

PРАВНА ПРИРОДА, ОСНИВАНЈЕ I ТРАЈАНЈЕ ПРАВА ГРАЂЕНЈА U НЕМАЧКОМ I U АУСТРИЈСКОМ ПРАВУ

Apstrakt

Pravo građenja u nemačkom i austrijskom pravu je posebno stvarno, nasledivo i otuđivo pravo koje ovlašćuje njegovog imaoца da na nepokretnosti na kojoj je ono osnovano, ima građevinu. Ono predstavlja sa jedne strane stvarnopravno opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, a sa druge strane posebno stvarno pravo. Zbog svoje dvostruke pravne prirode isto se upisuje u zemljišnu knjigu opterećene nepokretnosti kao njeno opterećenje, a nakon toga se za njega otvara posebna knjiga odn. list, u koju se unose sve promene koje se odnose na pravo građenja, koje predstavlja nepokretnost u pravnom smislu. Pravo građenja je uglavnom vremenski ograničeno, s tim što u nemačkom pravu nije propisan minimum i maksimum njegovog trajanja, kao što je to slučaj u austrijskom pravu. Nakon isteka ugovorenog roka ili nakon njegovog prestanka na drugi način, nepokretnost na kojoj je bilo osnovano pravo građenja prestaje da bude opterećena tim pravom, a njen vlasnik dobija i građevinu, obično uz plaćanje odgovarajuće naknade za nju.

Ključne reči: *pravo građenja, stvarnopravno opterećenje nepokretnosti, pravna priroda, osnivanje, trajanje*

¹ Delta Generali osiguranje Beograd, mail: vukotic.jasmina@open.telekom.rs

1. Uvod

Pravo građenja u Nemačkoj je regulisano u Uredbi o naslednom pravu građenja (*Verordnung über das Erbbaurecht*)², koja uredba ima zakonsku snagu. U § 1 st. 1 pomenute Uredbe je predviđeno da jedna nepokretnost može biti opterećena na taj način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno pripada otuđivo i nasledivo pravo da na ili ispod površine nekog zemljišta odn. nepokretnosti ima građevinu. Iz pomenute odredbe proizilazi da pravo građenja sa jedne strane predstavlja stvarnopravno opterećenje jedne nepokretnosti, a sa druge strane posebno stvarno pravo koje ovlašćuje njegovog imaooca da na toj nepokretnosti ima građevinu. U trenutku osnivanja ovog prava građevina ne mora postojati, te se ovo pravo sastoji u ovlašćenju da se sagradi građevina (*Bauwerk*) na nekom zemljištu. Pored toga, na nepokretnosti opterećenoj pravom građenja može već postojati građevina, koja od momenta osnivanja ovog prava postaje sastavni deo (*Bestandteil*) prava građenja. U oba slučaja (i kada na nepokretnosti već postoji građevina i kada istu tek treba sagraditi) pravo građenja je nerazdvojno povezano sa pravom svojine na građevini koja predstavlja njegov sastavni deo. U austrijskom pravu pravo građenja je regulisano u Zakonu o pravu građenja (*BauRG*) od 1912. godine³ i u § 1 ovog zakona isto je definisano kao stvarno, otuđivo i nasledivo pravo da se ima građevina na ili ispod površine tuđe nepokretnosti. Do izmena ovog zakona iz 1990. godine, pravo građenja se u Austriji moglo zasnovati samo na nepokretnostima u svojini oblasnih teritorijalnih jedinica, na crkvenim nepokretnostima, nepokretnostima određenih ustanova i drugih udruženja. Od tada pravo građenja se može osnovati na nepokretnosti bilo kog vlasnika. Takođe, kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja se može osnovati kako radi izgradnje neke građevine, tako i na već postojećoj građevini, koja predstavlja nesamostalni sastavni deo prava građenja.

Pravo građenja, kakvo danas postoji u nemačkom i austrijskom pravu razlikuje se od tzv. superficijarnog prava (*le droit de superficie*) kakvo postoji u Francuskoj. Iako Francuski građanski zakonik (*Code Civil - CC*) ne poznaje ovu ustanovu, niti u Francuskoj postoji poseban zakon koji bi je regulisao, ipak shodno članu 553 CC sankcionisano je postojeće stanje i to tako što je određeno da se pretpostavlja da sve građevine, zasadi i sve

² *Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.01.1919* (Uredba o naslednom pravu građenja) - *ErbbaurechtVO*, *Reichsgesetzblatt - RGBl*, I S. 72, ber. S. 122, poslednji put izmenjen kroz Zakon od 8.12.2010, *Bundesgesetzblatt - BGBl*, I S. 1864

³ *Baurechtsgesetz vom 26. April 1912* (Zakon o pravu građenja) - *BauRG*, *RgBl*, br. 86/1912, *BGBl*, br. 403/1977, 258/1990, *BGBl I*, br. 111/2010 i 30/2012

što je urađeno na površini ili ispod površine zemljišta pripadaju vlasniku zemljišta, izuzev ako se suprotno ne dokaže. Dakle, CC je dopustio pravno razdvajanje zemljišta od građevine odn. zgrade sagrađene na njegovoj površini, a u praksi je omogućeno da se razdvoji i buduća zgrada od zemljišta na temelju pravnog posla. Od 1964. godine posebnim zakonom je uređena posebna ustanova *bail à construction*, koja predstavlja zakup zemljišta radi izgradnje zgrade i traje do isteka roka na koji je ugovoren, koji ne može biti kraći od 18, niti duži od 99 godina. Zakupac je obavezan izgraditi i održavati zgradu i plaćati za to određenu zakupninu, a može hipotekarno opteretiti zgradu. Osim ove ustanove, u Francuskoj je 1990. godine uvedena i ustanova *bail à rehabilitation*.⁴ Ovim ustanovama se nećemo bliže baviti, već ćemo samo istaći razliku između superficijarnog prava u Francuskoj i prava građenja. I kod superficijarnog prava i kod prava građenja građevina i zemljište pripadaju različitim vlasnicima (što znači da je i jednom i drugom ustanovom razbijeno načelo *superficies solo cedit*), ali razlika je u tome što je kod superficijalnog prava građevina predmet posebnog prava svojine, dok je kod prava građenja ona sastavni deo jednog posebnog prava koje se osniva na opterećenoj nepokretnosti - prava građenja, koje kao pravna nepokretnost stupa na mesto prirodne nepokretnosti. Slična ustanova, kao i u francuskom superficijarnom pravu, postoji i u austrijskom pravu - *Superädifikate*, o čemu će biti više reči kasnije u toku rada.

2. Pravna priroda

Ustanovljenjem prava građenja nepokretnost, odnosno zemljište na kome je ovo pravo osnovano se odvaja od građevine, odnosno zgrade koja na njemu postoji ili će se tek sagrađiti. Ovim se odstupa od pravila *superficies solo cedit*, koje pravilo potiče još iz rimskog prava i po kome sve što je sagrađeno i što se nalazi na zemljištu predstavlja njegov sastavni deo.⁵ Ukoliko na nekom zemljištu postoji pravo građenja, građevina podignuta na ili ispod njegove površine nije sastavni deo zemljišta i ne pripada vlasniku zemljištu, već je posebna svojina (*Sondereigentum*) nosioca prava građenja. Ovo proizilazi iz dvostruke prirode prava

⁴ Bliže o superficijarnom pravu u Francuskoj V. P. Simonetti, "Pravo građenja u Republici Hrvatskoj", *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2/2004, 146-147.

⁵ Bliže o načelu *superficies solo cedit* (sve što se poseje, zasadi i izgradi na površini zemljišta sastavni je deo zemljišta i pripada vlasniku zemljišta), odstupanjima od ovog načela u rimskom pravu, u srednjem veku, kao i ustanovama koje su prethodile pravu građenja u Nemačkoj i Austriji V. Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka 2001., 203-223, kao i P. Simonetti, "Pravo imati zgradu na tuđem zemljištu (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)", *Pravna riječ- časopis za pravnu teoriju i praksu*, 28/2011, 21-45.

građenja, koje je posebna vrsta prava a samo ono nije stvar, ali je građevina koja je stvar njegov nerazdvojni sastavni deo i ista se ne može nalaziti samostalno u pravnom prometu bez prava građenja. Zbog kompleksne pravne prirode prava građenja, zakonodavac je u § 11 nemačke Uredbe o naslednom pravu građenja odredio da se na ovo pravo shodno primenjuju odgovarajuće odredbe koje se odnose na nepokretnosti, kao i one odredbe o prigovorima koji su vezani za pravo svojine, tj. kao da je ovo pravo nepokretnost. Sa druge strane za nastanak ovog prava, njegovu promenu i prestanak su merodavne odgovarajuće odredbe BGB⁶ koje se odnose na prava, a ne odredbe koje se odnose na nepokretnosti jer je u gore pomenutom paragrafu isključena primena paragrafa 925, 927 i 928 BGB-a.⁷ Shodno vladajućem opšteprihvaćenom mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji pod odrednicom “sve odredbe koje se odnose na nepokretnosti” iz pomenutog § 11, st. 1 (“*sich auf Grundstücke beziehende Vorschriften*”) se misli ne samo na odredbe BGB-a već i na sve ostale savezne propise i propise pojedinih saveznih država koji se odnose na nepokretnosti.⁸ Naravno do odgovarajuće primena propisa koji se odnose na nepokretnosti će doći ukoliko nešto drugo ne proizilazi iz sadržine, smisla i svrhe kako Uredbe o pravu građenja, tako i propisa koji shodno treba da se primene na pravo građenja.

U nemačkom pravu obično pravo građenja predstavlja stvarnopravno opterećenje tuđe nepokretnosti, mada vlasnik može i na svojoj nepokretnosti osnovati pravo građenja (tzv. *Eigentümererbbaurecht*). Dalje, ovo stvarnopravno opterećenje može biti samo u korist određenog lica i u tome je njegoja sličnost sa ličnih službenostima, ali za razliku od njih osnovna odlika prava građenja je njegoja prenosivost i nasledivost, što nije slučaj sa ovim pravima. Takođe, lične službenosti ne mogu biti opterećene hipotekom i drugim pravima, kao što je to slučaj sa pravom građenja. Dalje, ukoliko na nekoj nepokretnosti na kojoj postoji lična službenost postoji zgrada ista nije neodvojivi sastavni deo lične službenosti već pripada vlasniku nepokretnosti, dok ovlašćeno lice može istu upotrebljavati na način koji odgovara sadržini konkretne lične službenosti.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Nemački građanski zakonik) - BGB, *RGBl*, S. 195, Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBl*, I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, poslednje izmene od 20. decembra 2012, *BGBl*, I S. 2749

⁷ Gore pomenuti paragrafi BGB-a regulišu pravni osnov sticanja i prenosa prava svojine na nepokretnosti tj. *Auflassung* (§ 925), održaj (§ 927) i odricanje vlasnika od svojine (§ 928). Inače, *Auflassung* je stvarnopravna saglasnost koja je usmerena na prenos prava svojine i ista mora biti sačinjena pred nadležnim organom (obično notarom) uz istovremeno prisustvo obe ugovorne strane.

⁸ V. M. E. Rinne, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Minhen 2004., 1319.

Kako je sa pravom građenja kao njegov neodvojivi sastavni deo povezana svojina na građevini, odnosno građevina predstavlja bitan sastavni deo prava građenja, to nosilac prava građenja ima ovlašćenje da istu sagradi (ukoliko već nije sagrađena u momentu osnivanja ovog prava), da je koristi, poruši i da sagradi novu na mestu porušene. Stoga nosiocu prava građenja pripada pored prava svojine na građevini i pravo korišćenja neizgrađenog dela nepokretnosti na kome je ustanovljeno pravo građenja, pod uslovom da građevina ostane glavna stvar u privrednom smislu, tj. bitan sastavni deo prava građenja. Ovo znači da je vlasnik nepokretnosti time što je osnovao pravo građenja na svojoj nepokretnosti lišen ne samo svojine na zgradi (koja pripada nosiocu prava građenja), već i faktičkog korišćenja cele nepokretnosti. Zbog ove svoje karakteristike da vlasniku nepokretnosti za vreme postojanja prava građenja pripada samo gola svojina (*nuda proprietas*), ovo stvarno pravo predstavlja najširi oblik opterećenja neke nepokretnosti i kao što je gore rečeno predstavlja nepokretnost u pravnom smislu na koju se primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti.

S obzirom da je bitan sadržinski elemenat prava građenja ovlašćenje da se ima građevina, odnosno zgrada po pravilu na tuđoj nepokretnosti (s tim što vlasnik može osnovati pravo građenja i na svojoj nepokretnosti), ukoliko u ugovoru o osnivanju prava građenja nije sadržana ova odredba ili nije dovoljno jasno određena, onda ne može nastati ovo pravo i njegov upis u zemljišnu knjigu je nedopušten.⁹ S obzirom na ovo, postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod građevinom¹⁰ kao bitnim sastavnim elementom prava građenja. Ovaj pojam nije u zakonu definisan. Shodno vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi pod građevinom se podrazumeva nepokretna stvar nastala radom od donetog materijala koja je povezana sa zemljištem odnosno kojoj je osnova zemljište.¹¹ Za pojam građevine je bitno da postoji čvrsta veza (*feste Verbindung*) između iste i zemljišta.¹² Dalje, ni pitanje određenosti građevine nije u zakonu definisano. Određenost predmeta upisa zahtevaju i propisi koji regulišu upis prava na nepokretnostima u zemljišne knjige, a određenost je potrebna i zbog zadovoljenja principa

⁹ V. M. E. Rinne, 1228 i fn. 13-16.

¹⁰ Oyde je potrebno razlikovati građevinu (*Bauwerk*) i zgradu (*Gebäude*). Pojam zgrade je uži pojam od pojma građevine, tako da je u pojmu građevine sadržan i pojam zgrade. Opređelili smo se da u radu koristimo pojam građevina u smislu *Bauwerk*-a, (osim u slučaju kada i zakonodavac koristi pojam zgrada) zato što pravo građenja sadrži u sebi ovlašćenje imati građevinu ne samo na površini već i ispod površine zemljišta odn. nepokretnosti.

¹¹ V. M. E. Rinne, 1228 i fn. 17-22.

¹² O pojmu građevine i zgrade, kao i o tome koje se sve građevine mogu smatrati građevinama u smislu zakonske obavezne sadržine i određenosti prava građenja V. Ibid., 1228-1230.

publiciteta javnih registara. Shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji minimum određenosti neke građevine da bi kao bitan sastavni deo bila upisana u zemljišnu knjigu je zadovoljen ukoliko je određen broj građevina koje će se izgraditi na nepokretnosti opterećenoj pravom građenja (na toj nepokretnosti može se izgraditi jedna ili više određenih građevina), kao i njihova približna priroda odnosno njihov tip. Ovom zahtevu bi se udovoljilo kada bi se u pravnom osnovu za nastanak prava građenja (o ovome će biti reči kasnije u toku rada) navelo da se radi o jednoj kući za stanovanje (*ein Wohnhaus*).¹³ Dalja određenja građevine su poželjna, ali ne i neophodna. Da bi neka građevina (zgrada shodno zakonskoj definiciji) bila sastavni deo prava građenja ista mora biti pravno samostalna. Ovo otvara pitanje da li deo zgrade može biti sastavni deo prava građenja, kao i pitanje horizontalne i vertikalne podele jedne zgrade.

U st. 3 § 1 ErbbauVO je predviđeno da je nedopušteno ograničavanje prava građenja na deo zgrade posebno na jedan sprat. U slučaju vertikalne podele zgrade shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji dopušteno je osnivanje prava građenja, pod uslovom da je tako nastali deo zgrade samostalan i sposoban da bude predmet posebnog prava svojine. Takva zgrada mora imati najmanje jedan pregradni zid i mora imati svoj poseban ulaz odnosno prilaz.¹⁴ S obzirom da je zakonodavac izričito isključio osnivanje prava građenja na horizontalnom delu zgrade, problem je rešen tako što je uvedeno etažno pravo građenja (tzv. *Wohnungs-/Teilerbbaurecht*¹⁵) shodno § 30 WEG¹⁶, pri čemu se ovde ne radi o pravu građenja na delu zgrade već shodno § 3 i § 8 WEG o podeljenom jedinstvenom pravu građenja na celoj zgradi.

Naravno, pravo građenja može obuhvatiti više samostalnih građevina odn. zgrada na jednoj nepokretnosti, dok, shodno vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji, ne može postojati više samostalnih prava građenja na jednoj jedinstvenoj nepokretnosti.¹⁷

¹³ V. *Ibid.*, 1230-1231.

¹⁴ V. *Ibid.*, 1232.

¹⁵ *Wohnungerbaurecht* se odnosi na stanove, a *Teilerbbaurecht* na druge zgrade koje ne služe za stanovanje.

¹⁶ Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.03.1951 (nemački zakon o etažnoj svojini i trajnom pravu stanovanja) - WEG, *BGBI*, I S. 173, 209, poslednje izmene od 10.5.2012, *BGBI*, I S. 1084

¹⁷ Oberlandesgericht - OLG Frankfurt DNotZ 1967, 688; K. Haegle, *Streitfragen und Probleme des Erbbaurechts*, Rpfleger 1967, 280; R. Huber, *Zur Beleihung von Erbbaurechten*, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 1952, 690; R. Weber, *Probleme aus dem Erbbaurecht*, MittRhNotK 1965, 548, 564; H. Ingenstau, V. Hustedt, *Kommentar zum Erbbaurecht*, 8. Aufl., 2001, § 10 RdNr. 9 i drugi autori navedeni prema: M. E. Rinne, 1237 fn. 105.

Što se tiče opterećene nepokretnosti, ista može biti opterećena pravom građenja samo kao celina. Ovo znači da pravom građenja ne može biti opterećen idealni deo nepokretnosti, kao i neodređeni deo nepokretnosti u zajedničkoj svojini, ni deo nepokretnosti u etažnoj svojini. Realni deo nepokretnosti ne može biti opterećen pravom građenja, već isti mora prvo biti otpisan i osamostaljen. Pod deobom treba razumeti pravnu deobu nepokretnosti, a ne samo katastarsko-tehničku deobu nepokretnosti.¹⁸ Ovaj slučaj je potrebno razlikovati od slučaja kada se pravo građenja osniva na celoj nepokretnosti, a realno je sadržina ovog prava ograničena na deo iste nepokretnosti.¹⁹ U slučaju deobe nepokretnosti koja je, već opterećena pravom građenja na podeljenim delovima dotadašnje nepokretnosti ostaje pravo građenja, ali pošto se radi o više nepokretnosti nastaje tzv. zajedničko pravo građenja. Zajedničko pravo građenja je dopušteno samo na nepokretnostima koje se graniče jedna sa drugom i ukoliko su iste funkcionalno povezane.²⁰ Imajući u vidu odredbu GBO-a u nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi je prihvaćeno stanovište da se zajedničko pravo građenja može nastati kao takvo i od početka²¹, te da se može kasnije proširiti na drugu odn. druge nepokretnosti.²² Naravno, na svim nepokretnostima opterećenim zajedničkim pravom građenja mora se vršiti sadržina prava građenja (pravo imati odn. sazidati građevinu ili istu proširiti). Jedan poseban slučaj zajedničkog prava građenja je tzv. *Heimfall* (kada ugovorne strane shodno § 2 ErbbauVO ugovore obavezu nosioca prava građenja da ovo pravo u slučaju nastupanja određenih pretpostavki (najčešće neplaćanja ugovorene naknade u određenom vremenskom periodu) prenese na vlasnika nepokretnosti²³. Pored gore navedenog uspostavljanja zajedničkog prava građenja, postavlja se pitanje da li je pravo građenja samo po sebi deljivo pravo ili nije, tj. da li se u slučaju deobe neke nepokretnosti u pravnom smislu može izvršiti i deoba prava građenja. Ovo pitanje nije jednodušno rešeno u teoriji, tako da postoje

¹⁸ O deobi nepokretnosti V. M. Bengel, F. Simmerding – *Grundbuch, Grundstück, Grenze, Handbuch zur Grundbuchordnung unter Berücksichtigung katasterrechtlicher Fragen*, Berlin 2000., 243-247.

¹⁹ V. M.E. Rinne, 1235.

²⁰ V. § 6a Grundbuchordnung od 24.03.1897. godine (Uredba o zemljišnim knjigama) - GBO, *RGBl.*, S. 139, u novom izdanju od 26.5.1994. godine, *BGBl.*, I 1114, poslednje izmene kroz zakon od 15.12.2011. godine, *BGBl.*, I S. 2714

²¹ Der Bundesgerichtshof - BGH, Landgericht - LG Münster 1956, 678; BayObLG MittBayNot 1984, 132; OLG Hamm NJW 1959, 2169; M. Lutter, *Gesamterbbaurecht und Erbbaurechtsteilung*, DNotZ 1960, 87; A. Kehrler, *Das Erbbaurecht als Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke*, BWNNotZ 1956, 35; H. Ingenstau, V. Hustedt, RdNr. 39; navedeno prema M. E. Rinne, 1238 fn. 111.

²² BayObLG MittBayNot 1984, 132 und DNotZ 1985, 375; OLG Hamm NJW 1963, 1112; navedeno prema Ibid., 1238 fn. 112.

²³ V. bliže o *Heimfall*-u: M. E. Rinne, 1238 i 1256-1258.

suprotna shvatanja o tome.²⁴ Sa gore navedenim u vezi je i pitanje kada se prilikom realizacije prava građenja sagradi zgrada koja prelazi granice nepokretnosti na kojoj postoji pravo građenja (da li tom prilikom nastaje tzv. *Nachbarerbbaurecht* - susedsko pravo građenja). Ovo pitanje je takođe sporno u nemačkoj teoriji i u praksi. Pri davanju odgovora na ovo pitanje potrebno je imati u vidu odredbu st. 3 § 1 ErbbauVO koji reguliše nedopuštenost ograničenja prava građenja na deo zgrade posebno na jedan sprat.²⁵ M. E. Rinne se zalaže da postojanje *Nachbarerbbaurecht*-a treba odbaciti, jer se njegovo postojanje protivi st. 3 § 1 ErbbauVO i jer princip pravnog jedinstva zgrade kao bitnog sastavnog dela prava građenja treba da ima prednost nad principom jedinstva između nepokretnosti i zgrade, te da bi u slučaju priznavanja postojanja *Nachbarerbbaurecht*-a nastala kolizija između principa pravnog jedinstva na zgradi i zadatka radi koga je i uvedeno pravo građenja u pravni sistem. Nastali praktični problemi mogu se rešiti primenom pravila zajedničkog prava građenja na tako nastale slučajeve.²⁶

Gore je bilo reči o deobi nepokretnosti opterećenoj pravom građenja u slučaju da se pravna sadržina prava građenja vrši na svim tako nastalim novim nepokretnostima. U slučaju da se vrši otpis (*Abschreibung*) jednog nesamostalnog dela nepokretnosti (*unselbständigen Teilfläche*) opterećene pravom građenja, a na tom delu se ne vrši pravna sadržina prava građenja, taj deo opterećene nepokretnosti se može otpisati bez tereta (naravno uz podnošenje odgovarajućeg dokaza o tome) i pripisati nekoj drugoj nepokretnosti (*Zuschreibung*), bez saglasnosti nosioca prava građenja.²⁷ Sa druge strane, ukoliko dođe do spajanja neke nepokretnosti koja nije opterećena pravom građenja i nepokretnosti opterećene pravom građenja (*Vereinigung*) ili do pripisa jednog dela (*unselbständigen Teilfläche*) druge nepokretnosti nepokretnosti koja je opterećena pravom građenja (*Zuschreibung*), onda bi samo prvobitna nepokretnost bila opterećena pravom građenja. Međutim, da bi se izbegle zabune vrši se proširenje prava građenja na neopterećenu nepokretnost, odnosno deo nepokretnosti (pri čemu dolazi do promene sadržine prava građenja - tzv. *Inhaltsänderung*).²⁸ Takođe je shodno preovlađujućem mišljenju

²⁴ O različitim shvatanjima oko deobe prava građenja u slučaju deobe opterećene nepokretnosti V. Ibid., 1238-1240. Kod deobe prava građenja potrebno je razlikovati deobu u slučaju da pravo građenja već ima svoju sadržinu, tj. da je već sagrađena građevina i deobu u slučaju da takva sadržina još uvek nije konkretizovana.

²⁵ Bliže o različitim shvatanjima o ovom pitanju V. Ibid., 1240-1243.

²⁶ V. Ibid., 1241-1242.

²⁷ V. § 890 st. 2 BGB-a i § 6 GBO-a

²⁸ O spajanju nepokretnosti i o pripisu V. M. E. Rinne, 1328.

u nemačkoj pravno teoriji dopušteno spajanje nepokretnosti i prava građenja.²⁹

Dalje, pravo građenja u nemačkom pravu može se osnovati na drugom pravu građenja, u kom slučaju se radi o podpravu građenja. Osnivanje ovakvog prava građenja je dopušteno, jer njegova dopuštenost proizilazi iz zakonskih odredaba koje pravo građenja smatraju nepokretnošću u pravnom smislu i određuju da se na pravo građenja primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti (osim određenih izričito isključenih odredaba BGB-a). Međutim, iz prirode prava građenja kao prava da se na nekoj nepokretnosti ima građevina i da pravo imati građevinu predstavlja neophodan elemenat prava građenja da bi ono postojalo neki pravni pisci³⁰ izvode zaključak da podpravo građenja da bi bilo dozvoljeno mora imati određena ograničenja. Tako se o dozvoljenosti podprava građenja može govoriti, jedino, ako pravu građenja i podpravu građenja pripadaju kao sastavni elementi različite građevine ili bar da im pripada ista građevina u različito vreme. U svakom slučaju podpravo građenja može jedino postojati u granicama prava građenja i deli njegovu sudbinu.

U austrijskom pravu pravo građenja važi kao nepokretna stvar.³¹ Građevina sagrađena na pravu građenja predstavlja njegov nesamostalni sastavni deo³² i takođe predstavlja nepokretnost.³³ Pravo građenja se može osnovati sa jedne strane u cilju izgradnje neke građevine, tj. u momentu njegovog nastanka građevina ne mora postojati, a može se osnovati i ako na opterećenoj nepokretnosti, već postoji građevina, čime se ova građevina odvajava od opterećene nepokretnosti i postaje sastavni deo prava

²⁹ V. M. Schulte, *Verbindungen von Erbbaurechten und Grundstücken gemäß § 890 BGB*, BWNotZ 1960, 137; H. Ingenstau, V. Hustedt, *Kommentar zum Erbbaurecht*, 8. Aufl., 2001, RdNr. 27, kao i ostalu literaturu navedenu prema: Ibid., 1328 fn.111.

³⁰ V. W. Schneider, *Das Untererbbaurecht*, DNotZ 1976, 411 i drugi autori navedeni prema: Ibid., 1236 fn. 102.

³¹ V. § 6 st. 1 BauRG

³² F. Bydlinski, *Das Recht der Superädifikate: geltendes Recht und Verbesserungsmöglichkeiten*, Beč, 1982, 6; A. Kletečka, *Das Baurecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, *Bauten auf fremdem Grund*, Beč 2004., 35; navedeno prema: H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I*, Beč, 2006., 435 i fn. 5.

³³ U Austriji pored prava građenja postoji i tzv. *Superädifikate* ili *Überbauten*, koji predstavlja pravo da se ima zgrada na tuđem zemljištu, koja zgrada nije sastavni deo zemljišta na kome je sagrađena već predstavlja predmet jednog posebnog prava svojine. Superedifikat kao i pravo građenja predstavlja negacija principa *superficies solo cedit*, ali za razliku od prava građenja gde između opterećene nepokretnosti i zgrade postoji pravo građenja, koje u pravnom smislu predstavlja nepokretnost i čiji je zgrada nesamostalni sastavni deo, kod superedifikata zgrada predstavlja predmet posebnog prava svojine i ista se smatra pokretnom stvari. Inače, u praksi zbog poreskih razloga (manje dažbine) raste značaj superedifikata u odnosu na pravo građenja.

građenja.^{34 35} Imalac prava građenja ima na građevini prava vlasnika, a na opterećenoj nepokretnosti ima prava plodouživaoca, a shodno § 6 st. 2 BauRG. Dopušteno je da se pravo građenja proši na delove opterećene nepokretnosti koji nisu neophodni za samu građevinu, ali omogućavaju njeno lakše korišćenje (npr. prilazni put, igralište, bašta). Naprotiv, nedopušteno je osnivanje susedskog prava građenja (*Nachbarbaurecht*), koje bi nastalo ako bi se građevina gradila prekoračenjem granice opterećene nepokretnosti i zahvatanjem nepokretnosti drugog vlasnika.³⁶ Pravo građenja se ne može ograničiti na fizički (realni) deo zgrade, kao što je npr. sprat, a shodno § 1 st. 3 BauRG. Nasuprot tome, moguće je da se pravo građenja podeli na idealne delove, a samim tim i građevina kao njegov sastavni deo. Tim putem nastaje etažno pravo građenja (*Baurechts-WE*). Na građevini shodno § 6a BauRG nastaje etažna svojina (tzv. *Baurechtswohnungseigentum*). Ovo znači da u ovom slučaju postoji više ovlašćenih lica tj. više nosilaca prava građenja, a njihova svojina na građevini ima oblik etažne svojine, dok umesto opterećene nepokretnosti stupa pravo građenja kao nepokretnost u pravnom smislu (znači da se etažna svojina osniva na građevini koja predstavlja nesamostalni sastavni deo prava građenja).

U definiciji prava građenja u austrijskom pravu izričito je navedeno da je to pravo na tuđoj nepokretnosti, te se postavlja pitanje, da li vlasnik opterećene nepokretnosti može ustanoviti ovo pravo u svoju korist, tj. da li može postojati vlasničko pravo građenja, kao što je to slučaj u nemačkom pravu. Pravna teorija u Austriji smatra da to nije moguće učiniti od početka, mada ima i drugačijih mišljenja.^{37 38} Nasuprot tome, vlasničko pravo građenja može nastati naknadno, u slučaju kada

³⁴ O ovome V. Oberster Gerichtshof - OGH, *Juristische Blätter - JBl* 1994, 250; P. Csoklich, *Baurecht an bestehenden Gebäuden*, *Österreichisches Recht der Wirtschaft - RdW* 1991, 254; A. Kletečka, *Das Baurecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 31; navedeno prema: H. Koziol, R. Welsler, 434 i fn. 4.

³⁵ Drugačije je kod superedifikata, koji se tretiraju kao pokretne stvari i kod kojih je moguće samo steći posebnu svojinu na građevini koja se izgradi na tuđoj nepokretnosti, a ne i na građevini koja je već izgrađena. Ovo zbog toga što između građevine odn. zgrade i opterećene nepokretnosti ne postoji neko pravo čiji bi zgrada bila priraštaj, već je zgrada sposobna da sama za sebe bude predmet posebnog prava svojine (*sonderrechtsfähig*). Superedifikat se originarno stiče prostom izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, a u slučaju daljeg prenosa prava svojine na zgradi potrebno je izvršiti polaganje isprava (ovde se odstupa od pravila da je superedifikat pokretna stvar i nalaže se polaganje isprava u sudu da bi se izvršio prenos, kao da se radi o nepokretnostima koje nisu upisane u zemljišne knjige).

³⁶ V. M. Binder, *Sachenrecht*, Beč, 2003., 174.

³⁷ A. Kletečka, *Das Baurecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 28 i ostala literatura navedena prema: H. Koziol, R. Welsler, 435 fn. 11.

³⁸ V. M. Binder, 175.

se u jednom licu spoje vlasnik opterećene nepokretnosti i nosilac prava građenja.

3. Osnivanje (sticanje) prava građenja

Pravo građenja u Nemačkoj nastaje upisom u zemljišne knjige i to upisom u teretni list opterećene nepokretnosti, jer je pravo građenja, pored toga što je posebno stvarno pravo i stvarnopravno opterećenje nepokretnosti, odnosno zemljišta na kome se zasniva. Ovaj upis se vrši na osnovu pravnog osnova za upis, koji je u nemačkom pravu stvarnopravni sporazum (*Einigung*) shodno § 873 BGB-a. Naravno, nakon upisa u teretni list opterećene nepokretnosti za pravo građenja se otvara po službenoj dužnosti poseban list, odnosno posebna knjiga (*Erbbaugrundbuch*) u koju se upisuju sve dalje promene koje se odnose na pravo građenja (npr. opterećenje istog, prenos i sl.). Gore pomenuti stvarnopravni sporazum je materijalnopravno oslobođen posebne forme, ali shodno formalnim propisima koji regulišu upis u zemljišne knjige³⁹ pravni osnov za upis mora biti sačinjen u obliku koji predviđaju § 20 i § 29 GBO-a. Teorijski ugovorne strane (vlasnik nepokretnosti opterećene pravom građenja i nosilac prava građenja) mogu zaključiti neformalni *Einigung*, ali se upis u zemljišne knjige ne može dozvoliti samo na osnovu takvog sporazuma, već zemljišnoknjižnom organu mora biti priloženo odobrenje za upis shodno § 29 GBO-a. U praksi se stvarnopravni sporazum i odobrenje za upis nalaze u jednoj ispravi, a u istoj ispravi se može naći i obavezujući sporazum, odnosno ugovor. Ovo imajući u vidu specifičnosti nemačkog prava u odnosu na nastanak, prenos i ukidanje stvarnih prava (a pravo građenja je posebno stvarno pravo), gde se vrši razlikovanje između obavezujućeg ugovora (*Schuldrechtliches Grundgeschäft*, uobičajeno pod imenom *Erbbaurechtsvertrag*) kojim se ugovorne strane obavezuju jedna drugoj da će ustanoviti pravo građenja i stvarnopravnog sporazuma (*Einigung*-a) koji se mora odnositi na nastanak prava građenja kao posebnog stvarnog prava i sadržati sve zakonske pretpostavke za nastanak ovog prava predviđene u § 1 ErbbauVO, kao i svu ugovornu sadržinu ovog prava (u odredbama § 2 do § 8, te u § 27 st. 1 i § 32 st. 1 ErbbauVO je predviđeno šta sve još može sadržati ugovor o nastanku prava građenja). O principu određenosti prava građenja bilo je već reči ranije u toku rada.

³⁹ U Nemačkoj je zemljišno-knjižno pravo regulisano kako u materijalnopravnim odredbama BGB-a, tako i u formalnopravnim propisima, posebno u Uredbi o upisu u zemljišne knjige - GBO.

Na obavezujući ugovor se shodno st. 2 § 11 primenjuju odredbe § 311b st. 1 BGB-a.⁴⁰ Ovdje predviđena forma ugovora važi za sve njegove sastavne delove, tako da svi elementi ovog ugovora moraju biti sačinjeni u formi isprave. Ovaj obligacioni o osnivanju prava građenja je sličan kupoprodajnom ugovoru, s tim što umesto kupovne cene po pravilu postoji obaveza plaćanja naknade (*Erbbauszins*) nosioca prava građenja vlasniku nepokretnosti. U ugovoru o osnivanju prava građenja se uređuju odnosi između ugovornih strana i isti odnosi imaju samo obligacioni karakter, osim ako se ne označe izričito kao sadržina prava građenja (tzv. ugovorna sadržina prava građenja).⁴¹ U ovom drugom slučaju mogu se na ove odredbe pozvati svakodobni vlasnik nepokretnosti i svakodobni imalac prava građenja. Šta sve može predstavljati ugovornu sadržinu prava građenja predviđeno je u § 2 ErbbauVO.⁴² Ugovornu sadržinu prava građenja nije potrebno iscrpno unositi u obe knjige, u zemljišnoj knjizi koja se odnosi na nepokretnost dovoljno je da se pozove na upis izvršen u zemljišnoj knjizi u koju je upisano gravo građenja kao samostalno pravo, a u ovoj poslednjoj dovoljno je da se izvrši pozivanje na odobrenje za upis, a shodno § 14 st. 3 ErbbauVO.

Shodno iznetom za nastanak prava građenja u nemačkom pravu je shodno odredbama BGB-a potreban upis u zemljišnu knjigu (*Eintragung*) i pravni osnov za upis (*Einigung*). Međutim za upis u zemljišnu knjigu je, shodno odredbama postupka koje propisuje GBO, potrebno i odobrenje za upis (*Bewilligung*), koje je mora biti sačinjeno u odgovarajućoj formi shodno § 20 i § 29 GBO. Naravno da bi upis bio izvršen mora se podneti i odgovarajući zahtev za upis shodno § 19 i § 13 GBO. Obavezujući ugovor o nastanku prava građenja, ukoliko u istom nije sadržan i *Einigung* ne može biti podnet zemljišno-knjižnoj vlasti kao pravni osnov za upis u zemljišnu knjigu.⁴³ Sa druge strane, shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji ukoliko zemljišnoknjižnoj vlasti bude podnet *Einigung* koji ispunjava sve zahteve forme zajedno sa obavezujućim ugovorom (*Erbbaurechtsvertrag*) koji ne ispunjava uslove forme, ista ne

⁴⁰ U § 311b st. 1 BGB-a je predviđeno da ugovor kojim se jedna strana obavezuje da prenese ili stekne svojinu na nepokretnosti mora biti sačinjen u formi notarijalne isprave. Ugovor koji nije zaključen u predviđenoj formi biće validan ukoliko uslede *Auflassung* i upis u zemljišnu knjigu.

⁴¹ K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht*, Minhen, 2003., 408.

⁴² Tako se npr. vlasnik nepokretnosti i nosilac prava građenja mogu dogovoriti o izgradnji, popravci i održavanju građevine, o osiguranju građevine i njenoj ponovnoj gradnji u slučaju propasti, o snošenju privatnih i javnih dažbina, o tzv. *Heimfall-u*, o obavezivanju nosioca prava građenja da plaća ugovorne kazne, o ugovaranju prečeg prava za nosioca prava građenja u slučaju obnavljanja ovog prava nakon njegovog isteka i o obavezivanju vlasnika nepokretnosti da proda nepokretnost svakodobnom nosiocu prava građenja.

⁴³ V. M. E. Rinne, 1323 i fn. 46.

može zbog toga odbiti zahtev za upis prava građenja.⁴⁴ Kao što je napred rečeno stvarnopravni *Einigung* mora sadržati i zakonsku i ugovornu sadržinu prava građenja. U odnosu na podelu ugovora u nemačkom pravu na obavezujuće i ispunjavajuće ugovore, prilikom osnivanja prava građenja moglo bi se reći da stvarnoprava sadržina (zakonska i ugovorna) prava građenja predstavlja neki treći elemenat koji je bitan i za obavezujući obligacioni ugovor i za stvarnopravni *Einigung* i o kome treba da postoji jedinstvo između ova dva ugovora tj. treba da bude vidljiva jedinstvena sadržina prava građenja i iz jednog i iz drugog ugovora. U tom slučaju u *Einigung*-u se može pozvati na overeni obligacionopravni ugovor tj. ne mora se ponovo u *Einigung*-u ponavljati sadržina prava građenja.⁴⁵ Naravno u praksi može da se odstupi od principa jedinstvenosti između obligacionog ugovora i *Einigung*-a i to obično u slučaju, kada obligacioni ugovor sadrži neke odredbe koje su suprotne zakonskoj i dopuštenoj ugovornoj sadržini prava građenja. To bi se moglo desiti npr. kada ugovorne strane u obligacioni ugovor unesu klauzulu o zabrani otuđenja prava građenja, što je suprotno pravnoj prirodi prava građenja kao prava koje se može otuđiti i takvu odredbu ne može da sadrži stvarnopravni sporazum. Nasuprot tome ovakav obligacioni sporazum je dopušten shodno § 137 st. 2 BGB-a, ali nepostupanje po istom može dovesti samo do obaveze naknade štete strane koje je taj sporazum prekršila u slučaju da je pravo građenja otuđeno (dok otuđenje proizvodi pravna dejstva).^{46 47}

Kao što je napred rečeno pored osnivanja prava građenja na tuđoj nepokretnosti, vlasnik nepokretnosti može osnovati na svojoj nepokretnosti pravo građenja. U ovom slučaju, pravni osnov za upis prava građenja u zemljišne knjige predstavlja jednostrana izjava (*Erklärung*) vlasnika nepokretnosti.⁴⁸

Pravo građenja se upisuje u zemljišnu knjigu opterećene nepokretnosti na prvom mestu, pre svih drugih opterećenja i njegov rang se ne može menjati. Ovo znači da pravo građenja ne može biti posle

⁴⁴ Ibid., 1323 i fn. 47.

⁴⁵ V. Ibid., 1323 i fn. 49.

⁴⁶ V. Ibid., 1244.

⁴⁷ Ovakav obligacioni ugovor ne može biti zaštićen ni kroz *Vormerkung*, jer nije upravljen na proizvođenje neke stvarnopravne promene već ima samo obligaciona dejstva. Inače, *Vormerkung* u nemačkom pravu predstavlja sredstvo obezbeđenja sa stvarnopravnim dejstvom jednog obligacionopravnog zahteva na stvarnopravnu promenu na nepokretnosti ili na zemljišnoknjižnom pravu. *Vormerkung* je akcesoran, služi obezbeđenju obligacionih prava i zavisi od postojanja potraživanja. Raspolaganje koje se njemu protivi, a koje je izvršeno nakon njegovog upisa, ostaje bez dejstva u meri u kojoj bi se njime zahtev osujetio ili okrnjio.

⁴⁸ K. H. Schwab, H. Prütting, 408.

neko drugog opterećenja, niti može biti u istom rangu sa nekim drugim opterećenjem. Takvo pravo građenja ne može biti posle ili u istom rangu sa pravom stvarne službenosti. Takođe, *Vormerkung* (stvarnopravno obezbeđenje nekog obligacionopravnog zahteva) ne može biti pre ili u istom rangu sa pravom građenja. Naprotiv, *Vormerkung* kojim se stvarnopravno osigurava potraživanje prava građenja nije identičan sa pravom građenja i na njega se ne odnosi pravilo o obaveznom rangu, tako da isti može biti upisan i posle nekog drugog prava.⁴⁹

Izuzetak od pravila prvog mesta je moguć jedino u slučaju da se u zakonima pojedinih zemalja (federalnih jedinica u Nemačkoj) predvidi odstupanje i ako to ne šteti pravu građenja. Takođe se ne uzimaju u obzir prava za čije dejstvo nije potreban upis u zemljišnu knjigu odn. prava koja nije sposobna za rangiranje (npr. ograničenja raspolaganja vlasnika nepokretnosti, primedbe iz zakona o prinudnom izvršenju i iz drugih zakona).

U austrijskom pravu pravo građenja nastaje upisom u C list opterećene nepokretnosti i shodno § 5 BauRG mora se odnositi na celu nepokretnost, odnosno na celo zemljišnoknjižno telo. Po nekim shvatanjima u pravnoj teoriji, ovu odredbu treba tako razumeti da je dopušteno da se, kao i kod stvarnih službenosti, ograniči vršenje ovog prava na određene delove nepokretnosti.⁵⁰ Nakon upisa u teretni list opterećene nepokretnosti za pravo građenja se otvara poseban uložak u koji se upisuje pravo građenja kao posebno zemljišnoknjižno telo. U ovaj poseban uložak prava građenja upisuju se sve promene koje nastaju na ovom pravu, kao što su: otuđenje, opterećenje i sl. Kako pravo građenja predstavlja nepokretnost u pravnom smislu i kako se na njega primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti, to isto pravo može biti opterećeno drugim pravima (hipotekom, službenostima i sl.) kao da se radi o nepokretnosti. Takođe je moguće da se ustanovi simultana (zajednička) hipoteka na pravu građenja i na opterećenoj nepokretnosti.⁵¹ U slučaju podele opterećene nepokretnosti i pravo građenja se deli i za svako novonastalo pravo građenja se otvara poseban uložak.⁵²

S obzirom da pravo građenja predstavlja kako opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, tako i posebnu nepokretnost u pravnom smislu, to je za njegov upis u zemljišnu knjigu potrebna tabularna isprava

⁴⁹ O ovome, kao i o ostalim pravima koja ometaju propisani prvi rang prava građenja V. M. E. Rinne, 1316.

⁵⁰ V. M. Binder, 174 fn. 570.

⁵¹ V. W. Rechberger, L. Bittner, *Grundbuchsrecht*, Beč, 2007., 60.

⁵² V. M. Binder, 174.

(isprava koja predstavlja pravni osnov za upis u zemljišnu knjigu i to je obično ugovor)⁵³, koja mora ispunjavati sve zakonom predviđene uslove da bi se na osnovu nje izvršio upis. Ova isprava predstavlja pravni osnov za upis, a samo pravo nastaje upisom na osnovu punovažnog pravnog osnova (znači da bi pravo nastalo moraju postojati oba uslova, i pravni osnov i upis). Za razliku od nemačkog prava u austrijskom pravu pravni osnov za upis nije poseban stvarnopravni sporazum već je to obligacioni, odnosno kauzalni ugovor zaključen između vlasnika opterećene nepokretnosti i nosioca prava građenja, koji za svrhu upisa u zemljišnu knjigu mora biti sačinjen u formi tabularne isprave. U BauRG su predviđeni obavezni elementi koje mora da sadrži ugovor o osnivanju prava građenja (*Baurechtsvertrag*), a u cilju da se osigura položaj nosioca prava građenja i da se omogući da se ovo pravo optereti hipotekom radi obezbeđenja kredita.⁵⁴ Ovaj ugovor kao privatna isprava mora biti overen da bi predstavljao pravni osnov za uknjižbu u zemljišnu knjigu.⁵⁵ Dalje, privatna isprava koja predstavlja osnov za upis mora, pored opštih uslova za svaka ispravu za upis, sadržati i tačno označenje nepokretnosti, kao i odobrenje za upis (*Eintragungsbewilling* odn. *Aufsandungserklärung*).⁵⁶

⁵³ Ovde je potrebno razlikovati tabularnu ispravu koja predstavlja pravni osnov upisa i koja mora ispunjavati u zakonu predviđene uslove za upis i samog ugovora, koji za svoju punovažnost ne zahteva posebne uslove tj. može biti i neformalan. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Austrijski građanski zakonik) - ABGB, *JGS*, br. 946/1811, poslednje promene, *BGBI I*, br. 15/2013 u § 883 predviđa da, osim zakonom predviđenih slučajeva, ugovor može biti sačinjen u bilo kojoj formi i da upotrebljena forma nema značaja za obaveznost ugovora. Međutim, shodno § 432 ABGB za svrhu upisa u zemljišnu knjigu mora o ugovoru o sticanju prava svojine biti sačinjena overena isprava u formi predviđenoj za punovažnost pravnog posla ili javna isprava, a u § 433 istog zakonika je predviđeno šta mora da sadrži ova isprava. U praksi se obično ugovor zaključuje u pisanoj formi uz ispunjenje formalnih uslova iz GBG-a (Allgemeines Grundbuchsgesetz (Zakon o zemljišnim knjigama) - GBG, *BGBI*, br. 39/1955, poslednje izmene, *BGBI I*, br. 30/2012), koji važe za ispravu na osnovu koje se može izvršiti upis u zemljišnu knjigu (naravno ukoliko se radi o pravu koje se upisuje u zemljišnu knjigu, što je ovde slučaj).

⁵⁴ O mogućnosti ugovaranja odn. o dopuštenosti pojedinih ugovornih klauzula (klauzula o zabrani otuđenja je nenedopuštena, dok su dozvoljene klauzule o ustanovljenju prečeg prava kupovine i o zabrani zasnivanja etažnog prava građenja i etažne svojine) V. M. Binder, 177.

⁵⁵ U austrijskom pravu postoje tri vrste upisa u zemljišnu knjigu: uknjižba, predbeležba i zabeležba. Uknjižba može uslediti samo na osnovu javne isprave ili takve privatne isprave na kojoj su potpisi stranaka overeni od strane suda ili notara, te ukoliko zabeležka o overi kod fizičkih lica sadrži i njihov datum rođenja, a kako to predviđa § 31 st. 1 GBG-a.

⁵⁶ Odobrenje za upis je izričita izjava onoga čije se pravo ograničava, opterećuje, ukida ili prenosi na drugu osobu da odobrava uknjižbu. O uslovima za uknjižbu, o predbeležbi (gde privatna isprava ne mora biti overena), zabeležbi i uslovima koje moraju ispunjavati isprave da bi se na osnovu njih dozvolio upis videti bliže: W. Rechberger, L. Bittner, 95-111.

Takođe, na pravu građenja može se osnovati novo pravo građenja, pri čemu nastaje podpravo građenja (*Unterbaurecht*).⁵⁷⁵⁸ Suprotno mišljenje zastupaju W. Rechberger i L. Bittner, koji smatraju da ovo nije zakonom predviđeno i da je samim tim nedopušteno, pri čemu se pozivaju na odgovarajuće sudske odluke.^{59 60}

Kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja ima prvenstveni rang i njemu ne može prethoditi založno pravo, kao ni drugo opterećenje koje je usmereno na unovčenje opterećene nepokretnosti: To znači da pre osnivanja prava građenja nepokretnost ne sme biti opterećena ili ukoliko je, već, opterećena, pravo građenja mora biti na prvom mestu u teretnom listu.⁶¹ Što se tiče službenosti i drugih opterećenja različitih od založnog prava, odnosno takvih opterećenja koja nisu usmerena na unovčenje opterećene nepokretnosti, odnosno koja se ne protive cilju radi koga je osnovano pravo građenja, ako na opterećenoj nepokretnosti ista već postoje, ona mogu ostati na svom ranijem mestu ukoliko se to ne protivi cilju prava građenja.

4. Trajanje prava građenja

U nemačkoj Uredbi o pravu građenja nije navedeno minimalno i maksimalno trajanje ovog prava. S obzirom na njegovo svojstvo stvarnopravnog opterećenja nepokretnosti, neophodno je da bude zasnovano na određeno vreme, tj. da je u pravnom osnovu za njegov nastanak, kao i u zemljišnoj knjizi naveden datum njegovog prestanka (*Endtermin*).⁶² U suprotnom vlasnik nepokretnosti bi imao svojinu bez ikakvog dejstva, tj. izgubio bi čak i nadu da će posle izvesnog vremena povratiti punu svojinu opterećene nepokretnosti. Međutim, posmatrajući samo zakonske odredbe, moglo bi se reći da je dopušteno i postojanje potpuno neoročenog prava građenja (tzv. *ewiges Erbbaurecht*). Kod neoročenog prava građenja je po shvatanjima pojedinih pravnih pisaca bitno da se u svakom pojedinom slučaju utvrdi da li je pravo svojine

⁵⁷ V. OGH in JBl 2002, 311 (Holzner); A. Kletečka, *Das Buarecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 37 i ostala literatura navedena prema: H. Koziol, R. Weiser, 435 fn. 9.

⁵⁸ Shvatanje o dopuštenosti podprava građenja zastupa i Martin Binder. V. Martin Binder, 176.

⁵⁹ V. W. Rechberger, L. Bittner, 60.

⁶⁰ Isto shvatanje nalazimo i kod: I. Gert, *Bürgerliches Recht IV Sachenrecht*, Beč 2008., 239.

⁶¹ V. § 5 st. 2 BauRG

⁶² K.. H. Schwab, H. Prütting, 406.

na nepokretnosti postalo iluzorno ili da li je takvo opterećenje suprotno običajima.⁶³

I pored teorijske mogućnosti postojanje potpuno neoročenog prava građenja, ipak je uobičajeno u praksi da ono bude oročeno. Oročavanje se može izvršiti na dva načina, bilo tako što se navede tačan datum prestanka ovog prava (što mora da bude vidljivo iz zemljišne knjige ili bar iz odobrenja za upis u istu) ili tako što se navede određeni događaj sa čijim nastupanjem ovo pravo prestaje. Međutim, u ovom drugom slučaju treba voditi računa da se trajanje prava građenja ne vezuje za neki određeni događaj koji bi dovodio u pitanje zakonsku sadržinu ovog prava kao nasledivog i otudivog. Ovo bi trebalo da znači da takav događaj nije npr. momenat smrti nosioca prava građenja.⁶⁴

Sa trajanjem prava građenja povezano je i pitanje mogućnosti ugovaranja istog pod uslovom. U st. 4 § 1 ErbbauVO je izričito određeno da se trajanje prava građenja ne može ograničiti raskidnim uslovom. Što se tiče odložnog uslova zakonodavac ne govori o tome, iz čega bi se moglo zaključiti da je dozvoljeno ugovaranje da nastanak prava građenja zavisi od nekog odložnog uslova, a ovo je u skladu i sa § 158 st. 1 BGB.⁶⁵ Sem toga, u st. 4 § 1 ErbbauVO u drugoj rečenici je predviđeno da se vlasnik nepokretnosti ne može pozvati na dogovor sa nosiocem prava građenja, na osnovu koga se nosilac prava građenja obavezuje da će, u slučaju nastupanja određenih pretpostavki, odustati od prava građenja i odobriti njegovo brisanje u zemljišnoj knjizi. U slučaju nastupanja određenih pretpostavki može se samo predvideti samo da se pravo građenja prenese na vlasnika nepokretnosti shodno st. 4 § 2 ErbbauVO (tzv. *Heimfall*), ali ne i obaveza nosioca prava građenja da od ovog prava odustane.

U austrijskom pravu, za razliku od nemačkog prava, pravo građenja mora biti oročeno i ono ne može biti ugovoreno za period kraći od 10 godina, niti za period duži od 100 godina.⁶⁶ Nakon isteka ugovorenog roka, pravo građenja može biti produženo, ukoliko se time ne prekoračuje zakonom određen najduži period trajanja ovog prava.⁶⁷ Nedopušteno je da se trajanje prava građenja vezuje za trajanje života nosioca prava građenja, jer se to protivi pravnoj prirodi ovog prava kao

⁶³ V. M. E. Rinne, 1245 i fn. 164.

⁶⁴ Međutim, ovo pitanje nije jednodušno rešeno u teoriji i praksi, te različita razmatranja o tome videti kod: M. E. Rinne, 1246.

⁶⁵ § 158 st. 1 BGB predviđa da dejstvo pravnog posla koji je zaključen pod odložnim uslovom nastupa kada taj uslov nastupi.

⁶⁶ V. § 3 stav 1 BauRG

⁶⁷ V. I. Gert, 239.

nasledivog, a takođe ovo bi štetilo interesima lica koja na pravu građenja imaju neko pravo (npr. hipoteku).⁶⁸

Takođe, isto kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja ne može biti ugovoreno pod raskidnim uslovom,⁶⁹ odnosno ovakve odredbe su nedopuštene i protive se samom upisu ovog prava.⁷⁰ Izuzetak je kašnjenje u plaćanju naknade (*Bauzins*) za najmanje 2 uzastopne godine, u kom slučaju je raskidni uslov sa dejstvom shodno § 4 st. 2 BauRG.⁷¹ Ostali razlozi za otkaz ugovora o građenju, koji bi vodili prestanku prava građenja, mogu biti ugovoreni među strankama, ali ne mogu shodno shvatanjima u pravnoj teoriji biti upisani u zemljišnu knjigu, jer se postojanje pretpostavki za otkaz ugovora ne može u toku zemljišnoknjižnog postupka dokazati.⁷² M. Binder, naprotiv smatra da ne treba unapred odbiti sve klauzule o otkazu ugovora kao nekompatibilne prirodi i pretpostavkama na kojima je zasnovano pravo građenja, već da ih treba posmatrati u odnosu na § 879 ABGB⁷³. Slično mišljenje ovaj autor ima i u odnosu na prethodno raskidanje ugovora iz važnih razloga.⁷⁴

5. Zaključak

Kao što je prikazano pravo građenja u Nemačkoj i u Austriji ima dvostruku pravnu prirodu. Sa jedne strane, to je stvarnopravno opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, a sa druge strane, posebno stvarno pravo koje njegovom imaoću daje ovlašćenje da na opterećenoj nepokretnosti ima građevinu, koja predstavlja njegov bitan sastavni deo. Pravo građenja probija princip *superficies solo cedit*, tj. razdvaja zemljište i građevinu sagrađenu na tom zemljištu, ali sa druge strane samo ono predstavlja nepokretnost u pravnom smislu i na njega se primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti, što znači da ovo pravo zamenjuje zemljište, te građevina, iako je pravno odvojena od zemljišta na kome je sagrađena, nije predmet posebnog prava svojine (kao što je to slučaj sa *le droit de*

⁶⁸ V. W. Rechberger, L. Bittner, 59.

⁶⁹ V. § 4 BauRG

⁷⁰ V. W. Rechberger, L. Bittner, 59.

⁷¹ V. I. Gert, 239.

⁷² V. OGH SZ 66/73 = NZ 1993, 287 mit Anm Hofmeister; NZ 2005, 88; P. Oberhammer in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 80; M. Schaffgotsch, *Grundeigentum und Baurecht*, Beč 1998., 122; navedeno prema: I. Gert, 239.

⁷³ Pomenuti paragraf se odnosi na ništavost ugovora koji su zaključeni uprkos zakonskoj zabrani ili usled ovrede običaja i navodi posebno koji su to ugovori ništavi.

⁷⁴ O ovome V. M. Binder, 179-180.

superficie u francuskom pravu i sa *Superädifikate* u austrijskom pravu), već predstavlja sastavni deo prava građenja i od njega se ne može odvojiti. Prema tome, građevina je pravom građenja pravno odvojena od prirodnog zemljišta na kome je sagrađena, ali je istovremeno spojena sa pravom građenja, dakle sa jednim pravom, koje za ove svrhe predstavlja nepokretnost u pravnom smislu. Nakon isteka vremena na koje je pravo građenja osnovano ili nakon njegovog prestanka na drugi način, vlasnik nepokretnosti stiže u svojinu građevinu koja je bila sastavni deo prava građenja, po pravilu uz plaćanje odgovarajuće naknade za nju.

Jasmina Vukotic, Ph.D.

Delta Generali Insurance Belgrade

LEGAL NATURE, FOUNDATION AND DURATION OF THE BUILDING LEASE IN GERMAN AND AUSTRIAN LAW

Summary

The building lease in German and Austrian law is special real estate right, which could be inherited and it is an alienable right which entitles its holder to the property of the building. It represents on one hand a burden on property on which is founded, on the other hand it is special real estate right. Because of its dual nature it is first registered in the land register of encumbered real estate as its burden, and then opens for him a separate book or sheet, in which subsequently will be entered all changes relating to the building lease, which is the real property in the legal sense. The building lease is generally time-limited, except that German law does not prescribe the minimum and maximum of its duration, as it is the case in Austrian law. After the expiration of the term for which it is contracted or after its termination otherwise, the real estate on which it was founded ceases to be burdened by such law and the owner receives the building, usually by paying the appropriate fee for her.

Keywords: building lease, burden on property, legal nature, foundation, duration.