

V.	Veräußerlichkeit des Baurechts	84
	A. Grundsätzliches	84
	B. Veräußerungsbeschränkungen	88
VI.	Belastbarkeit des Baurechts	96
VII.	Vererblichkeit des Baurechts	101
VIII.	Beendigung und Nichtigkeit des Baurechts	103
IX.	Baurecht und WGG	110

I. Allgemeines

A. Begriff und Rechtsnatur des Baurechts

Das Baurecht ist gemäß § 1 Abs 1 das dingliche, veräußerliche¹ und vererbliche Recht, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben. Das Baurecht selbst stellt keine Sache, sondern ein **dingliches Recht sui generis** dar.² Das BauRG erweitert daher den Kreis der in § 308 ABGB genannten dinglichen Rechte um das Baurecht.³ Von seinem Inhalt her ist es eine dingliche Belastung eines Grundstücks, mit dessen Inhalt Gebrauchs- und Nutzungsrechte verbunden sind.⁴ Nach § 6 Abs 1 gilt das Baurecht jedoch als **unbewegliche Sache** und wird danach wie eine Liegenschaft behandelt.⁵ Es kann damit auch herrschendes oder dienendes „Grundstück“ für andere dingliche Rechte sein. Die Liegenschaft und das Baurecht stellen dabei zwei als Rechtsobjekte verschiedene unbewegliche Sachen dar.⁶ Mit dem Baurecht entsteht also ein **neues Rechtsobjekt**. Das Baurecht ist damit auch nicht „Zubehör“ der Liegenschaft, sondern vielmehr sonderrechtsfähig.⁷ Vom **dinglichen Baurecht** ist hingegen das **schuldrechtliche Baurechtsverhältnis** zwischen dem Liegenschaftseigentümer und dem Bauberechtigten zu unterscheiden.⁸

Primärer Gegenstand des BauRG ist damit nicht das Bauwerk, sondern das an einer Liegenschaft bestehende Recht, das Baurecht.⁹ Das **Bauwerk** selbst gilt gemäß § 6 Abs 1 nur als Zubehör des Baurechts.¹⁰ Die nunmehr hA sieht diese gesetzliche Einstufung als Zubehör, welcher Begriff die selbständigen und die unselbständigen Bestandteile sowie das Zubehör einer

1 Gänzliche Veräußerungsverbote sind daher grundsätzlich mit dem Wesen des Baurechts nicht vereinbar; vgl dazu im Detail Rz 88 ff und *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 30.

2 1 Ob 79/08m Zak 2009/133 = RdW 2009/430; *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.2; *Mayrhofer*, Kellereigentum 4; dazu auch die Materialien zur Stammfassung des BauRG, Bericht der Kommission für Justizgegenstände 34 BlgHH 21. Session 1911, 1 und 3; ähnlich dazu das Baurecht als „ein in Voraussetzungen und Wirkungen besonders geregelter dingliches Recht mit dem Eigentumsrecht an Liegenschaften oder Superädifikaten nicht vergleichbar“ bezeichnend 1 Ob 2133/96z NZ 1996, 347 (*Hoyer*); RS0103695; 3 Ob 116/16d Zak 2016/627.

3 *Eccher/Riss* in KBB⁶ § 308 ABGB Rz 1; *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 18.

4 *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 4; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 6 f.

5 *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.1; *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 4.

6 RS0125005; 3 Ob 116/16d Zak 2016/627; vgl auch § 6 Rz 8.

7 6 Ob 43/21y Zak 2021/343.

8 Vgl dazu näher Rz 60 f.

9 *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.1.

10 Dazu näher *Pattai*, Erbbaurecht 16.

Sache umfasst (§ 294 ABGB),¹¹ jedoch als zu weit, und geht von der Einstufung des Bauwerks als **unselbständiger Bestandteil des Baurechts** aus.¹² Dies erscheint in Anbetracht der grundbuchsrechtlichen Behandlung des Baurechts wie eine Liegenschaft auch gerechtfertigt. Damit verbunden folgt das Bauwerk nach dem Grundsatz „*superficies solo cedit*“ der „künstlichen Liegenschaft“, also dem Baurecht,¹⁵ und ist ebenfalls unbeweglich.

- 3 Das Baurecht ist als dingliches Recht ein **gegen jeden Dritten geschütztes** und geltend zu machendes Recht.¹⁴ Ein weiteres Wesensmerkmal des Baurechts ist dessen **zeitliche Befristung** (§ 3 Abs 1). Das Baurecht ist daher ein zeitlich begrenztes dingliches Recht.

B. Abgrenzung zu anderen Rechten

- 4 Das Recht, auf fremdem Boden ein Bauwerk zu errichten und zu haben, kann in seiner Ausgestaltung etwa ein reines Forderungsrecht, eine Dienstbarkeit oder ein Baurecht sein. Darüber hinaus kann die **Nutzung fremden Bodens** bzw darauf befindlicher **Gebäude und anderer Baulichkeiten** auf verschiedene Art und Weise **in Form dinglicher oder rein obligatorischer Rechte** ausgestaltet sein. Dabei ist der wesentliche Unterschied des Baurechts zu bloß obligatorisch eingeräumten Nutzungsrechten (Miete, Pacht udgl) generell jener, dass das Baurecht ein (beschränktes) dingliches Recht darstellt.¹⁵
- 5 Inhaltlich ist das Baurecht am ehesten mit einer **Dienstbarkeit** vergleichbar.¹⁶ Nach § 6 Abs 2 kommen dem Bauberechtigten am Grundstück sogar die Rechte des Nutznießers zu, so dass sich gerade das Fruchtgenussrecht von enormer Relevanz für das Baurecht zeigt. Dabei sind Dienstbarkeiten (Servituten) – wie das Baurecht – dingliche, unter anderem auf Privatrechtstitel beruhende Rechte auf beschränkte Nutzung einer (fremden) Sache.¹⁷ Auch durch eine Dienstbarkeit kann das Recht zur Errichtung eines rechtlich selbständigen Bauwerks eingeräumt werden; die Dienstbarkeit ist in diesem Fall das Grundnutzungsverhältnis für ein Superädifikat. Während aber beim Baurecht das Entstehen und der Bestand des – gegenüber der Liegenschaft – (als Zugehör zum Baurecht) sonderrechtsfähigen Bauwerks von der Existenz des Grundbenützungrechts (des Baurechts) abhängt und bei dessen Beendigung das Bauwerk sogleich an den Liegenschaftseigentümer fällt (§ 9 Abs 1), kann bei einer Dienstbarkeit, welche zur Errichtung eines Superädifikats berechtigt, dieses Superädifikat auch bei Wegfall des ur-

11 Vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 783; *Zoppel* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB III⁵ § 294 Rz 11.

12 *Klang* in *Klang-Kommentar*² V 142; *Ehrenzweig*, System² I/2, 380; *F. Bydliński*, Superädifikate 6; *Feil*, Baurechtsgesetz 14; *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 34; *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.1; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 BauRG Rz 1; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 6 Rz 3; *Hinteregger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB III⁵ § 435 Rz 16; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1385; *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 435 Rz 14; *Helmich*, Sachverbindungen und Sonderrechtsfähigkeit 141.

13 *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.1; *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 31; ebenso *Wagner/Ecker* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar³ § 435 Rz 9; *Kohlmaier* in *Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht³ Kap 5.3.1.

14 *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 BauRG Rz 18.

15 Vgl Rz 1.

16 *Klang* in *Klang-Kommentar*² V 140; *F. Bydliński*, Superädifikate 6; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 49.

17 RS01043556; RS0011523; zum Fruchtgenussrecht (§ 509 ABGB) RS0088537.

sprünglichen Grundnutzungsverhältnisses (der Dienstbarkeit) weiter bestehen.¹⁸ Umgekehrt gehen die Nutzungsrechte, welche Gegenstand einer Dienstbarkeit sein können, wesentlich weiter als das Baurecht, das sich nur auf das Recht beschränkt, auf oder unter der Bodenfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Bei den Grunddienstbarkeiten steht das Recht zudem dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Liegenschaft (herrschendes Grundstück) zu,¹⁹ während beim Baurecht der Bauberechtigte eine bestimmte Person sein muss und eine solche „irreguläre Bestellung“ eines Baurechts als Realrecht (Prädialbaurecht) zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft unzulässig ist.²⁰ Dienstbarkeiten sind weiters im Unterschied zum Baurecht regelmäßig nicht selbständig belastbar²¹ und ist für sie – im Gegensatz zum Baurecht – keine eigene Grundbuchseinlage zu eröffnen. Vom **Fruchtgenussrecht** unterscheidet sich das Baurecht darüber hinaus zunächst dadurch, dass der Fruchtgenuss das dingliche Recht auf volle Nutzung der fremden Sache unter Schonung der Substanz ist, damit aber für gewöhnlich kein Recht verbunden ist, ein Bauwerk (neu) zu errichten. Zudem ist das Baurecht ein veräußerliches und vererbliches Recht, während das Fruchtgenussrecht (wie auch sonstige persönliche Dienstbarkeiten) nicht vererblich und nach hM nur der Ausübung nach übertragbar ist;²² bei Ausgestaltung des Fruchtgenusses als Grunddienstbarkeit besteht eine zeitliche Schranke gemäß § 612 ABGB.²³ Weiters ist das Fruchtgenussrecht zwar – wie das Baurecht – verpfändbar,²⁴ jedoch erfasst das Pfandrecht anders als beim Baurecht (da hierbei das vom Bauberechtigten errichtete Bauwerk sogleich als unselbständiger Bestandteil des Baurechts gilt) nicht automatisch auch ein vom Fruchtnießer allenfalls errichtetes Bauwerk.²⁵

Wie das Baurecht ist auch das **Wohnungseigentum** in gewisser Weise eine „Verklammerung“ eines dinglichen Basisrechts mit dem ausschließlichen Nutzungsrecht an einer Sache.²⁶ Während sich das Baurecht als dingliches Nutzungsrecht aber auf eine fremde Liegenschaft bezieht und nur das auf dem Grundstück errichtete Bauwerk im Eigentum des Bauberechtigten steht, sind die Wohnungseigentümer anteilige Miteigentümer der gesamten Liegenschaft. 6

Von **Bestandverträgen** (Miet-, Pachtverträgen) unterscheidet sich das Baurecht zunächst dadurch, dass dieses ein dingliches Recht darstellt und damit gegenüber jedermann wirkt, während Bestandverträge grundsätzlich nur zwischen den Parteien wirkende, schuldrechtliche Beziehungen begründen.²⁷ Während hingegen Bestandverträge unbefristet abgeschlossen werden können, ist das Baurecht zeitlich mit maximal 100 Jahren gesetzlich befristet (§ 3 Abs 1).²⁸ 7

18 *Kletečka in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 32; *Kletečka in Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.2.

19 *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1345.

20 Vgl Rz 12.

21 Dazu etwa *Hinteregger/Pobatschnig in Schwimann/Kodek*, ABGB III⁵ § 448 Rz 10 f; siehe jedoch zB sogleich die Verpfändbarkeit des Fruchtgenussrechts.

22 Vgl RS0011626; RS0011715; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1359 mwN.

23 RS0115508.

24 RS0004315.

25 *Kletečka in Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 32; *Urbanek in Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 49.

26 *Hofmeister/Rechberger in Hofmeister/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund¹ Rz 32; *Urbanek in Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 51.

27 *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 7; *Urbanek in Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 50.

28 Zum Vergleich des zeitlich befristeten Baurechts mit dem unbefristeten Bestandvertrag sowie einer „Bauführungsklausel“ in einem unbefristeten Bestandvertrag: 5 Ob 116/21a ecolx 2021/705 (*Brandstätter*).

Ein Verfahren, in dem Forderungen aus dem Baurechtsvertrag (zB Streitigkeiten und Forderungen hinsichtlich des rückständigen Bauzins) geltend gemacht werden, ist auch keine Bestandstreitigkeit nach § 49 Abs 2 Z 5 JN und fällt daher nicht unabhängig vom Streitwert in die sachliche Eigenzuständigkeit der Bezirksgerichte.²⁹

- 8 Um Bauten auf fremdem Grund zu errichten, stehen insbesondere die Rechtsinstitute des Superädifikats und des Baurechts zur Verfügung. Gerade zum **Superädifikat** finden sich hierbei vielfache praktische Überschneidungen mit dem Baurecht. Superädifikate sind Bauwerke, die auf fremdem Grund in der Absicht aufgeführt sind, dass sie nicht stets darauf bleiben sollen, sofern sie nicht Zugehör eines Baurechts sind (§ 435 ABGB). Mit beiden Rechtsinstituten lässt sich somit erreichen, dass auf einem Grund errichtete Bauwerke nicht sonderrechtsunfähige Bestandteile der betreffenden Liegenschaft³⁰ werden. Während sich das Superädifikat jedoch direkt auf das Bauwerk bezieht, stellt das Bauwerk beim Baurecht bloß einen unselbständigen Bestandteil desselben (§ 6 Abs 1) dar. Auch gelten Superädifikate grundsätzlich als bewegliche Sachen,³¹ während das Baurecht als unbewegliche Sache³² behandelt wird. Im Gegensatz zum Baurecht (§ 5) ist für die Begründung des Superädifikats kein Grundbuchsakt erforderlich und muss keine eigene Grundbuchseinlage eröffnet werden, sondern erfolgt die Entstehung des Superädifikats und der originäre Eigentumserwerb durch die Bauführung.³³ Als Superädifikate sind solche Bauwerke sonderrechtsfähig, die nicht in der Absicht errichtet wurden, dauernd auf dem Grund zu bleiben; für die Qualifikation als Superädifikat ist sohin das Fehlen der Belassungsabsicht durch den Erbauer entscheidend. Diese fehlende Belassungsabsicht äußert sich entweder im äußeren Erscheinungsbild des Bauwerks oder in dem zwischen dem Grundeigentümer und dem Errichter bestehenden Rechtsverhältnis.³⁴ Ein solches Erfordernis der fehlenden Belassungsabsicht besteht hingegen beim Baurecht nicht. Damit kann jedoch ein bereits auf dem Grundstück errichtetes und bestehendes Bauwerk nicht mehr nachträglich zum sonderrechtsfähigen Superädifikat gemacht werden, da es bereits zum unselbständigen Bestandteil der Liegenschaft geworden ist;³⁵ die Begründung eines Baurechts ist hingegen auch bei bereits bestehenden Bauwerken möglich.³⁶ Der Begründung eines Superädifikats stehen auch vorhandene Belastungen der Liegenschaft mit Hypotheken nicht entgegen (vgl hingegen beim Baurecht § 5 Abs 2). Auch können gleichzeitig mehrere Superädifikate an einer Liegenschaft bestehen,³⁷ während das Baurecht immer den gesamten Grundbuchkörper belastet und daher immer nur ein einziges Baurecht pro Liegenschaft begründet werden kann.³⁸ Weiters kann –

29 OLG Wien 11 R 20/13m Zak 2013/263; *Mayr in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 49 JN Rz 15; dazu auch § 3 Rz 84.

30 RS0009946; auch das Superädifikat kann sich auf Bauwerke unter der Erdoberfläche beziehen, vgl RS0009887 (T6).

31 RS0009950; hierzu genauer etwa *F. Bydlinski*, Superädifikate 30 ff; *Forster*, Superädifikatsrecht 173 ff; *Hinteregger in Schwimann/Kodek*, ABGB III⁵ § 435 Rz 6 mwN.

32 Vgl Rz 1.

33 RS0011245; RS0011240.

34 RS0009939; RS0009865; RS0015107; RS0011252; RS0009946.

35 RS0012258.

36 Vgl Rz 51.

37 Siehe beispielsweise 8 Ob 22/19x Zak 2019/276; 10 Ob 88/18s ImmoZak 2020/46 (*Garzon*) = wobl 2020/103 (*Vonkilch*); jüngst implizit 6 Ob 29/22s.

38 Vgl Rz 49.

tw entgegen den Möglichkeiten beim Baurecht³⁹ – auch ein Miteigentümer einer Liegenschaft Eigentümer eines Superädifikats und ein (alleiniger) Liegenschaftseigentümer Miteigentümer oder Dienstbarkeitsberechtigter des auf seinem Grund befindlichen Superädifikats sein.⁴⁰ Das mit dem Superädifikat verbundene Grundnutzungsverhältnis – als schuldrechtliche Grundlage der Benützung der Liegenschaft durch den Eigentümer des Superädifikats – kann als Bestandverhältnis (Miete, Pacht), Leihe, Prekarium oder Servitut ausgestaltet sein und ist damit vielfach leichter auflösbar als das Baurecht und kann – sofern mit einem (einseitigen) Kündigungsverzicht verbunden⁴¹ – nach der (wenngleich auch nicht einheitlichen)⁴² Rsp des OGH⁴³ entgegen der hL⁴⁴ sogar demgegenüber auf unbestimmte (zu diesem Ergebnis führt letztlich im Ergebnis auch die vom OGH geduldete fehlende Durchsetzbarkeit⁴⁵ der Befristung bei analoger Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen des MRG) Zeit⁴⁶ abgeschlossen werden. Zum Superädifikat werden jedoch die Vorschriften des MRG auf die Miete eines Grundstücks zum Zweck der Errichtung eines Wohn- oder Geschäftsgebäudes analog angewendet, wenn die Absicht der Beschaffung dauernden Wohnraums oder dauernder Geschäftsausübung bestand und den Räumlichkeiten im Vergleich zur Grundstücksfläche keine selbständige Bedeutung zukommt.⁴⁷ Damit kommt aber auch § 1 Abs 2 Z 5 MRG zum Tragen, sodass in Einzelfällen der vermeintlich bestehende Kündigungsschutz in Wahrheit nicht besteht.⁴⁸ In verwaltungsbehördlichen Bauverfahren hat der Bauberechtigte eine selbständige Stellung und werden diesem alle Rechte des Grundeigentümers eingeräumt;⁴⁹ der Eigentümer eines Superädifikats hingegen bedarf für alle Bauanträge der Zustimmung des Liegenschaftseigentümers.⁵⁰ Die rechtsgeschäftliche Übertragung oder Belastung des Superädifikats erfolgt durch Urkundenhinterlegung,⁵¹ sohin nicht – wie beim Baurecht – durch grundbücherliche Eintragung. Auch die Beendigung des Rechtsverhältnisses gestaltet sich zwischen Baurecht und Superädifikat unterschiedlich. Beim Baurecht geht das Eigentum am Bauwerk für gewöhnlich mit Erlöschen des Baurechts automatisch auf den Liegenschaftseigentümer über, ohne dass es gesonderter Übertragungshandlungen oder grundbücherlicher Eintragungen bedarf (§ 9 Abs 1). Das Superädifikat hingegen wird – auch durch den Liegenschaftseigentümer – erst durch Urkundenhinterlegung erworben. Auch der Wegfall des Grundnutzungsverhältnisses berührt dabei das Eigentum am Superädifi-

39 Vgl Rz 24 ff, insb auch iZm dem Kellereigentum Rz 27.

40 RS0011044; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁵ § 435 Rz 10 mwN (dort auch zum strittigen Fall des im Alleineigentum stehenden Superädifikats auf eigenem Grund).

41 10 Ob 2/16s immolex 2016/80 (krit *Prader*).

42 Ggt für eine (wirksame) Befristung des Grundnutzungsverhältnisses: 2 Ob 242/05k immolex 2007/170; ebenso implizit 5 Ob 144/08z EWR I/29/177, wobei der OGH allerdings eine nicht durchsetzbare Befristung für ausreichend wertet.

43 ZB 5 Ob 98/90 NZ 1992, 66 (*Hofmeister*); 5 Ob 116/21a ecolex 2021/705 (*Brandstätter*); keine durchsetzbare Befristung erforderlich: 7 Ob 108/17h; jüngst dies als gesichert wertend: 3 Ob 108/22m.

44 *Pletzer*, immolex 2005, 114; idS auch *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 297 ABGB Rz 4 mwN; *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 435 Rz 5; *H. Böhm/Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 48.

45 7 Ob 108/17h; 5 Ob 144/08z EWR I/29/177.

46 5 Ob 98/90 NZ 1992, 66 (*Hofmeister*); 5 Ob 116/21a ecolex 2021/705 (*Brandstätter*).

47 RS0069454; vgl im Detail *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁵ § 435 Rz 6; *H. Böhm/Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 39 ff; *Prader*, MRG^{6.05} § 1 E 132 ff je mwN (auch zu ggt Lehrmeinungen).

48 *H. Böhm/Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG Rz 42.

49 Vgl Rz 20.

50 *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 BauRG Rz 8.

51 RS0011102; RS0010982; RS0011244.

kat nicht.⁵² Erwirbt jedoch der Eigentümer eines Superädifikats auch das Eigentum an der Liegenschaft, auf der dieses errichtet ist, verliert das Bauwerk seine rechtliche Selbständigkeit und wird unselbständiger Bestandteil (Zuwachs) des Grundstücks;⁵³ beim Baurecht hingegen kann diesfalls ein nachträgliches Eigentümerbaurecht entstehen.⁵⁴ Auch wenn das Baurecht bei der Begründung wesentlich kostenintensiver ausfällt, umso mehr seit Abschaffung der Gebühren für Wohnraummietverträge,⁵⁵ erweist sich das Superädifikat nicht immer als geeignete Alternative, so insbesondere nicht im Bereich des WGG; schließlich hat eine gemeinnützige Bauvereinigung grundsätzlich – auch wenn dieses in mehrfacher Weise durchbrochen ist – das Kostendeckungsprinzip zu beachten und ist die Weiterverrechnung des Durchlaufpostens Bauzins gesetzlich normiert (§ 14 Abs 1 Z 4 WGG), nicht jedoch die Überwälzung des für die Grundmiete zur Errichtung eines Superädifikats aufgewendeten Hauptmietzins.⁵⁶ Letztlich vermittelt der Bauberechtigte bei Weitervermietung Hauptmietrechte, der Superädifiziar hingegen nur hinsichtlich des Gebäudes, bei gleichzeitiger Untervermietung von verbleibenden Grundflächen jedoch nur Untermiete.⁵⁷ Dies kann gerade kündigungsrechtlich (§ 30 Abs 2 Z 4 MRG) zu Problemen führen.⁵⁸ Weiter zum Verhältnis zwischen Baurecht und Superädifikat vgl Rz 80 ff.

- 9 An Räumen und Bauwerken, die sich unter der Erdoberfläche einer fremden Liegenschaft befinden und nicht der Fundierung von über der Erdoberfläche errichteten Bauwerken dienen, kann nach § 300 ABGB auch gesondert Eigentum (**Kellereigentum**) begründet werden. Als wesentlicher Unterschied zum Baurecht ist ein solches Kellereigentum nicht zeitlich befristet und ist das Objekt des Eigentumsrechts unmittelbar der Raum bzw das unterirdische Bauwerk, während beim befristeten Baurecht (§ 3 Abs 1) das Bauwerk bloß Zugehör des Baurechts (§ 6 Abs 1) ist.⁵⁹

II. Beteiligte und deren Rechtspositionen

A. Bauberechtigter, Baurechtsbesteller

- 10 Generell ist zwischen dem **Baurechtsbesteller**, also dem Eigentümer der Liegenschaft, und dem **Bauberechtigten** als demjenigen, dem das Baurecht zusteht, zu unterscheiden. Bauberechtigter ist also derjenige, dem vom Liegenschaftseigentümer ein Baurecht an einem Grundstück eingeräumt wird.
- 11 In der Ursprungsfassung des BauRG bestanden noch Beschränkungen dahingehend, dass nicht alle Liegenschaftseigentümer zur Bestellung eines Baurechts berechtigt waren, welche

52 Vgl RS0011241.

53 RS0123168.

54 Dazu Rz 29.

55 Vgl *Sporer*, Glosse zu VwGH Ra 2020/16/0077, ImmoZak 2021/16, 23; strittig, ob tatsächlich generell oder nur bei ausschließlicher Wohnungsnutzung: *Twardosz*, GebG^{7.00} § 33 TP 5 Rz 73/1.

56 *Prader/Pittl*, WGG^{2.00} § 14 Rz 8.

57 10 Ob 2/16s immolex 2016/80 (*Prader*).

58 10 Ob 2/16s immolex 2016/80 (*Prader*).

59 Vgl dazu und im Detail zum Kellereigentum *Mayrhofer*, Kellereigentum 5 f.

Einschränkungen jedoch mit der BauRG-Nov 1990⁶⁰ abgeschafft wurden.⁶¹ Seither kann **jeder Liegenschaftseigentümer**, sei es eine natürliche oder juristische Person, als **Baurechtsbesteller** ein Baurecht an seiner Liegenschaft einräumen. Bei **Miteigentum an der Liegenschaft** muss das Baurecht von allen Miteigentümern gleichermaßen eingeräumt werden; dies ergibt sich aus § 5 Abs 2, wonach das Baurecht nicht an Teilen eines Grundbuchkörpers begründet werden kann.⁶² Die Einräumung eines Baurechts stellt dabei nach uE richtiger Ansicht eine von allen Miteigentümern gemeinsam zu treffende Verfügung nach § 828 ABGB und keine (ordentliche oder außerordentliche) Verwaltungsmaßnahme dar, sodass die Bestellung des Baurechts der Einstimmigkeit bedarf.⁶³ Bei aufrechter⁶⁴ **Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten**⁶⁵ ist für die Bestellung des Baurechts⁶⁶ die Zustimmung des im Grundbuch nicht als Miteigentümer einverlebten Ehegatten erforderlich;⁶⁷ gegenüber (gutgläubigen) Dritten, denen die Gütergemeinschaft nicht bekannt ist, wirkt diese Beschränkung im Innenverhältnis⁶⁸ allerdings nur, falls ob der Liegenschaft ein Veräußerungs- und Belastungsverbot (§ 364c ABGB)⁶⁹ oder eine Beschränkung des Miteigentums (§ 1236 ABGB) verbüchert wurde.⁷⁰ Die Begründung eines Baurechts an Liegenschaften von **Minderjährigen** bedarf, wie die Begründung eines Baurechts an Liegenschaften von Personen, für die ein **Erwachsenenvertreter** mit der Verwaltung des Vermögens betraut ist, der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 167 Abs 3, 258 Abs 4 ABGB).⁷¹ Besteht hinsichtlich des Grundstücks ein **Belastungsverbot**, ist die Zustimmung des Berechtigten (Vorrangeinräumung) erforderlich, da das Baurecht eine Belastung des Grundstücks darstellt; ein reines Veräußerungsverbot (das kein Belastungsverbot beinhaltet) hindert hingegen nicht die Einräumung eines Baurechts.⁷² Auch bei **fideikommissarischen Beschränkungen** des Liegenschaftseigentümers oder bei **Besitznachfolgerechten** ist die Zustimmung des Berechtigten bzw des Gerichts einzuholen.⁷³

60 Baurechtsgesetznovelle 1990 – BauRG-Nov 1990, BGBl 1990/258.

61 Dazu und zur Kritik an dieser Beschränkung etwa Kühne, Bodenreform im Zivilrecht 19 ff, 27 f; F. Bydliński, Superädifikate 53 f; Dittrich, NZ 1989, 286 (287 ff); Hofmeister, NZ 1989, 282 (284); Ehn, NZ 1989, 315 (315 f); Graff, eolex 1990, 273 (273 ff); Hofmeister, eolex 1990, 534 (534); vgl auch Urbanek in Urbanek/Rudolph, BauRG² Vor §§ 1–21 Rz 3.

62 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 28; Urbanek in Urbanek/Rudolph, BauRG² § 1 Rz 11.

63 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 28; Urbanek in Urbanek/Rudolph, BauRG² § 1 Rz 11; Letztere verweist uE zu Recht auf die vergleichbare Rsp zur Servitutsbegründung, vgl RS0049051; 9 Ob 18/17p Zak 2018/165; aA (obiter) 6 Ob 1557/95, wonach ordentliche oder außerordentliche Verwaltung anzunehmen sei.

64 Maßgeblich ist der Grundbuchsstand: 5 Ob 30/22f.

65 Die gemäß § 1234 ABGB nur auf den Todesfall verstanden wird.

66 Zum Baurecht als den „anderen dinglichen Rechten“ iSd § 87 Abs 1 Satz 1 EheG siehe im Detail Guggenberger, Eheleiche Gütergemeinschaft 123 f (128, 140 [dort auch zur Ausnahme bei einem Belastungs- und Veräußerungsverbot]).

67 Im Detail RS0022330; RS0089454; Schramböck, ÖJZ 1999, 443; hingegen für Gesamthandigentum: Grillberger, Eheleiche Gütergemeinschaft 39 ff, 108 f.

68 Vgl Koch in KBB⁶ § 1234 ABGB Rz 5.

69 Ein solches inkludiert eine Gütergemeinschaft auf den Todesfall, zur Wirkung gegenüber Dritten bedarf es aber der Verbücherung: Höller in Kodek, Grundbuchsrecht² § 9 GBG Rz 82; zur Verbücherung: Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 364c Rz 5.

70 6 Ob 1557/95; Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 28.

71 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 29; Urbanek in Urbanek/Rudolph, BauRG² § 1 Rz 11.

72 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 5 BauRG Rz 38.

73 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 29.

- 12 **Bauberechtigter** kann bereits seit der Ursprungsfassung des BauRG jedermann sein.⁷⁴ Zum Erwerb des Baurechts ist damit jeder befugt, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen (§ 355 ABGB).⁷⁵ Hierfür kommt **jede bestimmte natürliche oder juristische Person** in Betracht. Der Bauberechtigte muss jedoch eine bestimmte Person sein; eine sog „irreguläre Bestellung“ als Realrecht (Prädialbaurecht iSd Prädialservitut bzw Grunddienstbarkeit) zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft ist unzulässig.⁷⁶ Das Baurecht kann sowohl einer Einzelperson als auch einer **Personenmehrheit zu ideellen Anteilen** eingeräumt werden.⁷⁷ Das Baurecht kann damit zwar in bestimmten Quoten von mehreren Personen erworben werden, die Baurechtseinlage selbst kann aber nur als Ganzes und nicht bloß für eine bestimmte Quote gelöscht werden.⁷⁸ Eine Personenmehrheit als Gesamthandschaft kommt hingegen nicht in Betracht, da Gesamthandseigentum dem ABGB fremd ist und eine Gesamthandschaft nur durch sondergesetzliche Regelungen möglich ist.⁷⁹ Besteht ideelles Miteigentum mehrerer Personen am Baurecht, sind diese auch entsprechend Miteigentümer am Bauwerk als Zugehör (§ 6 Abs 1); mehrere Bauberechtigte schulden auch zur ungeteilten Hand den Bauzins.⁸⁰ Zur Begründung von **Baurechts-Wohnungseigentum** und allgemein dazu vgl § 6a. Eine Aufhebung der (ideellen) Baurechtsberechtigten-Gemeinschaft kann entweder einvernehmlich oder nach § 830 ABGB erfolgen.⁸¹

B. Eigentums- und Besitzverhältnisse

- 13 Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse ist zwischen dem Eigentum an der Liegenschaft und dem am Baurecht zu unterscheiden. **Eigentümer der Liegenschaft** bleibt ungeschmälert der **Baurechtsbesteller**. Der Bauberechtigte ist daher am Eigentum des Bodens/Grundstücks nicht beteiligt und erhält auch keine dem Liegenschaftseigentümer gleiche Stellung. Der Liegenschaftseigentümer kann über die Liegenschaft auch weiterhin frei verfügen. Er kann das Grundstück also weiterhin **frei veräußern, belasten und vererben**, soweit der Baurechtsvertrag keine Ein-

74 Forchheimer, Baurecht 30; Nitsch in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 4.

75 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 28.

76 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 28; Urbanek in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 9; Nitsch in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 4; Kletečka in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 33; Kletečka in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.4.4; ein Baurecht als Realrecht jedoch de lege ferenda befürwortend Kletečka, NZ 2016, 121 (123).

77 5 Ob 205/98b NZ 2000, 172; 8 Ob 47/20z Manz Wohnrecht-E 2020/43/12 (Entstehung einer Mehrheit von Bauberechtigten durch ursprüngliche Einräumung des Baurechts an eine Personenmehrheit oder durch nachträgliche Übertragung von ideellen Anteilen des Baurechts); RS0108047; Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 18, 28; Urbanek in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 9; Rassi, Grundbuchsrecht² Rz 4.140; H. Böhm/Palma in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 825 Rz 20; zu Personenmehrheiten, denen auch der Liegenschaftseigentümer angehört, Rz 27.

78 RS0108047; vgl § 8 Rz 26.

79 Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 18; Urbanek in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 9.

80 5 Ob 159/92 = MietSlg 45.593; vgl näher § 3 Rz 79.

81 Die Realteilung durch Teilung des Baurechts ist hierbei jedoch nicht ohne Weiteres möglich (siehe auch § 6a Rz 12 zur Begründung von Baurechtswohnungseigentum durch Richterspruch), da immer nur ein einziges Baurecht auf einer Liegenschaft bestehen darf; die Teilung des Baurechts im Zuge des § 830 ABGB (oder einvernehmlich zwischen den Mitbauberechtigten) setzt daher die Mitwirkung des Liegenschaftseigentümers und die Liegenschaftsteilung voraus; dazu auch § 5 Rz 48.

schränkungen vorsieht;⁸² solche vertraglichen Einschränkungen wirken dabei aber idR bloß obligatorisch.⁸³ Der Liegenschaftseigentümer kann hierbei über den Grundbuchkörper als Ganzes verfügen, aber auch die **Abschreibung** einzelner bereits bestehender oder erst neu zu bildender Grundstücke oder Grundstücksteile nach Maßgabe der Bestimmungen des LiegTeilG durchführen; auch ist eine **Realteilung** eines Grundstücks bei ideellen Miteigentümern möglich.⁸⁴ Weiters kann der Liegenschaftseigentümer trotz des Baurechts Dritten am Grundstück auch das Recht einräumen, ein Superädifikat zu errichten; bezieht sich die Rechtseinräumung dabei jedoch (unzulässigerweise) auf Grundstücksteile, die vom Baurecht erfasst sind, kann der Bauberechtigte Schadenersatzansprüche geltend machen und die Entfernung des Gebäudes verlangen.⁸⁵ Ein im Grund vergrabener Schatz ist nur zwischen dem Liegenschaftseigentümer und dem Finder zu teilen.⁸⁶ Der Liegenschaftseigentümer bleibt auch unverändert **Abgabenschuldner** der auf der Liegenschaft lastenden öffentlichen Abgaben, Steuern und Gebühren.⁸⁷ Diesbezügliche Kostentragungsregeln und Vereinbarungen zwischen dem Baurechtsbesteller und dem Bauberechtigten wirken grundsätzlich nur im Innenverhältnis.⁸⁸

Der **Bauberechtigte** wiederum ist am Eigentum des Bodens/Grundstücks nicht beteiligt. Jedoch werden **alle Nutzungsrechte am vom Baurecht erfassten Grundstück oder Grundstücksteil** während der Dauer des Baurechts vom Eigentum an der Liegenschaft losgelöst; im Umfang des eingeräumten Baurechts steht dem Bauberechtigten daher die alleinige Nutzung zu.⁸⁹ Am Grundstück stehen ihm dabei nach § 6 Abs 2 die **Rechte eines Fruchtnießers** zu.⁹⁰ Als Fruchtniesser tritt der Bauberechtigte aber gemäß § 1120 ABGB (bzw § 2 MRG) in bestehende Bestandverträge ein.⁹¹

Das **Eigentum am Bauwerk** steht während der Dauer des Baurechts ausschließlich dem **Bauberechtigten** zu (§ 6 Abs 2).⁹² Dies gilt unabhängig davon, ob das Bauwerk zum Zeitpunkt der Baurechtsbestellung bereits bestanden hat oder vom Bauberechtigten selbst erst errichtet wurde. Der Gesetzeswortlaut des § 6 Abs 2, wonach dem Bauberechtigten am Bauwerk „die Rechte des Eigentümers“ zustehen, ist dabei nicht als einschränkende Einräumung einer bloß eigentumsähnlichen Dispositionsbefugnis hinsichtlich des Bauwerks (anstelle des Eigentums als Vollrecht) zu verstehen, sondern wird hiervon durchaus das Eigentum am Bauwerk erfasst; diese Formulierung ergibt sich schlicht daraus, dass das Bauwerk „Zugehör des Baurechts“ ist (§ 6 Abs 1) und damit als unselbständiger Bestandteil demselben recht-

82 3 Ob 116/16d Zak 2016/627; RS0125005.

83 *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 11.

84 *Pekarek*, NZ 1982, 148 (148 ff); *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 9 GBG Rz 18; vgl dazu näher bei § 5 Rz 45.

85 3 Ob 284/99g JBl 2002, 311 (*Holzner*).

86 *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 11; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 12; vgl dazu § 511 ABGB.

87 *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 12; *Nitsch* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 5.

88 6 Ob 698/90 wbl 1991, 140; dazu insgesamt näher bei § 6 Rz 22.

89 RS0125005; *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 11; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 12; *Nitsch* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 5.

90 Vgl näher bei § 6 Rz 27.

91 6 Ob 121/06x; RS0120874; vgl (zum Fruchtgenuss) RS0011849; *Holzner*, wobl 2004, 55 (55 ff).

92 5 Ob 94/09y Zak 2009/537 = NZ 2010, 122 (*Hoyer*).

lichen Schicksal unterliegt wie das Baurecht.⁹³ Erbaut der Bauberechtigte das Bauwerk, erwirbt er ohne gesonderten rechtlichen Übertragungsakt Eigentum an diesem. Bei bereits bestehenden Bauwerken entsteht das Eigentum des Bauberechtigten am Bauwerk mit der Einverleibung des Baurechts im Grundbuch; an einem bestehenden Superädifikat⁹⁴ erwirbt der Bauberechtigte Eigentum durch Urkundenhinterlegung gemäß § 435 ABGB.⁹⁵ Ein vertraglicher Eigentumsvorbehalt am Bauwerk, etwa bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, ist unwirksam, da durch die Einverleibung des Baurechts im Grundbuch das Bauwerk zum Zugehör des Baurechts wird (§ 6 Abs 1) und damit mangels Sonderrechtsfähigkeit des Bauwerks der Eigentumsvorbehalt erlischt.⁹⁶ Ist das bereits bestehende Bauwerk vermietet, tritt der Bauberechtigte in bestehende Bestandverträge ein.⁹⁷ Einen im Bauwerk selbst gefundenen Schatz teilen sich der Bauberechtigte und der Finder.⁹⁸

16 Das **Bauwerk** ist während der Dauer des Baurechts unselbständiger Bestandteil des Baurechts (nach § 6 Abs 1 „Zugehör“) und damit **nicht sonderrechtsfähig**; es unterliegt stets demselben rechtlichen Schicksal wie das Baurecht.⁹⁹ Das Bauwerk kann daher nicht ohne das Baurecht veräußert, vererbt oder belastet werden. Der **Bauberechtigte** kann jedoch über das Bauwerk als dessen Eigentümer **frei verfügen**, es also zB beschädigen, zur Gänze niederreißen, es abreißen und durch einen Neubau ersetzen oder daran Dritten entgeltlich oder unentgeltlich Nutzungsrechte einräumen, soweit solche Verfügungsmöglichkeiten im Baurechtsvertrag nicht eingeschränkt oder gänzlich ausgeschlossen werden.

17 Das Baurecht muss sich nicht auf den gesamten Grundbuchkörper beziehen, sondern nur auf dem gesamten Grundbuchkörper einverleibt werden; die zwischen den Parteien vereinbarte **Nutzungsbefugnis** des Bauberechtigten kann also **räumlich begrenzt auf Teile des Baurechtsgrundstücks** eingeschränkt sein.¹⁰⁰ Das Bestehen eines Baurechts schließt daher auch nicht aus, dass auf demselben Grundstück auch **noch andere Gebäude** errichtet sind, die nicht vom Baurecht erfasst sind und daher **im Eigentum des Liegenschaftseigentümers** verbleiben. Es ist also zulässig, dass der Liegenschaftseigentümer Eigentümer der auf dem Grundstück bestehenden Gebäude bleibt und der Bauberechtigte auf einem vertraglich definierten Teil des Grundstücks ein Bauwerk neu errichtet oder dass sich das Baurecht bei mehreren bereits errichteten Gebäuden nur auf eines davon beschränkt, während die restlichen im Eigentum des Liegenschaftseigentümers verbleiben. Befinden sich daher bereits Gebäude auf dem Baurechtsgrundstück, ist im Baurechtsvertrag ausdrücklich zu regeln, ob und welche Gebäude vom Bau-

93 *Klang* in *Klang-Kommentar*² V 142; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, *BauRG*² § 1 Rz 13; vgl auch *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 *BauRG Rz* 12 FN 32.

94 Vgl zur Umwandlung eines Superädifikats in ein Baurechtsbauwerk näher bei Rz 81.

95 *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, *BauRG*² § 1 Rz 13; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 *BauRG Rz* 12; *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang-Kommentar*³ § 297 *ABGB Rz* 41; *LG Linz* 15 R 270/96y wobl 1998, 247 (*Bittner*).

96 *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 *BauRG Rz* 13; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, *BauRG*² § 1 Rz 40.

97 Vgl bereits oben Rz 14.

98 *Klang* in *Klang-Kommentar*² II 269; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*⁴ § 399 Rz 1; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 *BauRG Rz* 12; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, *BauRG*² § 1 Rz 13.

99 *Klang* in *Klang-Kommentar*² V 142; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, *BauRG*² § 1 Rz 13; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht II* § 1 *BauRG Rz* 15.

100 RS0115311.

recht erfasst bzw nicht erfasst werden.¹⁰¹ Auch ein gleichzeitiger Bestand eines Superädifikats und eines Baurechtsbauwerks ist zulässig.¹⁰²

Auch in Bezug auf die **Besitzverhältnisse** ist zwischen dem Besitz am Grundstück und jenem am Bauwerk zu unterscheiden. Der **Bauberechtigte** hat **Rechtsbesitz am Grundstück** und **Sachbesitz am Bauwerk**. Sein Rechtsbesitz am Grundstück erstreckt sich dabei auch auf die Teile des Grundstücks, die für das Bauwerk selbst nicht erforderlich, aber für dessen Benützung vorteilhaft sind (§ 1 Abs 2). Der Liegenschaftseigentümer hat keinen Besitz am Bauwerk; dieser kommt ausschließlich dem Bauberechtigten zu. Er vermittelt auch keinen (auch nicht mittelbaren) Besitz am Bauwerk für den Liegenschaftseigentümer.¹⁰³ Der Liegenschaftseigentümer bleibt jedoch Sachbesitzer des Grundstücks, das er in mittelbarer Gewahrsame hat.¹⁰⁴

Dem **Bauberechtigten** steht daher hinsichtlich des Grundstücks als Rechtsbesitzer und hinsichtlich des Bauwerks als Sachbesitzer die **Besitzstörungsklage** nach § 339 ABGB (auch gegen den Liegenschaftseigentümer) zu. Hinsichtlich des Bauwerks steht ihm darüber hinaus als Eigentümer die **Eigentumsklage** nach § 366 ABGB und die **Eigentumsfreiheitsklage** (*actio negatoria*) nach §§ 354, 523 ABGB zu.¹⁰⁵ Weiters ist der Bauberechtigte – neben dem Liegenschaftseigentümer – als dinglich berechtigter Rechtsbesitzer aktivlegitimiert hinsichtlich Unterlassungs- und Ausgleichsansprüche nach §§ 364 ff ABGB;¹⁰⁶ stört ein Dritter durch Immissionen sowohl das Recht des Liegenschaftseigentümers als auch jenes des Bauberechtigten, können beide getrennt voneinander oder im Verfahren als einfache Streitgenossen eine entsprechende (Unterlassungs-)Klage erheben bzw kann einer dem Verfahren des anderen als einfacher Nebeninterventient beitreten.¹⁰⁷ Die **Passivlegitimation** für die **Eigentumsfreiheitsklage** und nachbarrechtliche Immissionsklagen nach §§ 364 ff ABGB wegen Störungen durch den Bauberechtigten oder wegen von dem mit dem Baurecht belasteten Grundstück ausgehenden Emissionen wiederum trifft nicht den Liegenschaftseigentümer, sondern nur den **Bauberechtigten**.¹⁰⁸ Die **Passivlegitimation hinsichtlich behaupteter (dinglicher) Rechte Dritter am Grundstück** (zB Klagen auf Feststellung oder grundbücherliche Einverleibung solcher Rechte) trifft umgekehrt allein den **Liegenschaftseigentümer**. Der Bauberechtigte ist somit nicht gleich einem Miteigentümer der Liegenschaft zu behandeln und bildet daher mit dem Liegenschaftseigentümer auch im (Passiv-)Prozess über die von einem Dritten behaupteten Rechte am Grundstück (zB Geh- und Fahrrechte) **keine einheitliche Streitpartei** nach § 14 ZPO (notwendige Streitgenossenschaft); eine solche Klage ist allein gegen den Liegenschaftseigentümer zu richten.¹⁰⁹ Siehe insgesamt auch § 6 Rz 18 und 25.

¹⁰¹ *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 13, 45; *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 12.

¹⁰² 3 Ob 284/99g JBl 2002, 311 (*Holzner*).

¹⁰³ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 16; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 14.

¹⁰⁴ *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 14.

¹⁰⁵ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 16; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 14; *Nitsch* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 5; vgl auch zu Einwirkungen zwischen Bauberechtigtem und Liegenschaftseigentümer *Ecker*, Nachbarrechtliche Sonderrechtsverhältnisse 39.

¹⁰⁶ 9 Ob 48/12t RdU 2014/137 (*Engel/Strauss*).

¹⁰⁷ *Rechberger* in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 113; *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 52.

¹⁰⁸ RS0033337.

¹⁰⁹ 3 Ob 116/16d Zak 2016/627; RS0035496 (T21).

C. Sonstige Anknüpfungen

- 20 Im **baubehördlichen Bereich** finden sich in landesgesetzlichen Bestimmungen vielfach Gleichstellungen des Bauberechtigten mit dem Liegenschaftseigentümer.¹¹⁰ Gerade im Baubewilligungsverfahren wird der Bauberechtigte dem Grundeigentümer gleichgestellt, sodass die Parteistellung als Nachbar nach der jeweiligen BauO auch auf den Bauberechtigten auszudehnen ist.¹¹¹ Daher ist das Bauansuchen zur Errichtung eines Bauwerks am Baurechtsgrundstück nur vom Bauberechtigten, nicht jedoch (auch) vom Liegenschaftseigentümer zu unterfertigen.¹¹²
- 21 Das Baurecht vermittelt im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren nach dem WRG keine Parteistellung.¹¹³ Für die Dauer des Bestehens des Baurechts steht jedoch die sachenrechtliche Befugnis über das Grundwasser – im Ausmaß der Baurechtseinräumung – nicht dem Liegenschaftseigentümer zu (§ 6 Abs 2); der Bauberechtigte ist damit zu einer Aneignung und Nutzung des Grundwassers befugt, wobei Dritte insoweit ausgeschlossen sind. Das Baurecht vermittelt damit eine dem Eigentum vergleichbare Funktion und damit grundsätzlich auch die Berechtigung, im Rahmen des § 10 Abs 1 WRG Grundwasser bewilligungsfrei zu nutzen.¹¹⁴ Zudem ist nach § 22 Abs 1 WRG Wasserberechtigter ua der jeweilige Eigentümer der Betriebsanlage, mit der das Wasserbenutzungsrecht verbunden ist; daraus folgt, dass durch Begründung eines Baurechts (mit der Betriebsanlage als Bauwerk) der jeweils Bauberechtigten der Berechtigte des eingetragenen Wasserrechts nach WRG ist.¹¹⁵
- 22 Hinsichtlich der **Zuständigkeit bei gerichtlichen Streitigkeiten** um das dingliche Baurecht und das Bauwerk (als dessen Zugehör) kommt der **ausschließliche Gerichtsstand** der belegen Sache gemäß § 81 JN, sofern das dingliche Recht Klagsgegenstand und nicht nur Klagsgrund ist, zur Anwendung.¹¹⁶ Ein Verfahren, in dem Forderungen aus dem Baurechtsvertrag (zB Streitigkeiten und Forderungen hinsichtlich des rückständigen Bauzinses) geltend gemacht werden, ist hingegen keine Bestandstreitigkeit nach § 49 Abs 2 Z 5 JN und fällt daher nicht unabhängig vom Streitwert in die sachliche Eigenzuständigkeit der Bezirksgerichte.¹¹⁷ Eine Streitanknüpfung der Bauzinsklage im Grundbuch ist mangels einer dafür bestehenden Rechtsgrundlage nicht möglich.¹¹⁸
- 23 Zu **Räum- und Streupflichten nach § 93 StVO** sowie zur Haftung nach § 1319 ABGB und § 1319a ABGB vgl § 6 Rz 20.

110 Vgl etwa § 55 K-BO 1996 („Gleichstellung mit Grundeigentümer“); § 4 Z 44 („Nachbarsbegriff“), § 22 Abs 2 Stmk BauG 1995 („Bauansuchen“); § 31 Abs 1 letzter Satz OÖ BauO („Nachbarn“); § 29 Abs 2 lit a („Bauansuchen“), § 33 Abs 2 letzter Satz TBO („Nachbarn“); § 9 Abs 1 („Bebauungsbestimmungen“), § 134 Abs 3 BauO für Wien („Gleichstellung mit dem Eigentümer“).

111 VwGH 86/05/0115 ZfVB 1988/792 (zur OÖ BauO aF); Krzizek, NZ 1952, 81 (81 ff).

112 VwGH 86/05/0115 ZfVB 1988/792 (zur OÖ BauO aF); Krzizek, NZ 1952, 81 (81 ff); Spruzina in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 17; Nitsch in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Takom-Update § 1 BauRG Rz 14.

113 VwGH 99/07/0187; VwGH Ro 2019/07/0013.

114 VwGH Ro 2019/07/0013 (zur Substituierung des Bauberechtigten durch den Pächter).

115 VwGH 2006/07/0019.

116 OLG Wien 13 R 73/81 MietSlg 33.590; Simotta in *Fasching/Konecny*, ZPO³ § 81 JN Rz 3 f; Mayr in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 81 JN Rz 2; Urbanek in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 8.

117 OLG Wien 11 R 20/13m Zak 2013/263; Mayr in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 49 JN Rz 15; dazu auch § 3 Rz 84.

118 RS0103692.

D. Eigentümerbaurecht

Das BauRG regelt nicht ausdrücklich, ob es sich beim Baurechtsgrundstück um ein **fremdes Grundstück** handeln muss oder ob auch ein sog „Eigentümerbaurecht“, also die Begründung eines Baurechts zugunsten des Liegenschaftseigentümers selbst, zulässig ist. Lediglich aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass der Gesetzgeber dabei an das Grundstück „eines anderen“ gedacht hat.¹¹⁹ Zur **Frage der Zulässigkeit** ist hierbei zwischen der Begründung eines anfänglichen, **originären Eigentümerbaurechts** und dem **nachträglichen Entstehen** eines solchen Eigentümerbaurechts durch Vereinigung zu unterscheiden.

Nach der Rsp¹²⁰ und hL¹²¹ ist ein **originäres Eigentümerbaurecht**, also die Begründung eines Baurechts an einer eigenen Liegenschaft, **unzulässig**. Der Bauberechtigte darf im Bestellungszeitpunkt also nicht mit dem Liegenschaftseigentümer ident sein. Ein sog „Vorratsbaurecht“ ist damit nicht vorgesehen. Der OGH begründet dies im Wesentlichen damit, dass für den (Allein)Eigentümer das Recht, auf seiner eigenen Liegenschaft ein Bauwerk zu haben, bereits Ausfluss seines Eigentumsrechts ist, womit es der Begründung eines gesonderten dinglichen Rechts hierfür nicht bedarf; das österreichische Sachenrecht biete für die Bestellung eines auch nur anteiligen Baurechts durch den Alleineigentümer zu seinen eigenen Gunsten keinen Raum.¹²² Dies findet uE zunächst Deckung im allgemeinen Grundsatz, dass niemand Rechte gegen sich selbst begründen und haben kann („*nemini res sua servit*“) und darauf aufbauend der Rsp zur Unzulässigkeit einer originären Eigentümerservitut¹²³ bzw eines Fruchtgenussrechts zulasten einer eigenen Sache;¹²⁴ hierzu folgt gerade aus § 6 Abs 2, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Grundsätze des Fruchtgenussrechts (und sohin auch die betreffende Unzulässigkeit der Belastung einer eigenen Sache) weitgehend auf das Baurecht umzulegen sind.¹²⁵ Vor allem *Spruzina*¹²⁶ hält dem unter Verweis auf die – zur österreichischen hM¹²⁷ entgegengesetzte und ein originäres Eigentümerbaurecht zulassende – deutsche hRsp und hA unter anderem wirtschaftliche und

119 Bericht der Kommission für Justizgegenstände 34 BlgHH 21. Session 1911, 1; Bericht des Justizausschusses 1185 BlgAH 21. Session 1912, 1.

120 5 Ob 145/95 ecolcx 1996, 525; RS0078990; 5 Ob 204/05v NZ 2006, 121 (*Hoyer*); vgl auch 3 Ob 284/99g JBl 2002, 311 (*Holzner*) (Baurecht als „Last des [fremden] Grundstückes [§ 5 Abs 1]“).

121 *Klang* in Klang-Kommentar² V 140; *Csoklich*, RdW 1991, 254 (256); *Forster*, Superädifikatsrecht 63; *Hofmeister/Rechberger* in *Hofmeister/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund¹ Rz 33 (diese jedoch einschränkend, dass Bauberechtigter und Liegenschaftseigentümer nicht „vollkommen ident“ sein dürfen); *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 10; *Wagner/Ecker* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar⁵ § 435 Rz 16; *Eccher/Riss* in KBB⁶ § 435 ABGB Rz 4; *Kogler/Mayrhofer*, Bauwerke 28 ff; aA *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 20 ff; *Spruzina* in *Schwimann*, ABGB³ § 1 BauRG Rz 14; *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 33; *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.5; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1387; krit (zum Kellereigentum) *Mayrhofer*, Kellereigentum 39 f; de lege ferenda für ein originäres Eigentümerbaurecht *Kletečka*, NZ 2016, 121 (123).

122 5 Ob 145/95 ecolcx 1996, 525.

123 RS0122304.

124 Im Unterschied zum BauRG enthalten § 472 ABGB zur Dienstbarkeit („zum Vorteil eines andern“) und § 509 ABGB zum Fruchtgenussrecht („fremde Sache“) jedoch explizite Regelungen zu Rechten an fremden Sachen.

125 Ebenso *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 10.

126 *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 20 ff.

127 Von der „(noch) hA“ sprechend *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.140.

praktische Bedürfnisse (zB das Bedürfnis, zum Wohnungsbau durch Bauträger [Wohnungsgenossenschaften] auf eigenem Grund notwendige Hypotheken ausschließlich und direkt auf der Baurechtseinlage und nicht auf der gesamten Liegenschaft grundbücherlich einzuverleiben) entgegen; auch sei das Baurecht ein eigenständiges Sachenrecht mit eigenem wirtschaftlichen Gehalt, das auch einer gesonderten Verwertung (zB durch hypothekarische Belastung) zugänglich sei. Zudem sei es dem Alleineigentümer einer Liegenschaft seit dem WEG 2002 möglich, nach §§ 45 ff WEG 2002 vorläufiges Wohnungseigentum zu begründen, sohin sich selbst ein weiteres dingliches Recht an seiner Liegenschaft einzuräumen; dies spreche ebenfalls für die Zulassung eines originären Eigentümerbaurechts.¹²⁸ Trotz der nachvollziehbaren Argumente zum praktischen Bedarf eines Eigentümerbaurechts wird angesichts der aktuellen Rechtslage uE jedoch weiterhin von einer Unzulässigkeit auszugehen sein. Gerade das Wesen des Baurechts als dingliche Belastung einer Liegenschaft, die ihrer Art nach viel mit dem Fruchtgenussrecht gemein hat, wird ein Abgehen vom Grundsatz *nemini res sua servit* nicht ohne Weiteres ermöglichen. Auch ein Vergleich zum Wohnungseigentum (und dem vorläufigen Wohnungseigentum des Alleineigentümers einer Liegenschaft) ist nur eingeschränkt möglich. Bei dessen Begründung werden die rechtlichen Befugnisse des jeweiligen Miteigentümers im Sinne des Rechts, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen, grundsätzlich ausgeweitet; darin liegt gerade ein Unterschied zur Begründung eines Baurechts zugunsten des Alleineigentümers. Die Begründung vorläufigen Wohnungseigentums wiederum stellt nach den gesetzlichen Regelungen der §§ 45 ff WEG 2002 eine „vorläufige“ Situation dar, die als Vorstufe zu „echtem“ Wohnungseigentum der Vorbereitung des Abverkaufs einer Liegenschaft in Form von bereits aufgeteiltem Wohnungseigentum dient,¹²⁹ sodass aus dieser nicht losgelöst vom eigentlichen Wohnungseigentum allgemein auf andere Rechtsinstitute geschlossen werden kann. Vor allem aber wurde die Zulässigkeit einer Wohnungseigentumsbegründung durch den Alleineigentümer einer Liegenschaft vor Einführung der §§ 45 ff WEG 2002 von der Rsp¹³⁰ abgelehnt, sodass es zur Zulässigkeit dieses Vorgangs und der Durchbrechung des Grundsatzes *nemini res sua servit* der Einführung gesonderter gesetzlicher Bestimmungen bedurfte; eben solche gesetzliche Regelungen fehlen jedoch für das Baurecht, sodass weiterhin die grundsätzlichen Erwägungen einschlägig sind.

- 26 Aus praktischer Sicht kann der wirtschaftliche Effekt eines originären Eigentümerbaurechts etwa durch **gesellschaftsrechtliche Konstruktionen** erreicht werden, zB durch Zwischenschaltung einer Gesellschaft (etwa einer „Ein-Mann-GmbH“) auf Ebene der Liegenschaft oder des Baurechts.¹³¹ Ebenso zulässig werden auch **Treuhandkonstruktionen** bzw Varianten einer zur Begründung des Baurechts **nachgeschalteten Rechtsnachfolge** sein, etwa indem das Baurecht zunächst zugunsten einer vom Liegenschaftseigentümer verschiedenen Person begründet wird, dieses sodann aber von dieser Person nachträglich auf den Liegenschaftseigentümer übertragen wird und es damit durch diese Vereinigung von Liegenschaftseigentümer und Bauberech-

¹²⁸ Ebenso (insb unter Verweis auf §§ 45 ff WEG 2002) *Kletečka* in *Kletečka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund² Rz 33; *Kletečka* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 15.2.5 sowie *Kletečka* in *GeKo Wohnrecht I* § 6a Rz 6; abl *Urbanek* in *Urbanek/Rudolph*, BauRG² § 1 Rz 10; siehe auch § 6a Rz 2.

¹²⁹ *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, WEG⁴ § 45 WEG Rz 2.

¹³⁰ RS0083036; vgl etwa *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, Miet- und Wohnrecht²³ § 45 WEG Rz 1.

¹³¹ *Kletečka* in *GeKo Wohnrecht II* § 6a BauRG Rz 6.

tigtem in einer Person zur nachträglichen Entstehung eines Eigentümerbaurechts kommt.¹³² Darüber hinaus ist auf die Möglichkeit der Begründung eines Baurechts zugunsten bloß eines **Miteigentümers** einer Liegenschaft zu verweisen,¹³³ sodass sich auch dadurch Möglichkeiten für eine Vertragsgestaltung ergeben.¹³⁴

Der OGH lehnt – in einer bereits älteren Entscheidung – auch die Begründung eines selbst nur **anteiligen (partiellen) Eigentümerbaurechts** durch den Alleineigentümer der Liegenschaft ab;¹³⁵ nach der Rsp ist also ebenso die Begründung eines Baurechts zugunsten einer Personenmehrheit als Bauberechtigte, der auch der Alleineigentümer der Liegenschaft angehört, ausgeschlossen.¹³⁶ Dies wird von Teilen der L¹³⁷ vor allem mit dem Hinweis darauf kritisiert, dass der Alleineigentümer der Liegenschaft zugleich Miteigentümer eines darauf errichteten Superädifikates sein könne,¹³⁸ die entsprechende Konstellation bei Superädifikaten also zulässig sei, und ein ausreichender Grund für eine Differenzierung zwischen Baurecht und Superädifikat insoweit nicht ersichtlich sei. Der OGH hat jedoch eine Übertragung dieser Rechtslage zum Superädifikat in seiner bisherigen Entscheidung abgelehnt.¹³⁹ Auch wenn uE der Umstand, dass der/die Superädifiziar/e nicht dinglich an der Liegenschaft berechtigt ist/sind, Anlass zu einer differenzierten Behandlung geben könnte, sei darauf hingewiesen, dass der OGH zu 5 Ob 162/15g¹⁴⁰ sachenrechtlich die Beteiligung eines Alleineigentümers als Miteigentümer beim Kellereigentum ausdrücklich unter Ablehnung der gegenteiligen zweitinstanzlichen Ansicht mit dem Hinweis auf die Grundsätze bei Miteigentum und Dienstbarkeiten für zulässig erklärt hat. Insoweit liegt es daher nahe, dass der OGH auch beim Baurecht nicht an seiner restriktiven Sichtweise festhalten könnte. Sollte man diese Judikaturänderung anders sehen, so wäre uU im Fall eines (unwirksam) begründeten Superädifikats dessen Umwandlung zur Sanierung mietrechtlicher Probleme in ein Baurecht grundsätzlich möglich,¹⁴¹ ausgenommen bei Miteigentum des Liegenschaftseigentümers am Superädifikat.

Vom (anteiligen) Eigentümerbaurecht zugunsten des alleinigen Liegenschaftseigentümers ist jene Konstellation zu unterscheiden, in der ein **Baurecht zugunsten eines von mehreren (ideellen) Miteigentümern einer Liegenschaft** begründet wird. Dem entspricht die Konstellation, dass gemeinsam Baurechtsberechtigte mehrere (jedoch nicht alle) Miteigentümer der Liegenschaft oder ein/mehrere Miteigentümer gemeinsam mit einer dritten Person sind.¹⁴² Diese Fälle werden

¹³² Ähnlich (zum Kellereigentum, dort auch zur Frage des Umgehungsverbots) *Mayrhofer*, Kellereigentum 38; zum nachträglichen Eigentümerbaurecht aufgrund von Vereinigung vgl Rz 29, im Fall von Baurechtswohnungseigentum siehe § 6a Rz 2 und 5.

¹³³ Dazu Rz 28.

¹³⁴ Vgl *Kletečka* in GeKo Wohnrecht II § 6a BauRG Rz 6.

¹³⁵ 5 Ob 145/95 ecolex 1996, 525; ebenso *Eccher/Riss* in KBB⁶ § 435 ABGB Rz 4.

¹³⁶ Das Gleiche gilt uE für die (erstmalige) Begründung von Baurechtswohnungseigentum: siehe § 6a Rz 2 und 5.

¹³⁷ *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 22; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 297 Rz 13; *Wagner/Ecker* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar³ § 435 Rz 16; *Krist/Pinetz/Uitz* in *Pinetz/Schaffer/Krist/Uitz*, BauRG § 1 Rz 17.

¹³⁸ RS0011044; vgl etwa *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁵ § 435 Rz 10.

¹³⁹ 5 Ob 145/95 ecolex 1996, 525.

¹⁴⁰ NZ 2016, 409 Zak 2016/169, 92.

¹⁴¹ *H. Böhm/Prader* in GeKo Wohnrecht I § 1 MRG Rz 49.

¹⁴² Vgl auch *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II § 1 BauRG Rz 23 (dieser zusätzlich für die Zulässigkeit eines Baurechts zugunsten aller Miteigentümer der Liegenschaft gemeinsam mit einem Dritten, welcher Fall ähnlich zum anteiligen Eigentümerbaurecht des Alleineigentümers zu behandeln sein wird).