmungen der §§ 436, 437, 451 Abs 2 und § 481 Abs 2 insofern lückenhaft, als an diesen Fall sowie an den Zusammenhang von § 418 zu § 297 nicht gedacht wurde. Diese Lücke sei durch eine Analogie zu § 435 samt Nebenbestimmungen zu schließen. Eine Wiederkehr des geteilten Eigentums sei bei vereinbarter Sonderrechtsfähigkeit von in Belassungsabsicht errichteten Bauwerken aufgrund der jedenfalls bestehenden Auflösungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nicht zu befürchten. Auch zweifellos bestehende Publizitätsbedenken gegen die Superädifikatskonstruktion an sich sprächen aufgrund der von der hA gebilligten Fiktion nicht gegen die Parteienvereinbarungstheorie.⁴³²

Während diese Auffassung von einem Teil der Lehre befürwortet wird⁴³³ bzw. ein Teil der Lehre ähnliche Ansichten⁴³⁴ verfolgt, wird die Parteienvereinbarungstheorie von der überwiegenden Lehre sowie dieser folgend durch die hRsp⁴³⁵ abgelehnt, wobei hierfür eine Vielzahl an Argumenten ins Treffen geführt wird. So werden insbesondere der einer Parteienvereinbarung entgegenstehende zwingende Charakter des § 297 und der ersten beiden Sätze des § 418 sowie der Zusammenhang dieser Bestimmungen betont, ebenso wie die Intention des Gesetzgebers, eine verkehrsfeindliche Dauerspaltung des Eigentums an Grund und Bauwerk zu vermeiden und die Publizitätsprobleme der Superädifikatskonstruktion.⁴³⁶ Das Fiktionsargument wird verworfen⁴³⁷ bzw. nicht als ausreichende Begründung angesehen, da hierdurch dasselbe gesetzwidrige Ergebnis, das die hA durch Umgehung bzw. Fiktion⁴³⁸

⁴³¹ Ostheim in FS Kralik 499.

⁴³² Ostheim in FS Kralik 495 ff.

⁴³³ Hoyer in FS Ostheim 97 f; Bittner, NZ 2010, 69.

⁴³⁴ So vertritt etwa Angst die Auffassung, dass Bauwerke ungeachtet ihrer Belassungsabsicht sonderrechtsfähig sein können, da der Belassungsabsicht nach § 297 lediglich Bedeutung für die Beweglichkeit des Bauwerkes zukomme und diese Bestimmung lediglich eine widerlegbare Vermutung aufstelle; Angst, ÖJZ 1972, 121 f.

⁴³⁵ RIS-Justiz RS0009890; OGH 3 Ob 585/84 (3 Ob 586/84) JBl 1985, 741: „Die zwingende Bestimmung des § 297 ABGB kann nicht durch Parteienvereinbarung ausgeschaltet werden [...]“.

⁴³⁶ F. Bydlinski, Superädifikate 22 ff; Forster, Ausgewählte Fragen 245 ff.

⁴³⁷ F. Bydlinski, Superädifikate 23.

⁴³⁸ Insbesondere gemeint ist die Praxis der permanenten Vertragsverlängerung sowie die Akzeptanz unbefristeter Rechtsverhältnisse in Verbindung mit Kündigungsverzicht; Forster, Ausgewählte Fragen 243; Ebenfalls hierunter fällt auch die Analogie zum MRG sowie der Umstand, dass eine positive Beseitigungsabsicht nicht gefordert wird.

bewirkt, auf direktem Weg erzielt wird.⁴³⁹ Schließlich wird auch der Widerspruch der auf die subjektive Absicht abstellenden Parteienvereinbarungstheorie zur These *Ostheims* über die Möglichkeit von Superädifikaten auf eigenem Grund, nach der es auf eine objektive Erkennbarkeit einer mangelnden Belassungsabsicht ankomme,⁴⁴⁰ bemängelt.⁴⁴¹

ME ist die Kritik an der These *Ostheims* voll und ganz berechtigt, wobei insbesondere das Argument *Forsters* überzeugt, dass diese auf der gesetzwidrig weiten Auslegung bzw. Fiktion der hA aufbaue, nur auf anderem Wege zum selben Endergebnis gelange und daher logischerweise ebenfalls im Widerspruch mit dem Gesetz stehe. Daneben ist mE auch dessen Argument entscheidend, dass aus § 418 nicht e contrario abgeleitet werden könne, dass eine Vereinbarung über die Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerkes möglich wäre, da diese Bestimmung unzweifelhaft Ausdruck des in § 297 normierten Grundsatzes *superficies solo cedit* bei der Bauführung auf fremdem Grund sei. Zudem kann mE hieran anschließend noch folgendes Argument genannt werden: Aus dem Umstand, dass das Gesetz in klar umrissenen Sonderfällen (Stockwerks- und Kellereigentum) eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht, kann nicht geschlossen werden, dass dieser generell abdingbar sei, da sonst verallgemeinert betrachtet jede Ausnahme dazu führen müsste, dass ein Grundsatz generell unverbindlich ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Superädifikat dem klaren Gesetzeswortlaut und der gesetzgeberischen Vorstellung nach nur entstehen kann, wenn es dem Bauführer an einer äußerlich erkennbaren Belassungsabsicht mangelt, sodass eine entgegenstehende Parteienvereinbarung entsprechend dem Grundsatz *superficies solo cedit* zwangsläufig dazu führen muss, dass das Bauwerk *qua* Zuwachs zu einem unselbständigen Bestandteil des Grundes wird.

⁴³⁹ „Wenn sich *Ostheim* zur Begründung seiner Theorie nunmehr darauf beruft, daß die hM (vor allem die Rsp) dieselben Vorgänge durchführe wie er selbst, und seine Vorgangsweise deshalb zu akzeptieren sei, muß er sich im Klaren darüber sein, daß dieses Vorgehen der Praxis (hRsp) genauso unkorrekt wie das seinige ist.“; *Forster*, Ausgewählte Fragen 244.

⁴⁴⁰ *Ostheim* verneint diesen Widerspruch, indem er hervorhebt, dass auch die Bauführung auf fremdem Grund aufgrund Parteienvereinbarung „Als objektives Merkmal der fehlenden Belassungsabsicht“ außer Diskussion stehe; *Ostheim*, ÖJZ 1975, 206.

⁴⁴¹ *F. Bydlinski*, Superädifikate 28; *Forster*, Ausgewählte Fragen 247 f.

C. Die mangelhafte Publizität der Superädifikatseigenschaft und Lösungsansätze

1. Die problematische Publizität der mangelnden Belassungsabsicht

Bei der Publizität handelt es sich um einen wesentlichen Grundsatz des Sachenrechts. Hierbei geht es im Kern darum, dass Sachenrechte, anders als obligatorische Rechtsverhältnisse, nicht bloß *inter partes*, sondern absolut, d.h. gegenüber jedermann wirken, was eine gewisse Erkennbarkeit bzw. Offenkundigkeit nach außen hin und eine hiermit einhergehende Verkehrssicherheit voraussetzt. Die Publizität bezweckt Klarheit nicht nur über den Umfang von Sachenrechten (negative Seite), sondern auch und gerade über das Objekt dinglicher Rechte, d.h. die sonderrechtsfähige Sache, sowie über die Person des Berechtigten (positive Seite).⁴⁴²

Während bei Liegenschaften bzw. Rechten an Liegenschaften im Interesse des Verkehrsschutzes durch das Grundbuch ausreichende Publizität geschaffen wird, ist sie bei Superädifikaten seit jeher nur unzureichend ausgeprägt, wobei die positive Seite der Publizität, insbesondere bezüglich der hier interessierenden Sonderrechtsfähigkeit des Superädifikates,⁴⁴³ problematisch ist.⁴⁴⁴ Dies hängt mit der Eigenart der Superädifikatsbegründung zusammen, nämlich mit dem Umstand, dass ein Superädifikat schon durch die Bauführung in mangelnder Belassungsabsicht entsteht, ohne dass eine Urkundenhinterlegung erforderlich ist. Es besteht vielmehr lediglich die fakultative Möglichkeit einer Urkundeneinreihung über den originären Rechtserwerb, mit der eine von Amts wegen vorzunehmende Ersichtlichmachung der Urkundeneinreihung im Gutsbestandsblatt des Grundbuchs für das betroffene Grundstück einhergeht (§ 1 Abs 1 Z 2 lit b und Abs 3 iVm § 10 Abs 1a UHG). Unterbleibt jedoch wie in vielen Fällen eine derartige Urkundeneinreihung, führt dies dazu, dass Superädifikate über einen langen Zeitraum hinweg auf fremdem Grund bestehen, ohne dass ihre Existenz einem interessierten Dritten aus der Grundbuchseinlage der belasteten Liegenschaft oder aus einer Bauwerkskartei und der damit verbundenen Sammlung der bei Gericht hinterlegten und eingereihten Bauwerksurkunden erkenntlich wäre. Verschärft wird diese Problematik noch durch den Umstand, dass Superädifikate nach hA der kurzen dreijährigen Ersitzungszeit (§ 1466) unterliegen,⁴⁴⁵ sodass die bei derivativen Erwerben oftmals unterbleibende

⁴⁴² Hoyer in FS Ostheim 98 f; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 749.

⁴⁴³ Ein weiteres im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher zu behandelndes Problemfeld stellt die infolge des originären Erwerbes durch Bauführung fehlende Publizität des Berechtigten und der damit zusammenhängende fehlende Gutgläubensschutz hinsichtlich der Berechtigung des Vormannes dar (vgl. § 9 Abs 2, § 20 UHG); F. Bydlinski, Superädifikate 32 f; Forster, Ausgewählte Fragen 77 f; siehe auch oben, II. C. Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz.

⁴⁴⁴ Hoyer in FS Ostheim 98 ff.

⁴⁴⁵ RIS-Justiz RS0106410; Krit Rechberger/ Oberhammer, Das Superädifikat, in Kletečka/ Rechberger/ Zitta Rz 58; Krit Forster, Ausgewählte Fragen 77 f; siehe oben, II. C.

Urkundenhinterlegung innerhalb kurzer Zeit saniert wird, ohne dass es jemals zu einer Urkundenhinterlegung und einer hiermit einhergehenden grundbücherlichen Ersichtlichmachung des Erwerbes und damit des Superädifikates kommt.⁴⁴⁶

Werden diese Publizitätsdefizite bei in labiler Bauweise errichteten Superädifikaten noch durch deren äußeres Erscheinungsbild aufgewogen, das einem Vertrauen des Rechtsverkehres auf den Grundsatz *superficies solo cedit* und die daraus resultierende Bestandteilseigenschaft des Bauwerkes entgegensteht bzw. ein solches zerstört und damit zumindest ansatzweise Publizität schafft, so kann die Superädifikatseigenschaft bei massiven Bauwerken mangels nach außen hin bekannten Inhalts des Grundnutzungsverhältnisses idR⁴⁴⁷ nicht bzw. nur unter Anwendung eines detektivischen Aufwandes nachvollzogen werden.⁴⁴⁸ Vielmehr stellt sich in diesen Fällen die Grundstücks- und Bauwerksnutzung für einen außenstehenden interessierten Dritten, dem lediglich der Rechtsbesitz (§ 312 zweiter Satz) erkenntlich ist, wie eine gewöhnliche Gebrauchsüberlassung an einem in Belassungsabsicht errichteten und damit Bestandteil des Grundstückes bildenden Bauwerk dar und bestehen auch idR keine erkennbaren Anhaltspunkte für das Gegenteil, sodass dieser auf die Bestandteilseigenschaft vertrauen wird.⁴⁴⁹ Erwirbt ein auf solche Art gutgläubiger Dritter im Vertrauen auf den Grundbuchsstand sowie auf die (vermeintliche) Bestandteilseigenschaft des Bauwerkes das Eigentum bzw. sonstige dingliche Rechte (primär relevant sind hier vor allem Pfandrechte/ Hypotheken) am Grundstück, so erwirbt er nach üA ungeachtet seines guten Glaubens kein Eigentum am Bauwerk bzw. erstreckt sich der Erwerb von Pfandrechten nicht auch auf das Bauwerk, da ein Gutglaubenserwerb nach Grundbuchsrecht ausscheidet. Grund ist, dass der grundbücherliche Vertrauensgrundsatz (sog. Publizitätsprinzip; § 1500, §§ 62 ff GBG) lediglich das Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der die Grundbuchseinlagen/ Grundbuchskörper betreffenden Eintragungen schützt, weshalb nur die Grundstücke samt Bestandteilen umfasst sind, nicht jedoch die von diesen selbständigen da sonderrechtsfähigen Bauwerke.⁴⁵⁰ Was übrig bleibt, ist lediglich ein Gutglaubenserwerb gemäß den nach hA analog anwendbaren Bestimmungen der §§ 367, 456, der jedoch regelmäßig am hierfür erforderlichen Modus (= Urkundenhinterlegung) scheitern

⁴⁴⁶ Forster, Ausgewählte Fragen 77 f.

⁴⁴⁷ Etwas Abweichendes gilt freilich für Superädifikate auf Basis einer (verbücherten) Dienstbarkeit sowie bei Verbücherung von Bestandverhältnissen (§ 1095); siehe dazu noch näher unten, IV. C. 3.

⁴⁴⁸ Hoyer in FS Ostheim 96 f; Forster, Ausgewählte Fragen 249 ff.

⁴⁴⁹ Bittner, NZ 2010, 72; vgl. auch die Gesetzesmaterialien: „Werden nun aber derartige Objekte [gemeint: Superädifikate] folgerichtig unter die Normen des Mobilienrechts gestellt, so ist ihr Wert als Gegenstand des Verkehrs und des Kredits höchst problematisch. Denn die (körperliche) Übergabe kann ihren Zweck, die Eigentumsübertragung zur Erscheinung zu bringen, hier schon deshalb nicht erfüllen, weil als Besitzer des Ganzen nach außen immer der Bodeneigentümer, **der Besitz des Bauberechtigten [= Superädifiziar] aber immer nur als Pachtbesitz sich darstellt.**“, Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168.

⁴⁵⁰ Angst, ÖJZ 1972, 120; F. Bydlinski, Superädifikate 31 ff; Gröll, ÖBA 1989, 1183.

wird.⁴⁵¹ Somit kommt es unter Zugrundelegung der hA aufgrund der unzureichenden Publizität der Superädifikatseigenschaft im Ergebnis idR zur Enttäuschung des Vertrauens gutgläubiger Erwerber, die lediglich ein durch die Bauführung entwertetes anstelle eines durch diese aufgewertetes Eigentum bzw. Pfandrecht an der Liegenschaft erwerben können, sowie zu einer bedenklichen Entwertung bzw. Aushöhlung des grundbücherlichen Vertrauensgrundsatzes.⁴⁵²

Es ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass die Publizitätswirksamkeit des Grundnutzungsverhältnisses als Indiz der fehlenden Belassungsabsicht äußerst fragwürdig erscheint. Lediglich das Kriterium der Bauweise ist mE grundsätzlich per se in der Lage, die Superädifikatseigenschaft eines auf fremdem Grund errichteten Bauwerkes erkennbar zu machen bzw. zumindest ein entgegengesetztes Vertrauen zu zerstören.

2. Lösungsansätze *de lege lata*

In Anbetracht der soeben umrissenen Publizitätsprobleme der Superädifikatskonstruktion wurde von Vertretern der Lehre eine Reihe an Lösungsvorschlägen erarbeitet. So ist etwa *Gröll* der Auffassung, dass beim Erwerb dinglicher Rechte an Liegenschaften im berechtigten Vertrauen auf die vermeintliche Bestandteilseigenschaft eines hierauf errichteten Superädifikates ein gutgläubiger Miterwerb dinglicher Rechte auch am Superädifikat möglich sei. Zwar geht er mit der hA davon aus, dass Superädifikate als rechtlich selbständige Sachen nicht das rechtliche Schicksal des Grundstückes teilen und daher nicht vom grundbücherlichen Gutglaubensschutz umfasst sind. Jedoch sei auf den Erwerb des Eigentums bzw. einer Hypothek an der Liegenschaft im Vertrauen auf die Bestandteilseigenschaft eines Bauwerkes § 367 bzw. § 456 anwendbar, ohne dass eine Urkundenhinterlegung erforderlich wäre. IdR liege zwar kein Anvertrauen an einen Vertrauensmann iSd § 367 dritter Fall vor, jedoch ein diesem gleichzuhaltendes faktisches Anvertrauen, also ein faktisches Übertragen der Dispositionsmöglichkeit an den Grundeigentümer, durch einen der Sphäre des Bauführers zurechenbaren, von diesem verursachten und nicht zerstörten⁴⁵³ Rechtsschein der Bestandteilseigenschaft des Bauwerkes. Bezüglich des grundsätzlich erforderlichen und für den gutgläubigen Miterwerb problematischen Modus der Urkundenhinterlegung vertritt *Gröll*, dass dieser durch die III. TN eingeführte, publizitätswirksame Modus zu keiner Schlechterstellung gutgläubiger Dritter im

⁴⁵¹ F. Bydlinski, Superädifikate 31; *Kletečka*, RdW 2008, 12 f; *Kletečka* in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts II 897; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ § 297 Rz 4; *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 435 Rz 11; RIS-Justiz RS0010907; aA hinsichtlich des gutgläubigen Miterwerbes *Gröll*, ÖBA 1989, 1186; *Holzner*, JBL 1994, 593; *Zust Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 297 Rz 25; siehe dazu sogleich, IV. C. 2.

⁴⁵² F. Bydlinski, Superädifikate 33 f; *Gröll*, ÖBA 1989, 1183; Die unvollständige Zugänglichkeit objektiver Umstände treffe den interessierten Dritten: *Hoyer* in FS Ostheim 99.

⁴⁵³ Eine Zerstörung des Rechtsscheines ist durch Verbücherung des Bestandverhältnisses oder Urkundeneinreihung iVm grundbücherlicher Ersichtlichmachung möglich; *Gröll*, ÖBA 1989, 1185.

Vergleich zu den vorher maßgeblichen Erwerbsbestimmungen an beweglichen Sachen (§§ 426 ff) führen dürfe. Vielmehr werde bei einem gutgläubigen Eigentumsmiterwerb bereits durch die Einverleibung des Eigentumsrechtes an der Liegenschaft in Verbindung mit der Übertragung der Gewahrsame am Bauwerk ausreichende Publizität geschaffen und ergebe sich aus einem Vergleich zu § 297a, der die Zerstörung guten Glaubens an die Bestandteileigenschaft von Maschinen durch grundbücherliche Anmerkung ermögliche, dass „*die Setzung jenes modus genügt, der zu setzen wäre, wenn dem Schein ein Sein entspräche*“.⁴⁵⁴ § 435 sei daher dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass beim gutgläubigen Eigentumsmiterwerb keine Urkundenhinterlegung erforderlich sei. Aus denselben Erwägungen sei auch ein gutgläubiger Pfandrechtsmiterwerb des Liegenschaftshypothekars möglich, wobei in diesem Fall das Superädifikat weiter fortbestehe. Um einen nachträglichen Rechtsverlust durch gutgläubige lastenfreie Rechtsmiterwerbe am Superädifikat zu verhindern, stehe dem Liegenschaftshypothekar bei Erkennen der Superädifikatseigenschaft ein Anspruch auf Urkundenhinterlegung zu.⁴⁵⁵

Die soeben dargestellte Auffassung Grölls wurde von Holzner kritisiert sowie in einschränkender Weise modifiziert. Nach Holzner liege alleine im Umstand der Bauwerkserrichtung noch kein Anvertrauen iSd § 367 vor, da hierdurch keine Gewahrsamsübertragung erfolge. Vielmehr sei der Bauführer selbst Inhaber des Bauwerks und der Liegenschaft und der Erwerber insofern nicht schutzwürdig, als er die Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerkes durch Befragen des Bauführers unschwer erkennen könne. § 367 komme nur bei tatsächlich als Anvertrauen zu wertenden Handlungen⁴⁵⁶ sowie analog bei Falschauskünften des Bauführers zur Anwendung. Hingegen genüge auch nach Holzner in Fällen des gutgläubigen Eigentumsmiterwerbes die Einverleibung des Eigentums im Grundbuch, da es hierdurch *uno actu* zur Vereinigung von Grund und Bauwerk komme, die Einverleibung daher das Endergebnis vorwegnehme.⁴⁵⁷ Zugleich mit dem gutgläubigen Eigentumsmiterwerb falle infolge des Verlustes des Wohn- bzw. Geschäftsraumes ein allfälliger Kündigungsschutz nach dem MRG weg. Der Hypothekenmiterwerb unterscheide sich jedoch insoweit, als das Superädifikat fortbestehe und ein „*Zwitterdasein*“ friste. Aufgrund der durch die fortbestehende Eigentumsspaltung verursachte Problematik bei späteren Verfügungen des Bauführers über das Superädifikat sei beim Hypothekenmiterwerb jedenfalls eine Urkundenhinterlegung erforderlich. Holzner betont jedoch auch, dass die Problemstellung des gutgläubigen

⁴⁵⁴ Gröll, ÖBA 1989, 1189.

⁴⁵⁵ Gröll, ÖBA 1989, 1182 ff.

⁴⁵⁶ Etwa Übergabe der Schlüssel bzw. Vermieten/ Verleasen; Holzner, JBL 1994, 593.

⁴⁵⁷ Gleiches gelte bei einer Weiterveräußerung von Grund und Bauwerk nach einem Heimfall, bei dem eine Urkundenhinterlegung unterblieben ist; Holzner, JBL 1994, 595.

Miterwerbes dinglicher Rechte am Superädifikat gar nicht stellen würde bzw. nicht von Bedeutung wäre, wenn man die in Rsp und Lehre vertretene Analogie zum MRG-Kündigungsschutz aufgebe, da es einem über die Superädifikatseigenschaft irrenden Erwerber dann möglich wäre, das Bestandverhältnis aufzukündigen und auf Übereignung des Bauwerkes zu drängen.⁴⁵⁸

Forster vertritt abweichend von den soeben dargestellten Meinungen die Ansicht, dass *de lege lata* lediglich die Bauweise, nicht jedoch das von vornherein zeitlich begrenzte Grundnutzungsverhältnis geeignet sei, die mangelnde Belassungsabsicht nach außen hin zu dokumentieren. Bei der Bauwerkerrichtung in labiler Bauweise gehe nämlich der „Durchschnittsbürger“ im Einklang mit der Volksanschauung davon aus, dass es sich beim Bauwerk um ein Superädifikat handeln kann. Hingegen könne bei einer Gesamtbetrachtung des Superädifikatrechtes von einer objektiven Erkennbarkeit eines zeitlich beschränkten Rechtsverhältnis nicht die Rede sein, da ein außenstehender Dritter in den meisten Fällen mangels Urkundenhinterlegung bzw. -einreihung keine Vertragsurkunde vorfinden könne. Diese Problematik werde auch nicht durch die Möglichkeit einer grundbücherlichen Ersichtlichmachung nach § 19 aF UHG⁴⁵⁹ entschärft, da diese Bestimmung nicht zwingend sei und hiervon in der Praxis nur spärlich Gebrauch gemacht werde.⁴⁶⁰

Auch *Bittner* setzt hier an und stellt ebenfalls fest, dass Bestandverhältnisse kaum publizitätswirksam sind, da nach außen hin lediglich der Rechtsbesitz, nicht hingegen Vertragsbeginn, -dauer und -inhalt erkennbar seien. Damit ein Bestandverhältnis in der Lage sei, die Absicht des Bauführers zu dokumentieren, dürfe es nicht zurückwirken und müsse eine für Dritte erkennbare Form aufweisen. Die Schaffung der notwendigen Publizität obliege dabei der Parteiendisposition, wobei hier sinnvollerweise auf fakultative Möglichkeiten zurückgegriffen werden könne. Als „*Mindestmaß der Publizität*“ komme für *Bittner* nur eine Verbücherung des Bestandverhältnisses iVm mit einer Urkundeneinreihung und einer grundbücherlichen Ersichtlichmachung in Frage. Werde dies hingegen verabsäumt, so habe der Bauführer die damit einhergehenden Rechtsnachteile zu tragen – ohne dass diese jedoch von *Bittner* näher konkretisiert werden.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ *Holzner*, JBL 1994, 591 ff.

⁴⁵⁹ Nunmehr § 10 Abs 1a UHG.

⁴⁶⁰ *Forster*, Ausgewählte Fragen 249 ff.

⁴⁶¹ *Bittner*, NZ 2010, 67, 72 ff.

3. Eigener Lösungsvorschlag

Die soeben dargestellte problematische Publizität der Sonderrechtsfähigkeit von in massiver Bauweise errichteten Superädifikaten sowie die hiermit verbundenen komplexen Folgefragen, etwa wie dargestellt nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Rechtserwerbes, resultieren mE zu einem Großteil aus einer unreflektierten Zugrundelegung der hA, wonach ein von vornherein zeitlich begrenztes Grundnutzungsverhältnis per se geeignet sein soll, die mangelnde Belassungsabsicht des Bauführers hinreichend zu dokumentieren. Nimmt man jedoch das von *Ostheim* aufgestellte, von der hA übernommene und von der Rsp in diesem Zusammenhang immer wieder betonte Erfordernis, wonach es bei der in § 435 normierten Absicht nicht bloß auf eine rein innere, unkontrollierbare Absicht, sondern auf die nach außen hin erkennbare Absicht des Bauführers ankommt,⁴⁶² ernst, so kann man, wie von *Forster* und *Bittner* zutreffend betont wurde, konsequenterweise nur zum Ergebnis kommen, dass obligatorische Rechtsverhältnisse als Grundnutzungsverhältnis⁴⁶³ isoliert betrachtet grundsätzlich kein geeignetes Indiz für die fehlende Belassungsabsicht darstellen, da deren genauer Inhalt und somit die Absicht des Bauführers durch den nach außen tretenden Rechtsbesitz nicht erkennbar ist.

Da jedoch der Vorstellung des Gesetzgebers nach auch Superädifikate in massiver Bauweise möglich sein sollten⁴⁶⁴ und diese, wie der Blick in die Rechtspraxis zeigt, gerade von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind, kann man sich mE nicht mit der Behauptung begnügen, dass nur die Bauweise ausreichendes Indiz für die mangelnde Belassungsabsicht ist, da hierdurch im Ergebnis nur labile Superädifikate existieren könnten, massive Bauwerke hingegen zwangsläufig das rechtliche Schicksal der Liegenschaft teilen müssten. Vielmehr erscheint es mE im Anschluss an *Bittner* nur konsequent, die Superädifikatseigenschaft massiv errichteter Bauwerke auf fremdem Grund, einschränkend aber doch, dort anzuerkennen, wo das die mangelnde Belassungsabsicht dokumentierende Grundnutzungsverhältnis und dessen Inhalt durch zusätzliche Publizitätsakte für den interessierten Rechtsverkehr offenkundig sind und dadurch die Absicht des Bauführers für jedermann erkennbar ist. Fehlt es hingegen an einem solchen Publizitätsakt, so kommt der Grundsatz *superficies solo cedit* zum Tragen (§§ 297, 418) und wird das Bauwerk durch Zuwachs unselbständiger Bestandteil der Liegenschaft.

⁴⁶² *Ostheim*, ÖJZ 1975, 206; *F. Bydlinski*, Superädifikate 21; *Kletečka*, wobl 2001, 129; *Rechberger/Oberhammer*, Das Superädifikat, in *Kletečka/Rechberger/Zitta* Rz 58; OGH 2 Ob 242/05k Zak 2007/306 = bbl 2007/132 = RdW 2007/626 = immolex 2007/170 = ecolex 2008, 718 (*Kletečka/Häusler*) = NZ 2010/14 (*Bittner*).

⁴⁶³ Etwas anderes gilt freilich für Grundnutzungsverhältnisse auf Servitutsbasis; siehe dazu sogleich.

⁴⁶⁴ *F. Bydlinski*, Superädifikate 14; Wenngleich das Superädifikat vom Gesetzgeber idealtypisch für labilere Bauwerke gedacht ist, für massive Bauwerke hingegen das Baurecht vorgesehen ist; Mat der III. TN, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 168 f; *Forster*, Ausgewählte Fragen 161 f, 221 f.

Während bei Grundnutzungsverhältnissen auf Servitutsbasis von vornherein schon ausreichende Publizität durch den für den Rechtserwerb erforderlichen Modus, nämlich der Einverleibung im Lastenblatt (C-Blatt) der belasteten Liegenschaft, womit eine Aufnahme der Vertragsurkunde in die Urkundensammlung einhergeht, vorhanden ist,⁴⁶⁵ muss der Bauführer bei obligatorischen Grundnutzungsverhältnissen proaktiv für einen Publizitätsakt sorgen, damit eine Erkennbarkeit der mangelnden Belassungsabsicht nach außen hin gegeben ist und das Bauwerk sonderrechtsfähig sein kann. Als derartiger Publizitätsakt in Betracht kommen die Verbücherung von Bestandverhältnissen nach § 1095 sowie darüber hinaus bei sämtlichen Arten von Grundnutzungsverhältnissen die Urkundeneinreihung bzw. -hinterlegung (iVm einer grundbücherlichen Ersichtlichmachung im Gutsbestandsblatt (A2-Blatt) der belasteten Liegenschaft). Bei der Verbücherung nach § 1095 wird die Absicht des Erbauers durch die Eintragung des Bestandrechtes im Lastenblatt der belasteten Liegenschaft sowie durch den in die Urkundensammlung aufzunehmenden Bestandvertrag⁴⁶⁶ hinreichend publik, ME abweichend von *Bittner* auch ohne zusätzliche Urkundeneinreihung. Alternativ kann die maßgebliche, aus dem Grundnutzungsverhältnis erfließende Absicht des Bauführers auch durch die nach § 1 Abs 1 Z 2 lit b UHG mögliche Einreihung einer Urkunde über den originären Eigentumserwerb am Superädifikat in die Sammlung der bei Gericht hinterlegten und eingereihten Liegenschafts- und Bauwerksurkunden publizitätswirksam in Erscheinung treten.⁴⁶⁷ Wie bereits dargestellt, kommt es im Zuge der (erstmaligen) Urkundeneinreihung zu einer Eröffnung einer Bauwerkskartei sowie von Amts wegen zu einer Ersichtlichmachung der Urkundenhinterlegung im Gutsbestandsblatt der belasteten Liegenschaft (§ 10 Abs 1a UHG) bzw. kam es bei Urkundenhinterlegungen und -einreihungen vor der Grundbuchsnovelle 2008 bei Zustimmung des Liegenschaftseigentümers zur Hinterlegung (Einreihung) von Amts wegen zu einer Ersichtlichmachung des Superädifikates ebendort (§ 19 Abs 1 aF UHG).⁴⁶⁸ ME wird man jedoch aufgrund der Bekanntheitsvermutung des § 20 UHG, wonach sich niemand „*Auf die Unkenntnis von Tatsachen und Rechten, die aus den Karteien sowie aus den dort verzeichneten Urkunden ersichtlich sind*“, berufen kann, annehmen müssen, dass auch eine bloße Urkundeneinreihung ohne gleichzeitiger Ersichtlichmachung nach § 19 Abs 1 aF UHG als Publizitätsakt ausreichend ist, wenngleich hier aus dem Grundbuch kein Anhaltspunkt für die Existenz eines Superädifikates hervorgeht. Neben der Urkundeneinreihung wird unter

⁴⁶⁵ Siehe oben, III. B. 1.

⁴⁶⁶ Siehe oben, III. B. 2. b.

⁴⁶⁷ Dies wird mangels Möglichkeit einer Verbücherung bei Leihverträgen und anderen obligatorischen Rechtsverhältnissen als Bestandverhältnissen die einzige Möglichkeit darstellen, ausreichende Publizität zu schaffen; siehe oben, III. B. 2. a.

⁴⁶⁸ Siehe oben, II. C. *Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz.*

einschränkenden Voraussetzungen⁴⁶⁹ auch eine Urkundenhinterlegung als möglicher Publizitätsakt in Frage kommen.⁴⁷⁰

Im Hinblick auf den Umstand, dass die Absicht des Bauführers nur dann maßgeblich ist, wenn sie nach außen hin erkennbar ist und auf das von der hA aufgestellte Erfordernis, wonach die mangelnde Belassungsabsicht nach dem Wortlaut der §§ 297, 435 („*in der Absicht aufgeführt werden*“ bzw. „*in der Absicht aufgeführt sind*“) und aus Erwägungen der Rechtssicherheit schon bei Beginn der Bauführung vorliegen muss,⁴⁷¹ stellt sich die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Setzung des erforderlichen Publizitätsaktes. Unproblematisch stellt sich die Lage dar, wenn die Absicht bereits bei Beginn der Errichtung unzweifelhaft erkennbar ist, da die der Bauwerkserrichtung zugrundeliegende Servitut oder das Bestandrecht bereits im Grundbuch eingetragen wurden. Bei der Urkundeneinreihung ist ein solcher „vorsorglicher“ Publizitätsakt jedoch nicht möglich, da ein Antrag auf Einreihung wegen Nichtexistenz des Bauwerkes abgewiesen werden müsste.⁴⁷² Vor diesem Hintergrund stellt sich daher die Frage, ob die Urkundeneinreihung überhaupt geeigneter Publizitätsakt sein kann. Wenn man strikt auf den Beginn der Bauführung abstellt, so müsste man dies verneinen. Ein Vergleich mit labil errichteten Superädifikaten zeigt jedoch, dass dies zu kurz gegriffen und nicht angebracht wäre, da auch hier bei Beginn der Bauführung eine Erkennbarkeit der Absicht des Bauführers anhand der Bauweise des zu diesem Zeitpunkt noch nicht existenten Bauwerkes logischerweise nicht möglich ist. Vielmehr macht die Bauweise die zu Beginn der Bauführung gegebene Absicht des Bauführers immer erst rückwirkend im fortgeschrittenen Baustadium bzw. gar erst bei Fertigstellung des Bauwerkes publik. ME muss es daher auch bei massiven Bauwerken ausreichen, wenn eine Urkundeneinreihung, noch im Zuge der Bauführung,⁴⁷³ spätestens daher mit Fertigstellung des Bauwerkes vorgenommen wird. Selbiges wird auch für andere Publizitätsakte gelten, also insbesondere auch für die Verbücherung des Bestandrechtes oder eine mögliche Hinterlegung einer Urkunde über einen derivativen Rechtserwerb,

⁴⁶⁹ Insbesondere ist für den erstmaligen Eigentumserwerb eine Urkundenhinterlegung weder erforderlich noch möglich; OGH 3 Ob 6/96 NZ 1997, 328; OGH 5 Ob 266/07i = bbl 2008/139 = NZ 2008/715 = NZ 2009/23; K. Binder in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 1 UHG Rz 13.

⁴⁷⁰ Siehe dazu sogleich.

⁴⁷¹ OGH 3 Ob 158/93 JBl 1994, 250 = HS 24.385; RIS-Justiz RS0012258; vgl. F. Bydlinski: „Unstreitig ist, daß die maßgebende Absicht bereits vor Bauführung bestehen muss.“, F. Bydlinski, Superädifikate 17; siehe oben, II. B. 2.

⁴⁷² OGH 6 Ob 251/00f SZ 74/27; OGH 5 Ob 266/07i = bbl 2008/139 = NZ 2008/715 = NZ 2009/23; Bittner, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in *Kletecka/ Rechberger/ Zitta* Rz 101; K. Binder in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 1 UHG Rz 20.

⁴⁷³ In diesem Sinne etwa Hoyer, nach dem eine Urkundenhinterlegung bzw. Einreihung auch schon vor Fertigstellung des Bauwerkes möglich ist, Hoyer, Glosse zu OGH 5 Ob 266/07i NZ 2008, 317; nach K. Binder sei eine Urkundeneinreihung ab dem fortgeschrittenen Baustadium möglich, K. Binder in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 1 UHG Rz 20.

insbesondere über einen Pfandrechtserwerb im Zusammenhang mit der Finanzierung der Bauführung.⁴⁷⁴ Erfolgt eine Urkundeneinreihung bzw. -hinterlegung bzw. eine Verbücherung des Bestandverhältnisses jedoch nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Bauführung, also spätestens mit Baufertigstellung, so ist der Publizitätsakt verspätet und kann ein Superädifikat nicht wirksam entstanden sein. Im Interesse der Verkehrssicherheit und der Vermeidung einer Entwertung des grundbücherlichen Vertrauensgrundsatzes ist mE eine nachträgliche Heilung der Superädifikatseigenschaft ausgeschlossen.⁴⁷⁵

Gegen diese Ansicht könnte nun ins Treffen geführt werden, dass sie im Widerspruch mit dem Wesen der Urkundeneinreihung als bloß freiwilliger, für die Superädifikatsentstehung nicht konstitutiver Rechtsakt steht.⁴⁷⁶ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass dies grundsätzlich nach wie vor gilt und den gesetzgeberischen Regelfall des in leichter Bauweise errichteten Superädifikates im Blick hat, das bereits durch dessen Bauweise die mangelnde Belassungsabsicht hinreichend zum Ausdruck bringt. Auch massive Superädifikate entstehen durch die Bauführung und nicht ausschließlich durch einen Publizitätsakt.⁴⁷⁷ Jedoch ist wie dargestellt im Interesse der Offenkundigkeit der Superädifikatseigenschaft, möchte man diese nicht zu einer bloßen Leerformel verkommen lassen, ein zusätzlicher Publizitätsakt erforderlich und kann hier die Urkundeneinreihung ausnahmsweise gemeinsam mit der Bauführung für die Superädifikatseigenschaft konstitutiv sein. Keinesfalls wird hierdurch die Einreihung isoliert betrachtet schon zu einem rechtsbegründendem Akt, sondern lediglich in Verbindung mit der für die Superädifikatseigenschaft primär konstitutiven Bauführung.

Zudem könnte die hier vertretene Ansicht dahingehend kritisiert werden, dass mit einer derart restriktiven Auslegung der Existenzvoraussetzungen massiver Superädifikate, die in vielen Fällen nicht erfüllt sein werden, auch einige Unbilligkeiten einhergehen. Man denke hier insbesondere an die Enttäuschung des Vertrauens derjenigen, die im guten Glauben an die Superädifikatseigenschaft eines Bauwerkes, das mangels rechtzeitig gesetzten Publizitätsakts jedoch zu einem sonderrechtsunfähigen unselbständigen Liegenschaftsbestandteil wurde, das Eigentum oder ein Pfandrecht erwerben wollten. Diese mit meiner Ansicht verbundene Problematik ist mir durchaus bewusst und könnte nur durch ein korrigierendes Eingreifen des Gesetzgebers gänzlich aus der Welt geschafft werden. Eine gewisse Abschwächung der

⁴⁷⁴ Vgl. OGH 8 Ob 651/84 SZ 58/89 = JBl 1986, 724 (zust. *Hoyer*).

⁴⁷⁵ Vgl. RIS-Justiz RS0012258; *F. Bydlinski*, Superädifikate 17.

⁴⁷⁶ *Bittner*, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat, in *Kletecka/Rechberger/Zitta* Rz 98; siehe auch oben, II. C. *Exkurs: Das System der Urkundenhinterlegung nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz*.

⁴⁷⁷ Insofern besteht hier ein Unterschied zum Baurecht, das unabhängig von der Existenz eines Bauwerkes oder einer Bauführung durch Einverleibung des Rechtes im Lastenblatt der belasteten Liegenschaft entsteht; siehe oben, II. D. 1.

genannten Rechtsfolgen kann jedoch bereits im Rahmen der geltenden Rechtslage durch Nutzung der zur Verfügung stehenden Instrumentarien erzielt werden. So wird etwa ein Mietvertrag über ein Grundstück zwecks Bauwerkserrichtung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend auszulegen sein, dass von diesem auch das vom Mieter errichtete Bauwerk mitumfasst sein sollte, sodass im Ergebnis das MRG unmittelbar anwendbar sein und dem Bauführer die oftmals gewünschte beständige (stete) Grundstücks- und Bauwerksnutzung ohne dogmatisch fragwürdigen Umweg verschafft werden kann.⁴⁷⁸ Sollte es dem Bauführer oder einem seiner Rechtsnachfolger jedoch primär auf die Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerkes ankommen, etwa weil dieses als Kreditsicherheit dienen soll, so steht ihm die Möglichkeit der Verselbständigung des Bauwerkes durch nachträgliche Baurechtsbegründung offen, wobei man hier ebenfalls mit dem Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung anhand des hypothetischen Parteiwillens eine vertragliche Verpflichtung des Grundeigentümers zur Baurechtseinräumung herleiten könnte. Auch eine gescheiterte Pfandrechtseinräumung kann nachträglich durch Begründung und Verpfändung eines Baurechtes saniert werden.⁴⁷⁹ Zusätzlich könnte hier mE gestützt auf eine Analogie zur Pfandrechtswandlung gemäß § 10 BauRG auch argumentiert werden, dass sich ein Pfandrecht am vermeintlich sonderrechtsfähigen Bauwerk auch auf den aus dem Zuwachs des Bauwerkes resultierenden Bereicherungsanspruch des Bauführers gegenüber dem Grundeigentümer erstreckt.⁴⁸⁰

Auch wenn durch die hier vertretene Ansicht wie dargestellt nicht sämtliche Publizitätsprobleme reibungslos beseitigt werden können, entspricht sie mE dennoch dem sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz noch am ehesten, da hierdurch eine Aushöhlung des grundbücherlichen Vertrauensgrundsatzes und somit eine Entwertung des Grundbuches, wie sie durch die hA eintritt, weitgehend vermieden wird. Zur lückenlosen Verwirklichung des Publizitätsgedankens im Superädifikatsrecht wäre ein längst überfälliges Einschreiten des Gesetzgebers dringend geboten.

⁴⁷⁸ Pletzer, *immolex* 2005, 114 ff; siehe dazu näher oben, III. C. 3.

⁴⁷⁹ Ein diesbezüglicher Anspruch des Pfandgläubigers könnte aus § 458 abgeleitet werden („*Wenn der Werth eines Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers, oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird; so ist der Gläubiger berechtigt, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern.*“).

⁴⁸⁰ Wenn man diese Analogie hingegen verneint, müsste für den Pfandrechtserwerb am Bereicherungsanspruch in Entsprechung der hA als Modus eine Verständigung des Grundeigentümers als Drittschuldner erfolgen. ME könnte hier argumentiert werden, dass hier eine Urkundenhinterlegung iVm einer grundbücherlichen Ersichtlichmachung genügt. Vgl. Koziol – Welser/ Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁵ Rz 1202 f.

D. Zusammenfassung der eigenen These zur „Dokumentationsfunktion“

Zusammengefasst bin ich der Auffassung, dass das Grundnutzungsverhältnis lediglich dann geeignet ist, die für die Superädifikatseigenschaft maßgebliche fehlende Belassungsabsicht zu dokumentieren, wenn es von vornherein zeitlich begrenzt im Sinne von befristet ist, wobei dies unterschiedslos für labil und massiv errichtete Bauwerke gilt. Die Befristung muss kürzer als die natürliche Lebensdauer des Bauwerkes, jedenfalls aber kürzer als die Höchstdauer des Baurechtes (80 bzw. 100 Jahre) sein („*nicht stets*“). Bei labilen Bauwerken kommt ausnahmsweise auch ein (von vornherein nicht befristetes) Prekarium in Frage. Bei massiven Bauwerken ist das Grundnutzungsverhältnis abweichend von der hA überdies lediglich dann publizitätswirksames Indiz für die mangelnde Belassungsabsicht, wenn der Bauführer in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Bauführung, spätestens daher mit Baufertigstellung, einen zusätzlichen Publizitätsakt setzt (Verbücherung, Urkundeneinreihung bzw. -hinterlegung, idR samt grundbücherlicher Ersichtlichmachung), der es dem interessierten Rechtsverkehr ermöglicht, den Inhalt des Grundnutzungsverhältnisses und somit die Absicht des Bauführers eindeutig zu erkennen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so kommt es zum Zuwachs des Bauwerkes an den Grundeigentümer (*superficies solo cedit*; § 297). Nur hierdurch kann dem Erfordernis mangelnder Belassungsabsicht Rechnung getragen und eine Aushöhlung des grundbücherlichen Vertrauensgrundsatzes weitgehend verhindert werden.

E. Kurzer Ausblick *de lege ferenda*

Aufgrund der zahlreichen Unstimmigkeiten des Superädifikatsrechtes existiert in Lehre und Rechtspraxis eine Vielzahl an Verbesserungsvorschlägen, deren umfassende Darstellung der Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen würde.⁴⁸¹ Im rechtspolitischen Diskurs durchgesetzt haben dürfte sich jedoch der von vielen geforderte Reformansatz einer Einschränkung der Superädifikatskonstruktion auf labile Bauwerke bei gleichzeitiger Attraktivierung des Baurechtes sowohl in zivil- als auch in steuer- bzw. gebührenrechtlicher Hinsicht.⁴⁸² Während der erste Aspekt im Regierungsprogramm der letzten Bundesregierung zumindest implizit Berücksichtigung gefunden hat,⁴⁸³ fehlt eine diesbezügliche explizite Erwähnung im neuen Regierungsprogramm und liegt der Schwerpunkt der neuen Bundesregierung eindeutig auf einer Aufwertung des Baurechtes.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Siehe etwa F. Bydlinski, Superädifikate 54 ff; Forster, Ausgewählte Fragen 88, 161 ff, 192 ff, 216 ff, 251 f, 271 f; Holzner, ÖBA 2001, 306ff.

⁴⁸² Bittner, NZ 1989, 295 ff; Kletečka, RdW 2008, 15; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 798; Kohlmaier in Artner/ Kohlmaier, Praxishandbuch³ 176; Forster, Ausgewählte Fragen 165.

⁴⁸³ „Schaffung eines zeitgemäßen Superädifikatsrechts“, Regierungsprogramm 2017-2022, 43.

⁴⁸⁴ „Das Instrument des Baurechts soll attraktiver gestaltet werden.“, „Grundsätzlich soll angestrebt

Der genannte Reformansatz ist im Hinblick auf den längst überfälligen Reformbedarf des Bauens auf fremdem Grund sowie aufgrund der Verwirklichung des vom Gesetzgeber ursprünglich intendierten Verhältnisses zwischen Superädifikat und Baurecht zu begrüßen. Jedoch sollte hierbei mE neben einer zweifelsohne erforderlichen Novellierung des BauRG sowie der flankierenden steuer- und gebührenrechtlichen Bestimmungen das Superädifikatsrecht nicht zu kurz kommen, sondern ebenfalls einer umfassenden Reform unterzogen werden, von der nicht nur erst zu begründende, sondern auch und gerade jene Superädifikate mitumfasst sind, die bereits existieren. Bedenken hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes könnten hierbei problemlos durch gesetzliche Übergangsbestimmungen, insbesondere durch die steuer- und gebührenbefreite bzw. -privilegierte Möglichkeit der Neubegründung von Baurechten beseitigt werden. Wünschenswert wäre in diesem Rahmen auch eine eindeutige gesetzliche Klarstellung des Bauwerksbegriffes im Sinne einer klaren Abgrenzung selbständigen Liegenschaftsbestandteilen.⁴⁸⁵ Schließlich sollte für den verbleibenden Rest der labilen Superädifikate im Interesse der Schaffung von Rechtssicherheit, der Beseitigung von Publizitätsdefiziten sowie zwecks Vermeidung von Umgehungstendenzen ein expliziter Ausnahmetatbestand vom MRG,⁴⁸⁶ eine klare gesetzliche Höchstgrenze,⁴⁸⁷ eine Klarstellung der Beseitigungspflicht, eine konstitutive Urkundenhinterlegung auch für den erstmaligen Eigentumserwerb⁴⁸⁸ sowie damit einhergehend eine Vormannsprüfung, eine grundbücherliche Ersichtlichmachung sämtlicher eingereichter bzw. hinterlegter Urkunden und ein dem Grundbuchsrecht vergleichbarer Vertrauensschutz hinsichtlich der bei Gericht eingereichten und hinterlegten Urkunden eingeführt werden. Es bleibt in diesem Sinne zu hoffen, dass das Bauen auf fremdem Grund in Bälde einer umfassenden Reform unterzogen wird.

werden, den Grundstücksbestand in der öffentlichen Hand zu behalten und an Dritte hauptsächlich per Baurecht zu vergeben.“, Regierungsprogramm 2020-2024, 41.

⁴⁸⁵ Kletečka, RdW 2008, 15.

⁴⁸⁶ Siehe oben, III. C. 5.

⁴⁸⁷ Holzner schlägt hier etwa eine Höchstgrenze von 50 bis 60 Jahren vor, womit gewährleistet wäre, dass Bauwerke im Regelfall kürzer als ihre natürliche Lebensdauer auf fremdem Grund verbleiben und dem Baurecht ein „exklusiver Anwendungsbereich“ vorbehalten wäre; Holzner, ÖBA 2001, 310.

⁴⁸⁸ Vgl. Forster, Ausgewählte Fragen 88, 217, 251.

V. Literaturverzeichnis

Angst, Die rechtliche Behandlung von Überbauten, ÖJZ 1972, 119;

Angst/ Oberhammer (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung³ (Stand: 1.7.2015);

Bittner, Grundbuchsrechtliche Probleme der Gebäude auf fremden Grund, NZ 1989, 295;

Bittner, Grundbuch und Urkundenhinterlegung beim Superädifikat (Eintragungen beim Superädifikat), in *Kletecka/ Rechberger/ Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004), Rz 98-106;

Bittner, Das Superädifikat im Rechts- und Wirtschaftsleben als Spielball von Lehre und Rechtsprechung, NZ 2010/14;

H. Böhm, Die Mietrechtsnovelle 2001, bbl 2002, 95;

H. Böhm/ Prader, Zur Relevanz mietrechtlicher Ausnahmetatbestände im Rahmen analoger Anwendung des MG auf Flächenmieten zum Zwecke der Errichtung eines Superädifikats, immolex 2017, 112;

H. Böhm/ Pletzer/ Spruzina/ Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht I (2018);

Bollenberger, Die zivilrechtliche Selbstständigkeit von Superädifikaten, RdW 2001, 582;

F. Bydlinski, Das Recht der Superädifikate (1982);

F. Bydlinski, Superädifikate und Kündigungsschutz, JBl 1984, 241;

Feil/Marent/Preis (Hrsg), Grundbuchsrecht² (2010);

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ (2011);

Forster, Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechts (1997);

Gröll, Schutz des guten Glaubens an die Bestandteilseigenschaft des Gebäudes, ÖBA 1989, 1182;

T. Hausmann, Wie viel MRG verträgt ein Superädifikat? wobl 2013, 101;

T. Hausmann, Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht – MRG³ (2013);

Holzner, Gutgläubiger Rechtserwerb an Nebensachen, JBL 1994, 587;

Holzner, Mehr Publizität für Superädifikate, ÖBA 2001, 304;

Holzner, Zwei Fragen des Superädifikatsrechtes, JBl 2005, 333;

Hoyer, Ein Beitrag zum Recht der Superädifikate, in *Aicher/ Koppensteiner*, FS Ostheim (1990) 95;

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch¹ I/ 2 (1931);

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch¹ I/ 1 (1933);

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² II (1950);

Kletečka, Die Analogie zum MRG beim Superädifikat, wobl 2001, 129;

Kletečka, Superädifikate: Haftungsfalle Mietrechtsnovelle 2001, ecolex 2003, 229;

Kletečka, Der Bauwerksbegriff im Superädifikatsrecht, immolex 2004, 264;

Kletečka, Das Baurecht – Begriff und Inhalt, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 31-37;

Kletečka, Bauen auf fremdem Grund, in *Rainer* (Hrsg), Handbuch des Miet- und Wohnrechts II (2004) 889;

Kletečka, Die Belastungen der Kreditwirtschaft durch das Superädifikat – Analyse und Rechtspolitik, RdW 2008, 12;

Kletečka/ Häusler, Superädifikat OGH verschärft Anforderungen, ecolex 2008, 718;

Kletečka/ Schauer (Hrsg), ABGB-ON (Stand 1.8.2019, rdb.at);

Kodek (Hrsg), Kommentar zum Grundbuchsrecht² (Stand: 1.9.2016);

Kohlmaier in *Artner/ Kohlmaier* (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2020) 159;

Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018);

Welser/ Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015);

Koziol/ Bydlinski/ Bollenberger (Hrsg), ABGB: Kurzkommentar⁵ (2017);

Ostheim, Zum Eigentumserwerb durch Bauführung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (1968);

Ostheim, Superädifikate auf eigenem Grund, ÖJZ 1975, 204;

Ostheim, Gedanken zum Recht der Superädifikate, in *Rechberger/ Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 495;

Pierer/ Wilfling, Die Unterscheidung zwischen Superädifikaten und selbständigen Bestandteilen am Beispiel von Windkraftanlagen, immolex 2018, 10;

Pletzer, Dauerbrenner Superädifikat und Mietrecht, immolex 2005, 114;

Rechberger/ Graf, Das Superädifikat, immolex 2004, 260;

Prader, Glosse zu OGH 6 Ob 59/98i, wobl 1998, 370;

Prader, Glosse zu OGH 5 Ob 142/99i, wobl 2000, 223;

Rechberger/ Oberhammer, Das Superädifikat, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 58-60;

Rechberger, Exekutionsverfahren Superädifikate, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 118-120a;

Rummel (Hrsg), ABGB - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (Stand 1.1.2000, rdb.at).

Rummel/ Lukas (Hrsg), ABGB - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand: 1.6.2019, rdb.at).

Schimetschek, Bestandrecht im Zusammenhang mit Superädifikaten, in *Kletečka/ Rechberger/ Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund² (2004) Rz 80-82;

Schwimann/ Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar (Stand Dezember 2018).

Abstract

Superädifikate als Bauwerke, die auf fremdem Grund in der Absicht nicht steter Belassung errichtet werden, stehen und fallen mit dem Grundnutzungsverhältnis, also dem Rechtsverhältnis zwischen Bauführer (Superädifiziar) und Liegenschaftseigentümer. Dem Grundnutzungsverhältnis kommt dabei gleich doppelte Bedeutung zu, als es nicht nur die Bauführung und den Fortbestand des Bauwerkes auf fremdem Grund ermöglicht (sog. „*Nutzungsfunktion*“), sondern auch die mangelnde Belassungsabsicht des Bauführers als Existenzvoraussetzung eines jeden Superädifikates nach außen hin für jedermann publik machen kann (sog. „*Dokumentationsfunktion*“). Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden diese beiden Funktionsweisen und die hiermit verbundenen Fragestellungen grundlegend beleuchtet, wobei dazu jeweils die Rechtsgrundlagen sowie der dazu vorhandene Meinungsstand in Rsp und Lehre dargestellt und darauf aufbauend wo geboten auch eigene Lösungsansätze entwickelt werden. Auf Ebene der „*Nutzungsfunktion*“ wird zunächst dargestellt, dass aufgrund § 418 ABGB bei massiven Bauwerken (Gebäuden) zwingend eine Vereinbarung mit dem Grundeigentümer über die Rechtsfolgen und die konkrete Art der Bauführung erforderlich ist und dass labile Bauwerke davon unabhängig auch ohne Vertragsverhältnis entstehen können, jedoch mangels Titels Beseitigungsansprüchen des Grundeigentümers ausgesetzt sind. Nach einem Überblick über die Personalservitut als dingliches und die Miete/ Pacht und Leihe als obligatorische Grundnutzungsverhältnisse beschäftigt sich die Arbeit eingehend mit dem Meinungsstand zur analogen Anwendbarkeit des MRG (Kündigungsschutzes) auf Grundnutzungsverhältnisse und gelangt hierbei im Einklang mit der jüngeren Lehre zum Schluss, dass diese mangels Vorliegen der Analogievoraussetzungen verfehlt ist. In weiterer Folge wird die Abhängigkeit der Superädifikatskonstruktion vom Grundnutzungsverhältnis und dessen Ausgestaltung bei Eigentumsübertragungen am Bauwerk beleuchtet und neben der Vertragsübernahme die Möglichkeit des Erwerbes vom Grundnutzungsverhältnis abgeleiteter Nutzungsrechte am Grundstück behandelt, ehe auf das Schicksal des Bauwerkes nach Ende des Grundnutzungsverhältnisses eingegangen und dargestellt wird, dass die in der Praxis häufig vorkommenden Vertragsklauseln, wonach der Grundeigentümer das Bauwerk nach Vertragsende erwerben soll/ kann (sog. „*Heimfallsklauseln*“), dem Erfordernis der mangelnden Belassungsabsicht iS einer positiven Beseitigungsabsicht entgegenstehen. Im Anschluss geht die Arbeit der Frage nach, ob und inwieweit das Grundnutzungsverhältnis die mangelnde Belassungsabsicht des Bauführers jedermann erkennbar machen kann („*Dokumentations-*

funktion“) und gelangt zum Ergebnis, dass das Grundnutzungsverhältnis diesem Zweck nur dann gerecht werden kann, wenn es von vornherein zeitlich befristet abgeschlossen wird und dessen Inhalt durch bestimmte, im Zusammenhang mit der Bauführung getätigte Publizitätsakte nach außen hin offenkundig ist, widrigenfalls ein (massiv errichtetes) Superädifikat nicht entstehen kann. Abschließend werden aufgrund des in der Arbeit verdeutlichten Reformbedarfes des Superädifikatsrechtes Reformwünsche an den Gesetzgeber geäußert.