

# 1. Einführung

Für das Leben und Wirtschaften nutzbarer Grund und Boden stellen gerade im Alpenraum ein knappes, nicht vermehrbares und damit wertvolles Gut dar.<sup>1</sup> Gleichzeitig rangieren ein eigenes Haus, eine Eigentumswohnung oder zumindest eine ansprechende, günstige Mietwohnung bei einer großen Mehrheit der Bevölkerung auf der allgemeinen Bedürfnisskala ganz oben. Eine leistbare Wohnung ist somit ein zentrales Grundbedürfnis der Menschen, aber auch eine wesentliche Voraussetzung für die Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger an der Gesellschaft.<sup>2</sup>

Mit dem stetig fortschreitenden Bevölkerungswachstum wurde die immanente Wichtigkeit der Schaffung von verfügbarem Bauland und damit von Wohnraum gesellschaftlich, wirtschaftlich und daher auch politisch immer größer.

Vor diesem Hintergrund wollte der Gesetzgeber mit der Baurechtsgesetznovelle 1990 und der Öffnung des Rechtsinstituts des Baurechts, also des Rechts auf fremdem Grund zu bauen, auch für Private dem Mangel an Bauflächen am Bodenmarkt entgegenwirken. Dass dieses Problem immer noch höchst aktuell und nicht ausreichend gelöst ist, zeigen die Regierungsprogramme der gegenwärtigen Bundesregierung<sup>3</sup> sowie der Vorgängerregierung<sup>4</sup>, die neben anderen einschlägigen Maßnahmen deshalb auch die Attraktivität des Baurechts zur Baulandmobilisierung und damit zur Stabilisierung der besonders in städtischen und stadtnahen stetig steigenden Baulandpreise forcieren wollten bzw. wollen. Immer häufiger auftretende zivil- und öffentlich-rechtliche Fragen offenbaren allerdings die fehlende legislative Ausgereiftheit und damit Reformbedürftigkeit dieses Rechtsinstruments.

---

1 Lediglich 38,8 % des österreichischen Staatsgebiets und gar nur 12,4 % der Tiroler Landesfläche sind als Dauersiedlungsraum geeignet <https://oerok-atlas.at> (20.11.2020).

2 Eine rechtliche Verankerung eines (sozialen) Grundrechts auf Wohnen ist (bislang) jedoch weder in der österreichischen Bundesverfassung noch in der EU-Grundrechtecharta erfolgt.

3 <https://wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2044635-Das-Regierungsprogramm-zum-Downloaden.html> (20.11.2020).

4 <https://wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/935629-Das-Regierungsprogramm-zum-Download.html> (20.11.2020).

## 2. Rechtshistorischer Rückblick

### 2.1. Werdegang des Baurechtsgesetzes

Ein Blick auf den Beginn dieses Rechtsinstituts Anfang des 20. Jh offenbart, dass das Baurecht primär ein Thema der Sozialgesetzgebung war. Wien zählte gegen Ende des 19. Jh zu den europäischen Städten mit den schlechtesten Wohnverhältnissen. Es gab einerseits zu wenig Wohnraum und andererseits großteils Wohnungen mit feuchten Räumen und unzumutbaren sanitären Zuständen. Sowohl von Seiten der Architektur als auch des Österreichischen Werkbunds<sup>5</sup> gab es Anregungen für einen neuen Städtebau. Besonders hervorzuheben ist aber Franz Klein, der als engagierter Rechts- und Sozialreformer, Hochschullehrer und Politiker neben mehreren anderen wichtigen Gesetzen, wie der Zivilprozessordnung, auch bei der Schaffung des BauRG<sup>6</sup> maßgeblich mitwirkte.<sup>7</sup>

Der Rechtsgrundsatz „*superficies solo cedit*“, das Verbot des Stockwerkseigentums und die Scheu vor einer Wiederbelebung der deutschrechtlichen Form der Leihe, bei der das auf dem Leihgut errichtete Bauwerk in das Eigentum des Erbauers fiel,<sup>8</sup> bedingten wesentlich die Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts, bei dem das Bauwerk auf einem Grundstück nicht dem rechtlichen Schicksal des Grundstücks folgt.

Dabei kannte das ABGB bereits von Beginn an die Möglichkeit der Errichtung eines Bauwerks auf fremdem Grund mit geteiltem Eigentum, zB in Form des Stockwerkseigentums, des Kellereigentums, der Erbpacht- und Erbzinsgüter, Lehngüter und Familienfideikommisse.<sup>9</sup> Auch beim Rechtsinstitut des Superädifikats ist eine Durchbrechung des Grundsatzes „*superficies solo cedit*“ gegeben, wobei das Bauwerk hier aber zu den beweglichen Sachen zählt und schon nach der Bauart nicht auf Dauer ausgerichtet war. Allerdings duldet die Rsp schon bald, dass auch feste Bauten als Superädifikate errichtet und behandelt wurden.

Das im Jahre 1912 mit dem BauRG neu geschaffene Baurecht wurde jedenfalls als ein eigenes dingliches Recht zur Errichtung eines Bauwerks ausgestaltet. Vorbilder waren das Leasinggeschäft in Großbritannien und das Erbbaurecht im

---

5 Der Österreichische Werkbund wurde im Jahr 1912 nach deutschem Vorbild gegründet und hatte sich die „Veredelung“ der gewerblichen Arbeit im Zusammenwirken von Kunst, Handwerk und Industrie zum Ziel gesetzt. S dazu ausführlich *Gmeiner/Pirhofer*, Der Österreichische Werkbund (1985).

6 Gesetz betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz – BauRG) RGBI 1912/86, geändert durch BGBl 1977/403, BGBl 1990/258, BGBl I 2010/111 und BGBl I 2012/30 (BauRG).

7 Brauner, Rechtsreform als Sozialreform: Österreichs Baurechtsgesetz 1912 in *Marinelli/Bajons/Böhm* (Hrsg), Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins (2015) 293.

8 *Hofmeister*, Rechtsgeschichte, in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), Bauten auf fremdem Grund<sup>2</sup> (2004) 3 (4).

9 *Rechberger*, Die heutige Bedeutung des Grundsatzes *superficies solo cedit*, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1345f.

deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.<sup>10</sup> Das Baurecht in Österreich stellte letztlich einen Kompromiss zwischen sozialem und liberalem Rechtsdenken dar und war getragen von der Furcht, dass es zu Spekulationszwecken missbraucht werden könnte. Fortschrittlich waren die klare Regelung zwischen Baurecht und Bauwerk als Zugehör und das Verbot von Resolutivbedingungen. Auffallend waren auch die Beschränkung der Dauer von 30 bis 80 Jahren, der enge Kreis der Baurechtsgeber (Staat, Länder, Bezirke, Gemeinden, öffentliche Fonds, Kirche und kirchliche Gemeinschaften sowie gemeinnützige Anstalten oder Vereinigungen bei Vorliegen eines von der Landesregierung festgestellten öffentlichen Interesses)<sup>11</sup> sowie das Verbot der Wertsicherung.

## 2.2. Geringer Anwendungsbereich des Baurechts

Trotz der grundsätzlich positiven Aufnahme des Rechtsinstituts fand es in den Folgejahren nicht die erwartete Verbreitung, auch die öffentlich-rechtlichen juristischen Personen griffen lieber auf das Rechtsinstitut des Superädifikats zurück. Die Gründe dafür sah man in den restriktiven Gesetzesvorgaben des BauRG.<sup>12</sup> Zusätzliche Beliebtheit verschaffte dem Superädifikat die Novellierung des ABGB 1916 mit der Neuformulierung von § 435 ABGB, wonach Bauwerke auch dann als Superädifikate übertragen werden können, wenn sie „auf fremdem Grund in der Absicht aufgeführt sind, dass sie nicht stets darauf bleiben sollen, sofern sie nicht Zugehör eines Baurechts sind“. Wenngleich durch diese Textierung die Auslegungsschwierigkeiten nicht kleiner wurden, konnten nun auch massive Gebäude als Superädifikate errichtet werden. Gleichzeitig wurde durch die im selben Jahr ergangene Regelung der gerichtlichen Hinterlegung der Urkunden zum Erwerb dinglicher Rechte an nicht verbücherten Liegenschaften und Bauwerken<sup>13</sup> eine gewisse Publizität für Superädifikate garantiert.<sup>14</sup>

## 2.3. Novellierung des Baurechtsgesetzes im Jahre 1990

Va das Verbot der Wertsicherung des Baurechtzinses, das immer wieder umgangen wurde, und andere Mängel des Gesetzes verlangten nach einer Neuregelung.<sup>15</sup> Abgesehen von einer kleinen Novellierung im Zuge der Neuordnung des Kindschaftsrechts<sup>16</sup> blieb das Baurecht jedoch unverändert, bis am 1.7.1990

---

10 *Hofmeister in Kletečka/Rechberger/Zitta* 5.

11 *Riha*, Baurechtsgesetznovelle 1990 ermöglicht die Einräumung von Wohnungseigentum, SWK Heft 1990, 7f.

12 *Hofmeister*, Bauen auf fremden Grund, NZ 1989, 282 und *Graff*, Baurecht für Jedermann, eoclex 1990, 274.

13 Verordnung des Justizministers über die gerichtliche Hinterlegung von Urkunden zum Erwerb dinglicher Rechte an nicht verbücherten Liegenschaften und Bauwerken, RGBI 1916/87.

14 *Hofmeister in Kletečka/Rechberger/Zitta* 10.

15 *Hofmeister*, Die Baurechtsgesetz-Novelle 1990, ÖGZ 1990/11, 8.

16 Bundesgesetz vom 30. Juni 1977 über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl 1977/403.

## 2. Rechtshistorischer Rückblick

---

schließlich die BauRGNov 1990<sup>17</sup> in Kraft trat. Die wesentlichen Neuerungen waren die

- Aufhebung des § 2 BauRG und Öffnung des Kreises der Baurechtsgeber auf alle Grundeigentümer
- Ausdehnung der Bestelldauer von mindestens 10 Jahre und höchstens 100 Jahre
- Möglichkeit zur Vereinbarung einer Wertsicherung für den Baurechtszins, sofern dieser nicht durch die Bezugnahme auf den Wert von Grund und Boden bestimmt wird
- Möglichkeit der Errichtung von BauR-WE.

Die Änderungen wurden von der Lehre begrüßt, auch die Herabsetzung der Baurechtsdauer auf mindestens 10 Jahre im Hinblick darauf, dass auch an bereits bestehenden Bauwerken ein Baurecht errichtet werden kann.<sup>18</sup> Mehrheitlich wurde erwartet, dass durch die Öffnung des Kreises der Baurechtsgeber dem Baurecht der Vorzug gegenüber dem Superädifikat gegeben werden würde.<sup>19</sup>

Tatsächlich aber erfreut sich das Superädifikat aufgrund des größeren Verhandlungsspielraums der Vertragspartner bis heute auch für massive Bauten großer Beliebtheit.

Die Notwendigkeit weiterer künftiger Reformschritte beim Baurecht durch den Gesetzgeber ist also evident. Im Hinblick auf die Zunahme der Bevölkerung und die immer größere Verknappung des Bodens gepaart mit großen Preissteigerungen könnte dem Rechtsinstitut Baurecht nach einer umfassenden Neuregelung, die die Rechtsposition und Interessen beider Vertragsparteien im Auge hat, zu einer viel größeren Akzeptanz und Bedeutung verholfen werden.<sup>20</sup>

---

17 Bundesgesetz vom 25. April 1990, mit dem das Gesetz betreffend das Baurecht geändert wird (Baurechtsgesetznovelle 1990 – BauRGNov 1990), BGBl 1990/258.

18 *Dittrich*, Bauen auf fremden Grund, NZ 1989, 286 (291).

19 *Riha*, Baurechtsgesetznovelle 1990 ermöglicht die Einräumung von Wohnungseigentum 1990, SWK, 10; *Hofmeister*, Die Baurechtsnovelle 1990 – Erste Schritte in die richtige Richtung, *ecolex* 1990, 534; *Graff*, Baurecht für Jedermann, *ecolex* 1990, 274.

20 *Hofmeister*, Die Baurechtsgesetz-Novelle 1990, ÖGZ 1990/11, 14.

## 3. Wesensmerkmale des Baurechts

### 3.1. Durchbrechung des Grundsatzes „superficies solo cedit“

Das österreichische Sachenrecht folgt grundsätzlich dem aus dem römischen Recht stammenden Prinzip „superficies solo cedit“. So lautet § 297 ABGB<sup>21</sup>:

„Eben so gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, 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; ferner: nicht nur Alles, was erd- mauer- niet- und nagelfest ist, als: Braupfannen, Brantwein-kessel und einzimmerte Schränke, sondern auch diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauche eines Ganzen bestimmt sind: z. B. Brunneneimer, Seile, Ketten, Löscheräte und dergleichen.“

Dieser Grundsatz, dass ein Grundstück und das auf oder unter dem Grundstück befindliche Bauwerk bzw alle mit der Liegenschaft dauerhaft verbundenen Sachen ein und denselben Eigentümer haben müssen, wurde in vielen Rechtsordnungen übernommen.<sup>22</sup> Motiv dafür ist, dass ein auf einer Liegenschaft errichtetes Gebäude grundsätzlich als ein unselbständiger und sonderrechtsunfähiger Bestandteil der Liegenschaft angesehen wird und somit das Eigentum am Grundstück und an einem darauf errichteten Gebäude nicht verschiedenen Personen zustehen kann.

Durchbrechungen dieses Grundsatzes sieht bereits das ABGB vor. Für das Superädifikat lässt sich diese aus der Übertragungsvorschrift in § 435 ABGB<sup>23</sup> ableiten:

„Dasselbe gilt auch für die Übertragung des Eigentums an Bauwerken, die auf fremdem Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen, soferne sie nicht Zugehör eines Baurechtes sind.“

Demnach können Bauwerke sehr wohl auf fremdem Grund errichtet werden, ohne dass der Grundeigentümer Eigentum am Bauwerk erwirbt. Eine wesentliche Voraussetzung eines Superädifikats liegt darin, dass dem Erbauer erkennbar die Belassungsabsicht fehlt, welche im Allgemeinen durch das äußere Erscheinungsbild des Bauwerks hervortritt, aber auch aus anderen Umständen erschlossen werden kann. Wenn von vornherein vereinbart wurde, dass das Gebäude nach Ablauf des Grundnutzungsverhältnisses dem Grundeigentümer zufallen soll,

21 Ausführlich kommentiert in *Kisslinger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch ABGB*<sup>3</sup> des von Heinrich Klang begründeten Kommentars §§ 285 – 352 (2011) § 297 und *Helmich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 297* (Stand 1.3.2019, rdb.at) und *Holzner in Rummel/Lukas, ABGB*<sup>4</sup> (2016) § 297 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

22 *Rechberger*, Die heutige Bedeutung des Grundsatzes *superficies solo cedit*, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1345.

23 Ausführlich kommentiert von *Holzner in Rummel/Lukas, ABGB*<sup>4</sup> (2016) § 435 (Stand 1.7.2016, rdb.at) und *Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 435* (Stand 1.3.2019, rdb.at) und *Wagner/Ecker in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB*<sup>3</sup> des von Heinrich Klang begründeten Kommentars §§ 380 – 446 (2018) § 435.

### 3. Wesensmerkmale des Baurechts

---

liegt nach Willen der Vertragsparteien ein Superädifikat (Überbau) iSd § 435 ABGB vor.<sup>24</sup> Schuldrechtliche Grundlage für die Einräumung dieses Rechtsverhältnisses kann Miete, Pacht, Leihe, ein Prekarium oder ein Servitut sein.

Aus dem germanischen Rechtsbereich kommend gab es weiters das Stockwerkeigentum, bei dem im Grundbuch das Eigentum an einem Stockwerk eingetragen wurde. Es kann seit 1879 nicht mehr neu begründet werden, weil man Schwierigkeiten vermeiden wollte, die sich bei diesen faktisch unlösbaren Teilen ergeben.<sup>25</sup> Es gibt aber noch bestehende Rechte.<sup>26</sup>

Auch das sogenannte Kellereigentum, das 1811 eingeführt und im Jahre 2008<sup>27</sup> neu geregelt wurde, stellt eine Abweichung vom Grundsatz dar. § 300 ABGB<sup>28</sup> lautet:

„An Räumen und Bauwerken, die sich unter der Erdoberfläche der Liegenschaft eines anderen befinden und nicht der Fundierung von über der Erdoberfläche errichteten Bauwerken dienen, wie Kellern, Tiefgaragen und industriellen oder wirtschaftlichen Zwecken gewidmeten Stollen, kann mit Einwilligung des Liegenschaftseigentümers gesondert Eigentum begründet werden.“

Eine weitere Durchbrechung des genannten Grundsatzes stellt das Rechtsinstitut des Baurechts nach dem BauRG dar. § 1 Abs 1 BauRG lautet:

„Ein Grundstück kann mit dem dinglichen, veräußerlichen und vererblichen Rechte, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben, belastet werden.“

Im BauRG ist primär das dingliche Baurecht abgehandelt, obligatorische Spezialfragen werden nur teilweise geregelt.

Für alle diese Rechtsinstitute gilt, dass sie auch auf unterirdische Bauwerke angewendet werden können.<sup>29</sup>

## 3.2. Vertragsparteien

### 3.2.1. Baurechtsgeber

Der dem Baurecht zugrunde liegende Baurechtsvertrag wird zwischen dem Baurechtsgeber und dem Baurechtsnehmer abgeschlossen. Auf der Baurechtsgeber-

---

24 VwGH 16.09.1997, 97/05/0121.

25 Holzner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2016) § 297 Rz 15 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

26 Gesetz vom 30. März 1879 betreffend die Theilung von Gebäuden nach materiellen Antheilen, RGBl 1879/50; Kohl, Stockwerkeigentum (2007) 27.

27 Bundesgesetz, mit dem ua das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch geändert wird (Grundbuchs-Novelle 2008 – GB-Nov 2008) BGBl I 2008/100; Mayrhofer, Das Kellereigentum, [https://ssc-rechts.wissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_rechtswissenschaft\\_neu/Neu\\_Versuch/Doktorat\\_Expose/Expose1/Zivilrecht/Das\\_Kellereigentum.pdf](https://ssc-rechts.wissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft_neu/Neu_Versuch/Doktorat_Expose/Expose1/Zivilrecht/Das_Kellereigentum.pdf) (20.11.2020).

28 Kommentiert von Kisslinger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch ABGB<sup>3</sup> des von Heinrich Klang begründeten Kommentars §§ 285 – 352 (2011) § 300.

29 Kisslinger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch ABGB<sup>3</sup> des von Heinrich Klang begründeten Kommentars §§ 285 – 352 (2011) § 297 Rz 36.

seite kann sowohl eine einzelne Person als auch eine Miteigentümergeinschaft stehen, die Eigentümer einer Liegenschaft sind, auf der ein Baurecht eingeräumt werden soll. Da sich das Baurecht immer auf die gesamte Liegenschaft erstreckt, müssen bei einer Eigentümermehrheit alle Miteigentümer des Grundstücks den Baurechtsvertrag genehmigen.<sup>30</sup> Darüber hinaus müssen allenfalls weitere Genehmigungen, zB eine pflegschaftsgerichtliche, vorliegen. Der Baurechtsgeber kann, sofern im Baurechtsvertrag nicht anders vereinbart, das Grundstück veräußern, belasten und vererben. Der Grundstückseigentümer bleibt auch weiterhin Abgabenschuldner der Liegenschaft. Eine Übertragung dieser Abgaben auf den Baurechtsnehmer kann im Baurechtsvertrag vereinbart werden, hat aber keine Wirkung gegenüber Dritten. Deshalb muss der Grundeigentümer im Interesse des Baurechtsnehmers wie ein redlicher Verwalter agieren.<sup>31</sup>

### 3.2.2. Baurechtsnehmer

Baurechtsnehmer ist, wer auf einem Grundstück ein Baurecht vom Grundeigentümer eingeräumt bekommt. Dies kann eine natürliche oder eine juristische Person, aber auch eine Personenmehrheit sein. Nach § 6a BauRG können mehrere Baurechtsnehmer Wohnungseigentum begründen.

Der Baurechtsnehmer hat eine absolut geschützte Rechtsposition. Dies bedeutet, dass er seine Rechte gegen jedermann, auch gegenüber dem Baurechtsgeber, durchsetzen kann. Der Baurechtsnehmer ist als Nutznießer des Grundstücks ein rechtmäßiger Besitzer und kann daher eine Besitzstörungsklage hinsichtlich des Grundstücks selbst gegen den Grundeigentümer erheben sowie hinsichtlich des Bauwerks darüber hinaus eine Eigentumsklage und eine Eigentumsfreiheitsklage.<sup>32</sup>

Bei Streitigkeiten um das Baurecht und das Baurechtsbauwerk gilt der ausschließliche Gerichtsstand der gelegenen Sache gem § 81 JN<sup>33</sup>.

Diese einem Eigentum nahekommenden Rechte des Baurechtsnehmers bedeuten eine außerordentlich starke Beschränkung des Grundeigentums des Baurechtsgebers, dem praktisch nur das „ius nudum“ bleibt.<sup>34</sup> Der Grundeigentümer ist bei Bestehen eines Baurechts auch nicht passivlegitimiert im Hinblick auf eine Eigentumsfreiheitsklage oder Immissionsklage im Zusammenhang mit dem Bauwerk.<sup>35</sup>

---

30 OGH 5 Ob 50/93, SZ 66/73.

31 *Urbanek/Rudolph*, Das Baurechtsgesetz – Praxiskommentar (2004) § 6 BauRG Rz 7.

32 *Urbanek/Rudolph*, Das Baurechtsgesetz – Praxiskommentar (2004) § 1 BauRG Rz 12 bis 14.

33 Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen RGBl 1895/111, zuletzt geändert durch BGBl I 2019/61.

34 *Urbanek/Rudolph*, Das Baurechtsgesetz – Praxiskommentar (2004) § 1 BauRG Rz 8.

35 OGH 1 Ob 35/89, SZ 63/3.

## 3.3. Charakteristik des Baurechts

### 3.3.1. Beschränkt dingliches Recht

Das Baurecht ist ein beschränkt dingliches Recht sui generis an einer fremden Sache. Der Baurechtsgeber bleibt Eigentümer des Grundstücks, während dem Baurechtsnehmer die Rechte eines Nutznießers am Grundstück und das Eigentum am zu errichtenden Bauwerk zukommen. Das Bauwerk wird gem § 6 Abs 1 BauRG als ein Zugehör des Baurechts gesehen, und zwar als unselbstständiger Bestandteil des Baurechts.<sup>36</sup> Diese starke Verbindung von Bauwerk und Baurecht schließt auf jeden Fall die Schaffung eines Superädifikats auf einem Baurecht aus.<sup>37</sup>

### 3.3.2. Begründung und Übertragung

Zur Begründung und Übertragung bedarf es wie bei allen dinglichen Rechten eines Titels und eines Modus. Das bedeutet, dass es neben einem schuldrechtlichen Grundgeschäft einen sachenrechtlichen Akt benötigt. Im Fall des Baurechts ist der Titel idR ein Baurechtsvertrag und der Modus die Eintragung im Grundbuch. Gerade in dieser Publizitätswirkung liegt eine Stärke des Baurechts, da es damit eine größere Rechtssicherheit als das Superädifikat bietet.<sup>38</sup>

### 3.3.3. Voraussetzungen der Liegenschaft

Das Baurecht ist im Lastenblatt der Baurechtsliegenschaft im Grundbuch zu vermerken. Es ist daher die Bestellung eines Baurechts nur an einem verbücherten Grundstück möglich. Zusätzlich ist, anders als bei anderen dinglichen Rechten, eine eigene Baurechtseinlage im Grundbuch zu eröffnen, was für die dem Baurecht inwohnende Verkehrsfähigkeit erforderlich ist. Die Verkehrsfähigkeit ist notwendig, weil das Baurecht seinem Wesen nach frei veräußerlich und vererbbar ist und als Kreditgrundlage dienen kann.<sup>39</sup>

§ 5 Abs 2 BauRG besagt, dass das Baurecht sich stets auf den ganzen Grundbuchkörper beziehen muss. Damit ist klar, dass es immer nur ein Baurecht auf einem Grundbuchkörper geben kann.<sup>40</sup> Da sich ein Baurecht nur auf eine Liegenschaft eines Grundbuchkörpers beziehen soll, ist vorher erforderlichenfalls ein Teil der Liegenschaft abzuschreiben. Selbst wenn das Baurecht primär zur Errichtung eines Bauwerks bestellt wird, kann es sich auch auf unbebaut bleibende Teile einer Liegenschaft beziehen (§ 1 Abs 2 BauRG).

---

36 *Kletečka*, Das Baurecht – Begriff und Inhalt, in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg), Bauten auf fremdem Grund<sup>2</sup> (2004) 23 (25).

37 *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* 35f.

38 *Kletečka/Rechberger*, Vorzüge und Schwächen des BauRG Vortrag beim 3. Erbbaurechtskongress in Hannover, NZ 2016/41 (4. Heft), 121f.

39 *Urbanek/Rudolph*, Das Baurechtsgesetz – Praxiskommentar (2004) § 5 BauRG Rz 2.

40 *Urbanek/Rudolph*, Das Baurechtsgesetz – Praxiskommentar (2004) § 1 BauRG Rz 9.



Obwohl das Gesetz keine genauen Bestimmungen zur Lage, Anzahl und Art der Baurechtsbauwerke vorsieht, ist es notwendig, im Baurechtsvertrag diese Eigenschaften zu definieren, wenn der Baurechtsgeber die Bebauung seines Grundstücks mitbestimmen oder eingrenzen möchte. Besteht auf einer Liegenschaft ein bereits vom Grundeigentümer errichtetes Bauwerk, kann vertraglich vereinbart werden, dass dieses Bauwerk im Eigentum des Grundeigentümers verbleibt. Damit diese Vereinbarung, die eine Einschränkung des Baurechts bedeutet, eine Drittwirkung erzielt, muss sie klar definiert und planlich dargestellt sein. Ohne diese Absprache würde das Bauwerk automatisch ins Eigentum des Baurechtsnehmers fallen.<sup>41</sup> Mit einer entsprechenden Klausel im Vertrag kann der Baurechtsgeber später auch auf der im Baurecht vergebenen Liegenschaft ein eigenes Bauwerk errichten.

#### 3.3.4. Voraussetzungen des Bauwerks

Das Baurecht kann sich auf bereits bestehende Bauwerke beziehen, die damit sonderrechtsunfähiger Bestandteil des Baurechts<sup>42</sup> werden. Es kann nach § 1 Abs 3 BauRG aber nicht auf Teile eines bereits bestehenden Gebäudes beschränkt werden oder auch nicht als Stockwerkseigentum begründet werden. Damit wollte man ausdrücklich der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums entgegenwirken. Die vertikale Teilung eines Gebäudes ist laut Rsp möglich, wenn die Teile selbstständig nutzbar sind. Eine grenzüberschreitende Bebauung zweier Liegenschaften ist nicht möglich, auch wenn sie im Eigentum derselben Person stehen.<sup>43</sup>

#### 3.3.5. Befristung

Gem. § 3 Abs 1 BauRG kann das Baurecht auf nicht weniger als 10, aber auch nicht auf mehr als 100 Jahre bestellt werden. Innerhalb dieses Zeitrahmens unterliegt die Festlegung der Dispositionsfreiheit der Vertragspartner. Aufgrund der starken Rechtsposition des Baurechtsnehmers ist die im Gesetz vorgegebene Befristung ein zwingendes Wesensmerkmal des Baurechts, weil das vollkommene Eigentumsrecht am Grundstück nicht dauerhaft eingeschränkt sein soll.

#### 3.3.6. Entgeltlichkeit

Unbestritten ist, dass das Baurecht entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt werden kann. Strittig ist jedoch, ob eine Bauzinsvereinbarung zum wesentlichen Inhalt eines entgeltlichen Baurechts zählt und sie damit unmittelbare dingliche Wirkung gegenüber Dritten hat.<sup>44</sup> Die bürgerliche Sicherstellung der Bauzins-

---

41 *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* 34.

42 *Teufelsdorfer* (Hrsg), *Handbuch Immobilientransaktionen* (2015) 159, das neben vertraglichen Gestaltungsfragen und Finanzierungsaspekten den gesamten Prozess einer Immobilientransaktion multidisziplinär erörtert.

43 *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* 34.

44 *Schaffgotsch*, *Grundeigentum und Baurecht* (1998) 43.