

# TE OGH 2007/4/3 5Ob68/07x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.04.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. E. Solè als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Prof. Dr. Heide D\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Andreas Reiner & Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei DI Günther D\*\*\*\*\* vertreten durch Biel & Partner KEG in Wien, wegen Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft (Streitwert EUR 37.353,84), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 28. November 2006, GZ 13 R 122/06s-20, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 21. März 2006, GZ 53 Cg 110/05v-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird mit der Maßgabe bestätigt, dass es zu lauten hat:

„Die zwischen der klagenden Partei und der beklagten Partei bestehende Mit- und Wohnungseigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft \*\*\*\*\*) wird hinsichtlich der im schlüchten Miteigentum stehenden 1910/7000 Anteile der klagenden Partei und 2540/7000 Anteile der beklagten Partei durch Begründung von Wohnungseigentum daran aufgehoben.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.757,50 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin EUR 292,90 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Streitanteile sind je zur Hälfte, somit je zu 3500/7000 Anteilen Eigentümer der Liegenschaft T\*\*\*\*\*) in 1180 Wien. Mit 1590/7000 Anteilen der Klägerin ist das Wohnungseigentum an W 14 untrennbar verbunden. Mit 960/7000 Anteilen des Beklagten ist das Wohnungseigentum an W 13 untrennbar verbunden. Die übrigen Wohnungen des Hauses sind zum Teil vermietet, zum Teil stehen sie leer. Obwohl die Streitanteile seit Herbst 1989 grundsätzlich eine Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft an den im schlüchten Miteigentum des Hauses stehenden Anteilen durch Begründung von Wohnungseigentum anstreben, dazu auch einen Ausbau des Dachbodens und dessen Veräußerung an einen außenstehenden Dritten ins Auge gefasst haben, um durch den Verkaufserlös einen allenfalls erforderlichen Wertausgleich zwischen ihnen zu schaffen, gelang es ihnen nicht, eine Einigung über die Zuweisung bestimmter Objekte und deren Bewertung zu erzielen.

Unstrittig ist zwischen den Parteien, dass die Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum grundsätzlich möglich ist. Mit der vorliegenden Klage begeht die Klägerin die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft durch

Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 Abs 1 Z 3 WEG. Eine echte Realteilung sei nicht möglich. Die Begründung von Wohnungseigentum an den schlichten Eigentumsanteilen würde keinen unverhältnismäßig großen Wertausgleich nach sich ziehen, sodass der Wert des Ganzen in den Teilen erhalten bliebe. Die Kosten einer solchen Naturalteilung wären auch nicht unverhältnismäßig. Ein notwendiger Wertausgleich könnte über die Veräußerung des Dachbodens finanziert werden. Unstrittig ist zwischen den Parteien, dass die Teilung durch Begründung von Wohnungseigentum grundsätzlich möglich ist. Mit der vorliegenden Klage begeht die Klägerin die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, WEG. Eine echte Realteilung sei nicht möglich. Die Begründung von Wohnungseigentum an den schlichten Eigentumsanteilen würde keinen unverhältnismäßig großen Wertausgleich nach sich ziehen, sodass der Wert des Ganzen in den Teilen erhalten bliebe. Die Kosten einer solchen Naturalteilung wären auch nicht unverhältnismäßig. Ein notwendiger Wertausgleich könnte über die Veräußerung des Dachbodens finanziert werden.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte dessen Abweisung. Tatsächlich habe er sich bemüht, eine Einigung zu einer Überführung der Rechtsform des schlichten Miteigentums in Wohnungseigentum zu bewirken, eine solche sei jedoch nicht zustandegekommen. In den Erwerbsurkunden der Streitteile hätten diese jeweils vereinbart, auf eine Teilung zu verzichten. Darüber hinaus liege hinsichtlich des Teilungsbegehrrens ein absolutes Teilungshindernis nach § 35 Abs 2 WEG vor, weil mit zwei Miteigentumsanteilen Wohnungseigentum verbunden sei. Im Übrigen sei es bereits zu einer Teilungsvereinbarung gekommen, lediglich hinsichtlich der Kosten eines Sachverständigen bestehe Uneinigkeit. Der Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte dessen Abweisung. Tatsächlich habe er sich bemüht, eine Einigung zu einer Überführung der Rechtsform des schlichten Miteigentums in Wohnungseigentum zu bewirken, eine solche sei jedoch nicht zustandegekommen. In den Erwerbsurkunden der Streitteile hätten diese jeweils vereinbart, auf eine Teilung zu verzichten. Darüber hinaus liege hinsichtlich des Teilungsbegehrrens ein absolutes Teilungshindernis nach Paragraph 35, Absatz 2, WEG vor, weil mit zwei Miteigentumsanteilen Wohnungseigentum verbunden sei. Im Übrigen sei es bereits zu einer Teilungsvereinbarung gekommen, lediglich hinsichtlich der Kosten eines Sachverständigen bestehe Uneinigkeit.

Die Klägerin bestritt das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung. Ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Es sprach aus: „Die zwischen der klagenden Partei zu 1910/7000 Anteilen und zu 1590/7000 Anteilen, mit denen untrennbar Wohnungseigentum an W 14 verbunden ist, und der beklagten Partei zu 2540/7000 Anteilen und zu 960/7000 Anteilen, mit welchen untrennbar Wohnungseigentum an W 13 verbunden ist, bestehende Miteigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft \*\*\*\*\* EZ 436 wird durch Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 Abs 1 Z 3 WEG aufgehoben.“ Die Klägerin bestritt das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung. Ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Es sprach aus: „Die zwischen der klagenden Partei zu 1910/7000 Anteilen und zu 1590/7000 Anteilen, mit denen untrennbar Wohnungseigentum an W 14 verbunden ist, und der beklagten Partei zu 2540/7000 Anteilen und zu 960/7000 Anteilen, mit welchen untrennbar Wohnungseigentum an W 13 verbunden ist, bestehende Miteigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft \*\*\*\*\* EZ 436 wird durch Begründung von Wohnungseigentum gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, WEG aufgehoben.“

In rechtlicher Hinsicht begründete das Erstgericht seine Entscheidung wie folgt:

Zur Rechtslage nach § 2 Abs 2 Z 2 WEG 1975 idF des 3. WÄG habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass Wohnungseigentum nur durch die Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichtes des Wohnungseigentümers erlösche, wofür es der Zustimmung der Miteigentümer bedürfe. Es sei dem Wesen der Sonderform des Miteigentumes als Wohnungseigentum fremd, dass ein Einzelner den Übrigen das Entstehen oder Erlöschen von Wohnungseigentum aufzwingen könne. Während eine schlichte Eigentumsgemeinschaft durch Erklärung eines Teilhabers und Teilungsklage aufgehoben werden können, ergebe sich durch die Anordnung des § 21 Abs 2 WEG 1975 zwingend, dass das Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe (5 Ob 47/01z mwN). Das WEG 2002 sehe jedoch nun in Abweichung von der bisherigen Rechtslage in § 3 Abs 1 Z 3 die Möglichkeit der Begründung von Wohnungseigentum durch gerichtliche Entscheidung in einem Teilungsstreit unabhängig von einer Zustimmung des Beklagten vor. Nach der neuen Rechtslage könnte daher nicht davon ausgegangen werden, dass bereits bestehendes Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe (Würth in Rummel 3 Rz 5 zu § 3 WEG 2002; Würth/Zingher Miet- und Wohnrecht 21 Rz 8 zu § 35 WEG). Dem widerspreche auch nicht die Bestimmung des § 35 Abs 2 WEG, weil sich diese auf die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft beziehe, während im vorliegenden Fall keine Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft im

engeren Sinn erfolge, sondern deren „Umwandlung“ in eine Wohnungseigentumsgemeinschaft. Es bestehe daher das von der Beklagten behauptete Teilungshindernis des § 35 Abs 2 WEG nicht. Zur Rechtslage nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, WEG 1975 in der Fassung des 3. WÄG habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass Wohnungseigentum nur durch die Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichtes des Wohnungseigentümers erlösche, wofür es der Zustimmung der Miteigentümer bedürfe. Es sei dem Wesen der Sonderform des Miteigentumes als Wohnungseigentum fremd, dass ein Einzelner den Übrigen das Entstehen oder Erlöschen von Wohnungseigentum aufzwingen könne. Während eine schlichte Eigentumsgemeinschaft durch Erklärung eines Teilhabers und Teilungsklage aufgehoben werden könne, ergebe sich durch die Anordnung des Paragraph 21, Absatz 2, WEG 1975 zwingend, dass das Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe (5 Ob 47/01z mwN). Das WEG 2002 sehe jedoch nun in Abweichung von der bisherigen Rechtslage in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, die Möglichkeit der Begründung von Wohnungseigentum durch gerichtliche Entscheidung in einem Teilungsstreit unabhängig von einer Zustimmung des Beklagten vor. Nach der neuen Rechtslage könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass bereits bestehendes Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe (Würth in Rummel3 Rz 5 zu Paragraph 3, WEG 2002; Würth/Zingher Miet- und Wohnrecht21 Rz 8 zu Paragraph 35, WEG). Dem widerspreche auch nicht die Bestimmung des Paragraph 35, Absatz 2, WEG, weil sich diese auf die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft beziehe, während im vorliegenden Fall keine Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft im engeren Sinn erfolge, sondern deren „Umwandlung“ in eine Wohnungseigentumsgemeinschaft. Es bestehe daher das von der Beklagten behauptete Teilungshindernis des Paragraph 35, Absatz 2, WEG nicht.

Weil im konkreten Fall zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestehe, dass an der Liegenschaft Wohnungseigentum begründet werden solle, erübrigten sich Beweisaufnahmen über die Tunlichkeit und Möglichkeit der Naturalteilung durch Wohnungseigentum. Die konkrete Zuteilung der Wohnungseigentumsobjekte bleibe dem Exekutionsverfahren vorbehalten.

Einer dagegen erhobenen Berufung gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge. Es bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit der Maßgabe, dass es zu lauten habe:

„Die zwischen der klagenden Partei zu 1910/7000 Anteilen und zu 1590/7000 Anteilen, mit denen untrennbar Wohnungseigentum an W 14 verbunden ist und der beklagten Partei zu 2540/7000 Anteilen und 960/7000 Anteilen, mit welchen untrennbar Wohnungseigentum an W 13 verbunden ist, bestehende Miteigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft \*\*\*\*\*, wird durch Begründung von weiterem Wohnungseigentum gemäß § 3 Abs 1 Z 3 WEG aufgehoben.“ „Die zwischen der klagenden Partei zu 1910/7000 Anteilen und zu 1590/7000 Anteilen, mit denen untrennbar Wohnungseigentum an W 14 verbunden ist und der beklagten Partei zu 2540/7000 Anteilen und 960/7000 Anteilen, mit welchen untrennbar Wohnungseigentum an W 13 verbunden ist, bestehende Miteigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft \*\*\*\*\*, wird durch Begründung von weiterem Wohnungseigentum gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, WEG aufgehoben.“

In rechtlicher Hinsichtlich teilte das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichtes. Nach Wiedergabe der Rechtsprechung zu § 21 Abs 2 WEG 1975 idF des 3. WÄG (5 Ob 47/01z) führte das Berufungsgericht aus: In rechtlicher Hinsichtlich teilte das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichtes. Nach Wiedergabe der Rechtsprechung zu Paragraph 21, Absatz 2, WEG 1975 in der Fassung des 3. WÄG (5 Ob 47/01z) führte das Berufungsgericht aus:

Durch das WEG 2002 sei insofern eine Änderung der Rechtslage eingetreten, als in dessen § 3 Abs 1 Z 2 vorgesehen sei, dass Wohnungseigentum auf Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft begründet werden könne. Nach § 3 Abs 2 WEG müsse die Begründung von Wohnungseigentum sich auf alle Wohnungen und sonstigen selbständigen Räumlichkeiten der Liegenschaft sowie auf alle Abstellplätze für KFZ beziehen, die nach der Widmung der Miteigentümer als Wohnungseigentumsobjekte vorgesehen seien. Das impliziere das rechtspolitische Bestreben, bestehende gemischte Anlagen nach Möglichkeit in reine Wohnungseigentumsanlagen zu transformieren. Durch das WEG 2002 sei insofern eine Änderung der Rechtslage eingetreten, als in dessen Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, vorgesehen sei, dass Wohnungseigentum auf Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft begründet werden könne. Nach Paragraph 3, Absatz 2, WEG müsse die Begründung von Wohnungseigentum sich auf alle Wohnungen und sonstigen selbständigen Räumlichkeiten der Liegenschaft sowie auf alle Abstellplätze für KFZ beziehen, die nach der Widmung der Miteigentümer als Wohnungseigentumsobjekte vorgesehen seien. Das impliziere das rechtspolitische Bestreben, bestehende gemischte Anlagen nach Möglichkeit in reine Wohnungseigentumsanlagen

zu transformieren.

§ 56 Abs 12 Satz 3 WEG 2002 habe die Beschränkung des Rechtes eines Wohnungseigentümers auf Verweigerung der Zustimmung zur weiteren Begründung von Wohnungseigentum nach dem 30. 6. 2002 auch auf schlichte Miteigentümer ausgedehnt. Also müssten nicht nur Wohnungseigentümer, sondern auch schlichte Miteigentümer einer weiteren Wohnungseigentumsbegründung grundsätzlich zustimmen. In der Lehre werde kritisiert, dass weder dadurch noch durch Klägelführung nach § 43 WEG eine zusätzlich erforderliche Zustimmung zur Wohnungseigentumsbegründung am eigenen Objekt erreicht werden könne (vgl Würth in Rummel3 Rz 10 zu §§ 56, 57 WEG; Oberhofer in WoBl 2003, 75 ff). Paragraph 56, Absatz 12, Satz 3 WEG 2002 habe die Beschränkung des Rechtes eines Wohnungseigentümers auf Verweigerung der Zustimmung zur weiteren Begründung von Wohnungseigentum nach dem 30. 6. 2002 auch auf schlichte Miteigentümer ausgedehnt. Also müssten nicht nur Wohnungseigentümer, sondern auch schlichte Miteigentümer einer weiteren Wohnungseigentumsbegründung grundsätzlich zustimmen. In der Lehre werde kritisiert, dass weder dadurch noch durch Klägelführung nach Paragraph 43, WEG eine zusätzlich erforderliche Zustimmung zur Wohnungseigentumsbegründung am eigenen Objekt erreicht werden könne vergleiche Würth in Rummel3 Rz 10 zu Paragraphen 56., 57 WEG; Oberhofer in WoBl 2003, 75 ff).

Aus dieser Rechtslage und dem Umstand, dass es sich bei Begründung von Wohnungseigentum nach§ 3 Abs 1 Z 3 WEG nicht eigentlich um eine Teilungsklage handle, bei der die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft nach§ 830 ABGB begeht werde, sondern um eine Rechtsgestaltung, mit der die bisherige Gemeinschaft schlichter Miteigentümer in eine solche von Wohnungseigentümern umgewandelt werden solle, ergebe sich, dass eine „Teilungsklage“ zur Schaffung von zusätzlichem Wohnungseigentum an allen restlichen Objekten herangezogen werden könne. Aus dieser Rechtslage und dem Umstand, dass es sich bei Begründung von Wohnungseigentum nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, WEG nicht eigentlich um eine Teilungsklage handle, bei der die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft nach Paragraph 830, ABGB begeht werde, sondern um eine Rechtsgestaltung, mit der die bisherige Gemeinschaft schlichter Miteigentümer in eine solche von Wohnungseigentümern umgewandelt werden solle, ergebe sich, dass eine „Teilungsklage“ zur Schaffung von zusätzlichem Wohnungseigentum an allen restlichen Objekten herangezogen werden könne.

Im vorliegenden Fall bedürfe es keiner Klage auf Ersetzung der Zustimmung zur Wohnungseigentumsbegründung, weil der Beklagte sowohl Miteigentümer als auch Wohnungseigentümer sei und ohnedies Einvernehmen darüber bestehe, dass die Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum aufgehoben werden solle. Nur die genauen Modalitäten seien strittig. Es sei somit zugrundezulegen, dass der Beklagte, soweit das mit seinem Miteigentumsteil verbundene Wohnungseigentum unberührt bleibe, im Übrigen hinsichtlich seiner schlichten Miteigentumsanteile der Begründung von Wohnungseigentum zustimme.

Die Teilungsklage dürfe jedenfalls nicht in dingliche Nutzungsrechte bereits vorhandener Wohnungseigentümer eingreifen. Daher komme als Teilungsart nur eine „weitere Wohnungseigentumsbegründung“ in Betracht, welchem Umstand durch die Maßgabe bestätigung Rechnung getragen werde.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil die getroffene Entscheidung in einem Spannungsverhältnis zur Entscheidung 5 Ob 47/01z stehe und zudem zur neuen Rechtslage keine höchstgerichtliche Judikatur vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteiles im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragte, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht bezeichneten Gründen zulässig. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist ausschließlich, ob§ 35 Abs 2 WEG 2002 einem Begehr auf Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum an einem sogenannten „Mischhaus“, also einem Haus, an dem teilweise schlichtes Miteigentum besteht, andererseits jedoch bereits Wohnungseigentum bucherlich einverlebt wurde, entgegensteht. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist ausschließlich, ob Paragraph 35,

Absatz 2, WEG 2002 einem Begehrten auf Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft durch Begründung von Wohnungseigentum an einem sogenannten „Mischhaus“, also einem Haus, an dem teilweise schlichtes Miteigentum besteht, andererseits jedoch bereits Wohnungseigentum bucherlich einverleibt wurde, entgegensteht.

Nach der vor dem 3. WÄG bestehenden Rechtslage wurde in ständiger Rechtsprechung (zuletzt1 Ob 668/87 = WoBl 1989/6 mwN) die Möglichkeit der Teilung einer Liegenschaft durch Begründung von Wohnungseigentum abgelehnt, weil dadurch die Miteigentumsgemeinschaft nicht aufgehoben, sondern nur in anderer Form fortgesetzt werde. Der Gesetzgeber hat im 3. WÄG durch Einführung des § 2 Abs 2 Z 2 WEG 1975 eine solche besondere Form der Naturalteilung durch Wohnungseigentumsbegründung zulässig gemacht, sofern der Beklagte dies im Verfahren begehrte. § 21 Abs 2 WEG 1975, wonach die Gemeinschaft des Eigentumes an der Liegenschaft erst aufgehoben werden konnte, sobald das auf der Liegenschaft erworbene Wohnungseigentum erloschen war, wurde unverändert beibehalten. Die dadurch entstandene Problematik im sogenannten „Mischhaus“ war bereits Gegenstand höchstgerichtlicher Rechtsprechung. So wurde in 5 Ob 146/98a = WoBl 1998/225 = MietSlg 50.562 noch offen gelassen, ob bei gemischten Objekten eine Teilungsklage zulässig sei. Noch zur Rechtslage nach dem WEG 1975 idF des 3. WÄG hat der erkennende Senat unter Bezugnahme auf die ErlBEM zu § 16 RV WEG 1975 und Faistenberger/Barta/Call Komm zum WEG 1975 Rz 20 zu § 21 ausgesprochen, dass sich durch die Anordnung des § 21 Abs 2 WEG zwingend ergebe, dass bestehendes Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe. Wohnungseigentum bedürfe zunächst - vom Fall der Begründung durch Richterspruch abgesehen - der schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer (§ 2 Abs 1 WEG 1975). Das Wohnungseigentum erlösche, außer durch Untergang des Gegenstandes des Wohnungseigentumes durch Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichtes des Wohnungseigentümers (§ 21 Abs 1 WEG 1975), welche Einverleibung der Zustimmung der Miteigentümer bedürfe. Dem Wesen des Miteigentumes als Wohnungseigentum sei es fremd, dass ein Einzelner den Übrigen das Entstehen oder das Erlöschen von Wohnungseigentum aufzwingen könne. Während eine schlichte Eigentumsgemeinschaft durch Erklärung eines Teilhabers und Teilungsklage aufgehoben werden könnte, hindere dies § 21 Abs 2 WEG 1975 im Fall des Wohnungseigentumes. Abhilfe sei diesfalls in Fällen der Unerträglichkeit der Aufrechterhaltung der Gemeinschaft nur durch Ausschließung von Wohnungseigentümern bei Vorliegen bestimmter Gründe zu schaffen (5 Ob 47/01z = WoBl 2003/41). Nach der vor dem 3. WÄG bestehenden Rechtslage wurde in ständiger Rechtsprechung (zuletzt1 Ob 668/87 = WoBl 1989/6 mwN) die Möglichkeit der Teilung einer Liegenschaft durch Begründung von Wohnungseigentum abgelehnt, weil dadurch die Miteigentumsgemeinschaft nicht aufgehoben, sondern nur in anderer Form fortgesetzt werde. Der Gesetzgeber hat im 3. WÄG durch Einführung des Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, WEG 1975 eine solche besondere Form der Naturalteilung durch Wohnungseigentumsbegründung zulässig gemacht, sofern der Beklagte dies im Verfahren begehrte. Paragraph 21, Absatz 2, WEG 1975, wonach die Gemeinschaft des Eigentumes an der Liegenschaft erst aufgehoben werden konnte, sobald das auf der Liegenschaft erworbene Wohnungseigentum erloschen war, wurde unverändert beibehalten. Die dadurch entstandene Problematik im sogenannten „Mischhaus“ war bereits Gegenstand höchstgerichtlicher Rechtsprechung. So wurde in 5 Ob 146/98a = WoBl 1998/225 = MietSlg 50.562 noch offen gelassen, ob bei gemischten Objekten eine Teilungsklage zulässig sei. Noch zur Rechtslage nach dem WEG 1975 in der Fassung des 3. WÄG hat der erkennende Senat unter Bezugnahme auf die ErlBEM zu Paragraph 16, Regierungsvorlage WEG 1975 und Faistenberger/Barta/Call Komm zum WEG 1975 Rz 20 zu Paragraph 21, ausgesprochen, dass sich durch die Anordnung des Paragraph 21, Absatz 2, WEG zwingend ergebe, dass bestehendes Wohnungseigentum die Teilungsklage ausschließe. Wohnungseigentum bedürfe zunächst - vom Fall der Begründung durch Richterspruch abgesehen - der schriftlichen Vereinbarung aller Miteigentümer (Paragraph 2, Absatz eins, WEG 1975). Das Wohnungseigentum erlösche, außer durch Untergang des Gegenstandes des Wohnungseigentumes durch Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichtes des Wohnungseigentümers (Paragraph 21, Absatz eins, WEG 1975), welche Einverleibung der Zustimmung der Miteigentümer bedürfe. Dem Wesen des Miteigentumes als Wohnungseigentum sei es fremd, dass ein Einzelner den Übrigen das Entstehen oder das Erlöschen von Wohnungseigentum aufzwingen könne. Während eine schlichte Eigentumsgemeinschaft durch Erklärung eines Teilhabers und Teilungsklage aufgehoben werden könnte, hindere dies Paragraph 21, Absatz 2, WEG 1975 im Fall des Wohnungseigentumes. Abhilfe sei diesfalls in Fällen der Unerträglichkeit der Aufrechterhaltung der Gemeinschaft nur durch Ausschließung von Wohnungseigentümern bei Vorliegen bestimmter Gründe zu schaffen (5 Ob 47/01z = WoBl 2003/41).

Die Auffassung des erkennenden Senates wurde bereits von Oberhofer in seiner Anmerkung zu WoBl 1998/225 kritisiert (vgl ders in Schwimann ABGB2 Rz 23 zu § 21 WEG 1975; ders in „Weitere Wohnungseigentumsbegründung bei

gemischten Anlagen, Zulässigkeit oder gar Notwendigkeit der Teilungsklage gemäß § 830 ABGB?" in WoBl 2003, 75 f). Jedenfalls seit das 3. WÄG die Möglichkeit einer Teilung durch Wohnungseigentumsbegründung, die nicht zur Aufhebung der Gemeinschaft führe, ausdrücklich vorsehe, verstoße richterliche Wohnungseigentumsbegründung gemäß § 2 Abs 2 Z 2 WEG 1975 bei gemischten Objekten nicht gegen§ 21 Abs 2 WEG 1975. Der Normzweck bleibe gewahrt: Ausschließlicher Sinn der Bestimmung sei es, den Bestand des Wohnungseigentumes zu sichern. Daher sei eine Teilungsklage auch bei gemischten Objekten zuzulassen, selbstverständlich mit der Einschränkung, dass in das dingliche Nutzungsrecht bereits vorhandener Wohnungseigentümer nicht eingegriffen werde. Die Auffassung des erkennenden Senates wurde bereits von Oberhofer in seiner Anmerkung zu WoBl 1998/225 kritisiert vergleiche ders in Schwimann ABGB2 Rz 23 zu Paragraph 21, WEG 1975; ders in „Weitere Wohnungseigentumsbegründung bei gemischten Anlagen, Zulässigkeit oder gar Notwendigkeit der Teilungsklage gemäß Paragraph 830, ABGB?" in WoBl 2003, 75 f). Jedenfalls seit das 3. WÄG die Möglichkeit einer Teilung durch Wohnungseigentumsbegründung, die nicht zur Aufhebung der Gemeinschaft führe, ausdrücklich vorsehe, verstoße richterliche Wohnungseigentumsbegründung gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, WEG 1975 bei gemischten Objekten nicht gegen Paragraph 21, Absatz 2, WEG 1975. Der Normzweck bleibe gewahrt: Ausschließlicher Sinn der Bestimmung sei es, den Bestand des Wohnungseigentumes zu sichern. Daher sei eine Teilungsklage auch bei gemischten Objekten zuzulassen, selbstverständlich mit der Einschränkung, dass in das dingliche Nutzungsrecht bereits vorhandener Wohnungseigentümer nicht eingegriffen werde.

Seit Inkrafttreten des WEG 2002 befürwortet die Lehre überwiegend die Zulässigkeit der Teilungsklage bei gemischten Anlagen (T.Hausmann „Miscellen zum WEG 2002" WoBl 2002, 215; ders in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht Rz 60 f zu § 3 WEG; Markl WEG 2002, Anm zu § 35 Abs 2; Dirnbacher WEG 2002, 77; Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht21 Rz 11 zu § 3 WEG; Würth in Rummel ABGB3 Rz 5 zu§ 3 WEG 2002).Seit Inkrafttreten des WEG 2002 befürwortet die Lehre überwiegend die Zulässigkeit der Teilungsklage bei gemischten Anlagen (T.Hausmann „Miscellen zum WEG 2002" WoBl 2002, 215; ders in Hausmann/ Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht Rz 60 f zu Paragraph 3, WEG; Markl WEG 2002, Anmerkung zu Paragraph 35, Absatz 2 ;, Dirnbacher WEG 2002, 77; Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht21 Rz 11 zu Paragraph 3, WEG; Würth in Rummel ABGB3 Rz 5 zu Paragraph 3, WEG 2002).

In Anbetracht der durch das Inkrafttreten des WEG 2002, vor allem in Bezug auf das Gesamtziel, die Entstehung neuer Mischhäuser zu verhindern und bestehende Mischhäuser allmählich in „volle" WE-Häuser überzuführen (vgl Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht21 Rz 18 zu § 3 WEG) und der von der Lehre zur Lösung des vom Gesetzgeber offenbar nicht beachteten Problems geleisteten Vorschläge erscheint dem erkennenden Senat eine diesen Gegebenheiten Rechnung tragende neue Sichtweise angemessen. Tatsächlich führt die Begründung von Wohnungseigentum durch gerichtliche Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft nicht zu einer Beseitigung der Eigentumsgemeinschaft, sondern zu deren Transformierung in eine Eigentümergemeinschaft nach dem WEG. Zufolge § 3 Abs 2 WEG muss sich jede neue Begründung von Wohnungseigentum auf alle wohnungseigentumsfähigen Objekte beziehen. Nach herrschender Ansicht ist das Wohnungseigentum eine Sonderform des im ABGB geregelten Miteigentumes. Die „Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft" durch Begründung von Wohnungseigentum durch die seit dem WEG 2002 mögliche, unmittelbar darauf gerichteter Klagsführung beseitigt daher in Wahrheit die Gemeinschaft des Eigentumes an der Liegenschaft nicht, sondern befestigt sie in anderer Form (vgl Würth/Zingher/Kovanyi aaO Rz 3 zu § 35 WEG; Oberhofer in WoBl 2003, 76 auch die Nachweise in FN 5). Dann steht aber auch § 35 Abs 2 WEG, dessen Zweck vornehmlich die Sicherung des Bestandes des Wohnungseigentumes ist (vgl Oberhofer in WoBl 2003, 76 mwN; Würth/Zingher/Kovanyi aaO 25 Rz 8 zu § 35 WEG mwN) der Teilung durch Begründung weiteren Wohnungseigentums nicht entgegen. Das bestehende Wohnungseigentum im Mischhaus wird nämlich nicht tangiert, kommt es auf dem Weg der „unechten" Teilungsklage doch nur zur Wohnungseigentumsbegründung am noch bestehenden schlischen Miteigentum. Einer wirklichen und gänzlichen Aufhebung der Gemeinschaft durch Zivilteilung nach § 830 ABGB bei gemischten Anlagen, also einer Aufhebung auch des bereits vorhandenen Wohnungseigentums, stünde § 35 Abs 2 WEG allerdings unzweifelhaft entgegen.In Anbetracht der durch das Inkrafttreten des WEG 2002, vor allem in Bezug auf das Gesamtziel, die Entstehung neuer Mischhäuser zu verhindern und bestehende Mischhäuser allmählich in „volle" WE-Häuser überzuführen vergleiche Würth/Zingher/Kovanyi Miet- und Wohnrecht21 Rz 18 zu Paragraph 3, WEG) und der von der Lehre zur Lösung des vom Gesetzgeber offenbar nicht beachteten Problems geleisteten Vorschläge erscheint dem erkennenden Senat eine diesen Gegebenheiten Rechnung tragende neue Sichtweise angemessen. Tatsächlich

führt die Begründung von Wohnungseigentum durch gerichtliche Entscheidung in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft nicht zu einer Beseitigung der Eigentumsgemeinschaft, sondern zu deren Transformierung in eine Eigentümergemeinschaft nach dem WEG. Zufolge Paragraph 3, Absatz 2, WEG muss sich jede neue Begründung von Wohnungseigentum auf alle wohnungseigentumsfähigen Objekte beziehen. Nach herrschender Ansicht ist das Wohnungseigentum eine Sonderform des im ABGB geregelten Miteigentumes. Die „Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft“ durch Begründung von Wohnungseigentum durch die seit dem WEG 2002 mögliche, unmittelbar darauf gerichteter Klagsführung beseitigt daher in Wahrheit die Gemeinschaft des Eigentumes an der Liegenschaft nicht, sondern befestigt sie in anderer Form vergleiche Würth/Zingher/Kovanyi aaO Rz 3 zu Paragraph 35, WEG; Oberhofer in WoBl 2003, 76 auch die Nachweise in FN 5). Dann steht aber auch Paragraph 35, Absatz 2, WEG, dessen Zweck vornehmlich die Sicherung des Bestandes des Wohnungseigentumes ist vergleiche Oberhofer in WoBl 2003, 76 mwN; Würth/Zingher/Kovanyi aaO 25 Rz 8 zu Paragraph 35, WEG mwN) der Teilung durch Begründung weiteren Wohnungseigentums nicht entgegen. Das bestehende Wohnungseigentum im Mischhaus wird nämlich nicht tangiert, kommt es auf dem Weg der „unechten“ Teilungsklage doch nur zur Wohnungseigentumsbegründung am noch bestehenden schlichten Miteigentum. Einer wirklichen und gänzlichen Aufhebung der Gemeinschaft durch Zivilteilung nach Paragraph 830, ABGB bei gemischten Anlagen, also einer Aufhebung auch des bereits vorhandenen Wohnungseigentums, stünde Paragraph 35, Absatz 2, WEG allerdings unzweifelhaft entgegen.

Weil es, wie oben ausgeführt, nicht zu einer Aufhebung des gemeinschaftlichen Eigentumes kommt, sondern lediglich zu einer Transformierung gemischten Eigentumes in gänzliches Wohnungseigentum, bedeutet eine Stattgebung des Teilungsbegehrens auch keine unzulässige „Teilaufhebung“ wie dies etwa in 7 Ob 384/65 = MietSlg 18.616 = EvBl 1966/213 = JBI 1966, 320 für unzulässig angesehen wurde. Hinzuzufügen ist, dass nach damaliger Rechtslage die Begründung von Wohnungseigentum durch Teilungsurteil überhaupt nicht möglich war.

Dem Umstand, dass das bestehende Wohnungseigentum unberührt bleiben muss, wurde durch die Maßgabebestätigung Rechnung getragen. Aus diesen Erwägungen war der Revision der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41., 50 ZPO.

### **Anmerkung**

E838815Ob68.07x

### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inZak 2007/340 S 193 - Zak 2007,193 = immolex-LS 2007/47 = EvBl2007/127 S 695 - EvBl 2007,695 = immolex 2007,242/126 - immolex2007/126 = Jus-Extra OGH-Z 4347 = ecolex 2007/245 S 596 = ecolex2007,596 = JBI 2007,728 = RZ 2007,227 EÜ350 - RZ 2007 EÜ350 = wobl2008,106/37 (Oberhofer) - wobl 2008/37 (Oberhofer) = MietSlg 59.391 =SZ 2007/54XPUBLEND

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0050OB00068.07X.0403.000

### **Zuletzt aktualisiert am**

03.12.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>