

Von Bauplätzen und Notwegen

HERBERT RAINER

Der eklatante Mangel an bebaubaren Grundstücken in den Ballungsräumen führt oft zu kreativen Ideen, wie bestehende Liegenschaften geteilt und einer neuen Nutzung zugeführt werden könnten. Von Bedeutung ist idZ die mögliche Anbindung des neuen Grundstücks an das öffentliche Wegenetz. Ausgehend von der Entscheidung des OGH 4 Ob 182/19x auf Seite 274 dieses Heftes (mit Glosse und Praxistipp von *Robert Streller*) ein kurzer Überblick über die Notwegvoraussetzungen:



- Fehlt einer Liegenschaft die für die ordentliche Bewirtschaftung oder Benützung erforderliche Wegeverbindung mit dem öffentlichen Wegenetz, so kann deren Eigentümer idR die gerichtliche Einräumung eines Notwegs über fremde Liegenschaften begehren.
- Unter der ordentlichen Bewirtschaftung oder Benützung und der sich daraus ergebenden erforderlichen Wegeverbindung ist jener Nutzen zu verstehen, den die Liegenschaft nach ihrer Natur und Beschaffenheit gewähren kann, zB die Verwendung zu Bauzwecken.
- Nicht die gegenwärtige faktische Nutzung der Liegenschaft ist ausschlaggebend, sondern deren öffentlich-rechtliche Widmung (etwa als Bauland). Daher zählt die Neuerrichtung von Gebäuden zur ordentlichen Benützung einer solchen Liegenschaft, dh es kann auch ein erst durch Entschluss des Eigentümers geschaffener (Bau-)Bedarf das Recht auf einen Notweg begründen.
- Wird ein Haus zu Wohnzwecken errichtet, so gehören die Lieferung von Lebensmitteln, Haushaltsgegenständen, Brennmaterial und dergleichen sowie die Zufahrt für Feuerwehr, Rettung, Polizei, Müllabfuhr etc zur ordentlichen Benützung der Liegenschaft.
- Der Erwerber einer Liegenschaft muss grundsätzlich selbst für deren ausreichende Anbindung an das öffentliche Wegenetz sorgen und daher die Erfordernisse für deren ordentliche Bewirtschaftung oder Benützung bei seiner Planung in Rechnung stellen.
- Die Einräumung eines Notwegs droht dann zu scheitern, wenn der Wegmangel auf einer auffallenden Sorglosigkeit des Grundeigentümers beruht, worunter eine ungewöhnliche, schwerwiegende und subjektiv auch vorwerfbare Vernachlässigung der objektiv gebotenen Sorgfalt zu verstehen ist.
- Ein Indiz für eine auffallende Sorglosigkeit des Eigentümers kann va auch die Fehleinschätzung eines Wegbedarfs der Liegenschaft sein, dessen Nachlässigkeit soll nicht gefördert werden, nur der – infolge Schuldlosigkeit – schutzwürdige Erwerber soll notwegberechtigt sein.
- Die Gesetzesmaterialien (zurückgehend auf eine Session des Abgeordnetenhauses im Jahr 1985) sehen eine auffallende Sorglosigkeit – insbesondere bei einer Grundabteilung – in der unterbliebenen „Sicherung einer Kommunikation“, gemeint ist damit, dass die im Zuge einer Grundabteilung gemachten Zusagen über die Einräumung von Wegerechten rechtlich nicht fixiert und umgesetzt werden.
- Der Erwerb einer Liegenschaft kann ohne vorherige Erkundigung über allfällige Wegeverbindungen eine

auffallende Sorglosigkeit iSd § 2 Abs 1 NWG begründen. Der Begriff der auffallenden Sorglosigkeit entspricht der groben Fahrlässigkeit iSd § 1324 ABGB.

- Eine entsprechende Säumnis ist allenfalls dann nicht anzunehmen, wenn ein tatsächlich eingetretener Wegebedarf in seiner Art, seinem Ausmaß und seiner Intensität bei einer früheren vertraglichen Gestaltung der die notleidenden Liegen-

schaften betreffenden Rechtsbeziehungen nicht leicht vorhersehbar war (etwa bei einer nach dem Erwerb erfolgten Umwidmung in Bauland) bzw umgekehrt.

- Auffallende Sorglosigkeit liegt vor, wenn ein tatsächlich eingetretener Wegebedarf in seiner Art, seinem Ausmaß und seiner Intensität leicht vorhersehbar war.
- In der Rsp wurde noch nicht die bloße Unterlassung der rechtzeitigen Verbücherung eines (angeblich durch Ersitzung erworbenen) Wegerechts als auffallende Sorglosigkeit beurteilt, wohl aber ein Verzicht auf die Einräumung eines Notwegs durch eine vertragliche Regelung über die Einschränkung einer Wegeservitut, konkret eines ersessenen Fahrrechts.
- Der Anspruch auf Einräumung eines Notwegs für eine bestimmte Liegenschaft ist erst ausgeschlossen, wenn die Umstände auf eine auffallende Sorglosigkeit des Erwerbers schließen lassen, was insb auch dann gilt, wenn die Liegenschaft bereits Bauland war und daher die Notwendigkeit eines Weges leicht beurteilt werden konnte.
- Den Grundeigentümer trifft die Verpflichtung zur Selbstvorsorge für eine hinreichende Verbindung mit dem öffentlichen Wegenetz zu jedem Zeitpunkt, daher auch im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs.
- Letztlich hängt jede Beurteilung in dieser Hinsicht von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine erhebliche Rechtsfrage liegt also nur vor, wenn eine gravierende Fehlbeurteilung unterlaufen ist.
- Verfahrensrechtlich ist noch zu beachten, dass die Behauptungs- und Beweislast für das Fehlen eines groben Verschuldens denjenigen trifft, der den Notweg eingeräumt haben möchte.
- Vor Einräumung eines Notwegs ist zu klären, ob dessen Vorteil die durch ihn für die zu belastenden Liegenschaften erwachsenden Nachteile überwiegt oder ob ein Notweg die regelmäßige Bewirtschaftung oder Benützung der zu belastenden Liegenschaften unmöglich macht oder erheblich beeinträchtigt.
- Betrachtet werden dabei die Liegenschaften, die mit einem Notweg belastet werden sollen, wobei darunter nicht nur die Liegenschaften zu verstehen sind, über die der Notweg in der Natur führen soll, sondern auch solche Liegenschaften, die in wirtschaftlicher Einheit mit diesen Liegenschaften bewirtschaftet bzw benützt werden. Die Einräumung eines Notwegs scheidet daher dann aus, wenn ein solcher Weg die Aufrechterhaltung der einheitlichen Bewirtschaftung bzw Benützung der betroffenen Liegenschaften unmöglich macht oder erheblich erschwert.



**FACHZEITSCHRIFT FÜR
NEUES MIET- UND
WOHNRECHT**
24. JG. Heft 09, September 2020

Zitiervorschlag:
immolex 2020, Seite
immolex 2020/Nummer

HERAUSGEBER:
Manz'sche Verlags- und
Universitätsbuchhandlung GmbH

LEITENDE REDAKTEURE:
ao. Univ.-Prof. Dr. H. BÖHM
StB Mag. K. FUHRMANN
Sen.-Präs. d. VwGH iR
Dr. E. GALL
HR d. VwGH Dr. F. PFIEL
RA Dr. C. PRADER

SCHRIFTFÜHRUNG:
RA Dr. H. RAINER

STÄNDIGE MITARBEITER:
Ri Mag. F. IBY
Ri Mag. M. EBERWEIN
Ri Mag. J. KAINC
Univ.-Prof. Dr. A. KLETEČKA
Mag. C. KOTHBAUER
Ri Mag. S. KULHANEK
RA Dr. E. LINDINGER
Dr. S. MALAINER
RA Dr. R. PESEK
Hon.-Prof.
Dr. J. STABENTHEINER
Dr. A. STARIBACHER

EDITORIAL

Von Bauplätzen und Notwegen
Herbert Rainer
Impressum

245

U3

LEITSÄTZE

Nr. 50 – 57

248

IMMOBILIENFINANZIERUNG

Ausgewählte zivilrechtliche Aspekte der spekulativen Immobilienfinanzierung

250

Nach Art 128 Abs 1 CRR haben Institute im Kreditrisikostandardansatz Positionen, die mit besonders hohen Risiken verbunden sind, ein Risikogewicht von 150% zuzuweisen. Gem Art 128 Abs 2 CRR ist davon auch die spekulative Immobilienfinanzierung umfasst, was zu einer Erhöhung des Eigenmittelerfordernisses führt. Dieser Beitrag setzt sich mit den einzelnen Definitionsmerkmalen der spekulativen Immobilienfinanzierung auseinander und untersucht im Besonderen die zivilrechtlichen Fragestellungen.
Stefanie Anker / Benim Saric

Forward Purchase Deals – Forward Funding Deals

254

Die Folgen der COVID-19-Krise haben die Wirtschaft und damit auch den Immobilienmarkt hart getroffen. Doch neben dem Aktien- und Anleihenmarkt werden Immobilien die wichtigste Anlageklasse bleiben. In Zeiten eines bestehenden Mangels an Immobilien in guter Lage auf dem Markt werden Immobilieninvestoren risikobereit sein müssen, um erfolgreich zu sein. Ein wirksamer Weg, dies zu erreichen, ist der Kauf von Immobilien in einem frühen Entwicklungsstadium. Hier kommen Forward (Funding) Deals ins Spiel.
Stefan Weishaupt

Der Fixkostenzuschuss als bürokratische Hilfe in der Not

258

Der steuerfreie Zuschuss zur Deckung von Fixkosten soll (größere) österreichische Unternehmen und Konzerne bei der Bewältigung von durch COVID-19 ausgelösten Umsatzausfällen unterstützen und wird von einer für diesen Zweck gegründeten Finanzierungsagentur (COFAG) verwaltet und ausbezahlt. Das BMF hat im Verordnungsweg geregelt, welche Unternehmen für den Fixkostenzuschuss infrage kommen, wie die Umsatzausfälle nachgewiesen werden sollen und welche Fixkosten „förderungswürdig“ sind. Die Abwicklung erfolgt automatisiert über FinanzOnline und läuft bereits in Phase 1. Der Beitrag bezieht sich in erster Linie auf Phase 1 des Fixkostenzuschusses, soll aber auch einen Vorgeschmack auf die noch nicht im BGBl veröffentlichte Verordnung zur Phase 2 liefern.
Heinz Fröhlich / Karin Fuhrmann / Sebastian Gestlner

MIETRECHT

OGH 24. 4. 2020, 7 Ob 200/19 s • Zum erheblich nachteiligen Gebrauch durch Umbauarbeiten
(*Simone Maier-Hülle*)

263

OGH 8. 4. 2020, 3 Ob 32/20 g • Zum Vorliegen eines Rechtstitels auf Wohnungsbenützung

266

OGH 7. 4. 2020, 4 Ob 14/20 t

• Zur Vertragsauflösung bei Abtretung von Forderungen aus der Vermietung (*Wolfgang Ruckebauer*)

266

WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT

OGH 26. 5. 2020, 2 Ob 36/20 p • Nutzwertfestsetzung bei der Liegenschaftsteilung durch Begründung von WE (*Sigrid Rätz*)

267

OGH 20. 2. 2020; 5 Ob 223/19 h • Vorkaufrecht als Umgehung der Beschränkung des § 5 Abs 2 WEG (*Christian Prader*)

269

OGH 14. 4. 2020, 5 Ob 26/20 i

• Zum wichtigen Interesse an der Schaffung eines altersgerechten Zugangs (*Thomas Jenewein*)

271

LIEGENSCHAFTSRECHT

- OGH 19. 11. 2019, 10 Ob 106/19 y • Benutzungsrecht des Dritten (*Wolfgang Ruckebauer*) 272
 OGH 30. 3. 2020, 4 Ob 182/19 x • Auffallende Sorglosigkeit im Notwegerecht (*Robert Streller*) 274

VERFAHRENSRECHT

- Die digitale Immobilientransaktion**
 Anna Kogler / Thomas Seeber / Martin Fink / Hannah Fadinger 275
 OGH 30. 3. 2020, 4 Ob 157/19 w • Teilunterbrechung (*Eike Lindinger*) 277

MAKLERRECHT

- OGH 30. 4. 2020, 5 Ob 1/20 p • Zur Verletzung von Aufklärungspflichten (*Nadja Holzer*) 277

IMMOBILIENBESTEUERUNG

- VwGH 13. 11. 2019,
 Ro 2019/13/033 • Beurteilung als Wirtschaftsgut – wirtschaftliche und nicht zivilrechtliche Gesichtspunkte maßgebend (*Clemens Malainner/Andreas Staribacher*) 280
 BFG 30. 3. 2020,
 RV/5101018/2017 • Vorsteuerabzug aus Errichtungskosten unzulässig, wenn Missbrauch vorliegt (*Karin Fuhrmann*) 282

FORUM IMMOBILIENTREUHÄNDER

- Nutzflächenänderungen durch Mieter**
 Christoph Kothbauer 284



JUDIKATUR Update Wohnrecht

Ein Überblick über die Entscheidungen aus den
Jahren 2019 und 2020 zu ABGB, MRG und WEG

Vortragende
Mag. **Julia Kainc**

5. NOVEMBER 2020
Hotel de France
Schottenring 3, 1010 Wien

SORGLOS
BUCHEN!*



manz.at/rechtsakademie

*Sollten die Corona-Maßnahmen eine Teilnahme verbieten oder Sie kurzfristig verhindert sein, können Sie selbstverständlich jederzeit kostenfrei stornieren!

Aktuellste Leitsätze

aus MANZ Wohnrecht online – rdb.at

MIETRECHT

§ 16 MRG

OGH
23. 6. 2020,
5 Ob 83/20x

LS 50

Rügepflicht des Geschäftsraummieters bei Übergabe vor Vertragsabschluss

Bei der Regelung des § 16 Abs 1 Z 1 MRG über die Rügepflicht hatte der Gesetzgeber den typischen Fall des Mietvertragsabschlusses vor Übergabe des Mietgegenstands im Auge. Die „Übergabe“ ist regelmäßig der letztmögliche Zeitpunkt der rechtzeitigen Rüge. Wenn dem Geschäftsraummieter schon vor Übergabe des Bestandsobjekts die für die Festlegung des Hauptmietzinses wesentlichen Faktoren bekannt

sind, ist die Überschreitung nicht erst bei Übergabe, sondern – dem Gesetzeswortlaut entsprechend – unverzüglich zu rügen. Abzustellen ist daher auf die Kenntnis des Mieters von den mietzinsbildenden Umständen. Im Fall der Übergabe des Bestandsobjekts bereits vor Mietvertragsabschluss entfällt die Rügepflicht nicht, vielmehr hat diese dann unmittelbar bei Vertragsabschluss zu erfolgen.

§ 30 Abs 2 Z 3
MRGOGH
24. 6. 2020,
1 Ob 113/20d

LS 51

Unleidliches Verhalten durch exzessives Lüften am Gang

Auch im Winter ist ein kurzes (Stoß-)Lüften im Gang hinzunehmen; ein tw stundenlanges Öffnen der Gangfenster im Winter, wodurch es in einer anderen Wohnung trotz Beheizung „kalt“ wurde, wäre als Dauerverhalten zwar nicht mehr akzeptabel; dennoch liegt in der Verneinung einer erheblichen Störung des friedlichen Zusammenlebens mit dem Ar-

gument, dass sich nach Abmahnung eine Besserung ergab und dass mittlerweile die meisten Gangfenster versperrt sind, keine korrekturbedürftige Überschreitung des Ermessensspielraums. Dass die Mieterin glaubte, zum exzessiven Lüften berechtigt zu sein, vermag daran nichts zu ändern.

§ 30 Abs 2 Z 4
MRGOGH
25. 6. 2020,
6 Ob 122/20i

LS 52

Zweitwohnsitzvereinbarung und vollständige Weitergabe

Ein nur unwesentlicher Benützungsvorbehalt ändert am Vorliegen einer gänzlichen Weitergabe iSd § 30 Abs 2 Z 4 Satz 1 MRG nichts. Ebenso erlaubt die ver-

tragsgemäße Vereinbarung der Nutzung als Zweitwohnung nur eine herabgesetzte Intensität der Nutzung, nicht jedoch eine gänzliche Weitergabe.

§ 30 Abs 2 Z 8
MRGOGH
3. 6. 2020,
5 Ob 80/20f

LS 53

Eigenbedarf einer Studentin bei Geschwistern in einer 100 m² großen Elternwohnung

Die Rechtsansicht, die Wohnmöglichkeit der mittlerweile 29jährigen Enkelin der Kl, die sich mit ihren Eltern und zwei erwachsenen Geschwistern eine 100 m² große Vierzimmerwohnung teilen muss und derzeit nicht einmal ein eigenes Schlafzimmer zur Verfügung hat, sei nicht ausreichend für eine erwachsene Studentin, ist nicht korrekturbedürftig.

Daran ändert es nichts, wenn die Enkelin in I* arbeitet und studiert und von der ca 33 m² großen klagsgegenständlichen Wohnung in A* anstelle bisher H* nach I* fahren muss und das auf sich nimmt, weil sie sich in I* keine Wohnung leisten kann und die 33 m²-Wohnung für einen Singlehaushalt ausreicht.

WOHNUNGS-
EIGENTUMSRECHT§ 28 WEG;
§ 3 MRGOGH
27. 5. 2020,
5 Ob 169/19t

LS 54

Zum Verweis auf fiktive Erhaltungsarbeiten nach § 3 MRG im WEG

§ 28 Abs 1 Z 1 WEG verweist ohne jegliche Einschränkung auf § 3 MRG und ordnet damit auch jene Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung zu, die an sich nach ABGB solche der außerordentlichen Verwaltung wären. Mittels öffentlich-rechtlichen Auftrags rechtskräftig angeordnete Feuerschutzmaßnahmen sind daher als privilegierte Arbeiten vom Verweis in § 28 Abs 1 Z 1 WEG erfasst. Der Verweis in § 28 Abs 1 Z 1 WEG auf § 3 MRG erfasst nicht nur solche Maßnahmen nach § 3 Abs 2 Z 1 MRG, sondern auch die sog „fiktiven“ Erhaltungs-

arbeiten. Die grundsätzlich für die Definition der Erhaltungsarbeiten iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG iVm § 3 Abs 2 Z 1 MRG geforderte Reparaturbedürftigkeit, Schadensgeneigtheit oder Funktionseinschränkung ist bei solchen „fiktiven“ Erhaltungsarbeiten nicht maßgeblich. Soweit allerdings der öffentlich-rechtliche Auftrag gar nicht an die ASt erging bzw ausschließlich allgemeine Teile betraf und sich daher gegen alle Mit- und WEer richtet, ist ein auf Durchführung von dort aufgetragenen Arbeiten gerichtetes Minderheitsrecht daher zu verneinen.

Voraussetzung für die Geltendmachung des Individualanspruchs nach § 30 Abs 1 Z 1 WEG

Voraussetzung für die Anrufung des Gerichts ist die Untätigkeit der Mehrheit oder des Verwalters, entweder durch die Unterlassung einer Beschlussfassung oder die Ablehnung einer Erhaltungsarbeit. Zweckmäßige und wirtschaftlich gebotene Erneuerungsarbeiten gehören auch dann noch zur Erhaltung bestehender Anlagen, wenn es sich dabei um die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands han-

delt, es dabei zu einer vollständigen Erneuerung kommt und/oder dabei Veränderungen vorgenommen werden, die gegenüber dem vorigen Zustand als „Verbesserung“ anzusehen sind. An sich ist Voraussetzung für die Qualifikation als Erhaltungsarbeit die Reparaturbedürftigkeit, Schadensgeneigntheit oder Funktionseinschränkung.

§ 30 WEG

OGH
27. 5. 2020,
5 Ob 169/19t

LS 55

Zum Erfordernis der Erkennbarkeit abweichender Verteilung in der Jahresabrechnung

Eine richtige Abrechnung der Bewirtschaftungskosten hat den gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen zu entsprechen. Da sich die formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Abrechnung aus dem Zweck der Abrechnungspflicht ergeben, muss

die Abrechnung so gestaltet sein, dass der WEer ihr auch entnehmen kann, ob die Aufteilungsgrundsätze des § 32 Abs 1 WEG bzw – sollten derartige vereinbart sein – die des § 32 Abs 2 WEG beachtet wurden.

§ 34 WEG

OGH
4. 5. 2020,
5 Ob 49/20x

LS 56

Teilungsanspruch bei einem Superädifikat

§ 153a EO normiert eine gesetzliche Vertragsübernahme beim Superädifikat. Der Grundeigentümer kann daher dem Übergang der Rechte und Pflichten auf den Ersteher nicht mit Erfolg entgegentreten. Diesem steht zwar gem § 153a Satz 2 EO das Recht zu, den dem Nutzungsverhältnis zugrunde liegenden Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Der wichtige Grund, der den Grundeigentümer unabhängig vom Inhalt des dem Nutzungsverhältnis zugrunde liegenden Vertrags zur Kündigung berechtigt, muss aber in einem Umstand liegen, der mit dem Eintritt des Erstehers in das Nutzungsverhältnis zusammenhängt. Umstände, die nicht auf eine Änderung der Verhältnisse zurückgehen, können hingegen nur dann zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, wenn sie auch gegenüber dem bisher Berechtigten geltend

gemacht werden hätten können. Daraus ergibt sich, dass die von der älteren Rsp geforderte Voraussetzung einer Zustimmung des Grundeigentümers zum Eintritt des Erstehers in das bestehende Grundnutzungsverhältnis aufgrund des gesetzlichen Vertragseintritts obsolet ist. Im Übrigen steht der Einwand über das Fehlen eines Grundnutzungsrechts zufolge rechtswirksamer Beendigung dem Teilungsanspruch nicht entgegen, weil dieser Umstand allenfalls zum Verkauf auf Abbruch führt, der auch erst im Vollstreckungsverfahren begehrt werden kann. Ebenso wenig bildet es ein im Erkenntnisverfahren aufzugreifendes Teilungshindernis, wenn das Nutzungsrecht im Exekutionsverfahren mit dem Zuschlag an einen familienfremden Ersteher zufolge Ablaufs der dafür bestimmten Zeit endet.

§ 153a EO

OGH
23. 6. 2020,
5 Ob 8/20t

LS 57

Ausgewählte Entscheidungsleitsätze werden in den folgenden immolex-Heften ausführlich besprochen.

Zum Autor:

Dr. *Christian Prader* ist seit 1997 RA in Innsbruck mit Spezialgebiet Miet- und Wohnungseigentumsrecht, leitender Redakteur der MANZ [nju:s] für Wohnrecht (www.njus.at), Autor der MANZ'schen Großen Ausgaben zum MRG (MANZ 2017), WEG (MANZ 2018) und WGG (MANZ 2019).

Hinweis: Zu den LS werden keine Rechtsauskünfte erteilt.

Kontakt:

Rechtsanwalt Dr. Christian Prader
Dr.-Glatz-Straße 1, 6020 Innsbruck
Tel: (0512) 209 209
Fax: (0512) 209 209-99
E-Mail: prader@wohnrecht.at
Internet: www.wohnrecht.at

Ausgewählte zivilrechtliche Aspekte der spekulativen Immobilienfinanzierung

Nach Art 128 Abs 1 CRR haben Institute im Kreditrisikostandardansatz Positionen, die mit besonders hohen Risiken verbunden sind, ein Risikogewicht von 150% zuzuweisen. Gem Art 128 Abs 2 CRR ist davon auch die spekulative Immobilienfinanzierung umfasst, was zu einer Erhöhung des Eigenmittelerfordernisses führt. Dieser Beitrag setzt sich mit den einzelnen Definitionsmerkmalen der spekulativen Immobilienfinanzierung auseinander und untersucht im Besonderen die zivilrechtlichen Fragestellungen.

STEFANIE ANKER / BENIM SARIC

A. Einleitung

Um Geschäftsrisiken zu begrenzen, haben Institute¹⁾ nach den Vorschriften der Verordnung (EU) 575/2013²⁾ (CRR)² Eigenmittel³⁾ zu halten. Je nach Risikoart sieht die CRR unterschiedliche Ansätze für die Berechnung des Eigenmittelerfordernisses vor.

Die Risikopositionsklasse „mit besonders hohen Risiken verbundene Risikopositionen“⁴⁾ nach Art 128 Abs 1 CRR verlangt ein **Risikogewicht von 150%**. Art 128 Abs 2 CRR nennt in seiner demonstrativen Aufzählung auch die **spekulative Immobilienfinanzierung**, was die Erhöhung der risikogewichteten Positionsbeträge und eine damit einhergehende Verschärfung der Eigenmittelerfordernisse zur Folge hat. Die praktische Auswirkung dieses Regelwerkes auf die Institute ist daher enorm.

In Art 4 Abs 1 Z 79 CRR findet sich die **Legaldefinition** der spekulativen Immobilienfinanzierungen, die jedoch einige unklare Formulierungen beinhaltet und essenzielle Fragen für den Rechtsanwender aufwirft. Diese Legaldefinition war auch Gegenstand der Rechtsauslegung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) vom 21. 9. 2018,⁵⁾ die wiederum Gegenstand der Konkretisierung durch die österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) am 17. 12. 2018 war.⁶⁾ Dies mündete in einer Verschärfung der Aufsichtspraxis.

Die erheblichen Auswirkungen auf die Institute und die der Auslegung bedürftigen rechtlichen Grundlagen haben in jüngster Zeit zu einer verstärkten Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Aspekten dieser Thematik, nicht nur von behördlicher Seite, sondern auch in der Literatur und Praxis, geführt.⁷⁾ Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich ergänzend mit den zivilrechtlichen Aspekten der spekulativen Immobilienfinanzierung, wobei das Augenmerk auf den einzelnen Tatbestandsmerkmalen liegt.

B. Definition der spekulativen Immobilienfinanzierung

Art 4 Abs 1 Z 79 CRR definiert spekulative Immobilienfinanzierung als ein Darlehen⁸⁾ zum Zweck des

Erwerbs, der Entwicklung oder des Baus von oder iZm Immobilien bzw Flächen für solche Immobilien mit der Absicht, diese gewinnbringend zu verkaufen.

Sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale nach Art 4 Abs 1 Z 79 CRR kumulativ erfüllt, liegt eine spekulative Immobilienfinanzierung vor, die der Risikopositionsklasse gem Art 128 CRR zuzuordnen ist. Eine Zuordnung zu einer anderen Risikopositionsklasse als der Risikopositionsklasse gem Art 128 CRR ist ausgeschlossen.

Die Legaldefinition der spekulativen Immobilienfinanzierung erschöpft sich in ihrem Kern in der Absicht des Kreditnehmers, die Immobilie gewinnbringend zu verkaufen, wobei bereits die bloße Absicht, Gewinne, egal welcher Qualität, zu erzielen, umfasst ist. Weder die konkrete Beschaffenheit des finanzierten Immobilienprojekts noch die tatsächlichen Aussichten auf Rückzahlung oder die Bonität des Kreditnehmers werden berücksichtigt.⁹⁾ Auch allfällige gestellte Sicherheiten sind für die Qualifika-

Mag. *Stefanie Anker*, MBA, ist am Legal Department der Amundi Austria GmbH (Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, E-Mail: stefanie.anker@amundi.com) tätig.

Mag. *Benim Saric*, LL.M., MBL, ist bei der VOLKSBANK WIEN AG (Dietrichgasse 25, 1030 Wien; E-Mail: benim.saric@volksbankwien.at), Bereich Legal, tätig.

1) ISd Art 4 Abs 1 Z 3 CRR.

2) Verordnung (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 646/2012.

3) ISd Art 25 ff CRR.

4) Art 112 lit f CRR.

5) *EBA*, Single Rulebook Q&A, 2017_3173.

6) *FMA*, Spekulative Immobilienfinanzierungen gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR, FMA-SG23 5000/0173-CSA/2018, 17. 12. 2018.

7) *Jürgens*, Die spekulative Immobilienfinanzierung im Kreditrisikostandardansatz, ZFR 2019/73.

8) In diesem Artikel wird der Begriff „Kredit“ synonym zum Begriff „Darlehen“ verwendet.

9) Vgl dazu auch die Klarstellung der *EBA* in Single Rulebook Q&A, 2015_2068, mit welcher die Anwendbarkeit der Wortfolge „where appropriate“ in Art 128 Abs 1 CRR im Sinne einer Generalklausel für Abs 2 dezidiert ausgeschlossen wird; in dieselbe Kerbe schlägt die *EBA* auch in Single Rulebook Q&A, 2017_3131 (keine Relevanz der Eigenkapitalfinanzierung des Liegenschaftskaufs).

tion als spekulative Immobilienfinanzierung nicht von Bedeutung und können nicht als Basis für eine andere Risikogewichtung herangezogen werden.¹⁰⁾ Die Legaldefinition der spekulativen Immobilienfinanzierung scheint in ihrer Absolutheit unverhältnismäßig, da der spekulative Charakter allein von der Gewinnerzielungsabsicht, und nicht von konkreten, nach Risikogesichtspunkten zu bewertenden Umständen, bestimmt wird.¹¹⁾

C. Tatbestandsmerkmale der spekulativen Immobilienfinanzierung gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR

Betrachtet man den Tatbestand der spekulativen Immobilienfinanzierung jedoch in seinen zivilrechtlichen Aspekten, so ergeben sich abseits der aufsichtsbehördlichen strengen Auslegung durchaus Möglichkeiten, in der Praxis die Qualifizierung als spekulative Immobilienfinanzierung iSd Art 4 Abs 1 Z 79 CRR zu vermeiden.

1. Darlehen zum Zweck des Erwerbs, der Entwicklung oder des Baus von oder iZm Immobilien bzw Flächen für solche Immobilien

Der Kern dieses Tatbestandmerkmals ist der **Zweck des Erwerbs, der Entwicklung oder des Baus** von oder iZm Immobilien bzw Flächen für solche Immobilien. Gegenstand sind daher Immobilien, die erworben, entwickelt oder gebaut werden sollen, oder Flächen, die für ebensolche Immobilien dienen. Nicht umfasst ist daher der Kauf von Flächen, die nicht iZm diesen Immobilien stehen.

Zu beachten ist weiters, dass es nur darauf ankommt, ob **entweder die Immobilie selbst oder die Fläche für die Immobilie finanziert** wird. Es ist nicht notwendig, dass sowohl die Immobilie als auch die zugehörige Fläche finanziert werden. Auch die Höhe der Finanzierung oder, umgekehrt gesprochen, die Höhe einer möglichen Eigenkapitalfinanzierung ist bei der Qualifizierung als spekulative Immobilienfinanzierung nicht relevant.¹²⁾

2. Verkaufsabsicht des Darlehensnehmers

Art 4 Abs 1 Z 79 CRR knüpft an die **Absicht** des Darlehensnehmers an, die Immobilien bzw Flächen für solche Immobilien **gewinnbringend zu verkaufen**.

Art 4 Abs 1 Z 79 CRR erfasst **nur die Fälle der anfänglichen**, im Kreditvertragsabschlusszeitpunkt vorliegenden **Verkaufsabsicht** des Darlehensnehmers. Für die nachträgliche Verkaufsabsicht, die nach dem Kreditvertragsabschluss eintritt, greifen die Rechtsfolgen des Art 128 CRR nicht. Dies allerdings unter der Bedingung, dass sich aus den dem Risikomanagement des Instituts vorliegenden Daten keine Indikation ergibt, dass trotz Fehlens der Verkaufsabsicht des Darlehensnehmers dennoch eine Gewichtung mit 150% entsprechend Art 128 CRR als risikoadäquat anzusehen ist.¹³⁾

Kritisch ist idZ die Frage, ob sich das **Institut** bei der Prüfung dieser Tatbestandsvoraussetzung **auf die Angaben des Darlehensnehmers verlassen darf**. Dafür, dass sich das Institut auf die diesbezüglichen Angaben des Darlehensnehmers verlassen darf, sprechen allgemein rechtliche Überlegungen. So ist es auch in anderen Geschäfts- (und Rechts-)bereichen ausreichend und teils notwendig, sich – mangels besonderer Verdachtsmomente – auf die rechtsgeschäftlichen Erklärungen anderer zu verlassen, wie auch darauf, dass diese nicht rechtsmissbräuchlich erfolgen. Gegen diesen Ansatzpunkt sprechen allerdings Art 128 Abs 3 CRR und § 39 BWG, welche die Einhaltung eines gewissen bankinternen Prüfungsprozesses verlangen. § 39 Abs 1 BWG trägt den Geschäftsleitern eines Kreditinstituts¹⁴⁾ auf, sich über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren und diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen. Um dieser Anforderung gerecht zu werden, haben die Geschäftsleiter im Kreditinstitut ein angemessenes und wirksames Risikomanagement zu etablieren. Im Rahmen dieses Risikomanagements sind gem § 39 Abs 2 b Z 1 BWG auch die Risiken aus einer spekulativen Immobilienfinanzierung iSd Art 4 Abs 1 Z 79 CRR als Kreditrisiken entsprechend zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen. Dies hat zur Folge, dass sich Kreditinstitute auf die diesbezüglichen Angaben des Darlehensnehmers nicht verlassen dürfen, ohne angemessene eigene Nachforschungen innerhalb des bankinternen Risikomanagements anzustellen.

Aus dem Erfordernis der Verkaufsabsicht des Darlehensnehmers zum Zeitpunkt des Kreditabschlusses ergibt sich im Umkehrschluss, dass Immobilienfinanzierungen, bei denen eine **Vermietungsabsicht** vorliegt, nicht unter die gegenständliche Position fallen. Das Gleiche gilt für Immobilienfinanzierungen, wenn die zu finanzierende Immobilie vom Darlehensnehmer **selbst genutzt** wird.¹⁵⁾ Ebenso ist die Situation zu beurteilen, wenn ein Grundstück **vorsorglich gekauft** wird, der Käufer im Finanzierungszeitpunkt aber noch gar nicht beschlossen hat, ob er das Grundstück zukünftig selbst bebauen, verschenken oder verkaufen möchte.

Wie oben bereits erwähnt, illustriert dieser Fall die **bloße Gewinnerzielungsabsicht als losgelöstes Kernelement** der spekulativen Immobilienfinanzierung. Daraus ergibt sich, dass die Kreditvergabe an einen Darlehensnehmer, der die weitere Verwendung der Immobilie noch nicht einmal festgesetzt hat, als weniger spekulativ gewichtet wird als die

10) EBA, Single Rule Book Q&A, 2015_2304; aA *Jürgens*, Die spekulative Immobilienfinanzierung im Kreditrisikostandardansatz, ZFR 2019/73.

11) Vgl dazu auch *Dellinger* in *Dellinger/Blume*, CRR Art 4 Nr 70 Rz 2 f, sowie *Steinböck/Blume* in *Dellinger/Blume*, CRR Art 4 128 Rz 3.

12) EBA, Single Rulebook Q&A, 2017_3131.

13) Vgl hierzu Art 128 Abs 3 CRR; EBA, Consultation Paper, Draft Guidelines on specification on types of exposures to be associated with high risk under Article 128(3) of Regulation (EU) No 575/2013, 17. 4. 2018 (EBA/CP/2018/03).

14) ISd § 1 Abs 1 BWG.

15) EBA, Single Rulebook Q&A, 2015_2304.

Darlehensgewährung an einen Darlehensnehmer, der einen nachvollziehbaren Plan zur Gewinnerzielung und in weiterer Folge zur Rückzahlung vorlegen kann.

Der spekulative Charakter wird darüber hinaus auch bei Immobilienfinanzierungen verneint, die durch das **Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz** gedeckt sind bzw sich auf nach den einschlägigen Landesgesetzen zur **Neubauförderung** geförderte Objekte beziehen, zumal bei diesen Finanzierungen an erster Stelle der Nutzen der Gemeinschaft bzw der Förderzweck und nicht die Verkaufsabsicht des Darlehensnehmers steht.

D. Unwiderrufliche Verträge

Nach Ansicht der EBA werden im Fall von Risikopositionen gegenüber dem Entwickler eines Immobilienprojekts, der zukünftige Verträge mit potenziellen zukünftigen Eigentümern dieser in Entwicklung befindlichen Immobilien abgeschlossen hat, aber diese Verträge nicht unwiderruflich sind, die entsprechenden Risikopositionen als spekulative Immobilienfinanzierung qualifiziert.¹⁶⁾ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass beim Vorliegen von unwiderruflichen Verträgen der spekulative Charakter der Immobilienfinanzierung verneint werden kann.

Dabei wird aber von der EBA nicht definiert, was unter einem **unwiderruflichen Vertrag** in diesem Sinne zu verstehen ist, jedoch wurde von der FMA eine Konkretisierung vorgenommen.¹⁷⁾ Demnach sind die Immobilienfinanzierungen nicht als spekulativ anzusehen, wenn die Verträge über den Kauf der Liegenschaft bzw des Liegenschaftsanteils einerseits **gültig zustande** gekommen sind und andererseits deshalb unwiderruflich sind, weil **kein** gesetzliches oder vertragliches **Rücktrittsrecht** besteht und der Kaufvertrag **nicht (mehr) auflösend bedingt** ist.¹⁸⁾

Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen setzt das Zustandekommen eines gültigen Vertrags übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus. IdZ spricht die EBA von „**future contract agreements**“, dh nicht von bestehenden Verträgen.¹⁹⁾ Dies spricht dafür, dass auch ein gültiger **Vorvertrag** als ausreichend angesehen werden kann, ebenso wie ein rechtlich **verbindliches Kaufanbot**.

1. Vorvertrag

Aus zivilrechtlicher Perspektive ist Vorsicht bei Annahme eines **Vorvertrags** über den Kauf der Liegenschaft bzw des Liegenschaftsanteils geboten. Da der Vorvertrag den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrags (*essentialia negotii*) regeln muss, darf bei einem Konsensualvertrag im Zweifelsfall kein Vorvertrag angenommen werden, weil der Hauptvertrag zustande gekommen ist, sobald die Parteien über die *essentialia negotii* (Liegenschaft und Preis) einig sind.²⁰⁾ Diese Zweifelsregel gilt jedoch dann nicht, wenn sich aus den Umständen eindeutig ergibt, dass die Parteien dennoch „bloß“ einen Vorvertrag abschließen wollten. Dies kann insb dann angenommen werden, wenn die Parteien den Abschluss des

Vertrags über den Kauf der Liegenschaft bzw des Liegenschaftsanteils zeitlich hinausschieben wollen, da zB noch Unklarheiten vorliegen oder der Eintritt bestimmter Umstände abgewartet werden soll.²¹⁾

In zivilrechtlicher Hinsicht ist die Unterscheidung zwischen einem Vorvertrag und einem Hauptvertrag von wesentlicher Bedeutung, da bei einem Vorvertrag der Anspruch auf den Abschluss des Hauptvertrags erworben wird, nicht jedoch der Anspruch auf Leistung aus dem Hauptvertrag. Für die rein regulatorischen Zwecke ist allerdings diese Unterscheidung am Rande liegend, zumal selbst im Zweifelsfall jedenfalls ein für die Zwecke der spekulativen Immobilienfinanzierung zu berücksichtigender Hauptvertrag über den Kauf der Liegenschaft bzw des Liegenschaftsanteils anzunehmen ist.

Zu beachten ist weiters, dass der Vorvertrag in seinem zeitlichen Bestand durch § 936 Satz 2 ABGB begrenzt ist. Zudem verliert der Vorvertrag nach § 936 ABGB seine Verbindlichkeit, wenn sich die im Zeitpunkt des Vorvertragsabschlusses existierenden Umstände nachträglich so geändert haben, dass dadurch der Zweck des Vorvertrags vereitelt wurde oder ein Vertragspartner das Vertrauen in den anderen Teil verloren hat (*clausula rebus sic stantibus*).²²⁾ Wurde etwa zwischen Abschluss des Vorvertrages und Abschluss des Vertrags über den Kauf der Liegenschaft eine Umwidmung der Liegenschaft von Bau- ins Grünland vorgenommen, so stellt sich die Frage nach der *clausula rebus sic stantibus*, die zu einem Erlöschen der Verpflichtungen aus dem Vorvertrag führen könnte.

Aus den oben dargestellten Gründen ist Vorsicht bei relevanten Vorverträgen geboten und es ist, um den spekulativen Charakter der Immobilienfinanzierung ausschließen zu können, die Gültigkeit des Vorvertrags durch das Institut im Rahmen des bankinternen Kontrollprozesses gem Art 128 Abs 3 CRR bzw § 39 Abs 2 BWG zu beurteilen.

Die Möglichkeit der Berücksichtigung von Vorverträgen spricht dafür, dass auch ein angenommenes **Kaufanbot** als ausreichend angesehen werden kann. Dabei muss es sich um ein rechtsverbindliches Angebot handeln, wobei auch dies nach allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen ist.²³⁾ Es muss sich um ein Angebot des Verkäufers handeln, das Eigentumsrecht an der Immobilie unter bestimmten, vorab festgelegten Bedingungen dem Käufer zu verschaffen. Ein Angebot liegt erst dann vor, wenn der Erklärende gebunden sein will. IdR tritt diese Bindungswirkung mit dem Zugang des Angebots beim Adressaten ein, dh der Offerent kann

16) EBA, Single Rulebook Q&A, 2017_3173.

17) FMA, Spekulative Immobilienfinanzierungen gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR, 17. 12. 2018, FMA-SG23 5000/0173-CSA/2018.

18) FMA, Spekulative Immobilienfinanzierungen gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR, 17. 12. 2018, FMA-SG23 5000/0173-CSA/2018.

19) EBA, Single Rulebook Q&A, 2017_3173.

20) Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 ABGB Rz 48; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 ABGB Rz 2.

21) Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 ABGB Rz 48; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 ABGB Rz 2.

22) Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 936 Rz 12.

23) §§ 861 ff ABGB.

das Angebot grundsätzlich nicht mehr einseitig widerrufen. Ob und welche Reichweite die einzelnen Klauseln in einem solchen Angebot haben, ist eine Frage des Einzelfalles und wäre durch das Institut im Rahmen des bankinternen Kontrollprozesses gem Art 128 Abs 3 CRR bzw § 39 Abs 2 BWG zu beurteilen.

2. Bedingter Vertrag

Aus dem Erfordernis eines gültigen Vertrags folgt, dass ein Vertrag mit einer **aufschiebenden Bedingung dem Erfordernis der Unwiderruflichkeit nicht Genüge tut**. Wird diese Bedingung nicht erfüllt, dann kommt der Vertrag nicht zustande. Im Gegensatz dazu wird ein Vertrag mit einer auflösenden Bedingung weiterhin als ein gültiger Vertrag angesehen, zumal hier die Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort eintritt.

Liegt ein gültiger Vertrag vor,²⁴⁾ so müssen folgende zwei Voraussetzungen erfüllt sein, damit dieser als unwiderruflich qualifiziert werden kann:

- **Kein** gesetzliches oder vertragliches **Rücktrittsrecht** des Käufers.
- Der Vertrag ist **nicht** (mehr) **auflösend bedingt**. Zu beachten ist, dass ein Rücktritt von einem gültigen Vertrag nur unter gewissen Bedingungen möglich ist. Es muss demnach zwischen Käufer und Verkäufer (hier: Darlehensnehmer) eine Vereinbarung über Rücktrittsmöglichkeiten getroffen worden sein oder es gibt eine gesetzliche Einräumung, die den Rücktritt vom Vertrag ermöglicht. Bereits im Vorvertrag können solche Rücktrittsrechte vereinbart werden oder gesetzlich entstehen. So sehen zB §§ 3 und 30a KSchG und § 5 BTVG gesetzliche Rücktrittsrechte von Verbrauchern vor.

Der Vertrag darf auch nicht (mehr) auflösend bedingt sein. Bspw wird ein Kaufanbot für eine Liegenschaft mit einer auflösenden Bedingung gestellt, dass, wenn die Finanzierung nicht zustanden kommt, die Zahlungspflicht des Angebotsstellers entfällt.

Um sicherzustellen, dass diese Ausnahmenvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Einsicht des Kreditgebers in die relevanten Verträge erforderlich. Hier empfiehlt sich, bereits im Vorfeld (im Zeitpunkt der Kreditvergabe) diese Einsichtsrechte im erforderlichen Ausmaß vertraglich sicherzustellen.

Nur wenn alle Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, liegt ein unwiderruflicher Vertrag vor und kann der spekulative Charakter der Immobilienfinanzierung verneint werden. Diese Regelung greift auch, wenn zumindest 51% der Liegenschaftsanteile im oben genannten Sinn einem unwiderruflichen Vertrag unterliegen. Die FMA regt ein **Loan Splitting**²⁵⁾ an, solange die realisierte Vorverwertung die Schwelle von 51% noch nicht erreicht hat.²⁶⁾ Liegt ein Vertrag über den Verkauf von Liegenschaften vor und sind davon 51% des Anteils an bereits verkauften Liegenschaften unwiderruflich, kann die Einordnung der gesamten Finanzierung als Risikoklassifikation gem Art 128 CRR unterbleiben. Ist lediglich ein geringerer Anteil (< 51%) an bereits verkauften Liegenschaften unwiderruflich, so kann ein Loan Splitting vorgenommen werden. Der vorver-

wertete Teil der Finanzierung muss nicht der Klassifikation als spekulative Immobilienfinanzierung zugeordnet werden, wohingegen der restliche Teil bis zur Grenze von 51% unter Art 128 CRR fällt.²⁷⁾

E. Fazit

Die Qualifizierung einer Kreditvergabe als spekulative Immobilienfinanzierung gem Art 128 Abs 2 CRR hat aufgrund der daraus resultierenden Erhöhung der Eigenmittelerfordernisse weitreichende praktische Auswirkungen auf das ausgebende Kreditinstitut.

Die Legaldefinition der spekulativen Immobilienfinanzierung sowie die konsequent strenge Auslegung der Aufsichtsbehörden lassen den Kreditinstituten nicht viel Spielraum, Vermeidungsstrategien anzuwenden. Es werden weder risikominimierende Maßnahmen noch die konkrete Beschaffenheit des finanzierten Immobilienprojekts oder die Bonität des Kreditnehmers bzw die tatsächliche Aussicht auf Rückzahlung des Kredits berücksichtigt. Wählt man aber einen **zivilrechtlichen Ansatzpunkt bei der Analyse der Tatbestandsmerkmale**, so lassen sich durchaus Möglichkeiten aufzeigen, die **Qualifizierung als spekulative Immobilienfinanzierung iSd Art 4 Abs 1 Z 79 CRR zu vermeiden**.

Insb der Umstand, dass die Absicht des Darlehensnehmers, die Immobilien bzw Flächen für solche Immobilien gewinnbringend zu verkaufen, im Zeitpunkt der Finanzierung vorliegen muss, erlaubt gewisse Gestaltungsmöglichkeiten dahingehend, dass beim Vorliegen von unwiderruflichen **Verträgen** der spekulative Charakter der Immobilienfinanzierung verneint werden kann. Von unwiderruflichen Verträgen ist dann auszugehen, wenn die Verträge einerseits gültig zustande gekommen sind, andererseits weder ein gesetzliches Rücktrittsrecht noch ein allfällig darüber hinaus vereinbartes vertragliches Rücktrittsrecht mehr besteht und der Kaufvertrag nicht (mehr) auflösend bedingt ist. Ein gültig geschlossener Vorvertrag erfüllt diese Kriterien und kann daher in diesem Sinne zur Anwendung kommen.

Auch die Absicht der Vermietung, der Eigennutzung oder des Kaufs einer Immobilie oder Fläche für solche Immobilien auf Vorrat, also ohne bereits den Entschluss getroffen zu haben, wie und ob diese zukünftig verwertet werden sollen, schließt die Qualifikation als spekulative Immobilienfinanzierung iSd Art 4 Abs 1 Z 79 CRR aus, da diese auf die **bloße Gewinnerzielungsabsicht des Darlehensnehmers** abstellt.

24) Zum Vorvertrag siehe § 936 ABGB.

25) Der Vertrag über den Verkauf von Liegenschaften wird nach den prozentuellen Anteilen an bereits unwiderruflich verkauften Liegenschaften beurteilt.

26) FMA, Spekulative Immobilienfinanzierungen gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR, 17. 12. 2018, FMA-SG23 5000/0173-CSA/2018.

27) FMA, Spekulative Immobilienfinanzierungen gem Art 4 Abs 1 Z 79 CRR, 17. 12. 2018, FMA-SG23 5000/0173-CSA/2018.

Nach Art 128 Abs 1 CRR haben Institute im Kreditrisikostandardansatz Positionen, die mit besonders hohen Risiken verbunden sind, ein Risikogewicht von 150% zuzuweisen, wovon aufgrund der Legaldefinition in Art 128 Abs 2 CRR auch die spekulative Immobilienfinanzierung umfasst ist. Über die zivilrechtlichen Aspekte in den Tatbestandsmerkmalen der spe-

kulativen Immobilienfinanzierung, nämlich die bloße Gewinnabsicht des Darlehensnehmers und die Unwiderruflichkeit des Vertrages, lassen sich Ansatzpunkte aufzeigen, um die in der Bankenpraxis erheblichen (nachteiligen) Auswirkungen der Qualifikation als spekulative Immobilienfinanzierung zu vermeiden.

Forward Purchase Deals – Forward Funding Deals

Die Folgen der COVID-19-Krise haben die Wirtschaft und damit auch den Immobilienmarkt hart getroffen. Doch neben dem Aktien- und Anleihenmarkt werden Immobilien die wichtigste Anlageklasse bleiben. In Zeiten eines bestehenden Mangels an Immobilien in guter Lage auf dem Markt werden Immobilieninvestoren risikobereit sein müssen, um erfolgreich zu sein. Ein wirksamer Weg, dies zu erreichen, ist der Kauf von Immobilien in einem frühen Entwicklungsstadium. Hier kommen Forward (Funding) Deals ins Spiel.

STEFAN WEISHAUPT

A. Einleitung

Durch die COVID-19-Krise hat sich der Transaktionsmarkt verlangsamt, doch Immobilien werden ungeachtet dessen eine der wichtigsten Anlageklassen bleiben. Die Wahrnehmung von Immobilien als sichere und stabile Anlageform wird weiterhin eine große Rolle spielen und auch der unveränderte Mangel an Anlagealternativen wird diesen Trend in Zukunft weiter stärken.

Der schon vor der Krise bestehende Mangel an Immobilien in guter Lage auf dem Markt wird sich nach der Krise vermutlich noch weiter vergrößern. Investoren werden daher risikobereiter sein müssen, um auf dem Immobilienmarkt zu reüssieren. Dadurch könnte sich der Trend zu Investments in Immobilien in einem frühen Entwicklungsstadium weiter verstärken, wie dies bei Forward Funding Deals der Fall ist.

B. Forward Deals

Bei Forward Deals handelt es sich um gemischte Kauf- und Werkverträge.¹⁾ Der Verkäufer verkauft dem Käufer nicht nur ein Grundstück, sondern schuldet ihm auch die Herstellung eines Werks – des Gebäudes. In welchem Projektstadium der Käufer die Immobilie samt Bebauung erwirbt, ist von Fall zu Fall verschieden. Häufig wird der Kaufvertrag abgeschlossen, nachdem die Baugenehmigung erteilt wurde, der Bau begonnen hat oder die ersten Mietverträge unterzeichnet wurden. Der Kaufvertrag kann aber auch viel früher abgeschlossen werden, manchmal sogar noch, bevor die Baugenehmigung für das Projekt erteilt wurde.

1. Vorteile von Forward Deals

Forward Deals bieten den großen Vorteil einer frühzeitigen Planungssicherheit sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer. Der Verkäufer hat seine Immobilie bereits verkauft, bevor der Bau abgeschlossen ist (manchmal sogar noch vor Baubeginn). Das Risiko, einen Käufer finden zu müssen, wird frühzeitig ausgeschaltet. Der Verkäufer hat nichts weiter zu tun, als das Gebäude „nur“ vertragsgemäß zu errichten. Der Käufer schöpft die Immobilie in einem frühen Stadium aus dem Markt. Dies ist gerade in Zeiten der Immobilienverknappung ein entscheidender Vorteil.

Aus der Sicht der Verkäufer ist auch die Finanzierungsseite wichtig. Häufig ist es für Verkäufer einfacher, eine Finanzierung bei einem Forward Deal zu erhalten, schließlich haben sie sich bereits einen Käufer gesichert, der einen fixierten (Mindest-)Kaufpreis zahlt. Bei einem Forward Funding Deal geht der Finanzierungsaspekt noch einen bedeutenden Schritt weiter: Der Investor kann die Bank bei der Zahlung der Tranchen ersetzen. Im Idealfall wird der Investor die Zahlungen im gleichen „Rhythmus“ leisten, wie die Verkäufer ihren Verpflichtungen gegenüber den Auftragnehmern nachkommen, sodass – bei guter vertraglicher Regelung – die Finanzierung insgesamt ersetzt werden kann. Aber warum sollten Investoren

Dr. Stefan Weishaupt LL.M., MRICS ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Weishaupt Horak Georgiev Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien und unter anderem auf Immobilien- und Baurecht spezialisiert.

1) Der Kaufvertrag kann sich auch auf eine Gesellschaft beziehen, welche die Immobilien im Eigentum hält. Diesfalls sind auch gesellschaftsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

§§ 1053 ff,
1165 ff ABGB

Forward
Funding Deal;
Forward
Purchase Deal;
Kaufvertrag;
Werkvertrag

das tun? Es ermöglicht ihnen, sich eine Immobilie zu sichern, das Geld früher zu platzieren und das Risiko von Preiserhöhungen auszuschließen.

2. Forward Purchase Deals – Forward Funding Deals

Es gibt zwei übliche Arten von Forward Deals: Forward Purchase Deals und Forward Funding Deals. Bei einem Forward Purchase Deal zahlt der Käufer den Kaufpreis nach Abschluss und Abnahme der Projektentwicklung und gegebenenfalls erst bei Erreichen einer bestimmten Vermietungsquote. Bei einem Forward Funding Deal hingegen zahlt der Käufer den Kaufpreis nach Maßgabe des Baufortschritts. Mit Ausnahme der letzten Rate sind die Tranchen vor Abschluss der Bauarbeiten fällig.

Bei einem Forward Purchase Deal liegt das Bau- risiko fast vollständig beim Verkäufer, da der Käufer den Kaufpreis erst nach der Abnahme bezahlt. Vor Zahlung des Kaufpreises hat der Käufer die Möglichkeit zu überprüfen, ob das Bauvorhaben vollständig und ohne Mängel abgeschlossen ist. Ist dies nicht der Fall, kann der Käufer die Abnahme verweigern oder – wenn das Projekt grundsätzlich abnahmereif ist – zumindest einen Teil des Kaufpreises einbehalten. In der Praxis sind Forward Purchase Deals wesentlich komplexer als Transaktionen von Bestandsimmobilien. Insb müssen die Details des abgeschlossenen Bauprojekts und der Abnahme genau definiert werden. Es muss sehr klar geregelt sein, was der Verkäufer bis wann bauen muss, wann der Käufer den Kaufpreis bezahlen muss und wie der Käufer bei Vorliegen von Mängeln abgesichert ist.

Bei einem Forward Funding Deal trägt der Käufer ein deutlich höheres (Bau-)Risiko, da er die Kaufpreistraten schon vor Fertigstellung des Bauprojekts und somit auch vor Überprüfbarkeit der ordnungsgemäßen Fertigstellung bezahlen muss. Forward Funding Deals sind in ihrer rechtlichen Ausgestaltung daher wesentlich komplexer als Forward Purchase Deals.

C. Besonderheiten der Vertrags- errichtung

Forward Purchase Deals und Forward Funding Deals sind in vielen Bereichen ähnlich ausgestaltet. Insb erfordern beide die genaue Festlegung des Grundstückserwerbs, der geschuldeten Bauleistung und der Bauphase, wenn auch mit unterschiedlichem Detaillierungsgrad.

1. Definition der Bauleistung

Die Parteien müssen in einem frühen Stadium eine Struktur definieren, die noch nicht existiert. Bereits zu diesem Zeitpunkt ist eine genaue Definition der Bauleistung notwendig, um schlussendlich das geschuldete Gebäude mit dem tatsächlich errichteten Gebäude vergleichen zu können. Dies ist von Seiten des Käufers nicht nur aus der Sicht als Käufer des Bauprojekts wichtig, sondern in der Regel auch aus der Sicht als zukünftiger Vermieter. Weicht das Bauvorhaben negativ von dem im Mietvertrag ver-

einbarten geschuldeten Gebäude ab, so wird das Mietverhältnis bereits vor Beginn erheblich beeinträchtigt.

Bei der Definition der geschuldeten Bauleistung sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen. Besonders wichtig ist es, die Planungsphase zu klären und zu regeln. Befindet sich das Projekt in der Phase der Baueinreichung oder ist bereits eine Baugenehmigung erteilt worden? Ist die Einreichplanung bereits in die Ausführungsplanung überführt worden? Hat der Verkäufer bereits Mietverträge abgeschlossen, die sich auf die geschuldeten Bauleistungen auswirken? Trotz dieser erforderlichen Detaillierung und Definition wesentlicher Parameter sollte der Vertrag Regeln für spätere Änderungen der Planung vorsehen. Solche Änderungen können aus der Sphäre des Verkäufers, des Käufers oder Dritter (insbesondere von Mietern) notwendig oder wünschenswert werden.

2. Due Diligence

Ausgangspunkt für eine erfolgreiche Kaufvertragsgestaltung und -struktur ist immer eine ausführliche rechtliche, steuerliche, wirtschaftliche und technische Due Diligence.

Im Gegensatz zu Forward Purchase Deals, bei denen der Kaufpreis erst dann fällig wird, wenn das Projekt einen zumindest grundsätzlich abnahmefähigen Zustand erreicht hat, wird bei Forward Funding Deals der Käufer zur Zahlung der ersten Kaufpreistraten verpflichtet, sobald vorab definierte Voraussetzungen für die Kaufpreisfälligkeit erfüllt sind.²⁾ Daher ist die Prüfung aller Werkverträge und aller Planungsverträge von noch größerer Bedeutung als bei Forward Purchase Deals, um sicherstellen zu können, dass das Bauprojekt auch wie geplant umgesetzt werden kann. Auch die finanzielle Stabilität der anderen Partei und der ausführenden Auftragnehmer ist wichtig. Soll der Käufer erforderlichenfalls in den Vertrag mit dem Generalunternehmer eintreten können, erfordern Forward Funding Deals eine gründliche Prüfung der im Rahmen eines solchen Generalunternehmervertrags zu leistenden Vertragserfüllungssicherheiten.

3. Kaufpreisabwicklung

Die Zahlung des Kaufpreises unterscheidet sich erheblich zwischen Forward Purchase Deals und Forward Funding Deals. Bei einem Forward Purchase Deal zahlt der Käufer nach Abnahme, während der Käufer bei einem Forward Funding Deal in Raten entsprechend dem Baufortschritt zahlt. Es ist daher von entscheidender Bedeutung zu regeln, was im Fall eines Versäumnisses des Verkäufers geschieht, insb im Fall eines Forward Funding Deals.

a) Zahlungsplan

Der Kaufvertrag muss in erster Linie den Zeitpunkt, die Voraussetzungen und die Höhe der Kaufpreistraten

2) Bspw Eintragung einer Rangordnung, Verzicht auf ein Vorkaufrecht, Löschung nicht zu übertragender Lasten, rechtswirksame Baugenehmigung, Unterzeichnung des ersten Mietvertrags etc.

ten festlegen. Wie oben erläutert, werden die ersten Kaufpreistraten regelmäßig nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für die Fälligkeit der ersten Rate fällig. Die Höhe der weiteren Zahlungen entspricht im Idealfall dem jeweiligen Projektwert, dh dem Wert des Grundstücks und des Bauvorhabens zum jeweiligen Zeitpunkt. Die Höhe der einzelnen vom Käufer zu zahlenden Tranchen sollte sich in der Regel nach den Tranchen richten, die der Verkäufer im Rahmen des Generalunternehmervertrags schuldet. Die Synchronisierung der Käufer-Verkäufer-Tranchen mit den Verkäufer-Generalunternehmer-Tranchen ist wichtig, um die Notwendigkeit einer Zwischenfinanzierung so weit wie möglich zu vermeiden. Wenn der Verkäufer dem Generalunternehmer Geld schuldet, bevor der Käufer die entsprechende Tranche zahlen muss, muss der Verkäufer vorerst eine Zwischenfinanzierung bereitstellen oder Eigenkapital einsetzen. Der Projektgewinn des Verkäufers wird entweder anteilig über die einzelnen Tranchen oder gesamt mit der letzten Tranche – somit nach Abnahme des Bauprojekts – ausgezahlt.

Die Ausgestaltung des Zahlungsplans ist daher für beide Seiten von besonderer Bedeutung und sollte mit Hilfe von technischen Beratern/Sachverständigen erfolgen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Käufer immer nur die Beträge zahlt, die dem Wert der Immobilie, den Planungsleistungen und dem jeweiligen Baufortschritt entsprechen.

Der Käufer muss demnach auch die Möglichkeit haben, den Baufortschritt zu überprüfen. Um stets den Überblick über das Projekt zu behalten, ist es gängige Praxis, umfassende Einsichts-, Kontroll- und Informationsrechte (begleitende Baukontrolle) zu vereinbaren.³⁾ Darüber hinaus sind die Informations-, Genehmigungs- und Mitwirkungsbestimmungen im Kaufvertrag schon allein deshalb von entscheidender Bedeutung, weil der Käufer in der Lage sein muss, das Projekt sofort zu übernehmen und fortzuführen, wenn der Verkäufer in Verzug gerät. Der Käufer muss wissen, welche Arbeiten als Nächstes vom Generalunternehmer ausgeführt werden sollen, welche Teilabnahmen anstehen, was der Generalunternehmer möglicherweise bereits gegenüber dem Verkäufer angesprochen hat, inwieweit Mieter bereits Sonderwünsche eingereicht haben usw.

Schließlich ist es für den Käufer wichtig, die Möglichkeit zu haben, im Fall schlechter oder verminderter Leistung einen Anteil der entsprechenden Zahlung einzubehalten. Häufig werden hier Einbehalte eines Betrags iHv 150% bis 200% der für die Mängelbeseitigung/Durchführung der übrigen Leistungen erforderlichen Kosten angesetzt.

Aus der Sicht des Käufers sollte der Gesamtkaufpreis als Festpreis vereinbart werden. Das Gleiche sollte auch für den Generalunternehmer/die Werkverträge gelten, auch wenn der Markt derzeit eine solche Umsetzung nur schwer zulässt. Dies ist insb dann wichtig, wenn der Käufer die Werkvertragskomponente aufgrund von Verzögerungen im Bauprozess kündigen und den Generalunternehmervertrag/die Werkverträge übernehmen können soll.

b) Schiedsgutachter

Gerade bei der Frage der Höhe des Einbehalts kommt es immer wieder zu unterschiedlichen Ansichten zwischen Verkäufer und Käufer. Solche Auffassungsunterschiede der Entscheidung der Gerichte zu überlassen kann unpraktikabel sein, da deren Entscheidung länger dauern könnte als die gesamte Bauphase. Deshalb sollten solche Fälle durch Schiedsgutachter geregelt werden. Das bedeutet, dass im Streitfall ein unabhängiger Sachverständiger als Schiedsgutachter eine für beide Parteien verbindliche Entscheidung über die Höhe der zulässigen Einbehalte trifft.

Der Schiedsgutachter sollte im Kaufvertrag benannt werden. Darüber hinaus kann der Schiedsgutachter auch von Anfang an in den Bauprozess eingebunden werden, insb um bei Bedarf auch kurzfristige Entscheidungen treffen zu können. Dies verursacht zwar zusätzliche Kosten, schafft aber auch eine Situation, in der Streitigkeiten recht schnell beigelegt werden können. Um eine größtmögliche Synchronisierung zwischen den Ratenzahlungen aus dem Generalunternehmervertrag und dem Kaufvertrag zu gewährleisten, sollten die Verkäufer vorausschauend versuchen, diesen Schiedsgutachter auch bei Streitigkeiten im Generalunternehmervertrag als Schiedsgutachter einzusetzen. Andernfalls besteht das Risiko, dass aufgrund von Einbehalten eine gemäß Kaufvertrag fällige Rate niedriger ausfällt als die gemäß Generalunternehmervertrag fällige Rate.

Darüber hinaus kann es unter Umständen sinnvoll sein, dem Käufer das Recht einzuräumen, direkte Zahlungen an den Generalunternehmer oder die beauftragten Werkunternehmer zu leisten, damit der Käufer die Zahlungsverpflichtungen des Verkäufers gegenüber dem Auftragnehmer/den Auftragnehmern erfüllen kann. Dadurch wird sichergestellt, dass sie ihre Zahlungen pünktlich erhalten und der Baufortschritt nicht unterbrochen wird.

4. Absicherung des Käufers

Verträge betreffend Forward Deals sind oft sehr umfangreich. Ein Grund dafür ist die Notwendigkeit einer Absicherung gegen Fehler des Verkäufers „in alle Richtungen“. Die Parteien haben sich bspw auf einen spätestmöglichen Fertigstellungstermin geeinigt. Unter Berücksichtigung dieses Datums hat der Käufer mit einem Mieter ein spätestes Übergabedatum vereinbart. Im Laufe der Bauarbeiten stellt sich jedoch heraus, dass der Verkäufer entgegen dem Bauzeitplan erheblich in Verzug ist. Es besteht das Risiko, dass der Verkäufer den spätestmöglichen Fertigstellungstermin nicht einhalten kann, was den Mieter zu Schadenersatzansprüchen gegen den Käufer berechtigen kann.

In solchen Fällen kann es für den Käufer wichtig sein, die Möglichkeit zu haben, die werkvertragliche Komponente des Kaufvertrags zu kündigen und, falls gewünscht, den Generalunternehmervertrag bzw die Bauaufträge zu übernehmen, indem er den aktuellen

3) Die begleitende Baukontrolle wird idR durch einen erfahrenen Fachmann durchgeführt.

Projektwert – falls noch nicht durch die Tranchen erfolgt – schrittweise abbezahlt und den Bau mit dem einbehaltenen Teil des Kaufpreises selbst fertig stellt.

All diese Punkte müssen im Vertrag explizit geregelt werden. Besonders anspruchsvoll ist es, faire Lösungen zu finden, die im Interesse aller liegen. So kann es bspw für die Käufer wichtig sein, die Bedingungen für den Abbruch so breit wie möglich zu halten, um flexibel auf eine Verzögerung des Baus reagieren zu können. Der Verkäufer wird jedoch ein starkes Interesse daran haben, die Kündigungsmöglichkeiten so spezifisch und eng wie möglich zu halten, weil er möglicherweise der Meinung ist, eine Bauverzögerung im weiteren Verlauf des Projekts ausgleichen zu können. Darüber hinaus zeigt die COVID-19-Pandemie, dass auch die Notwendigkeit bestehen kann, auf höhere Gewalt zu reagieren.

Es ist auch wichtig, dass die Werkverträge/der Generalunternehmervertrag geeignete Optionen für den Käufer vorsehen, um diese/n zu übernehmen. Um das Risiko ihrer Zahlungsunfähigkeit abzudecken, sollten die Auftragnehmer auch ausreichende Sicherheiten stellen, die im Fall einer Insolvenz tatsächlich realisiert werden können. Darüber hinaus sollten die Käufer darauf achten, dass sie die Möglichkeit behalten, andere für das Bauvorhaben relevante Verträge, wie Servitutsvereinbarungen, städtebauliche Verträge usw, abzuschließen.

5. Vertragsrücktritt

In bestimmten Fällen kann es für den Käufer jedoch erforderlich sein, vom Vertrag ganz zurücktreten zu können. Dies kann zB der Fall sein, wenn das Projekt aus planungsrechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht wie geplant realisiert werden kann.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts löst eine Rückabwicklungspflicht aus, sodass die erhaltenen Leistungen zurückzuführen sind. Im Fall der Insolvenz des Verkäufers besteht jedoch ein erhebliches Risiko, dass der Verkäufer die Kaufpreistranchen nicht vollständig zurückzahlen kann, da sie für das Projekt verwendet wurden und nicht ohne weiteres als Vermögenswerte zurückerlangt werden können.

Dem kann unter Umständen damit begegnet werden, dass eine Last zugunsten des Käufers im Grundbuch des Kaufobjekts eingetragen wird. Diese Last soll es dem Käufer ermöglichen, das Grundstück zu verwerten und somit die gezahlten Tranchen so weit wie möglich zurückzuerlangen. In dieser Hinsicht ist der Rang der Last des Käufers sehr wichtig, auch in Bezug auf ein bestehendes Pfandrecht der finanzierenden Bank des Verkäufers.

Darüber hinaus wird häufig eine Garantie, eine Patronatserklärung oder eine Bürgschaft einer finanzstarken Muttergesellschaft des Verkäufers⁴⁾ gewährt.

D. Zusammenfassung

Forward (Funding) Deals bieten sowohl Investoren als auch Projektentwicklern Vorteile. Dies gilt insb in einem Markt, in dem ein Mangel an interessanten

Immobilien besteht. Eine sorgfältige rechtliche und technische Due Diligence, ein sorgfältig entworfener und strukturierter Vertrag und eine konsequente und genaue Überwachung der Bauarbeiten können die Risiken für beide Parteien überschaubar halten.

Unabhängig davon kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der Verkäufer das Projekt nicht zu Ende führt. Jeder Investor muss sich dieses Szenarios bewusst sein. Investoren müssen gegebenenfalls selbst entscheiden, ob sie in der Lage und bereit sind, das Projekt zu vollenden. Dies wird nur möglich sein, wenn sie über eigenes Fachwissen in diesem Bereich verfügen oder wenn sie einen zuverlässigen Partner mit dem entsprechenden Fachwissen haben.

Verkäufer hingegen müssen sich darüber im Klaren sein, dass sie die Bauphase mit einem Dritten, also dem Investor, koordinieren müssen. Bspw erfordern wesentliche Änderungen der Planung während des Baus die Zustimmung des Käufers. Diese Tatsache und ihre praktischen Auswirkungen werden von Projektentwicklern oft unterschätzt.

Es hat sich als vorteilhaft erwiesen, solche Geschäfte als gemeinsame Projekte zu betrachten und konstruktiv wie Joint-Venture-Partner zusammenzuarbeiten. Dies gilt insb in einer Situation wie der vorliegenden, in der alle beteiligten Parteien von einem exogenen Ereignis – der COVID-19-Pandemie – mehr oder weniger gleich stark betroffen sind.

4) Beim Verkäufer handelt es sich idR um eine Zweckgesellschaft ohne oder mit geringen anderen Vermögenswerten.

SCHLUSSTRICH

Forward (Funding) Deals bieten sowohl Investoren als auch Projektentwicklern nicht zu unterschätzende Vorteile. Dies gilt insb in einem Markt, in dem ein Mangel an interessanten Immobilien besteht. Ein rechtlich gut ausgestalteter Vertrag kann die bestehenden Risiken für beide Vertragsparteien berechenbar machen.

BGBl II 2020/
143;
BGBl II 2020/
225gewerblicher
Grundstücks-
handel;
Fixkosten-
zuschuss;
COVID-19-
Krise;
Umsatzausfall;
Erhaltung der
Zahlungsfähigkeit

Der Fixkostenzuschuss als bürokratische Hilfe in der Not

Der steuerfreie Zuschuss zur Deckung von Fixkosten soll (größere) österreichische Unternehmen und Konzerne bei der Bewältigung von durch COVID-19 ausgelösten Umsatzausfällen unterstützen und wird von einer für diesen Zweck gegründeten Finanzierungsagentur (COFAG) verwaltet und ausbezahlt. Das BMF hat im Verordnungsweg geregelt, welche Unternehmen für den Fixkostenzuschuss infrage kommen, wie die Umsatzausfälle nachgewiesen werden sollen und welche Fixkosten „förderungswürdig“ sind. Die Abwicklung erfolgt automatisiert über FinanzOnline und läuft bereits in Phase 1. Der Beitrag bezieht sich in erster Linie auf Phase 1 des Fixkostenzuschusses, soll aber auch einen Vorgeschmack auf die noch nicht im BGBl veröffentlichte Verordnung zur Phase 2 liefern.

HEINZ FRÖHLICH / KARIN FUHRMANN /

SEBASTIAN GSTALTNER

A. Einleitung

Mit dem Ziel der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von einheimischen Unternehmen hat die österreichische Bundesregierung den Fixkostenzuschuss implementiert.¹⁾ Voraussetzung für einen Antrag ist eine Kausalität der COVID-19-Krise für den Umsatzausfall.²⁾ Mit einem geplanten Volumen von 12 Mrd Euro (für beiden Phasen) ist der Fixkostenzuschuss Teil des Corona-Hilfsfonds, welcher zusätzlich auch staatliche Garantien und Haftungen für Notkredite umfasst.³⁾ Die gesetzliche Grundlage wurde durch Verordnungen⁴⁾ samt im Anhang befindlicher Richtlinien geschaffen.

Mittels dieser Richtlinien wurde der neugegründeten COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes (COFAG) die Erbringung von Dienstleistungen und das Ergreifen von finanziellen Maßnahmen übertragen.⁵⁾ Explizit zu erwähnen ist, dass für die Anspruchsberechtigten keinerlei Rechtsanspruch auf einen derartigen Fixkostenzuschuss besteht. Aufgrund der privatrechtlichen Stellung der COFAG handelt es sich beim Antrag um kein hoheitliches Verfahren. Es wird kein Bescheid ausgestellt, gegen den Einspruch eingelegt werden kann.⁶⁾ Rein formal wird bei erfolgreichem Antrag ein Fördervertrag zwischen COFAG und dem Antragsteller abgeschlossen.⁷⁾ Zusätzlich wurden COFAG-Förderbedingungen⁸⁾ sowie FAQ veröffentlicht. Die FAQ werden laufend aktualisiert, um auf sich ergebende Fragen, Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten zum Fixkostenzuschuss zu reagieren.

Die Auszahlung des Fixkostenzuschusses ist in Phase 1 **grundsätzlich in drei Tranchen** vorgesehen. Der Gesamtbetrag des errechneten Zuschusses wird somit auf mehrere Auszahlungen aufgeteilt, für jede Tranche gibt es eine eigene Antrags- und Auszahlungsfrist. Für Phase 2 sind zwei Tranchen vorgesehen.

B. Persönlicher Anwendungsbereich

Um einen Fixkostenzuschuss zu erhalten, muss das jeweilige Unternehmen seinen Sitz oder eine Betriebsstätte in Österreich haben und einer **betrieblchen und operativen** Tätigkeit (Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbstständiger Tätigkeit oder aus Gewerbebetrieb) nachgehen.⁹⁾

Mit Blick auf die Immobilienbranche kann die Unterscheidung von operativer Tätigkeit und Vermögensverwaltung mitunter Probleme bereiten. Personengesellschaften und Einzelunternehmer mit außerbetrieblichen Einkünften (meist Einkünfte aus Vermietung/Verpachtung gem § 28 EStG) sind definitiv vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Er-

Mag. Heinz Fröhlich ist Steuerberater von TPA Steuerberatung, Mag. Karin Fuhrmann ist Steuerberaterin und Partnerin von TPA Steuerberatung GmbH. Sebastian Gestaltner, BSc, ist Consultant von TPA Steuerberatung.

- 1) Vgl Fragen und Antworten zum Fixkostenzuschuss (FAQ) A.2., abrufbar etwa unter <https://www.fixkostenzuschuss.at/faqs> (Stand 21. 7. 2020), letzter Abruf am 7. 8. 2020. Die Nummerierung der FAQ kann sich mit jeder neuen Fassung (auch umfassend) ändern. Die hier im Folgenden vorgenommenen Zitierungen beziehen sich auf die Nummerierung der Fassung vom 21. 7. 2020.
- 2) FAQ 3.1.4. (Stand 21. 7. 2020).
- 3) Vgl Brandner/Traumüller, Anmerkungen zur COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes, SWK-Heft 2020/19, 980.
- 4) Verordnung des BMF vom 8. 4. 2020, BGBl II 2020/143, Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225 und vorbehaltliche, noch nicht im BGBl veröffentlichte Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020.
- 5) Vgl Präambel des Anhangs zur Verordnung des BMF vom 8. 4. 2020, BGBl II 2020/143.
- 6) Vgl Reiner, Änderungen beim Fixkostenzuschuss, SWK 2020/20–21, 1028 (1030).
- 7) Vgl Brandner/Traumüller, Anmerkungen zur COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes, SWK 2020/19, 980 (985).
- 8) Förderbedingungen für Zuschüsse zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH („COFAG“), abrufbar unter [fixkostenzuschuss.at/foerderbedingungen](https://www.fixkostenzuschuss.at/foerderbedingungen) (Stand 20. 5. 2020).
- 9) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 3.1.2.

zielen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit hingegen betriebliche Einkünfte (wie bspw bei der touristischen Nutzung der Immobilien), fallen sie grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Verordnung.

Obwohl für Kapitalgesellschaften grundsätzlich die in § 7 Abs 3 KStG verankerte Gewerblichkeitsfiktion gilt, ist dies jedoch nicht gleichbedeutend mit einer operativen/gewerblichen Tätigkeit.¹⁰⁾ Vielmehr muss geprüft werden, ob sich die Tätigkeit in der bloßen Überlassung des Bestandobjekts erschöpft oder diese ein darüberhinausgehendes Ausmaß erreicht.¹¹⁾ Die Abgrenzung der Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb geht von Art und Umfang der zusätzlichen Leistungen aus und richtet sich danach, ob die zusätzlichen Aufwendungen einen über die bloße Vermögensverwaltung hinausgehenden Ertrag und/oder Nutzen erwarten lassen. Laut VwGH wird die Grenze der Vermögensverwaltung dann überschritten, wenn Maßnahmen gesetzt werden, um „ein Mehr“ an Einkünften zu erzielen, als sich alleine aufgrund des bloßen Kapitaleinsatzes erzielen ließe.¹²⁾ Facility-Management, Überwachungsdienstleistungen oder Ein- oder Umbauleistungen **gegen gesondertes Entgelt** wären als Beispiele für geeignete Nebenleistungen zu nennen. Bloße Verwaltungstätigkeiten hingegen reichen für Gewerblichkeit nicht aus.¹³⁾

Zusätzlich kann (rechtsformunabhängig) eine Abgrenzung von Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel notwendig sein. Dabei ist auf eine planmäßige Ausrichtung der Wiederveräußerung der angeschafften Grundstücke abzustellen, wobei nach Ansicht des VwGH kein bestimmter Umfang an veräußerten Objekten vorliegen muss und daher nach *Lang* in diesem Fall eine Einzelfallbetrachtung unerlässlich ist.¹⁴⁾ Näheres zum gewerblichen Grundstückshandel siehe auch in *immolex* 2020, 27. Die Einkommensteuerrichtlinien¹⁵⁾ bieten für diesen Zweck eine Auslegungshilfe und enthalten mehrere Indizien für und gegen das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels. Sollte gewerblicher Grundstückshandel und eben keine Vermögensverwaltung vorliegen, wäre der persönliche Anwendungsbereich des Fixkostenzuschusses erfüllt.

Erzielt eine Immobilienbesitzgesellschaft überwiegend Vermietungseinkünfte, daneben aber in geringem Ausmaß auch betriebliche Einkünfte, muss das uE aufgrund der Infektionstheorie ausreichen, um eine Anspruchsberechtigung auf den Fixkostenzuschuss zu vermitteln.

Neben der genannten Einschränkung auf operative und gewerbliche Tätigkeiten können folgende Unternehmen/Organisationen grundsätzlich keinen Antrag auf den Fixkostenzuschuss in Phase 1 stellen¹⁶⁾ (für Phase 2 wird der persönliche Anwendungsbereich teilweise erweitert, bspw für in Schwierigkeiten befindliche KMU):¹⁷⁾

- Unternehmen, die in den letzten drei veranlagten Jahren vom Abzugsverbot für konzerninterne Zinsen oder Lizenzgebühren (§ 12 Abs 1 Z 10 KStG) betroffen waren oder über die in den letzten fünf Jahren vor Antragstellung eine rechtskräftige Finanzstrafe (ausgenommen Finanzord-

nungswidrigkeit) oder entsprechende Verbands-geldbuße aufgrund von Vorsatz verhängt wurde.

- Bestimmte beaufsichtigte Rechtsträger des Finanzsektors und im alleinigen oder mehrheitlichen Eigentum von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen öffentlichen Rechts stehende Einrichtungen.
- Unternehmen, die sich vor COVID-19 (zum 31. 12. 2019), gemessen an dem „Verlust“ von mehr als 50% des Stammkapitals bzw einem gewissen Verschuldungsgrad bei Großunternehmen, in Schwierigkeiten befunden haben (gewisse Ausnahmen bestehen).¹⁸⁾
- Non-Profit-Organisationen, welche die Voraussetzungen der §§ 34 bis 47 BAO erfüllen, sowie Unternehmen, die Zahlungen aus dem Non-Profit-Organisationen-Unterstützungsfonds bezogen haben.¹⁹⁾
- Neugegründete Unternehmen, welche vor dem 16. 3. 2020 noch keine Umsätze aus Waren- und/oder Leistungserlösen erzielt haben.
- Unternehmen, die zum 31. 12. 2019 in Vollzeit-äquivalenten mehr als 250 Mitarbeiter beschäftigt haben, im Betrachtungszeitraum für den Fixkostenzuschuss mehr als 3% der Mitarbeiter gekündigt haben und das Modell der Corona-Kurzarbeit nicht genützt haben. Mittels Begründung, dass der Fortbestand des Unternehmens ohne Fixkostenzuschuss gefährdet wäre und eine Inanspruchnahme der Kurzarbeit nachteilig (gewesen) wäre, kann eine Ausnahme erwirkt und trotzdem ein Fixkostenzuschuss beantragt werden.²⁰⁾

C. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Umsatzausfall

Im Fall der Erfüllung des persönlichen Anwendungsbereichs ist in einem zweiten Schritt das Vorliegen eines Umsatzausfalls zu prüfen. Dieser muss auf die Ausbreitung von COVID-19 zurückzuführen sein.²¹⁾

Für die Berechnung des Zuschusses in Phase 1 sind die Umsätze des 2. Quartals 2020 jenen des 2. Quartals 2019 gegenüberzustellen.²²⁾ Alternativ

10) FAQ B.I.7. (Stand 21. 7. 2020).

11) Vgl *Lang*, Fixkostenzuschuss für Immobilienunternehmen, SWK 2020/18, 937 (939 ff).

12) Vgl EStR 2000 Rz 5420.

13) Vgl *Lang*, Fixkostenzuschuss für Immobilienunternehmen, SWK 2020/18, 937 (939 ff).

14) Vgl *Lang*, Fixkostenzuschuss für Immobilienunternehmen, SWK 2020/18, 937 (938).

15) Vgl EStR 2000 Rz 5446.

16) Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 3.

17) Details siehe Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 3 ff.

18) Details siehe FAQ B.I.15. bis 18. (Stand 21. 7. 2020).

19) FAQ B.I.23. (Stand 21. 7. 2020).

20) Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 3.2.4.

21) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 3.1.4.

22) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.2.1.

kann, je nach Bedürfnis des Unternehmens, ein individueller Zeitraum gewählt werden. In der Richtlinie werden sechs jeweils ein Monat umfassende Betrachtungszeiträume genannt. Aus diesen können bis zu drei zusammenhängende Zeiträume gewählt werden:

- Betrachtungszeitraum 1: 16. 3. 2020 bis 15. 4. 2020
- Betrachtungszeitraum 2: 16. 4. 2020 bis 15. 5. 2020
- Betrachtungszeitraum 3: 16. 5. 2020 bis 15. 6. 2020
- Betrachtungszeitraum 4: 16. 6. 2020 bis 15. 7. 2020
- Betrachtungszeitraum 5: 16. 7. 2020 bis 15. 8. 2020
- Betrachtungszeitraum 6: 16. 8. 2020 bis 15. 9. 2020

Dies könnte beispielsweise dann eine Option sein, wenn das Unternehmen aus bestimmten Gründen die prozentuell höchsten Umsatzauffälle bzw die höchsten Fixkosten erst im Zeitraum von 16. 6. bis 15. 9. 2020 verzeichnet. Entgegen der ursprünglichen Ansicht des BMF²³⁾ ist ein einmaliger Wechsel des Betrachtungszeitraums möglich. Es empfiehlt sich daher, mit der Änderung abzuwarten, bis keine Unsicherheiten über den Umsatzausfall und die Fixkosten mehr bestehen.²⁴⁾

Der Vergleichszeitraum für Phase 2 des Fixkostenzuschusses beträgt sogar sechs Monate, auch hier ist die Wahl eines individuellen Zeitraums innerhalb von 16. 6. 2020 bis 15. 3. 2021 möglich. Zu möglichen Überschneidungen zwischen den Phasen 1 und 2 gibt es spezifische Vorgaben.²⁵⁾

Nach Maßgabe der Richtlinie ist bei der Berechnung des Umsatzausfalls grundsätzlich auf die für die Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuererklärung maßgebenden Waren- und/oder Leistungserlöse abzustellen.²⁶⁾ Sollten solche Aufzeichnungen in dieser Form nicht geführt werden müssen (bspw bei branchenabhängigen Pauschalierungen des Gewinns iS von Verordnungen zum § 17 EStG), sind andere geeignete Aufzeichnungen oder sonstige Belege heranzuziehen. Diese müssen die Vorschriften für verpflichtende Aufzeichnungen (hier sind uE exemplarisch § 126 BAO oder § 190 UGB zu nennen) nicht erfüllen.²⁷⁾ § 4 Abs 3 EStG-Ermittler dürfen, solange es nicht zu willkürlichen zeitlichen Verschiebungen zwischen Zeitpunkt des Umsatzes und Zeitpunkt des dazugehörigen Zahlungseingangs kommt, das Zufluss-Abfluss-Prinzip für die Erfassung der Umsatzerlöse anwenden.²⁸⁾

Bei der Ermittlung des Umsatzausfalls wird je nach betroffener Tranche unterschiedlich vorgegangen. Bei der **ersten Tranche** ist in beiden Phasen aus Gründen der Vereinfachung auf die Umsätze gemäß Umsatzsteuergesetz abzustellen.²⁹⁾ Dies hat den Vorteil, dass die Umsatzwerte aus der Umsatzsteuervoranmeldung übernommen werden können. Der Hintergrund ist uE, dass die erste Tranche für die betroffenen Unternehmen möglichst unbürokratisch abrufbar sein sollte. Spätestens für die Auszahlung der dritten Tranche sind qualifizierte Daten aus dem Rechnungswesen notwendig. Sollten diese schon

bei Beantragung der zweiten Tranche vorliegen, kann der gesamte Fixkostenzuschuss mit der zweiten Tranche beantragt werden. Mit der letzten Tranche haben etwaige Korrekturen bezüglich vorheriger Tranchen zu erfolgen, bereits ausgezahlte Tranchen können dabei gegenverrechnet werden.³⁰⁾ Grundsätzlich kann in Phase 1 ab 19. 8. 2020 bei Vorliegen von qualifizierten Daten sogar der gesamte Betrag in einer Tranche beantragt und ausbezahlt werden.³¹⁾

	Antrag ab	Höhe
Phase 1		
Tranche 1	20. 5. 2020	maximal 50% des FKZ 1 (Basis: bestmögliche Schätzung)
Tranche 2	19. 8. 2020	maximal 25% des FKZ 1 (Basis: bestmögliche Schätzung oder IST-Daten)
Tranche 3	19. 11. 2020 bis 31. 8. 2021	Restbetrag des FKZ 1 (Basis: qualifizierte Daten des Rechnungswesens)
Phase 2		
Tranche 1	16. 9. 2020	50% des FKZ 2 (Basis: bestmögliche Schätzung oder IST-Daten)
Tranche 2	16. 12. 2020 bis 31. 8. 2021	Restbetrag des FKZ 2 (Basis: qualifizierte Daten des Rechnungswesens)

Tabelle

2. Fixkosten

Die Schadensminderungspflicht ist zu beachten. Es muss uU nachgewiesen werden, dass das Unternehmen alle zumutbaren Maßnahmen gesetzt hat, um die zu deckenden Fixkosten zu reduzieren. Mit Bezug auf Immobilien bedeutet die Schadensminderungspflicht uE bspw, dass sich der Bestandnehmer zwar aktiv um eine Reduktion oder Aussetzung des Mietzinses bemühen muss, die Kündigung eines betriebsnotwendigen Vertragsverhältnisses mit dem Risiko eines Rechtsstreits mit unsicherem Ausgang ist jedoch nicht notwendig. Es empfiehlt sich, Unterlagen zur Korrespondenz mit dem Vermieter oder zu anderen getroffenen Maßnahmen für den Fall von Nachfragen der Finanzverwaltung bereitzuhalten.³²⁾

23) Vgl *Mayr/Reinweber/Schlager*, Der Fixkostenzuschuss im Überblick, SWK 2020/16–17, 860 (863).

24) Vgl *Reiner*, Änderungen beim Fixkostenzuschuss, SWK 2020/20–21, 1028 (1029).

25) Details siehe Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 4.2.1. ff.

26) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.2.1.

27) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.2.1.

28) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.2.4.

29) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.6.3.

30) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.6.5. und 4.6.6.

31) Vgl FAQ C.III.3. (Stand 21. 7. 2020).

32) Vgl FAQ B.III.3 und 5 (Stand 21. 7. 2020).

Ausgehend vom prozentuellen Umsatzausfall kann in einem nächsten Schritt die Höhe des Fixkostenzuschusses ermittelt werden. Diese ist abhängig vom Ausmaß des Umsatzausfalls und beträgt in Phase 1:

- Umsatzausfall von 40% bis 60%: 25% der Fixkosten werden ersetzt
- Umsatzausfall von über 60% bis 80%: 50% der Fixkosten werden ersetzt
- Umsatzausfall von über 80%: 75% der Fixkosten werden ersetzt

In Phase 2 wird das prozentuelle Ausmaß des Umsatzrückgangs vereinfachend auch für die Berechnung des Zuschusses verwendet. Somit ist ein Zuschuss von 100% denkbar, eine Ausnahme hiervon besteht für Unternehmen, die von der neu eingeführten Fixkostenpauschalierung Gebrauch machen.³³⁾

Ab einer Höhe des Fixkostenzuschusses von € 500,00 kann der Antrag erfolgen. Die maximale Auszahlung in Phase 1 beträgt 90 Mio Euro (bei einem Ersatz von 75% der Fixkosten).³⁴⁾ In Phase 2 werden höchstens 5 Mio Euro pro Unternehmen vergeben.³⁵⁾ In der Richtlinie vom 25. 5. 2020 wurde erläutert, welche Arten von Fixkosten hier einbezogen werden dürfen.³⁶⁾ Hierbei besonders relevant sind

- **Geschäftsraummieten und Pacht**, wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit
- **Betriebliche Versicherungsprämien**
- **Zinsaufwendungen für Kredite und Darlehen**, sofern diese nicht als Kredite oder Darlehen an verbundene Unternehmen weitergegeben werden; Zinsaufwendungen für Kredite und Darlehen bzw betriebliche Lizenzgebühren im Konzern sind ebenfalls ausgenommen.³⁷⁾
- **Finanzierungskostenanteil der Leasingraten**
- **Aufwendungen für Strom, Gas und Telekommunikation**: hierbei wurde klargestellt, dass zB der Kaufpreis einer Heizöllieferung für das ganze Jahr nur aliquot zu berücksichtigen ist.³⁸⁾
- **Wertverlust verderblicher oder saisonaler Waren**: Der Wertverlust saisonaler Ware darf bei der ersten Tranche nicht angesetzt werden.
- **Angemessener Unternehmerlohn für natürliche Personen als Einzel- oder Mitunternehmer**: Dieser ist auf Basis des letzten veranlagten Jahres zu ermitteln (steuerlicher Gewinn des letztveranlagten Jahres/Anzahl der letztveranlagten Monate mit unternehmerischer Tätigkeit = monatlicher Unternehmerlohn) und gilt nur für voll haftende Gesellschafter von Personengesellschaften und Einzelunternehmer. € 666,66 können dabei jedenfalls angesetzt werden, die Höchstgrenze beträgt € 2.666,67. Bei der Berechnung ist der anteilige Gewinnfreibetrag nach § 10 EStG zu berücksichtigen.³⁹⁾
- **Personalkosten zur Bewältigung von COVID-19-bedingten Stornierungen oder Umbuchungen**; sonstige Personalkosten können (mit Ausnahme von Gehältern von selbstständigen Gesellschafter-Geschäftsführern) nicht als Fixkosten angesetzt werden.⁴⁰⁾
- **Aufwendungen für sonstige vertragliche betriebsnotwendige Zahlungsverpflichtungen**, die nicht das Personal betreffen, müssen für einen län-

geren Zeitraum bestanden haben und unter normalen Umständen im Betrachtungszeitraum anfallen; das jeweilige Vertragsverhältnis muss entweder vor dem 16. 3. 2020 entstanden sein oder speziell aufgrund von COVID-19 eingegangen worden sein. Es kann sich bspw um Zahlungen für Wasser, Müllentsorgung oder Kanalbenützung handeln. Ebenfalls möglich ist ein Ansetzen von Aufwendungen iZm der Erfüllung von COVID-19-bedingten Auflagen, wenn sich der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht entziehen kann. Davon sind auch Sicherheitsmaßnahmen, wie Mund-Nasen-Schutzmasken oder Desinfektionsmittel, umfasst. Spesen und Geldbeschaffungskosten können bei Erfüllen der allgemeinen Voraussetzungen ebenfalls unter diesem Punkt subsumiert werden.⁴¹⁾

- **Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer- oder Bilanzbuchhalterkosten** iZm der Beantragung des Fixkostenzuschusses können berücksichtigt werden. Sollte der gesamte Fixkostenzuschuss weniger als € 12.000,- betragen, sind pro Phase maximal € 500,- für mit dem Antrag verbundene Beraterkosten geltend zu machen. Bei Beantragung eines Fixkostenzuschusses iHv mehr als € 12.000,- können hingegen überhaupt keine derartigen Fixkosten geltend gemacht werden. Entgelte für andere Tätigkeiten dieser Berufsgruppen mit Fixkostencharakter, bspw anteilige Kosten für die Erstellung des Jahresabschlusses, können in angemessenem Ausmaß ohne Rücksicht auf die Grenze von € 12.000,- berücksichtigt werden.⁴²⁾ Bei der ersten Tranche sind noch keine Steuerberaterkosten zu berücksichtigen.⁴³⁾

Zusätzlich in Phase 2:

Die auf Phase 1 entfallenden Anteile der nachfolgend angeführten Fixkosten können zusätzlich in Phase 2 geltend gemacht werden. Der Nachweis, dass idente Fixkosten nicht doppelt (in Phase 1 und 2) berücksichtigt werden, muss erbracht werden.⁴⁴⁾

- **Absetzung für Abnutzung (AfA)** gem § 7 Abs 1 EStG von der betrieblichen Tätigkeit dienenden und vor 16. 3. 2020 angeschafften Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, **fiktive AfA für bewegliche Wirtschaftsgüter** sowie **Leasingraten**
- **Endgültig frustrierte Aufwendungen.**

33) Details siehe Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 4.3. iZm 4.1.5.

34) Vgl FAQ B.V.1. und B.V.5. (Stand 21. 7. 2020).

35) Vgl Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 4.4.4.

36) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.1.1.

37) Vgl FAQ B.II.4. (Stand 21. 7. 2020).

38) Vgl FAQ B.II.12. (Stand 21. 7. 2020).

39) Vgl FAQ B.II.17. bis 20. (Stand 21. 7. 2020).

40) Vgl FAQ B.II.29. (Stand 21. 7. 2020).

41) Vgl FAQ B.II.35. bis 42. (Stand 21. 7. 2020).

42) Vgl *Reiner*, Änderungen beim Fixkostenzuschuss, SWK 2020/20–21, 1028 (1032).

43) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.6.4.

44) Vgl *Bleyer*, COVID-19 – Fixkostenzuschuss, Lexis Briefing Wirtschaftsrecht, August 2020, 1.

Analog zur Ermittlung des Umsatzausfalls ist der Fixkostenbegriff ebenfalls nach ertragsteuerlichem Verständnis auszulegen. Die Abzugsverbote des § 10 EStG bzw des § 12 KStG gelten sinngemäß.⁴⁵⁾ Bei Personengesellschaften mit Sonderbetriebsvermögen bedeutet diese ertragsteuerliche Betrachtung, dass bspw Mietzahlungen an den Gesellschafter als Vorabgewinn des Gesellschafters und nicht als Fixkosten zu werten sind. Eine Ausnahme besteht für den oberhalb genannten angemessenen Unternehmerlohn, der ausdrücklich nicht als Entnahme oder Gewinnausschüttung gilt.⁴⁶⁾ Bei Kapitalgesellschaften stellt sich diese Frage bei dem identen Sachverhalt aufgrund des Trennungsprinzips nicht und es liegen bei fremdüblichen Mietzahlungen jedenfalls Fixkosten vor.

Sollten für die Ermittlung des Umsatzausfalls in Phase 1 die Werte des 2. Quartals verwendet werden, sind die Fixkosten des Unternehmens zwischen 16. 3. 2020 und 15. 6. 2020 zwingend als Bemessungsgrundlage heranzuziehen.⁴⁷⁾ Für die genaue Berechnung des Zuschusses in Phase 2 verweisen wir auf die neue Richtlinie.⁴⁸⁾ Bei Wahl eines abweichenden Betrachtungszeitraums für die Umsätze ist dieser auch für die Fixkosten heranzuziehen.⁴⁹⁾ § 4 Abs 3 EStG-Ermittler müssen, wenn der Umsatzausfall nach dem Einnahmen-Ausgaben-Prinzip errechnet wurde, die Fixkosten nach demselben Prinzip bestimmen. Auch hier dürfen keine willkürlichen Verschiebungen zwischen Aufwandsentstehung und Zahlung vorliegen.⁵⁰⁾ Unterstützungszahlungen laut Epidemiegesetz sowie Versicherungsleistungen, die diese Fixkosten im Versicherungsfall abdecken, sind von den Fixkosten abzuziehen. Zahlungen für Kurzarbeit oder aus dem Härtefallfonds müssen jedoch nicht gegengerechnet werden.⁵¹⁾

3. Der Antrag

Die technische Schnittstelle für die Einbringung der Anträge an die COFAG ist ausschließlich FinanzOnline.⁵²⁾ Bei einem Fixkostenzuschuss von insgesamt unter € 12.000,- sowie bei der Pauschalierung (30% des Umsatzes als fiktiver Fixkostenbetrag⁵³⁾) in Phase 2 kann das Unternehmen die erste Tranche selbst beantragen. Bei einem Betrag zwischen € 12.000,- und € 90.000,- sind bei Beantragung der ersten Tranche durch einen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Bilanzbuchhalter die (geschätzten oder tatsächlichen) Umsatzausfälle und Fixkosten vor Einreichung zu plausibilisieren. Sollte der Betrag des Fixkostenzuschusses € 90.000,- übersteigen, sind die (geschätzten oder tatsächlichen) Umsatzausfälle und Fixkosten von diesem zu bestätigen.⁵⁴⁾ Die Anträge für eine zweite oder dritte Tranche in Phase 1 bzw die zweite Tranche in Phase 2 sind verpflichtend vom bevollmächtigten Vertreter einzubringen.⁵⁵⁾ Seitens der Finanzverwaltung werden die Angaben und übermittelten Informationen automationsgestützt einer Risikoanalyse unterzogen und plausibilisiert bzw in Einzelfällen einer Vorabprüfung unterzogen. Das Ergebnis wird an die COFAG übermittelt. Die COFAG kann eine ergänzende Analyse durchführen oder ein Ergänzungsersuchen nach dem COVID-19-Förderungsprüfungsgesetz

stellen.⁵⁶⁾ Eine nachträgliche Prüfung durch die Finanzverwaltung ist jedoch ebenfalls möglich.⁵⁷⁾

D. Zusammenfassung

Die spezifischen Ausführungen der Verordnungen und sonstigen Auslegungsbehelfe geben unter anderem vor, wie ein Umsatzentfall zu ermitteln ist, welche Fixkosten förderungswürdig sind und welche Unternehmen einen Antrag auf einen Zuschuss für „förderungswürdige“ Fixkosten stellen dürfen. Zum Nachweis des von COVID-19 ausgelösten Umsatzentfalls, der Höhe der Fixkosten, der Bemühungen zur Schadensminderung sowie der Erfüllung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs gibt es weitreichende Dokumentationsanforderungen. Speziell für Immobilienunternehmen stellen sich viele Zweifelsfragen zum persönlichen Anwendungsbereich.

45) Vgl Reiner, Änderungen beim Fixkostenzuschuss, SWK 2020/20–21, 1028 (1030).

46) Vgl FAQ B.II.23. (Stand 21. 7. 2020).

47) Vgl Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.4.1.

48) Details siehe Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 4.4. ff.

49) Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.4.2.

50) FAQ B.IV.7 und 8. (Stand 21. 7. 2020).

51) Anhang zur Verordnung des BMF vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225, 4.1.2. und FAQ B.V.7. (Stand vom 21. 7. 2020).

52) Vgl Mayr/Reinweber/Schlager, Der Fixkostenzuschuss im Überblick, SWK 2020/16–17, 860 (867 ff).

53) Details siehe Anhang zur vorbehaltlichen, noch nicht im BGBl veröffentlichten Verordnung des BMF vom 24. 8. 2020, 4.1.5.

54) FAQ C.I.1. (Stand 21. 7. 2020).

55) Vgl Mayr/Reinweber/Schlager, Der Fixkostenzuschuss im Überblick, SWK 2020/16–17, 860 (867).

56) Vgl FAQ C.I.8. (Stand 21. 7. 2020).

57) Vgl Mayr/Reinweber/Schlager, Der Fixkostenzuschuss im Überblick, SWK 2020/16–17, 860 (871).

SCHLUSSTRICH

Das Feedback von Interessensvertretungen und Wirtschaft zur Phase 1 des Fixkostenzuschusses hat augenscheinlich zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Phase 2 sowie zu Vereinfachungen – wie der Fixkostenpauschalierung – geführt und soll vor allem die besonders stark von COVID-19 betroffenen Branchen (zB Nachtgastronomie oder Veranstaltungsbranche) unterstützen. Es ergeben sich jedoch mit Blick auf eine mögliche Doppelerfassung oder zeitliche Überschneidungen von Phase 1 und 2 auch neue Fragestellungen, die hoffentlich in aktualisierten FAQ beantwortet werden. In einem ersten Schritt muss die noch vorbehaltliche Verordnung jedoch erst einmal von der EU-Kommission genehmigt und im BGBl veröffentlicht werden. Mit Stand 7. 9. 2020 ist noch unklar, ob die aus Brüssel geäußerte Skepsis zu einzelnen Punkten der Phase 2 zu Änderungen der Richtlinie führen wird.

Zum erheblich nachteiligen Gebrauch durch Umbauarbeiten

Grundlage für den Auflösungsanspruch ist ein vertragswidriges Verhalten des Mieters, der sich so verhalten muss, dass er nicht mehr vertrauenswürdig ist. Ein Verschulden des Mieters ist dazu nicht erforderlich; es genügt, dass sich der Mieter des nachteiligen Verhaltens bewusst war oder bewusst sein musste, wobei der Maßstab eines durchschnittlichen Mieters zugrunde zu legen ist.

*Die Kl und die NI sind Eigentümer und Fruchtgenussberechtigte der Liegenschaft EZ *, mit dem darauf befindlichen Gebäude mit der Grundstücksadresse *.*

Die Bekl sind Hauptmieter des im Erdgeschoss des Hauses gelegenen Geschäftslokals samt Nebenraum mit einer Fläche von ca 30 m², des im ersten Obergeschoss gelegenen Raums mit einer Fläche von ca 40 m² sowie aufgrund der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 2. 12. 1986 eines Kellerraums mit einer Fläche von ca 30 m². Der Mietvertrag lautet auszugsweise:

„§ 6 Erhaltungspflicht

[...]

Prinzipiell werden den Mietern alle Umbauarbeiten gestattet, die zur zweckentsprechenden Benützung des Mietobjekts dienen. Im Einzelfall ist es jedoch erforderlich, dass die Mieter den Vermietern rechtzeitig die entsprechenden Pläne vorlegen, die Arbeiten durch hierzu befugte Gewerbetreibende ausführen lassen und alle behördlichen Vorschriften, insb die baubehördlichen, vollinhaltlich einhalten. In diesem Zusammenhang nehmen die Mieter ausdrücklich zur Kenntnis, dass das gegenständliche Haus, in welchem sich der Mietgegenstand befindet, unter Denkmalschutz steht.

[...]

2015 kam es ohne Befassung der Kl zu einer schriftlichen Vereinbarung hinsichtlich einer Teiluntervermietung des Bestandobjekts zwischen den Bekl und der auf Malta ansässigen P Ltd, welche wiederum mit der V*-GmbH einen „Managementvertrag“ abschloss, der den Betrieb einer Weinbar im Erdgeschoss und einer Weinbibliothek im Obergeschoss des Bestandobjekts ab August 2015 zum Ziel hatte.*

Der Erstbekl ging im Laufe des bestehenden Bestandverhältnisses davon aus, innerhalb seines Geschäftslokals – bis auf den laut Mietvertrag zu berücksichtigenden Denkmalschutz – an keinerlei Einschränkungen hinsichtlich baulicher Maßnahmen und Veränderungen gebunden zu sein. Aus diesem Grund ließ er diverse Umbauarbeiten von Fachfirmen durchführen, ohne jedoch zuvor die Eigentümer zu verständigen.

Aufgrund von Umbaumaßnahmen zur entsprechenden Adaptierung des Bestandobjekts, über die die Kl von den Bekl nicht in Kenntnis gesetzt wurden, kam es zu dem Besitzstörungsverfahren 220 C 143/15 a des BG Graz-Ost, das aufgrund der nachfolgenden Einigung vom 31. 7. 2015 (Punktation) mit Ruhen endete. In dieser Vereinbarung wurden in einer vertraglichen Anpassung des Bestandvertrags die näheren Modalitäten des Betriebs und der Nutzung der Weinbar mit Weinbibliothek festgelegt. Erklärtes Ziel war es dabei, langfristig eine Einigung zwischen den Eigentümern des

Hauses und den Bekl sowie den Betreibern der Bar zu erzielen, um weitere (gerichtliche) Auseinandersetzungen zu vermeiden. Der maßgebliche Inhalt der Punktation lautet:

„1. Dem Betrieb der Weinbar im Erdgeschoss (mit der Nutzung von ca 20 Personen, +/- drei Personen) sowie der Nutzung als ‚Weinbibliothek‘ im Obergeschoss (gelegentliche geschlossene Veranstaltungen mit maximal 20 Personen, +/- drei Personen, keine Tagesgastronomie) wird grundsätzlich zugestimmt.

[...]

21. Die Be-/Entlüftung der Weinbar im Erdgeschoss soll über die neu auszuführende Brandschutzglastür im Erdgeschoss in das Stiegenhaus erfolgen. Die Mieterin wird jedoch versuchen, alternativ eine Be-/Entlüftung über einen Hauskamin, der an die Mietfläche im Erdgeschoss anschließt, umzusetzen und verpflichtet sich dies auf ihre eigenen Kosten herzustellen.

[...]

*Das Objekt befindet sich in der Altstadtschutzzone I nach dem Grazer Altstadterhaltungsgesetz; danach ist jede Änderung des äußeren Erscheinungsbilds nach dem Stmk BauG genehmigungspflichtig. Das gegenständliche Objekt steht zusätzlich unter Denkmalschutz. Die derzeit vorhandene Be-/Entlüftungsanlage wurde weder über das Glasportal im Stiegenhaus noch über einen Kamin hergestellt. Die Zuluft für die Lüftungsanlage wird in der Sockelzone des Geschäftslokals in der H*gasse angesaugt. Die im Sockel des Geschäftslokals angebrachte Mündung der Zuluftleitungen war im Bauansuchen nicht enthalten. Diese Bauführung stellt eine Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds des Gebäudes dar. Die erforderlichen Bewilligungen nach dem Stmk BauG und dem Denkmalschutzgesetz (DMSG) liegen nicht vor. Nicht festgestellt werden konnte, ob die Be-/Entlüftung laut Pkt 21. der Punktation vor oder nach dem 31. 7. 2015 hergestellt wurde.*

*Mit ihrer Aufkündigung vom 8. 4. 2016 kündigten die Kl den Bekl den Mietvertrag betreffend das Bestandobjekt unter Geltendmachung (soweit hier relevant) des Kündigungsgrundes nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG zum 31. 7. 2016 auf. Die Bekl hätten ohne Zustimmung der Kl allgemeine Teile des Hauses in Anspruch genommen, um umfassende Umbautätigkeiten durchzuführen. Ein diesbezüglich beim BG Graz-Ost zu 220 C 143/15 a anhängiges Besitzstörungsverfahren sei durch einen außergerichtlichen Vergleich beendet worden. In diesem sei festgehalten worden, dass die Be- und Entlüftung über das Stiegenhaus bzw einen Kamin erfolgen solle. Ungeachtet dieser im Vergleich getroffenen Regelung sei durch Kernbohrungen ein Zugang zu dem im Erdgeschoss befindlichen Lokal sowie ein Zugang zur H*gasse hergestellt worden. Dabei sei die Außenfassade demontiert und Belüftungsstützen montiert worden. Diese Umbautätigkeiten, die baubewilligungspflichtig und bewilligungspflichtig durch die Denkmalschutzbehörde seien, seien ohne Zustimmung der Kl erfolgt.*

Die Nebenintervenienten schlossen sich dem Vorbringen der Kl an.

§ 30 Abs 2 Z 3
Fall 1 MRG

OGH
24. 4. 2020,
7 Ob 200/19s

Denkmalschutz;
vertragswidrige
Verwendung;
Substanz-
schädigung

2020/75

Die Bekl erhoben Einwendungen, bestritten das Klagsvorbringen und beantragten die Aufhebung der Aufkündigung. Sie hätten sich stets an ihre vertraglichen Verpflichtungen gehalten. Betreffend die Be- und Entlüftungsanlage der Bar sei Einvernehmlichkeit hergestellt und über Wunsch die Entlüftung über den Kamin geführt worden. Da es technisch nicht möglich gewesen sei, Zu- und Abluft nebeneinander durch den vorhandenen Altkamin zu führen, erfolge nunmehr die Entlüftung über den Außenbereich. Dabei sei nicht die Außenfassade des Hauses „demontriert“, sondern es seien dort nur „Lüftungsstutzen“ angebracht worden. Auch seien keine „Durchbohrungen“ oder Änderungen der Fassade erfolgt. Die Zuluft erfolge über ein bestehendes, vor Jahren zubetoniertes Kellerfenster. Die beiden vertikalen Bohrungen in der Betonverfüllung seien gemäß den gewerblichen Auflagen mit Schutzabdeckung gesichert. Eine Zustimmung der Sachverständigenkommission bzw des Bundesdenkmalamts sei nicht erforderlich. Alle Arbeiten seien von Fachunternehmen ausgeführt und behördlich, auch vom Rauchfangkehrermeister, genehmigt worden. Von den Arbeiten seien die Eigentümer schriftlich in Kenntnis gesetzt und dem Vertreter der Kl seien auch sämtliche Pläne der Umbauarbeiten vorgelegt worden. Nachdem die Bekl aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen im gegenständlichen Verfahren Kenntnis davon erlangten, dass die straßenseitige Entlüftung einer behördlichen Bewilligung bedürfe, hätten sie den Auftrag an ihren Architekten erteilt, ein entsprechendes Ansuchen vorzubereiten. Die Kl würden die Zustimmung hiezu verweigern.

Das ErstG erkannte die Aufkündigung als rechtswirksam und verpflichtete die Bekl zur geräumten Übergabe. Die Kl hätten sich grundsätzlich mit umfangreichen Umbauarbeiten in der Puntation einverstanden erklärt. Die Ansaugung der Zuluft für die Lüftungsanlage erfolge aber entgegen den Vorgaben der Kl (Glasportal im Stiegenhaus, Kamin) in der Sockelzone des Geschäftslokals. Dies sei nicht im Bauansuchen enthalten und auch nicht baubehördlich gedeckt. Es handle sich um eine Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds des Gebäudes, welche nach dem Stmk BauG genehmigungspflichtig sei. Auch die erforderliche Bewilligung der Denkmalschutzbehörde liege nicht vor. Die Bekl hätten bereits im Mietvertrag zur Kenntnis genommen, dass das Haus unter Denkmalschutz stehe. Die Baumaßnahme stelle eine erhebliche Verletzung der Substanz des Mietgegenstands dar, die Schädlichkeit dieser baulichen Veränderung sei objektiv erkennbar. § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG ziele auf den objektiven Nachweis der Substanzgefährdung und den Verlust der Vertrauenswürdigkeit des Bestandnehmers ab. Es sei kein Verschulden des Mieters erforderlich, wohl aber das Bewusstsein der Vertragswidrigkeit, wie es von einem vertrauenswürdigen Durchschnittsmieter erwartet werden könne. Die Bekl seien sich der Vertragswidrigkeit der Umbauarbeiten auch bewusst gewesen. Dieses Verhalten verwirkliche den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG.

Das BerG änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass es die Aufkündigung aufhob und das auf geräumte Übergabe gerichtete Begehren abwies. Habe ein Mieter vertraglich eine Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht übernommen, so könne der Vermieter vom Auf-

lösungsrecht des § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG nur dann Gebrauch machen, wenn der Mieter dieser Verpflichtung in einem erheblichen Maß nicht nachgekommen sei, wenn also etwa eine Substanzschädigung des Bestandobjekts drohe oder hiedurch wichtige Interessen des Vermieters in einer Weise verletzt würden, dass dies einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Vermieters gleichkomme. Nicht jede gesetz- oder vertragswidrige Verwendung eines Bestandgegenstands oder jedes sonstige vertragswidrige Verhalten durch einen Bestandnehmer rechtfertige eine Vertragsauflösung nach § 30 Abs 2 Z 3 MRG. Der Bestandgeber habe vielmehr in erster Linie nur das Recht, die Unterlassung der unzulässigen Benützung oder des vertragswidrigen Verhaltens zu begehren. Der bloße Umstand, dass eine Ansaugung von Luft in einer visuell unauffälligen Art erfolge, welche nicht bau- oder denkmalbehördlich genehmigt sei, könne für sich allein und ohne nähere Darlegung nicht als so wichtige Interessenverletzung angesehen werden, dass eine Vertragsauflösung nach § 30 Abs 2 Z 3 MRG gerechtfertigt wäre, weil andere Rechtsbehelfe als ausreichend angesehen werden müssten.

Dagegen wenden sich die Rev der Kl und NI mit einem Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Bekl begehren in der ihnen vom OGH freigestellten RevBeantwortung, die Rev zurückzuweisen; hilfsweise ihnen nicht Folge zu geben.

Aus der Begründung:

Ein erheblich nachteiliger Gebrauch vom Mietgegenstand iSd § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG (wie des gleichlautenden Vertragsaufhebungsgrundes nach § 1118 Fall 1 ABGB) liegt vor, wenn durch eine wiederholte, länger währende vertragswidrige Benützung des Bestandobjekts oder durch eine längere Reihe von Unterlassungen notwendiger Vorkehrungen eine erhebliche Verletzung der Substanz des Mietgegenstands erfolgte oder auch nur droht (vgl RS0020981, RS0067832, RS0068076), oder wenn durch das nachteilige Verhalten des Mieters wichtige wirtschaftliche oder persönliche Interessen des Vermieters oder anderer Mieter geschädigt oder gefährdet werden (vgl RS0020940, RS0021031, RS0070348).

Die Vornahme von baulichen Veränderungen durch den Mieter ohne Zustimmung des Bestandgebers rechtfertigt die Auflösung des Bestandvertrags gem § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG (§ 1118 Fall 1 ABGB), wenn die vom Mieter vorgenommenen Veränderungen für die Bestandsache erheblich nachteilig sind. Sachgemäß durchgeführte Vorkehrungen zur Verbesserung oder Modernisierung des Bestandgegenstands können den Auflösungsstatbestand grundsätzlich nicht erfüllen (RS0067816). Derartige bauliche Veränderungen, die den Intentionen des Bestandgebers zuwiderlaufen, können aber dann einen erheblich nachteiligen Gebrauch des Bestandgegenstands bewirken, wenn dadurch wichtige wirtschaftliche oder sonstige Interessen des Bestandgebers verletzt werden oder wenn die Gefahr der Verletzung solcher Interessen droht (RS0067816 [T 4]).

§ 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG, § 1118 Fall 1 ABGB sollen die Möglichkeit für die Auflösung des Bestand-

verhältnisses bieten, weil das für sein Weiterbestehen erforderliche Vertrauen weggefallen ist. Grundlage für einen Auflösungsanspruch ist ein vertragswidriges Verhalten. Der Mieter muss sich also so verhalten, dass er nicht mehr vertrauenswürdig ist (RS0020867). Ein Verschulden des Mieters ist dazu nicht erforderlich; es genügt, dass sich der Mieter des nachteiligen Verhaltens bewusst war (RS0020867, RS0020981, RS0067957, RS0070243), oder bewusst sein musste (RS0070433), wobei der Maßstab eines durchschnittlichen Mieters zugrunde zu legen ist. Eine der Auflösungserklärung bzw der Aufkündigung vorangehende Abmahnung ist als Erfordernis redlicher Rechtsausübung nur dann erforderlich, wenn dem Mieter die Schädlichkeit des Gebrauchs nicht ohne weiteres erkennbar ist (RS0021058; vgl 7 Ob 225/00 i; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²² § 30 Rz 17). Verstöße des Mieters gegen vertragliche Verpflichtungen an sich stellen noch keinen wichtigen Kündigungsgrund dar, weil ihnen durch Klage auf Zuhaltung oder Unterlassung begegnet werden kann (RS0070225). Dies gilt aber nur für Kündigungen aufgrund der Generalklausel des § 30 Abs 1 MRG, nicht auch für den Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs nach § 30 Abs 2 Z 3 MRG, für den die vertragswidrige Benützung des Bestandobjekts Tatbestandsmerkmal ist (RS0070225 [T 1]; 5 Ob 34/16k). Der Mieter haftet für den erheblich nachteiligen Gebrauch des Mietgegenstands durch den Untermieter (RS0026282).

Gemäß § 4 Abs 1 DMSG ist bei Denkmälern, die unter Denkmalschutz stehen, die Zerstörung sowie jede Veränderung, die den Bestand (Substanz), die überlieferte (gewachsene) Erscheinung oder künstlerische Wirkung beeinflussen könnte, ohne Bewilligung gem § 5 Abs 1 leg cit verboten. Zielsetzung des Denkmalschutzes ist die Erhaltung der überkommenen schutzwürdigen Bausubstanz (des Kulturgutes) als solche. Nach der Anordnung des § 5 Abs 1 leg cit bedarf die Zerstörung sowie jede Änderung eines Denkmals gem § 4 Abs 1 leg cit der Bewilligung des Bundesdenkmalamts, es sei denn, es handelt sich um eine Maßnahme bei Gefahr in Verzug (VwGH 93/09/0035).

Im vorliegenden Fall steht das Objekt unter Denkmalschutz. Den Kl ist damit jedenfalls ein wichtiges Interesse daran zuzugestehen, dieses Objekt in seiner bestehenden und denkmalgeschützten Form zu erhalten. Insb Änderungen des äußeren Erscheinungsbilds laufen ihren Intentionen zuwider. Die Bekl wurden auch bereits im Mietvertrag auf den Umstand hingewiesen, dass das Objekt unter Denkmalschutz steht und bei Umbauarbeiten jedenfalls die behördlichen Vorschriften einzuhalten sind. Im Zuge eines – wegen eigenmächtiger Umbauarbeiten der Mieter – von den Kl angestregten Besitzstörungsverfahrens wurde eine Einigung mit dem Ziel getroffen, weitere Auseinandersetzungen zu vermeiden. Die Kl stimmten in dieser Vereinbarung auch einer Be- und Entlüftung in einer bestimmten Form (über die Brandschutzglastür bzw über den Hauskamin) zu. Die Zustimmung umfasste ganz offenkundig keine Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds. Von dieser abweichend erfolgte durch die Bekl der Einbau einer Be- und Entlüftungsanlage, dem nicht nur die behördlichen Bewilligung

gen nach dem Stmk BauG, sondern auch jene nach dem DMSG fehlten. Der Einbau wurde darüber hinaus auch noch durch einen Eingriff in die Bausubstanz, durch die Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen des Hauses und insb durch eine Änderung des denkmalgeschützten Erscheinungsbilds des Hauses vorgenommen. Irrelevant ist dabei, ob diese Maßnahmen schon zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung gesetzt waren oder erst unmittelbar daran durchgeführt wurden. Im ersten Fall hätten die Bekl die Vereinbarung in dem Wissen geschlossen, dass sie bereits einen davon abweichenden Zustand geschaffen hatten. Im zweiten Fall musste den Bekl bewusst sein, dass die Umbaumaßnahmen im Widerspruch zu der unmittelbar davor getroffenen Vereinbarung standen und damit vertragswidrig waren. Durch dieses Vorgehen der Bekl, von konkreten baulichen Vorgaben der Vermieter, zu deren Einhaltung sie sich ausdrücklich verpflichtet hatten, einseitig abzugehen und zusätzlich die erforderlichen behördlichen Bewilligungen nicht einzuholen, ist das für das Weiterbestehen des Bestandvertrags erforderliche Vertrauen weggefallen. Das Vorliegen des Kündigungsgrundes des § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG ist damit zu bejahen.

Anmerkung:

In der gegenständlichen Entscheidung befasst sich der OGH einmal mehr mit dem oftmals angezogenen Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs gem § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG. Diesmal geht es um eigenmächtige Umbauarbeiten des Mieters, die nicht nur ohne Zustimmung des Vermieters durchgeführt wurden, sondern auch noch gegen vertragliche Vereinbarungen und gesetzliche Bestimmungen des Denkmalschutzes und der bezughabenden Bauordnung verstoßen.

Wiederholt stellt der OGH klar, dass eigenmächtige Veränderungen im Mietgegenstand bzw den allgemeinen Teilen nur dann zu einer Aufkündigung nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 1 MRG berechtigen, wenn damit ein erheblicher Nachteil für den Mietgegenstand verbunden ist oder gegen wichtige Interessen des Vermieters verstoßen wird. Sachgemäß durchgeführte Umbauten können für sich gesehen jedenfalls nur dann den Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs erfüllen, wenn dadurch wichtige wirtschaftliche oder sonstige Interessen des Vermieters verletzt werden. Verstößt der Mieter gegen vertragliche Vereinbarungen, verhält er sich nicht mehr „vertrauenswürdig“ und liefert damit die Grundlage für eine berechnete Auflösung des Mietvertrags. Bekanntermaßen ist ein schuldhaftes Verhalten des Mieters gar nicht erforderlich, sondern genügt es, dass sich der Mieter des nachteiligen Verhaltens bewusst ist.

So weit so gut, aber nicht neu. Dies entspricht durchaus der gängigen Judikatur zu diesem Thema.

Auch im konkreten Fall ist das Verhalten des Mieters unzweifelhaft als Vertrauensbruch zu beurteilen. Nicht nur, dass der Mieter die betreffenden Arbeiten ohne Zustimmung des Vermieters durchgeführt hat, hat er zudem auch noch gegen ausdrückliche Vereinbarungen des Mietvertrags verstoßen. Dass das Haus unter Denkmalschutz steht, dem Vermieter daher Umbaupläne vorab vorzulegen sind und auch alle erforderli-

chen Bewilligungen einzuholen sind, hatte der Mieter schon bei Vertragsabschluss explizit zur Kenntnis genommen. Der OGH gesteht dem Vermieter in der Beibehaltung des denkmalsgeschützten Erscheinungsbilds daher ein wichtiges Interesse zu, gegen das der Mieter mit seinen eigenmächtigen Umbauarbeiten – noch dazu ohne Vorliegen der erforderlichen Bewilligungen auch des DMSG – ganz klar verstoßen hat. Das von der

Rsp in diesem Zusammenhang verlangte Bewusstsein über die Nachteiligkeit des eigenen Verhaltens war unter den gegebenen Umständen des entscheidungsgegenständlichen Sachverhalts ebenfalls indiziert. Insofern überrascht die Entscheidung des OGH daher nicht und reiht sich in die bisherige Judikaturlinie ein.

Simone Maier-Hülle

Mag. Simone Maier-Hülle ist RA in Wien.

Zum Vorliegen eines Rechtstitels auf Wohnungsbenützung

§ 1090 ABGB

OGH

8. 4. 2020,
3 Ob 32/20g

tatsächliche
Benützungsgewährung;
natürliches
Zusammengehörigkeitsgefühl;
Prekarium;
Familienangehörige

2020/76

Lassen die konkreten Umstände des Falls auf ein aus dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen entstandenes Wohnverhältnis schließen, ist es Sache des Benützers der Wohnung, konkrete Umstände darzulegen und zu beweisen, die einen unzweifelhaften Schluss auf das Vorliegen eines Rechtstitels zur Wohnungsbenützung zulassen.

Aus der Begründung:

Ein dem Familienverhältnis entspringender tatsächlicher Wohnzustand ist nicht nur dann anzunehmen, wenn eine Verpflichtung besteht, anderen Familienangehörigen Wohnung zu geben; vielmehr gibt es zahlreiche aus dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen entspringende tatsächliche Benützungsgewährungen, die rechtlich nicht geregelt, gegen den Willen des Gewährenden nicht rechtlich durchsetzbar und jederzeit widerrufbar sind (RIS-Justiz RS0020503). Lassen die konkreten Umstände des Falls auf ein aus dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen entstandenes Wohnverhältnis schließen, so ist es – anders als im Fall eines Prekariums zwischen nicht miteinander verwandten Personen (vgl RS0019200; RS0020518 [T 2, T 3]) – Sache des Benützers der Wohnung, konkrete Umstände darzulegen und zu beweisen, die einen unzweifelhaften Schluss auf das Vorliegen eines Rechtstitels zur Wohnungsbenützung zulassen (RS0020500 [T 3]).

Dieser Nachweis ist dem Bekl nicht gelungen. Nach den Feststellungen wurde zwar nie ausdrück-

lich darüber gesprochen, dass die ihm von seiner Mutter (der damaligen Eigentümerin der Liegenschaft) im Jahr 1997 gestattete Nutzung von Räumen im ersten Obergeschoß des Hauses jederzeit widerrufen werden könne. Allerdings konnte die von ihm behauptete Mietzinsvereinbarung (ebenso wie deren Abänderung dahin, dass er anstelle einer Mietzinszahlung Arbeitsleistungen als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung erbringen solle) nicht festgestellt werden. Von einem als entgeltlich zu qualifizierenden Vereinbarungsgefüge kann hier daher – anders als nach dem der vom Bekl ins Treffen geführten Entscheidung 5 Ob 252/12p zugrunde liegenden Sachverhalt – keine Rede sein. Am Vorliegen eines jederzeit widerruflichen, bloßen familienrechtlichen Wohnverhältnisses kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Bekl – ohne rechtliche Verpflichtung – im Laufe der Jahre diverse Renovierungsarbeiten in den von ihm bewohnten Räumlichkeiten vornahm und im Jahr 2018 überdies einige Löcher in der Außenfassade des Hauses verspachtelte, sowie gelegentlich den Rasen mähte und – gegen Bezahlung durch seine Mutter – Schnee schaufelte (vgl RS0020507; RS0020511; 5 Ob 257/15b).

Anmerkung:

Siehe dazu Kothbauer, *Zu familienrechtlichen Wohnverhältnissen*, immolex 2020, 244.

Zur Vertragsauflösung bei Abtretung von Forderungen aus der Vermietung

§ 1098 ABGB

OGH

7. 4. 2020,
4 Ob 14/20t

Räumungsklage;
Zession;
Zahlungsverzug

2020/77

Im Fall einer Abtretung der Mietzinsforderung an einen Dritten genügt auch schon ein Zahlungsverzug gegenüber diesem Dritten. Das Recht nach § 1118 ABGB könnte der Dritte nicht ausüben.

Die Bekl hat von der Kl Geschäftsräume in deren Haus gemietet. Sie wurde mit den Mietzinszahlungen säumig. Die Kl schloss mit einer Bank einen Einzelzessionsvertrag, mit welchem sie Forderungen aus der Vermietung der Liegenschaft zahlungshalber abtrat.

Die Kl begehrte von der Bekl zunächst die Zahlung des ausstehenden Mietzinses und Räumung des Bestandgegenstands, schränkte aber infolge Zahlung durch die Bekl ihr Begehren auf Räumung ein.

Die Bekl wendete wegen der erfolgten Zession die mangelnde Aktivlegitimation der Kl ein.

Die Vorinstanzen gaben dem Räumungsbegehren statt. Das BerG erklärte die oRev für nicht zulässig.

In ihrer aoRev macht die Bekl geltend, dass die Räumungsklage im Hinblick auf die Zession der Mietzinsforderung an eine Bank unzulässig sei. Im Zeitpunkt der Einbringung der Klage habe keine Zustimmung der Bank zur Klagsführung vorgelegen. Durch die Zession fehle es an einem Mietzinsrückstand zugunsten der Kl; dieser fehle es daher an der Aktivlegitimation für die Klage.

Aus der Begründung:

Die Rev beruft sich auf die E 8 Ob 590/89, in der ausgeführt wurde, jede echte Zession habe grundsätzlich zur Folge, dass der Zedent nicht mehr berechtigt ist, den Schuldner im eigenen Namen auf Zahlung

zu klagen. Bereits das BerG hat jedoch auf die Rsp verwiesen, dass auch ein Zahlungsverzug gegenüber dem Bestandzinsessionar zur Vertragsaufhebung nach § 1118 ABGB berechtigt (RS0021138).

Das Recht, den Bestandvertrag aufzukündigen, vorzeitig aufzulösen oder die Räumung des Objekts von einem unbefugten Benutzer zu fordern, ist ein unabdingbarer und nicht abtretbarer Teil der Rechte des Bestandgebers, der aus dem Komplex dieser Rechte nicht herausgenommen und abgesondert übertragen werden kann (RS0010335; 4 Ob 79/08 h). Zu 7 Ob 649/84 (MietSlg 36.193) wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Zession der Mietzinsforderungen die Legitimation bezüglich der Räumungsklage nicht hindert, weil § 1118 ABGB den Vermieter zur Auflösung des Bestandvertrags schon dann berechtigt, wenn der Mietzins nicht auf die vereinbarte Art bezahlt wurde. Im Fall einer Abtretung der Mietzinsforderung an einen Dritten genügt demnach auch schon ein Zahlungsverzug gegenüber diesem Dritten. Das Recht nach § 1118 ABGB könnte der Dritte nicht ausüben. Im Hinblick auf die zitierte Rsp hat das Berufungsgericht daher die Aktivlegitimation der Kl vertretbar bejaht. Auf weitere Fragen, insb auf die Frage des groben Verschuldens am Zahlungsverzug, kommt die Rev nicht zurück.

Anmerkung:

Die Rsp beantwortet die Frage der Aktivlegitimation zu einem Räumungsbegehren eindeutig mit der Befugnis

des Vermieters als Vertragspartner zum Bestandvertrag. Dieses Gestaltungsrecht kann zwar sicherlich auch übertragen werden, insb wenn über das Eigentumsrecht zur vermieteten Sache verfügt wird. Die reine Abtretung der Mietzinse entfaltet aber keine Wirkung auf das daneben bestehende Recht, das Bestandverhältnis aufzulösen.

Zu beachten wäre bei einer Abtretung aber § 42 Abs 2 MRG, der im Vollenwendungsbereich des MRG die Verfügung über Mietzinse für Mietgegenständen in Gebäuden untersagt, wobei aber gerade der Intention der Absicherung von Erhaltungsarbeiten folgend die Abtretung zur Sicherung von zur ordnungsgemäßen Erhaltung und notwendigen und nützlichen Veränderung oder Verbesserung, somit die Abtretung für Darlehen zu diesen Zwecken ausdrücklich gesetzlich erlaubt wird. Auch dies betrifft aber nur den Mietzins selbst und dessen Einhebung. Es besteht dadurch keine Beschränkung, über das Bestehen des Bestandverhältnisses selbst zu disponieren.

Die Entscheidung basiert auf gesicherter Rechtsprechung, die die Aktivlegitimation für die Auflösung des Bestandvertrags und das Räumungsbegehren auch ohne Inkassobefugnis dem Vermieter als Vertragspartner zuordnet. Wesentlich ist daher nur der qualifizierte Zahlungsrückstand, gleich ob dieser gegenüber Vertragspartner oder Zessionar besteht.

Wolfgang Ruckebauer

Mag. Wolfgang Ruckebauer ist RA in Wien.

Nutzwertfestsetzung bei der Liegenschaftsteilung durch Begründung von WE

Bei der für eine Liegenschaftsteilung durch Begründung von WE erforderlichen Nutzwertfestsetzung kommt es nur auf die Nutzfläche der einzelnen Objekte und auf werterhöhende oder wertvermindernde Eigenschaften wie bspw die Lage im Gebäude (etwa welches Stockwerk) an, nicht aber darauf, ob und zu welchen Konditionen das Objekt vermietet ist.

Aus der Begründung:

Die gefP stützt die behauptete Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens auf die Vermietung von Wohnungen durch die Gegnerin der gefP zu für die Vermieterseite unüblichen und ungünstigen Bedingungen und die dadurch verursachte Verkehrswertminderung der Liegenschaft.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch Vermietung von Wohnungen die Teilung durch Parifizierung gehindert sein sollte: Denn das Bestehen von Bestandrechten an einzelnen Wohnungen steht der Begründung von WE nicht entgegen (3 Ob 11/04 w mwN). Nichts anderes kann gelten, wenn nach rechtskräftigem Teilungsurteil Bestandrechte neu geschaffen werden. IdS wurde schon durch die Tatsache der Vermietung einzelner Wohnungen eine für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nötige konkrete Gefährdung nicht bescheinigt.

Ein Schaden ist nach stRsp dann unwiederbringlich, wenn ein Nachteil an Vermögen, Rechten oder

Personen eingetreten und wenn die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht tunlich ist und Schadenersatz entweder nicht geleistet werden kann (Zahlungsunfähigkeit des Beschädigers) oder die Leistung des Geldersatzes dem angerichteten Schaden nicht völlig adäquat ist (RS0005270).

Selbst dann, wenn mit der Vermietung eine Verkehrswertminderung einherginge, könnte diese durch Geldersatz ausgeglichen werden, zumal eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Gegnerin der gefP weder behauptet wurde noch bescheinigt ist. Von deren Vermögenslosigkeit oder von der Nichtdurchsetzbarkeit von allfälligen Schadenersatzansprüchen der gefP kann schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil sie ja zu $\frac{5}{6}$ Eigentümerin der Liegenschaft ist.

Überdies hat die gefP nur einen Anspruch auf WE, das dem Umfang ihres Miteigentums entspricht. Da ihr Anteil nur $\frac{1}{6}$ beträgt und mit der beantragten und verfügten Maßnahme der Gegnerin der gefP die freie Verfügung über sämtliche WE-Objekte verboten wird, wurde der gefP ein Recht eingeräumt, das ihr auch nach erfolgreicher Exekution nicht zukäme. Dass die gefP gerade an den freistehenden Wohnungen WE anstrebt, hat sie nicht behauptet. Geht man davon aus, dass von den 15 Objekten drei ohnehin von der gefP gemietet sind, und unterstellt man, dass diese durchschnittlich groß wären, so wäre sie im – von der Gegnerin der gefP

WOHNUNGS- EIGENTUMSRECHT

§ 381 EO;
§ 3 Abs 1 Z 3
WEG

OGH
26. 5. 2020,
2 Ob 36/20 p

einstweilige
Verfügung –
Gefährdung;
Realteilung;
Nutzwert-
festsetzung;
Nutzwert;
Verkehrswert

2020/78

nicht gefährdeten – Rechtsbesitz von $\frac{1}{5}$, also ohnehin mehr als das ihr zustehende $\frac{1}{6}$. Nach der E 3 Ob 11/04 w ist es sinnvoll, den Mietern tunlichst die von ihnen gemieteten Objekte als WE-Objekte zuzuweisen. Es scheint somit durchaus möglich, dass die ihr im Rahmen der Begründung von WE zustehenden WE-Objekte aus den von ihr gemieteten Wohnungen gedeckt werden könnten. Gegenteiliges hat sie nicht behauptet.

Dazu kommt Folgendes: Für die Liegenschaftsteilung durch Begründung von WE ist die Nutzwertfestsetzung erforderlich, die im Fall einer Festsetzung durch gerichtlichen Beschluss für den Teilungsbeschluss bindend ist (vgl 3 Ob 259/03 i [immolex 2004/175]). Bei der Begründung von WE in einem Verfahren zur Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft sind jedenfalls in Fällen, in denen einzelne Miteigentümer bereits Mieter von künftigen WE-Objekten sind und nicht den ortsüblichen Mietzins zahlen, wogegen bei den fremdvermieteten Wohnungen ein ortsüblicher Zins bezahlt wird, nicht die Verkehrswerte, sondern die sog Aufteilungswerte maßgeblich für die Teilung (3 Ob 11/04 w). Der Nutzwert ergibt sich aus der Nutzfläche des Objekts und aus Zuschlägen oder Abstrichen für werterhöhende oder wertvermindernde Eigenschaften desselben, die nach der Verkehrsauffassung den Wert des WE-Objekts erhöhen – das sind etwa Zweckbestimmung, Stockwerkslage und Lage innerhalb eines Stockwerks – oder auch vermindern, etwa bei Lärmbelästigung. Eine allein auf Kosten eines Miteigentümers vorgenommene sonstige bessere Ausstattung oder Grundrissgestaltung eines WE-Objekts ist nicht zu berücksichtigen. Das Gesetz nimmt für die Ermittlung des Nutzwerts auf den Umstand, dass ein Objekt vermietet ist, nicht Bezug (3 Ob 11/04 w). Der Nutzwert eines WE-Objekts ist schon vom Ansatz her nicht mit dem Verkehrswert desselben vergleichbar und hat auch eine ganz andere Funktion als jener. Der Verkehrswert stellt gleichsam eine isolierte „Außenbewertung“ des Objekts dar, wohingegen es sich beim Nutzwert um einen gebäudeimmanenten Wertmesser, also um eine aus dem Vergleich etwa der konkreten Wohnung oder Geschäftsräumlichkeit mit anderen WE-Objekten des Hauses erfließende Maßzahl handelt (3 Ob 11/04 w).

Aus dieser Rsp folgt, dass die Vermietung – egal ob zu einem angemessenen oder einem darunter liegenden Mietzins – auch keinen Einfluss auf die Nutzwertfestsetzung, die Grundlage für die WE-Begründung ist, und somit auf den Anteil an den Nutzwerten, der der gefP zukommt, hat.

Bei der Realteilung muss jeder Miteigentümer einen Teil annähernd gleicher Beschaffenheit und seiner Quote entsprechenden Werts erhalten; nur geringfügige Wertunterschiede können in Geld ausgeglichen werden (1 Ob 584/84). Bei der für den Wertausgleich notwendigen Ermittlung des Verkehrswerts nach dem Ertragswertverfahren ist nach § 5 Abs 3 LBG dann, wenn die tatsächlich erzielten Erträge von den bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung der Sache erzielbaren Erträgen abweichen, von jenen Erträgen auszugehen, die bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung der Sache nachhaltig hätten erzielt werden können. Eine Vermietung von Objekten

zu einem unter dem Marktniveau liegenden Mietzins hat daher auch keinen Einfluss auf die Ausgleichszahlung.

Wenn die gefP in der RevRekBeantwortung vorbringt, der zu ortsunüblichen Bedingungen (zu geringer Mietzins) abgeschlossene Mietvertrag über den Dachboden sei ein Scheinvertrag und hätte als Maßnahme der ao Verwaltung auch ihrer Zustimmung als Minderheitseigentümerin bedurft, stützt dies in Wahrheit den Standpunkt der Gegnerin der gefP: Ein solcher unüblicher Mietvertrag wäre nämlich mangels Zustimmung der Minderheitseigentümerin dieser gegenüber unwirksam (vgl 1 Ob 242/98 i mwN; 7 Ob 48/18 m [immolex 2018/112 (Cerha)]; RS0013584, RS0013589).

Anmerkung:

Der Entscheidung ist grundsätzlich zuzustimmen, dass es bei der Nutzwertfestsetzung nicht auf die Vermietung der Objekte bzw die erzielten Mieterträge im Zuge der Vermietung ankommen kann. Die Nutzwertfestsetzung fixiert die Anteile der Miteigentümer zueinander für einen längeren Zeitraum, als jeder Mietvertrag bestehen kann. Die Abänderung der Nutzwerte ist nur aus den Gründen des § 9 Abs 2 WEG 2002 zulässig.

Nicht erwähnt ist in dieser Bestimmung eine Änderung der Vermietungssituation. Schon alleine aus dieser Tatsache ist auch klar, dass auf die Tatsache der Vermietung, bzw der dabei erzielten Erträge, bei der Festsetzung der Nutzwerte nicht Bezug genommen werden darf. Lediglich beim Wertausgleich wird berücksichtigt, für welche Wohnung welche Miete erzielt werden kann, nicht aber, welche Miete tatsächlich erzielt wird. Der Entscheidung ist daher vollinhaltlich zuzustimmen.

Dazu kommt im gegenständlichen Fall noch, dass die Sechsteigentümerin auch selbst Mieterin einiger Objekte ist und ihr wohl ebendiese Objekte zuzuteilen sind, die sie bereits in Bestand hat. Die Frage, ob der Gegner der gefährdeten Partei durch die „billige“ Vermietung schadenersatzpflichtig wird, ist in diesem Verfahren nicht zu berücksichtigen. Auch wenn die Vermietung zu einem geringen Preis unbefristet oder mit langfristiger Befristung eine objektive Minderung des Verkehrswerts darstellt, so ist dies im gegenständlichen Fall nicht relevant.

Kritisch zu sehen ist die Tatsache, dass der OGH offenbar davon ausgeht, dass die Kriterien der Nutzwertfestsetzung unterschiedlich sind, wenn einer der Miteigentümer in einem Aufteilungsverfahren Mieter einer Wohnung ist. Wenn man die Argumentation des OGH weiterdenkt, werden in diesem Fall nämlich auch andere Vermietungen unberücksichtigt gelassen, die in dem Fall, dass kein Miteigentümer Mieter ist, anders gesehen werden (dies insb vor dem Hintergrund, dass bestehende Mietverhältnisse den Verkehrswert der Objekte nicht nur unerheblich beeinflussen). Aufgrund der derzeit bestehenden Gesetzeslage, dass der Wegfall von Altmietverhältnissen zu keiner Berichtigung der Anteile führen kann, ist es aber nur konsequent, Mietverhältnisse nicht zu berücksichtigen.

Sigrid Rätth

Mag. Sigrid Rätth ist RA in Tulln.

Vorkaufsrecht als Umgehung der Beschränkung des § 5 Abs 2 WEG

Die Erwerbsbeschränkungen in § 5 Abs 2 WEG verbieten jedenfalls die Einverleibung des WE an einem „nicht zustehenden“ Kfz-Abstellplatz in einem Rang, der zeitlich vor dem Ablauf der Wartefrist liegt. Kauft ein WEer (WE-Bewerber) eines Bedarfsobjekts zusätzlich mit einem Vorkaufsrecht belastete Miteigentumsanteile verbunden mit WE an einem Kfz-Abstellplatz, ist eine Einverleibung seines Rechts an diesem Abstellplatz nur zulässig, wenn er die Zustimmung oder den Verzicht des Vorkaufsberechtigten nachweist. Damit wird eindeutig die in § 5 Abs 2 Satz 1 und 2 WEG beabsichtigte Verteilungsgerechtigkeit beeinträchtigt. WEer oder liegenschaftsfremde Personen, die sich einen (zusätzlichen) Kfz-Abstellplatz durch ein intabuliertes Vorkaufsrecht sichern wollen, können verhindern, dass andere WEer von Bedarfsobjekten WE an einem Kfz-Abstellplatz nach den Kriterien des § 5 Abs 2 WEG erwerben können. Der Antrag auf Einverleibung eines solchen Vorkaufsrechts ist daher gem § 94 BGB infolge Umgehung abzuweisen.

An der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft ist seit 8. 1. 2019 zu TZ 4112/2018 WE begründet. Es gibt 42 Wohneinheiten und 20 Kfz-Abstellplätze, an denen jeweils WE begründet ist. Erst- und ZweitASt sind als Eigentümerpartner WEer der Wohnung 7 sowie des Kfz-Abstellplatzes 5. Zugunsten der DrittASt ist WE (unter anderem) am Kfz-Abstellplatz 4 eingetragen.

Die ASt begehrt die Einverleibung des Vorkaufsrechts gem den §§ 1072 ff ABGB ob des Kfz-Abstellplatzes 4 zugunsten der Erst- und ZweitASt. Die vorgelegte Vereinbarung vom 20. 5. 2019 (Grundbuchsurkunde) hielt unter anderem Folgendes fest:

„Die DrittASt hat auf der Liegenschaft eine Wohnhausanlage durch gewerblich befugte Unternehmen errichtet. Die Wohnhausanlage verfügt über 42 Wohneinheiten und eine Garage mit insgesamt 20 Kfz-Stellplätzen. Erst- und ZweitASt beabsichtigen als Käufer der Wohnung 7 und des Kfz-Stellplatzes 5, den Kfz-Stellplatz 4 zu erwerben. Die Vertragsparteien treffen diese Vereinbarung, weil aufgrund der Beschränkung des § 5 Abs 2 WEG der Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrags erst nach Ablauf von drei Jahren ab Begründung des Wohnungseigentums möglich ist.

Die Vertragsparteien verpflichten sich, ehestmöglich nach Ablauf von drei Jahren ab Begründung des WE einen Kaufvertrag in grundbuchsfähiger Form über den Kfz-Stellplatz 4 abzuschließen, wobei der Kaufpreis bereits heute mit € 20.000,- festgelegt wird. Die Übergabe bzw die Übernahme des Kaufgegenstands in den Besitz und Genuss der Käufer, gleichzeitig mit Übergang von Gefahr und Zufall, erfolgt nicht vor Unterfertigung des grundbuchsfähigen Kaufvertrags durch sämtliche Vertragsparteien. Vereinbarungsgemäß sind die Käufer allerdings schon ab Unterfertigung dieser Vereinbarung berechtigt, den Kaufgegenstand widmungsgemäß zu benützen. Die Verkäuferin räumt ihnen daher diese Befugnis ein und sichert ihnen zu, für die ausschließlich ungestörte Benützungsmöglichkeit Sorge zu tragen. Die Käufer haben für die Benützung kein Ent-

gelt zu entrichten, jedoch haben sie die auf den Kaufgegenstand entfallenden Betriebskosten zu tragen. Zur Sicherung dieser Vereinbarung unterfertigt die Verkäuferin unter anderem ein Grundbuchs gesuch zur Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung des Kaufgegenstands. Zur weiteren Absicherung dieser Vereinbarung räumt die Verkäuferin den Käufern über ihren Wunsch das Vorkaufsrecht im Sinne der Bestimmungen der §§ 1072 ff ABGB am Kaufgegenstand ein und die Käufer nehmen diese Rechtseinräumung an.“

Das ErstG wies das Grundbuchs gesuch ab, das RekG bestätigte diese Entscheidung.

Aus der Begründung:

1.1. Nach § 5 Abs 2 WEG kann WE an einem Abstellplatz für ein Kfz bis zum Ablauf von drei Jahren nach Begründung von WE an der Liegenschaft nur von einer Person oder Eigentümerpartnerschaft erworben werden, der WE an einer Wohnung oder einem selbständigen Geschäftsraum der Liegenschaft (Bedarfsobjekte) zukommt; dabei kann ein WEer mehrerer Bedarfsobjekte schon während der dreijährigen Frist eine entsprechende Mehrzahl von Abstellplätzen erwerben. Darüber hinaus kann der WEer eines Bedarfsobjekts während der dreijährigen Frist mehrere Abstellplätze nur erwerben, soweit die Zahl der auf der Liegenschaft vorhandenen und als WE-Objekte gewidmeten Abstellplätze die Zahl der Bedarfsobjekte übersteigt; bei der Berechnung der überzähligen Abstellplätze ist der schriftlich erklärte Verzicht eines WEers auf den ihm vorzubehaltenden Abstellplatz zu berücksichtigen. Nach Ablauf der dreijährigen Frist können auch andere Personen WE an einem Abstellplatz erwerben.

1.2. Mit diesen Erwerbsbeschränkungen setzte der Gesetzgeber des WEG 2002 das Ziel um, den auf der Liegenschaft „wohnenden“ (oder geschäftlich tätigen) WEern beim Erwerb von Kfz-Abstellplätzen Vorrang einzuräumen. Dazu wählte er die Konstruktion einer Wartefrist und beschränkte für eine Frist von drei Jahren ab erstmaliger Begründung von WE an der Liegenschaft den Erwerb von selbständigem WE an einem Kfz-Abstellplatz in zweifacher Hinsicht: Erstens sind liegenschaftsfremde Personen vom Erwerb ausgeschlossen, zweitens können WEer von einem oder mehreren Bedarfsobjekten nur die entsprechende Anzahl von Abstellplätzen erwerben (ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 40).

2.1. Die Erst- und ZweitASt könnten als Eigentümerpartner nur eines Bedarfsobjekts nach § 5 Abs 2 WEG innerhalb der dreijährigen Frist, die zum Zeitpunkt der Einbringung des Grundbuchs gesuchs noch nicht abgelaufen war, keinen zweiten Kfz-Abstellplatz erwerben. Diese Beschränkung ist ihnen und der DrittASt bewusst, wie eindeutig aus dem Text der vorgelegten Grundbuchsurkunde über die Einräumung eines Vorkaufsrechts hervorgeht. Sie vertreten im RevRek die Auffassung, dass § 5 Abs 2 WEG einen WE-Organisator nicht dazu verpflichte, bestimmten Personen einen Stellplatz zum Kauf an-

§ 5 Abs 2 WEG;
§ 94 BGB

OGH
20. 2. 2020;
5 Ob 223/19b

Kfz-Abstellplatz;
Einverleibung des
Vorkaufsrechts;
Erwerbs-
beschränkung

2020/79

zubieten. Es müsse daher möglich sein, einem Interessenten Stellplätze vorzubehalten und nach Ablauf der Wartefrist einen entsprechenden Kaufvertrag abzuschließen, insb dann, wenn unklar sei, ob die zukünftigen Käufer der noch verfügbaren Wohnungen noch Interesse am Kauf eines Stellplatzes haben. § 5 Abs 2 WEG beschränke darüber hinaus nach seinem Wortlaut nur den Erwerb von Stellplätzen, nicht aber die Einräumung weiterer Rechte.

2.2. Diese Argumentation überzeugt nicht.

3.1. Die Beschränkungen des 1. und 2. Satzes des § 5 Abs 2 WEG gelten nicht für denjenigen WE-Organisator, der im WE-Vertrag als Hauptverantwortlicher für die WE-Begründung und den Abverkauf der WE-Objekte bezeichnet ist; dies kann je Liegenschaft nur eine einzige Person sein (§ 5 Abs 2 letzter Satz WEG idF WRN 2006). Ob die DrittASt unter diese Begriffsdefinition des „operativ tätigen WE-Organisators“ (*T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht*⁴ § 5 WEG Rz 16b) fällt, steht nicht fest, ist jedoch nicht relevant für das Ergebnis.

3.2. Die Erwerbsbeschränkungen des § 5 Abs 2 Satz 1 und 2 WEG gelten nach der Rsp nämlich sowohl für die erstmalige (konstitutive) Begründung von WE als auch für derivative Erwerbsvorgänge innerhalb der Dreijahresfrist (5 Ob 124/13s wobl 2014/40 [*Hausmann*]; 5 Ob 126/13k; 5 Ob 19/19h immo aktuell 2019/42, 204 [*Höllwerth*], je mwN; RIS-Justiz RS0129132). Innerhalb der dreijährigen Wartefrist ist es zulässig, an „überzähligen“ Kfz-Stellplätzen zugunsten des hauptverantwortlichen WE-Organisators WE zu begründen, auch wenn diesem selbst sonst kein selbständiges WE an der Liegenschaft zukommt (*T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch*⁴ § 5 WEG Rz 16b; *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*⁴ § 58 WEG Rz 3). Der nachfolgende Verkauf durch den WE-Organisator unterliegt jedoch den Einschränkungen des § 5 Abs 2 Satz 1 und 2 WEG. Wenn die RevRekWerber idZ auf den Verzicht zahlreicher WEer auf ihnen zustehende Abstellplätze verweisen, verstoßen sie gegen das im Grundbuchverfahren geltende Neuerungsverbot (§ 122 Abs 2 GBG).

3.3. Nach § 5 Abs 3 Satz 1 WEG wird das WE durch die Einverleibung in das Grundbuch erworben. Die Lehre versteht den Begriff „Erwerb“ in dieser Bestimmung allein als konstitutive erstmalige Begründung von WE (*T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch*⁴ § 5 WEG Rz 19; *Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II*²³ § 5 WEG Rz 2; nicht differenzierend hingegen *Pittl in Böhm/Pletzer/Spruzinal/Stubentheiner, GeKo Wohnrecht II* [2019] § 5 WEG Rz 4). Bei einem derivativen Erwerb von Miteigentumsanteilen verbunden mit dem WE-Recht als dinglichem Recht iS der Legaldefinition des § 2 Abs 1 Satz 1 WEG gibt es keine Besonderheiten. Der Erwerb eines bestehenden, bereits im Grundbuch eingetragenen WE-Objekts bedarf schon nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen der Einverleibung im Grundbuch (§ 431 ABGB).

3.4. Der derivative Erwerbsvorgang (Kauf eines bereits existierenden WE-Objekts) ist erst mit der grundbücherlichen Einverleibung abgeschlossen.

Die Erwerbsbeschränkungen in § 5 Abs 2 WEG verbieten jedenfalls die Einverleibung des WE an einem „nicht zustehenden“ Kfz-Abstellplatz in einem Rang, der zeitlich vor dem Ablauf der Wartefrist liegt.

3.5. Ein Vorkaufsrecht nach § 1072 ABGB räumt dem Berechtigten das Gestaltungsrecht ein, ein Vertragsverhältnis durch einseitige Erklärung ohne Mitwirkung des Vertragspartners zu begründen (RS0123147; *Apathy/Perner in KBB*⁵ § 1072 ABGB Rz 1). Das Vorkaufsrecht beschränkt den Verpflichteten nicht in seiner Freiheit, die Sache überhaupt zu verkaufen (RS0020222). Übt aber der Berechtigte sein Vorkaufsrecht aus, entsteht zwischen ihm und dem Verpflichteten ein Kaufvertrag, der inhaltlich mit dem „Drittvertrag“ übereinstimmt (RS0020174). Ein verbüchertes Vorkaufsrecht wirkt als Veräußerungsverbot, das von Amts wegen als Eintragungshindernis wahrzunehmen ist (RS0020201). Das GrundbuchsG darf die Einverleibung des Eigentumsrechts eines Dritten nur bewilligen, wenn a) eindeutig gar kein Vorkaufsfall vorliegt, b) der Vorkaufsberechtigte zustimmt oder c) urkundlich nachgewiesen wird, dass dem Vorkaufsberechtigten die Liegenschaft zum Kauf angeboten wurde und er von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hat (5 Ob 28/19g [JusGuide 2019/28/17839] mwN).

3.6. Kauft ein WEer (WE-Bewerber) eines Bedarfsobjekts zusätzlich mit einem Vorkaufsrecht belastete Miteigentumsanteile verbunden mit WE an einem Kfz-Abstellplatz, ist eine Einverleibung seines Rechts an diesem Abstellplatz nur zulässig, wenn er die Zustimmung oder den Verzicht des Vorkaufsberechtigten nachweist. Damit wird eindeutig die in § 5 Abs 2 Satz 1 und 2 WEG 2002 beabsichtigte Verteilungsgerechtigkeit beeinträchtigt. WEer oder liegenschaftsfremde Personen, die sich einen (zusätzlichen) Kfz-Abstellplatz durch ein intabuliertes Vorkaufsrecht sichern wollen, können verhindern, dass andere WEer von Bedarfsobjekten WE an einem Kfz-Abstellplatz nach den Kriterien des § 5 Abs 2 WEG erwerben können.

4. Ein Grundbuchsgesuch ist nach § 94 Abs 1 GBG abzuweisen, wenn berechtigte Bedenken bestehen, dass ein Umgehungsgeschäft vorliegt (5 Ob 1083/91 RS0060551). Die Vorinstanzen haben hier die Einverleibung des Vorkaufsrechts zu Recht abgelehnt.

Anmerkung:

Mit dieser Entscheidung weist der OGH zutreffend Versuche zurück, die Erwerbsbeschränkungen des § 5 Abs 2 WEG zu umgehen. ME liegt eine solche Umgehung nicht nur für den Fall der Absicherung durch ein Vorkaufsrecht vor, sondern generell dann, wenn durch ein „verfrühtes“ Verpflichtungsgeschäft derselbe Zweck erreicht wird (s schon meine Glosse zu 5 Ob 125/13p immolex 2014/23 [88]). Daher kann mE zB auch ein echter Mietkauf (2 Ob 288/11 b ÖBA 2013/1928 [Bollenberger]) den Vorgaben des § 5 Abs 2 WEG nicht Genüge tun; dies wird auch schon dadurch belegt, dass für diesen Fall bei Vertragsabschluss die Grunderwerbsteuer zu entrichten ist (VwGH 97/16/0345).

Zum möglichen Verzicht eines WEers ist mE darauf zu achten, dass dieser auch tatsächlich „freiwillig“ erfolgt, wobei bei derartigen Erklärungen im als Vertragsformblatt zu qualifizierenden Bauträgervertrag nicht nur § 38 Abs 1 WEG, sondern auch § 879 Abs 3 ABGB zu beachten ist, so etwa dann, wenn ein derart erklärter Verzicht dadurch bedingt ist, dass zB für eine Penthousewohnung mehr Abstellplätze benötigt werden.

Es gibt aber auch noch andere bedenkliche Fälle eines Verkaufs an Dritte durch den Bauträger; so etwa, wenn baubehördlich eine bestimmte Anzahl an Stellplätzen für die ständigen Bewohner und Besucher vorgeschrieben ist und eine Veräußerung oder auch bloß Vermietung an Dritte nachteilige Folgen für die Erwerber hat. Zu denken ist etwa an einen unzulässigen Verkauf von Pflichtstellplätzen (Prader, WEG⁵ § 2 E 37), dies ganz abgesehen von der Problematik des § 38 Abs 1 WEG. Ebenso problematisch wäre aber auch ein (bloßer) Wegfall (auch) von (eingerechneten) (Besucher-)Stellplätzen, jedenfalls dann, wenn dies rechtlich zum Anfallen einer Ausgleichsabgabe führen würde (vgl dazu etwa zu § 8 Abs 4 [nunmehr Abs 5] TBO: LVwG-2019/32/0359–3 Stellplätze; hier hilft dem Erwerber die vom VwGH zu Recht bejahte Parteistellung [Ro 2016/06/

0022] bei baulichen Veränderungen und damit verbunden einer Ausgleichsabgabe für dadurch bedingte erforderliche Stellplätze nicht weiter). Eine ähnliche Problematik ergibt sich dann, wenn weniger als die vorgeschriebenen Stellplätze errichtet werden (können) und der Bauträger um eine Befreiung ansucht; hier wird dann ebenso wie bei einem Verstoß gegen § 5 Abs 2 WEG durch Verkauf an Dritte das Problem der mangelnden Sicherung der Rechtsstellung virulent, weil insoweit zB in Tirol gem § 28 TVAG sogar ein gesetzliches Pfandrecht besteht (auch darauf ist beim Bauträgervertrag zu achten: Prader in Schwimann/Kodek [2019] § 7 Rz 15 und § 9 Rz 7). Schließlich verweist § 3 TVAG idF LGBL 2018/144 auf § 8 Abs 9 TBO idF LGBL 2018/28 und umfasst damit auch den nachträglichen Wegfall von Stellplätzen. Das Thema der Stellplätze ist sohin bei der Vertragsgestaltung (ev ist in diesem Lichte an eine – allerdings unter Beachtung auch von § 38 Abs 1 WEG – mögliche nachträgliche Reduktion zu denken: dazu im Detail Walzel von Wiesentreu, immolex 2016, 180 [183]) nicht nur aus WE-rechtlicher Sicht ein sprichwörtlich „heißes Eisen“.

Christian Prader

Dr. Christian Prader ist RA in Innsbruck.

Zum wichtigen Interesse an der Schaffung eines altersgerechten Zugangs

Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen wie auch eine Steigerung des Wohn- und Verkehrswerts der Wohnung reichen für die Annahme eines wichtigen Interesses idR nicht aus.

Gegenstand des RevRekVerfahrens ist nur mehr das Begehren der ASt, die Zustimmung des ErstAG und der ZweitAG zur Verlegung des Eingangs zur Haushälfte der ASt von der südwestlichen Hauswand zur nordwestlichen Ecke des Objekts zu ersetzen.

Das ErstG gab dem Antrag insoweit statt.

Das RekG wies ihn ab, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 10.000,- übersteige, und ließ den oRevRek nicht zu.

Aus der Begründung:

Die ASt bezweifeln nicht, dass die von ihnen begehrte Verlegung des Hauseingangs im Hinblick auf die damit verbundene Inanspruchnahme allgemeiner Teile der Liegenschaft zusätzlich zu den in § 16 Abs 2 Z 1 WEG geforderten negativen Voraussetzungen kumulativ auch die Voraussetzungen des § 16 Abs 2 Z 2 WEG erfüllen muss. Die geplanten Maßnahmen müssen also entweder der Übung des Verkehrs entsprechen oder einem wichtigen Interesse des WEers dienen (RS0083233). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer dieser zusätzlichen Voraussetzungen trägt der änderungswillige WEer (5 Ob 169/18 s immolex 2019/48 [Gottardis]).

Sowohl zur „Übung des Verkehrs“ als auch zum „wichtigen Interesse“ des WEers iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG liegt bereits umfangreiche Judikatur des OGH vor. Bei Beurteilung der Verkehrsüblichkeit einer Änderung kommt es danach nicht auf eine allgemeine, generalisierende Betrachtung einer vom

Standort abstrahierten Baupraxis an, sondern darauf, ob die konkret beabsichtigte Änderung in ihrer geplanten Ausgestaltung unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des Hauses, des Umfelds, des Ausmaßes des Eingriffs in die Bausubstanz sowie des Ausmaßes der Inanspruchnahme oder Umgestaltung allgemeiner Teile verkehrsbüchlich ist (RS0126244; 5 Ob 169/18 s mwN). Für das wichtige Interesse des WEers an einer Änderung am Objekt kommt es darauf an, ob die beabsichtigte Änderung dazu dient, dem WEer eine dem heute üblichen Standard entsprechende Nutzung seines Objekts zu ermöglichen (RS0083341 [T 18]; RS0083345 [T 16]). Zweckmäßigkeitserwägungen und eine Steigerung des Verkehrswerts des Objekts genügen hingegen für die Annahme eines wichtigen Interesses in der Regel nicht (RS0083341 [T 2, T 4]; RS0083345 [T 1]; RS0110977; 5 Ob 169/18 s mwN).

Die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit einer § 16 Abs 2 WEG zu unterstellenden Änderung unter den Gesichtspunkten ihrer Verkehrsüblichkeit und/oder des wichtigen Interesses daran hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die in ihrer Gesamtheit zu beurteilen sind (RS0109643; 5 Ob 169/18 s). Dabei ist den Vorinstanzen ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Solange dieser nicht verlassen wird, liegt keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 62 Abs 1 AußStrG vor. Nur in Fällen einer groben, die Rechtssicherheit in Frage stellenden Fehlbeurteilung hätte der OGH korrigierend einzugreifen (RS0083309 [T 9, T 13, T 16]; RS0109643 [T 10, T 11]). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor:

Das RekG ging davon aus, die ASt hätten die Verkehrsüblichkeit der Verlegung des Hauseingangs nicht einmal behauptet. Nur iS einer Hilfsbegründung hat das RekG noch zur Frage Stellung genom-

§ 16 WEG

OGH

14. 4. 2020,
5 Ob 26/20 i

Änderung;
Inanspruchnahme von
Allgemeinflächen

2020/80

men, ob sich eine Verkehrsüblichkeit aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergeben könnte, und dies verneint. Abgesehen davon, dass die Frage, ob im Hinblick auf den Inhalt der Prozessbehauptung eine bestimmte Tatsache als vorgebracht anzusehen ist, grundsätzlich eine solche des Einzelfalls ist, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung keine erhebliche Bedeutung zukommt (RS0042828), setzen die ASt der Beurteilung des RekG lediglich entgegen, es sei ihnen sehr wohl gelungen, darzulegen und nachzuweisen, dass die geplante Eingangsverlegung verkehrsüblich sei. In weiterer Folge befassen sie sich allerdings nur mit der Hilfsbegründung des RekG, ohne näher darzulegen, wo sie entgegen der Auffassung des RekG Vorbringen zur Verkehrsüblichkeit dieser Maßnahme erstattet haben wollen. Insoweit lässt ihr Zulassungsantrag daher die gesetzmäßige Ausführung vermissen (vgl. RS0042779), sodass darauf nicht einzugehen ist. Einer Auseinandersetzung mit der Hilfsbegründung des RekG zur (mangelnden) Verkehrsüblichkeit bedarf es daher nicht.

Als wichtiges Interesse iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG machten die ASt nur geltend, aufgrund stark wuchernder Bepflanzung sei der Zugang eng, der neue Eingang bezwecke die Verkürzung von Distanzen und damit die Schaffung eines altersgerechten Zugangs. Die Beurteilung des RekG, daraus lasse sich noch kein wichtiges Interesse iSd § 16 Abs 2 Z 2 WEG ableiten, entspricht der stRsp des Fachsenats (vgl. RS0083341), wonach darin nicht jeder bloße – wenn auch verständliche oder sogar von achtenswerten Motiven getragene – Wunsch zu verstehen ist und bloße Zweckmäßigkeitserwägungen wie auch eine Steigerung des Wohn- und Verkehrswerts der Wohnung für die Annahme eines wichtigen Interesses idR nicht ausreichen. Die im Zulassungsantrag genannten Aspekte der Schaffung von Barrierefreiheit und der Herstellung eines funktionstüchtigen WC-Ablaufs waren tatsächlich nicht Gegenstand von Prozessvorbringen im Verfahren erster Instanz. Dass Parteienaussagen der ASt zu diesem Thema Prozessvorbringen zum wichtigen Interesse nicht ersetzen können, entspricht der stRsp (RS0043157). Insgesamt gelingt es den ASt somit nicht, eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung des RekG aufzuzeigen, weshalb ihr RevRek zurückzuweisen ist, ohne dass dies einer weiteren Begründung bedürfte (§ 71 Abs 3 AußStrG).

Anmerkung:

Die gegenständliche Entscheidung ist in ihrer Begründung und daraus folgend im Ergebnis grds nicht zu beanstanden. Der „schale Beigeschmack“ besteht jedoch darin, dass sie aufgrund prozessrechtlicher Formalitäten und Mängel zu einem materiellrechtlich mE falschen

Ergebnis führt. Die stRsp (RS0043157), wonach Parteienaussagen eines ASt ein Prozessvorbringen zum wichtigen Interesse nicht ersetzen können, ist im gegenständlichen Fall anwendbar. Schon dem Wortlaut des § 36 Abs 4 AußStrG entsprechend ist in Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden können, der Beschluss im Rahmen der Anträge zu fassen. Das erkennende Gericht ist somit grds an den Antrag gebunden, wobei gemäß stRsp (RS0124048) und hL (vgl. Rechberger, Außerstreitgesetz² § 36 Rz 3) auch auf das den Antrag begründende Tatsachenvorbringen abzustellen ist. Warum der Inhalt der Parteienaussage, wonach das wichtige Interesse an der Verlegung des Eingangs zur Haushälfte der ASt der Schaffung von Barrierefreiheit diene und auch die Herstellung eines funktionstüchtigen WC-Ablaufs geschaffen werden könne, somit nicht auch im Wege eines Vorbringens behauptet wurde, ist freilich nicht verständlich. Dass die Schaffung von Barrierefreiheit und einem funktionstüchtigen WC-Ablauf eine maßgebliche Tatsache für die Entscheidung über ein allfällig bestehendes wichtiges Interesse an einer Änderung eines WE-Objektes darstellen können, steht mE außer Zweifel.

Dies vorausgeschickt, wäre bereits im erstinstanzlichen Verfahren ein Vorbringen zur Schaffung von Barrierefreiheit und der Herstellung eines funktionstüchtigen WC-Ablaufs notwendig gewesen, damit sich das ErstG und in weiterer Folge das RekG bzw der OGH mit der Frage nach der Zulässigkeit der gewünschten Änderungsmaßnahmen auseinandersetzen gehabt hätten. Die Herstellung eines funktionstüchtigen WC-Ablaufs wäre dabei gemäß der Bestimmung § 16 Abs 2 Z 2 WEG grds als privilegiert zu betrachten. Bezüglich der Zulässigkeit der Schaffung eines barrierefreien Zugangs zu einer WE-Einheit kommt es nach stRsp darauf an, ob die beabsichtigte Änderung dem WEer eine dem heute üblichen Standard entsprechende Nutzung seines Objektes ermöglicht (statt vieler: jüngst 5 Ob 44/20 m). Der knappen Begründung gegenständlicher Entscheidung sind konkrete Hinweise auf diese Frage dabei nicht zu entnehmen. Sollte jedoch eine Behinderung oder altersbedingte Gebrechlichkeit des ASt vorliegen oder aufgrund einer Krankheit oder des hohen Alters für die Zukunft zu erwarten sein, wäre das wichtige Interesse mE jedenfalls gegeben, zumal im Extremfall nicht mehr von der Frage nach einer „dem heutigen Standard entsprechenden Nutzung“ die Rede wäre, sondern davon, ob das WE-Objekt durch den WEer überhaupt noch genutzt werden kann (s etwa zum Treppenlift und zur körperlichen Beeinträchtigung als wichtiges Interesse jüngst 5 Ob 218/19y; iZm dem BGStG etwa auch RätH, Barrierefreiheit im Wohnungseigentum, immolex 2015, 334).

Thomas Jenewein

Mag. Thomas Jenewein ist Unternehmensjurist in Innsbruck.

Benutzungsrecht des Dritten

Nach stRsp wird das Recht des Hauseigentümers, Dritte von der Benutzung seines Eigentums auszuschließen, durch eine von ihm getroffene Verfügung beschränkt. Es bedarf aber zumindest „irgendeiner“ wirksamen (Rechts-)Grundlage zwi-

schen demjenigen, der sein Benutzungsrecht vom Eigentümer ableitet, und dem Dritten, damit Letztgenannter – auch im Verhältnis zum Eigentümer – nicht als titellos anzusehen ist.

Aus der Begründung:

Nach stRsp wird das Recht des Hauseigentümers, Dritte von der Benutzung seines Eigentums auszuschließen, durch eine von ihm – sei es durch einen Bestandvertrag oder eine andere obligatorische Vereinbarung – getroffene Verfügung beschränkt. Solange diese aufrecht ist, kann nur derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen wurde, vom Hauseigentümer in Anspruch genommen werden, nicht aber derjenige, der sein Benutzungsrecht aus dem Recht des Vertragspartners des Hauseigentümers ableitet (vgl RS0010416; RS0010408).

Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen dem obligatorisch Berechtigten und dem Dritten ist zwar insoweit ohne Bedeutung, als auch eine bloß formlose Gestattung (ein bloßes „Dulden“) der Benutzung Räumungsansprüche des Eigentümers gegen den Dritten ausschließt (vgl 3 Ob 33/11 s). Es bedarf aber zumindest „irgendeiner“ wirksamen (Rechts-)Grundlage zwischen demjenigen, der sein Benutzungsrecht vom Eigentümer ableitet, und dem Dritten, damit Letztgenannter – auch im Verhältnis zum Eigentümer – nicht als titellos anzusehen ist. Diese muss der Dritte im Prozess behaupten und – wenn sie bestritten wird – beweisen (vgl 10 Ob 199/99 h mwN). Dass der Dritte sein Recht „irgendwie“ vom Vertragspartner des Eigentümers (hier von dessen Mieter) ableiten können muss, bedeutet nicht, dass es nicht darauf ankäme, ob das Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden wirksam zustande gekommen ist, sondern vielmehr, dass dessen Rechtsnatur nicht ausschlaggebend ist und etwa auch ein bloß formloses Gestatten der Benutzung (dabei wird es sich idR um ein – allenfalls konkludent eingeräumtes – Prekarium und damit einen Vertrag handeln; vgl RS0019212) ausreicht. Besteht zwischen demjenigen, der sein Nutzungsrecht vom Eigentümer ableitet, und dem Dritten hingegen kein wirksames Rechtsverhältnis, dann benützt Letzterer auch im Verhältnis zum Eigentümer titellos und ist daher dessen Räumungsklage ausgesetzt.

Eine Einschränkung des Klagebegehrens (hier auf Kosten) ist jederzeit auch ohne Zustimmung des Bekl zulässig (RS0039651). Sie ist nicht als (teilweise) Klagerücknahme aufzufassen (RS0039651 [T 1]); auch ein Verzicht auf eine neuerliche Geltendmachung ist damit nicht verbunden (vgl RS0039573).

Anmerkung:

Der Leitsatz der gegenständlichen Entscheidung findet ausreichend Grundlage in der bisherigen Rsp und führt diese konsequent weiter. Aufgearbeitet wird die durchaus desperate Lage des Vermieters, wenn ein vermietetes Bestandobjekt von einem Unbekannten genutzt wird. Ist dieser allseits unbekannt, nämlich auch dem tatsächlichen Mieter, steht mangels verbindenden Fadens, mehr müsste nicht vorhanden sein, dem Vermieter die Räumungsklage auch gegen den unberechtigt titellosen Nutzer zu.

Der Entscheidung liegt dazu der diffizilere Sachverhalt zugrunde, dass im Gebäude der klagenden Partei ein Beherbergungsunternehmen betrieben wird, das von der beklagten Partei dem Bestandnehmer abgekauft wurde, und im Rahmen dieser Transaktion ein Pachtvertrag

zwischen Bestandnehmer und Unternehmenskäufer abgeschlossen wurde. Zu diesem Pachtvertrag wird festgestellt, dass der Bestandnehmer bei Abschluss nicht geschäftsfähig war und der Vertrag weder im Nachhinein durch dessen gesetzlichen Vertreter noch nach dem Tod des Bestandnehmers durch den Verlassenschaftskurator genehmigt worden sei. Der „Unternehmenskaufvertrag“ wurde jedoch vom Verlassenschaftskurator genehmigt, mit dem die bewegliche Geschäftseinrichtung sowie die Anlagen übertragen wurden. Weiters wird aber – diesfalls durch den OGH – aus der Urkunde heraus festgestellt, dass der abgeschlossene Kaufvertrag kein Unternehmenskaufvertrag ist, da in diesem ausdrücklich festgestellt wird, dass durch das gegenständliche Rechtsgeschäft keine Veräußerung eines Unternehmens erfolgt.

Orientiert man sich an der Rsp, die ein Dulden der Nutzung durch den Bestandnehmer als ausreichend für eine Bindung ansieht, müsste der Verbleib der angekauften beweglichen Geschäftseinrichtung sowie der Anlagen an sich ein durch den Bestandnehmer bzw seine gesetzlichen Vertreter geduldetes Belassen bewirken. Die Rechtsgrundlage wäre der unrichtig titulierte „Unternehmenskaufvertrag“.

Dem wird vom OGH eine Absage erteilt, da die beweglichen Sachen betroffen seien und sich der Vertrag selbst nicht auf das Pachtobjekt beziehe. Auf die tatsächliche Belassung wird ebenso wenig abgestellt wie darauf, dass die Ausübung des Pachtbetriebs realiter aufgrund dieser überlassenen Gegenstände ausgeübt wird.

Tatsächlich kommt aber dem nichtigen Rechtsgeschäft, nämlich dem von den gesetzlichen Vertretern nicht genehmigten Pachtvertrag, keine Wirkung zu, die einen Anknüpfungspunkt für eine Gebrauchsüberlassung zulässt. Interessant in diesem Zusammenhang bleibt, dass offensichtlich keine Rechtsdurchsetzung der Räumung seitens der gesetzlichen Vertreter des (verstorbenen) Bestandnehmers zur Durchsetzung der Nichtigkeit des nicht genehmigten Vertrages und entsprechenden Rückabwicklung gesetzt wurde. Der Vertrag selbst ist nichtig und daher kein Anknüpfungspunkt. Die Nichtdurchsetzung lässt aber einen Zustand bestehen, der der Vertragserfüllung gleichkommt. Immerhin konnte das Bestandobjekt durch die beklagte Partei im Rahmen des Beherbergungsunternehmens bewirtschaftet werden. Aus dem Sachverhalt ergibt sich daher auch nicht, dass mit der gegenständlichen Klage gegen den Dritten für die klagende Partei eine tatsächliche und rechtsfreie Rückgewinnung des Objekts ermöglicht wurde, da keine Ausführungen gegeben sind, inwieweit der (verstorbene) Bestandnehmer oder seine gesetzlichen Vertreter über das Objekt im Sinne der Rücklegung von Mietrechten und geräumten Übergabe disponiert hätten. Offenbar wird diese vollkommene Passivität nicht als positiv zu deutende formlose Gestattung oder Dulden als entscheidungsrelevant angesehen, weil der Vertrag, der die Rechtsgrundlage für die Nutzung bieten sollte, ungültig war. Es schlägt daher der Gedanke des nicht zustande gekommenen Vertrags durch und überdeckt die offenbar fehlenden Handlungen zur tatsächlichen Durchsetzung und Rückführung.

Dass das Klagebegehren schlussendlich auf Kosten eingeschränkt wurde, lässt darauf schließen, dass es zu einer gemeinschaftlichen Lösung und Rückstellung kam.

Wolfgang Ruckebauer

Mag. Wolfgang Ruckebauer ist RA in Wien.

§ 2 NotwegeG

OGH
30. 3. 2020,
4 Ob 182/19xöffentliches
Wegenetz;
Widmung
Bauland;
Selbstvorsorge

2020/82

Auffallende Sorglosigkeit im Notwegerecht

Der Rechtssatz, dass der Ankauf eines Grundstücks ohne Verbindung zum öffentlichen Wegenetz noch keine auffallende Sorglosigkeit begründe, entspricht in dieser Allgemeinheit nicht mehr dem Stand der Rsp. Der Erwerb einer Liegenschaft ohne vorherige Erkundigungen indiziert das Vorliegen einer auffallenden Sorglosigkeit.

Den Grundeigentümer trifft die Verpflichtung zur Selbstvorsorge für eine hinreichende Verbindung mit dem öffentlichen Wegenetz zu jedem Zeitpunkt.

Aus der Begründung:

Die Bestimmungen des Notwegegesetzes sind nach stRsp restriktiv zu handhaben (RS0070966). Die Nachlässigkeit der Parteien soll durch dieses Gesetz nicht gefördert werden, lediglich der schuldlose und damit schutzwürdige Erwerber einer Liegenschaft soll geschützt werden (RS0071074). Der Begriff der auffallenden Sorglosigkeit entspricht der groben Fahrlässigkeit iSd § 1324 ABGB (RS0071130).

Der Rechtssatz, dass der Ankauf eines Grundstücks ohne Verbindung zum öffentlichen Wegenetz noch keine auffallende Sorglosigkeit begründe, entspricht in dieser Allgemeinheit nicht mehr dem Stand der Rsp (vgl 5 Ob 1/04i). Vielmehr schließt der Erwerb einer Liegenschaft ohne ausreichende Anbindung an das öffentliche Wegenetz allein die Einräumung oder Erweiterung eines Notwegs nur dann aus, wenn besondere Umstände auf eine auffallende Sorglosigkeit des Erwerbers schließen lassen. Dies gilt auch dann, wenn die Liegenschaft bereits beim Erwerbsvorgang als Bauland gewidmet war (RS0118155). Der Erwerb einer Liegenschaft ohne vorherige Erkundigungen indiziert das Vorliegen einer auffallenden Sorglosigkeit. Auffallende Sorglosigkeit liegt dann vor, wenn der Erwerber durch die Erkundigungen eine an die Stelle der Begründung eines Notwegs tretende zumutbare Alternative zur Herstellung der die ordentliche Bewirtschaftung oder Benützung seiner Liegenschaft erst ermöglichenden Verbindung mit dem öffentlichen Straßennetz hätte in Erfahrung bringen können (vgl RS0118156).

Auffallende Sorglosigkeit ist ua dann gegeben, wenn ein tatsächlich eingetretener Wegebedarf in seiner Art, seinem Ausmaß und seiner Intensität bei einer früheren vertraglichen Gestaltung der die notlei-

denden Liegenschaften treffenden Rechtsbeziehungen leicht vorhersehbar war (zB keine leichte Vorhersehbarkeit bei nach dem Erwerb erfolgter Umwidmung in Bauland, RS0071130 [T 6]).

Den Grundeigentümer trifft die Verpflichtung zur Selbstvorsorge für eine hinreichende Verbindung mit dem öffentlichen Wegenetz zu jedem Zeitpunkt, daher auch im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs (vgl 1 Ob 122/08k).

Anmerkung:

Gem § 2 Abs 1 NotwegeG ist das Begehren um Einräumung eines Notwegs unzulässig, wenn der Vorteil des Notwegs nicht die Nachteile überwiegt, welche durch denselben den zu belastenden Liegenschaften insgesamt erwachsen, ferner, wenn der Mangel der Wegeverbindung auf eine auffallende Sorglosigkeit des Grundeigentümers zurückzuführen ist.

Der OGH bestätigt hier die abweisende Entscheidung des RekG über das Begehren auf Einräumung eines Notwegs durch Erweiterung der einverleibten Dienstbarkeit und leitet die auffallende Sorglosigkeit des ASt aus folgenden Umständen ab: Das Grundstück war schon im Zeitpunkt des Erwerbs (zunächst durch die Gattin des ASt) als Bauland gewidmet; hierfür wurde Baulandpreis bezahlt; durch den Ankauf sollte die Bebauung durch andere verhindert werden; der später gefasste Bebauungsentschluss war beim Erwerb im Grunde vorhersehbar; im Kaufvertrag war der fehlende Anschluss des Grundstücks an das öffentliche Wegenetz festgehalten; das bestehende eingeschränkte Wegerecht war im Grundbuch ersichtlich. Der OGH bekräftigt die Verpflichtung des Grundeigentümers zur Vorsorge: Er muss sich schon im Zuge des Erwerbs um eine Verbindung bemühen und später dem Verlust einer bestehenden Verbindung vorbeugen (RS0071130 [T 4]).

Praxistipp:

Beim Ankauf einer Liegenschaft ohne ausreichende Anbindung sollte man sich nicht auf das NotwegeG verlassen. Vielmehr sind Nachforschungen anzustellen und die Frage, ob eine für die beabsichtigte Nutzung ausreichende Zufahrtsmöglichkeit vorhanden ist, muss schon vor dem Erwerb geklärt werden.

Robert Streller

Dr. Robert Streller ist Vorsitzender eines Rechtsmittelenates am Landesgericht für ZRS Wien.

**www.manz.at/shop – der Webshop
für Recht, Steuer, Wirtschaft**
Jetzt portofrei bestellen!

Einfach
testen und
anmelden

MANZ 

Die digitale Immobilientransaktion

ANNA KOGLER / THOMAS SEEBER / MARTIN FINK /

HANNAH FADINGER

§ 90 a NO

digitale
Immobilien-
transaktion

Der Weg zur digitalen Immobilientransaktion

Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 können seit dem 5. 4. 2020 die für die Errichtung von Urkunden erforderlichen notariellen Amtshandlungen auch unter Nutzung von elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten vorgenommen werden. Umgesetzt wurde dies mit dem neuen § 90 a NO.¹⁾ Diese neue Regelung erlaubt einen enormen und in der täglichen Praxis äußerst willkommenen Fortschritt in der Digitalisierung der Vertragserrichtung und -unterfertigung.

So konnte unter Anwendung des § 90 a NO am 15. 6. 2020 die erste vollständig digitale Immobilientransaktion Österreichs inklusive entsprechender Finanzierung mit elektronischer notarieller Beglaubigung sowohl des Kaufvertrags als auch der Pfandurkunde durchgeführt werden. Die technische Durchführung erfolgte dabei über eine elektronische Plattform und einen elektronischen Datenraum. Dafür wurde ein Video-Call-Tool verwendet und sämtliche Urkunden nach Identifikation über WebID zwischen den Vertragsparteien über das Verhandlungstool der Plattform ausverhandelt. Nach Abstimmung und Finalisierung der Verträge wurden die authentifizierten Urkunden in den Datenraum geladen, die Identitäten der Vertragsparteien dem Notar gegenüber nachgewiesen und die digitalen Unterschriften während des Video-Calls über einen geteilten Bildschirm vom Notar beglaubigt. Anschließend wurde die Eintragung des Eigentums- und Pfandrechts beim zuständigen Grundbuchsgericht beantragt und in weiterer Folge verbüchert.

Trotz erfolgreicher Durchführung der digitalen Immobilientransaktion und damit einhergehender praktische Anwendung des § 90 a NO wurden in der Praxis Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen Anwendbarkeit des § 90 a NO bei Wohnungseigentums- und Liegenschafts Kaufverträgen²⁾ sowie hinsichtlich der Rechtssicherheit und Echtheit von elektronischen Urkunden geäußert.³⁾ Dieser Beitrag setzt sich daher mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 90 a NO auseinander.

Zur „Wirksamkeit“ der gem § 90 a NO erfassten Vorgänge

Nach dem Wortlaut des § 90 a NO können notarielle Amtshandlungen für **Rechtsgeschäfte, Erklärungen oder rechtserhebliche Tatsachen**, die zur **Wirksamkeit der Form** eines Notariatsakts oder einer sonstigen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde bedürfen, mittels elektronischer Kommunikationsmöglichkeit vorgenommen werden.

■ Zum Wirksamkeitserfordernis

Der Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrages ist grundsätzlich formfrei möglich.⁴⁾ Für die Wirksam-

keit des Verpflichtungsgeschäfts ist – abgesehen von zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Bedingungen – ausschließlich die Einigung über die *essentialia negotii*, dh Kaufgegenstand und Kaufpreis, wesentlich.⁵⁾ Hingegen muss für das Verfügungsgeschäft, die Eintragung im Grundbuch, eine verbücherungsfähige Urkunde vorliegen.⁶⁾ Durch Mitwirkung des Grundbuchsgerichts am Eigentumsübergang kann die Eintragung im Grundbuch als Realakt betrachtet werden, der eine „faktische Wirksamkeitsvoraussetzung“⁷⁾ darstellt.

Dennoch hat das Fehlen der verbücherungsfähigen Voraussetzungen in einer Kaufurkunde keine Auswirkungen auf die schuldrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zwischen den Vertragsparteien.⁸⁾ So entsteht mit Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrags die Verpflichtung der verkaufenden Partei, der kaufenden Partei Eigentum zu verschaffen und sämtliche für die Eintragung im Grundbuch erforderlichen Urkunden und Erklärungen zu unterfertigen.⁹⁾

Eine weitere Voraussetzung für die Verbücherung ist die Aufsandungserklärung, dh die ausdrückliche Erklärung auf Einwilligung in die Einverleibung im Grundbuch.¹⁰⁾ Die Aufsandungserklärung als Teil des Verfügungsgeschäfts ist üblicherweise in den Kaufvertrag integriert, kann aber auch als separate Erklärung oder im Grundbuchsgesuch abgegeben werden. Auch sie hat den Voraussetzungen für die Verbücherung gem §§ 26 f GBG zu entsprechen. Fehlt die Aufsandungserklärung im Kaufvertrag, muss das Verpflichtungsgeschäft nicht beglaubigt werden.¹¹⁾

Mag. Anna Kogler, LL. M., war Rechtsanwältin und ist dzt in der Rechtsabteilung eines Bauträgers tätig. Dr. Thomas Seeber ist Rechtsanwalt, Mag. Martin Fink und Mag. Hannah Fadinger, B.A., sind RAA in der Kanzlei Kunz Wallentin.

- 1) 4. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/24.
- 2) Brandstetter/Beck, Der digitale Wohnungseigentumsvertrag, immolex 2020, 174.
- 3) Moser, Legal Tech Konferenz Wien, AnwBl 2020, 77; bspw durch den Präsidenten der RAK Wien, Prof. Dr. Michael Enzinger, bei der Future-Law-Konferenz im November 2019.
- 4) § 883 ABGB; Bydlinski, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, NZ 2015/94, 282 f; OGH 22. 10. 1991, 5 Ob 104/91.
- 5) Bydlinski, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf, NZ 2015/94.
- 6) § 431 f ABGB; § 31 GBG.
- 7) Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 425 Rz 2.
- 8) Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1053 Rz 8; Schwartz in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1053 ABGB Rz 17.
- 9) RS0011293; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1061 Rz 1.
- 10) § 32 Abs 1 lit b GBG.
- 11) OGH 7. 7. 2011, 5 Ob 114/11 t.

■ Die erfassten Vorgänge
Die Begriffe Rechtsgeschäft, Erklärung und rechtserhebliche Tatsache scheinen § 1 NO (Wirkungskreis der Notarinnen und Notare) entnommen zu sein. Eine weiter gehende Erläuterung insb des letzten Begriffs enthält § 90 a NO nicht. Dadurch stellt sich die Frage, inwieweit der Wortlaut des § 90 a NO ebenso für Vorgänge gilt (bspw Firmenbuchanträge), die weder als Rechtsgeschäft, Erklärung noch als rechtserhebliche Tatsache eingeordnet werden können.

■ Conclusio
Die mit § 90 a NO vorausgesetzte „Wirksamkeit“ von Rechtsgeschäften oder Erklärungen kann bei der Beglaubigung nicht mit der „Wirksamkeit“ von notariatsaktspflichtigen Rechtsgeschäften gleichgesetzt werden. So bedarf kein Titelgeschäft, insb kein Kaufvertrag über Liegenschaften, für dessen Wirksamkeit der beglaubigten Unterschriften der Vertragsparteien. Wäre die Beglaubigung Formerfordernis für den Liegenschafts Kaufvertrag, so wäre – wie bei der Notariatsaktspflicht – schon das Verpflichtungsgeschäft bei Nichteinhaltung derselben unwirksam.¹²⁾

Liegt der mit Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrags verfolgte Zweck regelmäßig in der Verschaffung von Eigentum, ist die Beglaubigung aber unweigerlich erforderlich, um das gesamte Rechtsgeschäft, nämlich den Kauf einer Liegenschaft samt daran anschließender Eigentumsübertragung (wirksam) abzuschließen. So stellt bspw ein Kaufvertrag samt Aufsandungserklärung die für die Eigentumsübertragung notwendige Urkunde für das Rechtsgeschäft (verstanden als Titel und Modus) dar.

Die sich durch die Verwendung von unglücklich gewählten Begrifflichkeiten ergebende Unschärfe im Gesetzestext kann jedoch mittels Erforschens der Absicht des Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien und nach dem Zweck der Regelung beseitigt werden.¹³⁾

Sinn und Zweck von § 90 a NO

Der mit § 90 a NO verfolgte Zweck ist die Verhinderung der Verbreitung von COVID-19. In der Begründung zum Initiativantrag wird die Notwendigkeit betont, den persönlichen Kontakt auf das Notwendigste zu reduzieren. Trotzdem sollen aber sämtliche notariellen Amtshandlungen „einschließlich der Vornahme von Beglaubigungen“¹⁴⁾ uneingeschränkt vorgenommen werden können. Aufgrund dessen wurde mit der Einführung des § 90 a NO beabsichtigt, die zwischenzeitig geschaffenen technischen Neuerungen für die elektronische Gründung einer GmbH¹⁵⁾ auch **auf alle notariellen Amtshandlungen auszuweiten**, wobei die „Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift oder elektronischen Signatur einer nicht physisch anwesenden Partei“ ausdrücklich umfasst ist.¹⁶⁾

Unter Berücksichtigung des enormen Zeitdrucks, unter dem das 4. COVID-19-Gesetz und damit § 90 a NO ohne Begutachtung entstanden ist, darf uE daher nicht allzu sehr am (unpräzisen) Wortlaut der Norm festgehalten werden. Durch den in der Begründung deutlich dargelegten Zweck der Norm,

nicht unbedingt erforderliche persönliche Termine zu minimieren, sollen eindeutig alle notariellen Amtshandlungen von § 90 a NO umfasst sein. Ebenso ist die Einschränkung auf Rechtsgeschäfte, Erklärungen und rechtserhebliche Tatsachen zu eng gefasst und müssen deswegen auch andere Urkunden davon umfasst sein. Aus diesen Gründen scheint daher eine **weite Auslegung des Gesetzeswortlauts dringend geboten**.

Anderenfalls würde **bei restriktiver Auslegung** und Festhalten am Wirksamkeitserfordernis die Norm – trotz erklärtem Ziel der Kontaktvermeidung – wiederum nur auf einen im Verhältnis geringen Teil von Rechtsgeschäften, Erklärungen oder rechtserheblichen Tatsachen angewendet werden können. Diese Ansicht würde zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen, dass notariatsaktspflichtige Rechtsgeschäfte sehr wohl elektronisch durchgeführt werden können, während für einfache Unterschriftsbeglaubigungen persönliche Termine abgehalten werden müssten. Vor diesem Hintergrund *kann* dem Begriff „Wirksamkeit“ nicht das Erfordernis einer „zivilrechtlichen Wirksamkeit“ beigemessen werden.

Eine solche restriktive Auslegung der Norm, mit der die Beglaubigung von Liegenschafts Kaufverträgen nicht umfasst wäre,¹⁷⁾ ist nicht mit dem klaren Willen des Gesetzgebers – die Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 – in Einklang zu bringen.

Zusammenfassung und Ausblick

Die durch Verwendung von unscharfen Begrifflichkeiten entstehende Ungenauigkeit des § 90 a NO kann unter Heranziehen der Materialien und Zuergründung von Sinn und Zweck der Norm durch eine teleologische Auslegung beseitigt werden. Dadurch kann dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers entsprochen und § 90 a NO auf alle notariellen Amtshandlungen, einschließlich der Beglaubigung von Unterschriften bei Liegenschafts Kaufverträgen, angewendet werden.

Trotz der streng einzuhaltenden Sicherheitsvorschriften¹⁸⁾ ist § 90 a NO nur bis zum Ende des Jahres befristet.¹⁹⁾ Eine (unbefristete) Verlängerung dieser Maßnahme sowie eine Beseitigung der unpräzisen Begrifflichkeiten im Normtext wäre nicht nur begrüßenswert, sondern in Hinblick auf die Anpassung an den digitalen Fortschritt krisenunabhängig angebracht.

12) Vgl § 76 Abs 2 GmbHG; *Huf* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumiehl/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 76 GmbHG Rz 63; § 1 Notariatsaktgesetz.

13) RS0008836; RS0008800; RS0008806; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 96, 100.

14) IA 403/A BlgNR 27. GP 35.

15) § 4 Abs 3 GmbHG iVm § 69 b NO.

16) IA 403/A BlgNR 27. GP 35 f; siehe ENG, BGBl I 2018/71.

17) *Brandstetter/Beck*, Der digitale Wohnungseigentumsvertrag, immolex 2020, 174 (177).

18) Vgl § 69 b Abs 2 und 3, § 79 Abs 9 NO.

19) § 189 Abs 13 NO.

Teilunterbrechung

Es bestehen keine Bedenken dagegen, die eingetretene Unterbrechung des Rechtsstreits hinsichtlich des einen geltend gemachten Klagegrunds festzustellen und den Rechtsstreit, soweit das Begehren auf den anderen Klagsgrund gestützt wird, fortzusetzen.

Aus der Begründung:

Wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen gerichtlichen Verf ist, kann das Gericht gem § 190 Abs 1 ZPO anordnen, dass das Verf auf so lange Zeit unterbrochen wird, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Der Regelung des § 190 ZPO liegt ein verfahrensökonomischer Gedanke zugrunde, der darauf abstellt, dass die Entscheidung der präjudiziellen Vorfrage in einem anderen Verf als Hauptfrage bei Parteienidentität nach der Rechtskraftlehre Bindungswirkung im Folgeprozess hat (vgl Höllwerth in *Fasching/Konecny* II/3³ § 190 ZPO Rz 2).

Die Unterbrechung des Rechtsstreits (über eine Mietzinsklage) ist nur gerechtfertigt, soweit die Entscheidung von einer im MSch-Verfahren zu entscheidenden Vorfrage abhängt; idS ist auch eine Teilunterbrechung zulässig (RS0074285). Es bestehen keine Bedenken dagegen, die eingetretene Unterbrechung des Rechtsstreits hinsichtlich des einen geltend gemachten Klagegrunds festzustellen und den Rechtsstreit, soweit das Begehren auf den anderen Klagsgrund gestützt wird, fortzusetzen (RS0037814).

Erstreckt sich die Rechtskraft des Unterbrechungsbeschlusses nur auf den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 1 MRG (Mietzinsrückstand), stellt eine Berufung gegen das Urteil über den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 2 MRG (unleidliches Verhalten) keine von der Unterbrechung erfasste unwirksame Prozesshandlung dar (ebenso wenig wie die Berufungsbeantwortung der Beklagten).

Anmerkung:

Im Fall einer Aufkündigung, in der neben dem Kündigungsgrund der Nichtzahlung des Mietzinses (§ 30 Abs 2 Z 1 MRG) auch ein weiterer Kündigungsgrund geltend gemacht wird, wie zB ein erheblich nachteiliger Gebrauch (§ 30 Abs 2 Z 3 MRG), erfolgt seitens des gekündigten Mieters mitunter „reflexartig“ neben dem

Einwand eines ihm ex lege zustehenden Mietzinsminderungsrechtes gem § 1096 ABGB wegen behaupteter Einschränkung des bedungenen Gebrauchs auch ein Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens wegen eines eingeleiteten Außerstreitverfahrens vor der Schlichtungsstelle auf Überprüfung des Mietzinses bzw einzelner Betriebskostenpositionen iSd § 37 MRG.

Über den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens ist nicht zwingend eine mündliche Verhandlung zu führen, jedoch ist in jedem Fall das rechtliche Gehör zu wahren (vgl MietSlg 59.594; 63.648 uam).

Die Überprüfung des Antrags auf Unterbrechung des anhängigen Kündigungsverfahrens sowie die Auswirkung und die Präjudizialität eines Verfahrens nach § 37 MRG auf die geltend gemachten Kündigungsgründe durch den kündigenden Vermieter ist in jedem Fall ratsam. Nicht jeder „scheinbar relevante“ Antrag ist tatsächlich präjudiziell für die geltend gemachten angezogenen Kündigungsgründe.

Grundsätzlich ist eine Teilunterbrechung eines Kündigungsverfahrens, welches auf zwei unterschiedliche Kündigungstatbestände/Gründe gestützt wird, möglich und zulässig. Mit anderen Worten: Hinsichtlich jenes Kündigungsgrunds, welcher nicht von einer Antragstellung nach § 37 MRG betroffen ist, kann das Verfahren jedenfalls fortgesetzt werden und in der Folge auch die Entscheidung über den im fortgesetzten Verfahren beurteilten Kündigungsgrund gesondert bekämpft werden.

Praxistipp:

Der aufmerksame Vermietersvertreter ist daher angehalten, die Prozesseinreden und Einwendungen sowie gestellten Anträge des Mieters im Hinblick auf Relevanz und Präjudizialität des geltend gemachten Kündigungsgrunds sorgfältig zu überprüfen sowie ein konkretes Vorbringen zu erstatten und den allenfalls verfassten Unterbrechungsbeschluss genau zu überprüfen und allenfalls gesondert zu bekämpfen.

Dem Mieter bietet die ZPO einen Leitfaden zur Prozessverzögerung (vgl Stingl, Die ZPO – ein Leitfaden zur Prozessverschleppung, AnwBl 1983, 235). Der Unterbrechungsantrag ist daher gegenüber dem achtlosen Vermieter mitunter ein taugliches taktisches Element der Prozessführung (vgl dazu grundsätzlich Lindinger, Der Unterbrechungsantrag als taktisches Element der Prozessführung, immolex 2018, 102 ff), wie gegenständliches Verfahren demonstriert.

Eike Lindinger

Dr. Eike Lindinger ist RA in Wien.

§ 190 ZPO

OGH
30. 3. 2020,
4 Ob 157/19w

präjudizielle
Vorfrage;
Teil-
unterbrechung;
Kündigungs-
gründe

2020/83

Zur Verletzung von Aufklärungspflichten

Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen.

Die Kl begehrt vom Bekl Maklerprovision für die Vermittlung des Verkaufs zweier Eigentumswohnungen in Höhe von € 9.240,-.

Der Bekl wendete ein, die Kl habe ihre Aufklärungspflichten betreffend den tatsächlichen Wert der Wohnungen verletzt. Hätte er die Wohnungen zum markt-konformen Preis verkauft, wären € 4.000,- pro Quadratmeter zu erzielen gewesen. Tatsächlich habe der Quadratmeterpreis € 2.875,- betragen. Durch den weit unter dem Marktwert liegenden Verkauf sei ihm ein Schaden von zumindest € 301.440,- entstanden,

MAKLERRECHT

§ 3 MaklerG

OGH
30. 4. 2020,
5 Ob 1/20p

Sachverständiger;
Schadenersatz;

der bis zur Höhe des Klagebegehrens aufrechnungsweise eingewendet werde.

Das ErstG erkannte die Klageforderung mit € 3.080,- und die Gegenforderung mit zumindest diesem Betrag als zu Recht bestehend und wies das Klagebegehren ab.

Das BerG gab der Ber der Kl teilweise Folge und sprach aus, dass die Klageforderung mit € 9.240,-, die Gegenforderung hingegen zumindest in dieser Höhe zu Recht bestehe, und wies das Klagebegehren ebenso ab. Da der Bekl eine Minderung der Provision nicht begehrt habe, bestehe die Klageforderung in voller Höhe zu Recht. Allerdings stehe ihm ein Schadenersatzanspruch aufgrund des durch die Aufklärungspflichtverletzung der Kl entstandenen Vertrauensschadens zumindest in Höhe des Klagebetrags zu. Die oRev ließ das BerG nachträglich mit der Begründung zu, die Rechtsfrage, wie weit die Aufklärungspflicht eines Immobilienmaklers über den Wert der zu vermittelnden Immobilien reiche, gehe in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinaus.

Die Kl beantragt in ihrer Rev die Abänderung dahin, dass die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend festgestellt und der Klage stattgegeben werde.

Der Bekl beantragt in der RevBeantwortung, die Rev zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Aus der Begründung:

Gem § 3 Abs 1 MaklerG hat der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Nach Abs 3 dieser Gesetzesstelle sind Makler und Auftraggeber verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben. Gem § 30 b Abs 2 KSchG zählen zu den erforderlichen Nachrichten, die der Immobilienmakler dem Auftraggeber nach § 3 Abs 3 MaklerG zu geben hat, jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnisse des Immobilienmaklers an, der seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen hat (4 Ob 8/02 h; 4 Ob 186/10 x).

Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen (RIS-Justiz RS0109996 [T 7]; 4 Ob 186/10 x). Er hat den Auftraggeber jedenfalls über sämtliche Umstände zu unterrichten, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind (4 Ob 8/02 h mwN; RS0109996 [T 8]). Eine besondere Nachforschungspflicht des Maklers besteht nicht; ihn trifft keine Aufklärungspflicht, die einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommt (RS0112587). Die Beurteilung einer Pflichtverletzung ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers vorzunehmen (RS0109996 [T 9]; 4 Ob 186/10 x).

Jedenfalls beim Alleinvermittlungsauftrag besteht wegen der weitreichenden Bindung des Auftraggebers die Pflicht des Maklers, sich nach Kräften für die Ausführung des Auftrags einzusetzen, den Makler

trifft dabei eine besondere Treuepflicht (RS0062783 [T 1]). Die Literatur sieht als wesentlichen Umstand teils ohne weitere Differenzierung auch die Angemessenheit des Preises an (Krejci in Rummel, ABGB³ § 30 b KSchG Rz 15). Das jüngere Schrifttum vertritt die Auffassung (Gartner/Karandi, MaklerG³ § 3 Rz 27 mwN), dass ein Makler zu besonderen Informationen über die Angemessenheit des Kaufpreises – abgesehen von einem expliziten Auftrag oder auffälligen Preisdifferenzen – nicht generell verpflichtet ist. Dem folgend sprach der OGH zu 4 Ob 186/10 x aus, ein Doppelmakler sei im Rahmen des zwischen beiden Auftraggebern zu erwirkenden Interessenausgleichs nicht verpflichtet, dem Alter der Wohnung nicht entsprechenden Mängeln nachzuforschen, einen Kaufinteressenten im Rahmen der gemeinsamen Besichtigung der Wohnung auf sichtbare Schäden am Kaufobjekt hinzuweisen und diesen – ohne besonderen Auftrag – von sich aus darüber aufzuklären, dass der begehrte Kaufpreis den Verkehrswert bei Berücksichtigung dem Makler unbekannter, dem Alter der Wohnung nicht entsprechender Mängel geringfügig übersteigt.

Die Verletzung von Aufklärungspflichten macht den Immobilienmakler gegenüber seinem Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig; § 3 Abs 4 Satz 1 MaklerG verweist auf allgemeines Schadenersatzrecht (vgl RS0116638; 4 Ob 186/10 x). Die Verletzung von Informationspflichten bei Abschluss des Vertrags gewährt nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht den Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern nur jenes Schadens, den der Geschädigte im Vertrauen auf die korrekte Erfüllung des Maklervertrags erlitten hat. Zu ersetzen ist daher der Vertrauensschaden (RS0016377 [T 4]; 9 Ob 84/15 s). Der Geschädigte ist so zu stellen wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre (RS0016374; 1 Ob 75/18 p). Das zu leistende Interesse liegt in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis wäre, und dem nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich vorhandenen Vermögen (9 Ob 84/15 s).

Das BerG ist von diesen Grundsätzen der Rsp nicht abgewichen, wenn es davon ausging, der Kl sei im konkreten Fall eine Verletzung der ihr obliegenden Aufklärungspflicht anzulasten. Einerseits lag im Gegensatz zu dem zu 4 Ob 186/10 x entschiedenen Fall hier eine Abweichung des Kaufpreises vom tatsächlichen Verkehrswert in beträchtlicher Höhe vor; der von der Kl empfohlene Kaufpreis lag etwa 20% unter dem Marktwert, sodass die in der Rev ins Treffen geführte und dort verneinte Verpflichtung des Maklers, für beauftragte Objekte den genauen Verkehrswert zu ermitteln, hier gar nicht zur Diskussion steht. Eine derart massive Abweichung als äußerst unüblich und für einen Immobilienmakler auffällig zu beurteilen, ist unbedenklich (vgl auch das Sachverständigengutachten [ON 16]). Dazu kommt, dass der Bekl – an sich dem Marktwert entsprechend – von einem höheren Wert der zu verkaufenden Wohnung ausging, ein Mitarbeiter

der Kl ihm aber versicherte, als ein Experte mit Erfahrung werde er den richtigen Wert für die Wohnung ermitteln, sodass letztlich der Mindestkaufpreis im Alleinvermittlungsauftrag von € 780.000,- ausschließlich aufgrund der Einschätzung des für die Kl handelnden Immobilienmaklers festgelegt wurde. Auch wenn man selbst beim Alleinvermittlungsauftrag vom Makler keine besondere Information über die Angemessenheit des Kaufpreises verlangen wollte, wäre hier von dem im jüngeren Schrifttum genannten Ausnahmefall (expliziter Auftrag bzw auffällige Preisdifferenz) auszugehen. Die einzelfallbezogene Beurteilung des BerG, eine schadenersatzbegründende Pflichtverletzung des Maklers sei hier zu bejahen, ist daher keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung. Auch zur Ermittlung des Schadenersatzanspruchs des Bekl zeigt die Rev keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf. Bereits in der Entscheidung über den Abänderungsantrag wies das BerG zutreffend darauf hin, dass es – iS der bereits zitierten ständigen höchstgerichtlichen Rsp – dem Bekl ohnedies nur den Ersatz des Vertrauensschadens zugestanden habe, der jedenfalls bis zur Höhe der Klageforderung als nachgewiesen anzusehen sei. Der Frage, ob der Bekl hierzu ausreichende Prozessbehauptungen aufgestellt hat, kommt aufgrund ihrer Einzelfallbezogenheit keine erhebliche Bedeutung zu (RS0042828). Sein Vorbringen, die Kl habe ihm ein besseres Angebot einer Interessentin nicht einmal weitergeleitet, beim Verkauf zum marktkonformen Preis hätte er € 4.000,- pro Quadratmeter erzielt, dahin auszulegen, er habe ausreichend behauptet, er hätte die beiden Wohnungen bei pflichtgemäßer Information durch die Kl nicht um den von dieser vorgeschlagenen, sondern einen entsprechend höheren Kaufpreis veräußert, ist keine auch im Einzelfall aufzugreifende Fehlbeurteilung. Das ErstG stellte hier ausdrücklich fest, der Bekl hätte bei pflichtgemäßer Aufklärung über den tatsächlichen Wert der beiden Wohnungen diese nicht um den hier vereinbarten Preis verkauft. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt auch von dem der E 9 Ob 84/15s zugrundeliegenden Fall. Dort stand fest, dass der Verkäufer das Grundstück, das der Kl gekauft hatte, zu keinem niedrigeren Preis verkauft hätte, als der Kl dafür bezahlt hatte. Eine solche Feststellung fehlt hier, vielmehr gingen beide Vorinstanzen aufgrund der Feststellungen davon aus, bei ausreichender Aufklärung hätte der Beklagte die Wohnungen um einen zumindest um die Klageforderung erhöhten Kaufpreis veräußern können. Ob die Liegenschaft zum ermittelten Verkehrswert verkauft hätte werden können, ist hingegen rechtlich nicht relevant, weil Gegenstand der Entscheidung nur die Höhe der Klageforderung sein kann, somit ein Betrag von € 9.240,-, der nach der Beurteilung des BerG jedenfalls zusätzlich zu erzielen gewesen wäre. Die Kausalität der Pflichtverletzung der Kl dafür zu bejahen, dass der Bekl im Vertrauen auf die Auskunft der Kl die beiden Wohnungen um einen darunter liegenden Preis veräußert hat, ist daher nicht korrekturbedürftig. Die oRev war daher zurückzuweisen.

Anmerkung:

Die gegenständliche Entscheidung reiht sich in die bisher vom OGH zum Thema Aufklärungs- und Beratungspflichten von Immobilienmaklern angestellten Erwägungen und Entscheidungen ein. Aufschlussreich sind vor allem auch die aufgezeigten Unterschiede zu vergleichbaren früheren Entscheidungen. Gleichwohl auch auf Basis der stRsp vollkommen unstrittig ist, dass Immobilienmakler als Sachverständige iSd § 1299 ABGB zu einer entscheidenden Beratung und Aufklärung (nicht nur im Verbrauchergeschäft) verpflichtet sind und im Fall der Verletzung ihrer Aufklärungspflichten nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig werden, war der Umfang dieser Pflicht bereits Gegenstand diverser höchstgerichtlicher Entscheidungen (ua 4 Ob 8/02 h). Gemäß der bisherigen Rsp könne vom Immobilienmakler zwar erwartet werden, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen, eine umfassende Aufklärungspflicht, vergleichbar mit jener eines Rechtsanwalts, träfe diesen jedoch nicht (RS0112587). Klar aufgezeigt hat der OGH die Gegensätze zu dem der E 4 Ob 186/10x zugrundeliegenden Sachverhalt, bei welchem einerseits ein Doppelvermittlungsauftrag vorlag und somit entsprechend der stRsp seitens des Maklers ein Interessenausgleich zulasten seiner ansonsten umfassenden Aufklärungspflicht beider Parteien zu schaffen ist und weiters lediglich geringfügige Preisdifferenzen zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert streitgegenständlich waren. Der Immobilienmakler hat im Rahmen des ihm erteilten Auftrags grundsätzlich seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen. Erhaltene Informationen darf er zwar weitergeben, jedoch unter der Maßgabe, dass für ihn keine Veranlassung besteht, an der Richtigkeit einer ihm erteilten Information zu zweifeln, und er dabei auch nicht den Anschein erweckt, er habe diese Informationen überprüft (4 Ob 8/02 h). Im konkret vorliegenden Fall hat der Immobilienmakler diesen an ihm gestellten Anforderungen sogar gleich zweifach nicht entsprochen, indem er einerseits nicht nur erhaltene Informationen nicht (ausreichend) überprüft hat, sondern vielmehr den Kaufpreisvorschlag nach den getroffenen Feststellungen selbst erstellt bzw bestätigt hat. Andererseits handelt es sich bei einer Preisdifferenz von ca 20% um eine massive Unterschreitung, die bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt auffallen und zumindest zu einer entsprechenden Aufklärung führen hätte müssen. Diese Entscheidung entspricht der bisherigen, zu ähnlich gelagerten Fällen ergangenen Rsp. Im Hinblick auf die enorme Preisdifferenz gehen auch die Befürchtungen einer ausufernden Haftung von Immobilienmaklern ins Leere, da mit der gegenständlichen Entscheidung in Einklang mit der bisherigen Rsp auf offensichtliche Fehler abgestellt wird. Damit allein wird für den Immobilienmakler jedoch – ohne entsprechenden ausdrücklichen Auftrag – noch keine Pflicht zur Ermittlung eines konkreten Verkehrswerts oder zur Überprüfung des von dritter Seite angesetzten Werts geschaffen.

Nadja Holzer

Mag. Nadja Holzer ist RA in Wien.

Beurteilung als Wirtschaftsgut – wirtschaftliche und nicht zivilrechtliche Gesichtspunkte maßgebend

§ 4 Abs 1,
§ 30 Abs 1 EStG
1988

VwGH
13. 11. 2019,
Ro 2019/13/033
(BFG
7. 5. 2019)

selbständiges
Wirtschaftsgut;
steuerliche
Beurteilung von
Gebäudeteilen;
wirtschaftliche –
zivilrechtliche
Beurteilung der
Selbständigkeit
von Baulich-
keiten

2020/85

Was ein eigenständiges Wirtschaftsgut und was Teil eines Wirtschaftsgutes ist, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung. Ein wirtschaftlicher und funktioneller (technischer) Zusammenhang zwischen Wirtschaftsgütern bzw Teilen von solchen spricht nach der Verkehrsauffassung bisweilen für ein einheitliches Wirtschaftsgut. Ausschlaggebend ist im Zweifel, ob dem einzelnen Teil bei einer allfälligen Veräußerung eine besonders ins Gewicht fallende Selbständigkeit zugebilligt würde. Gebäudeeinbauten, die typische Gebäudeteile sind, rechnen auch dann zum Gebäude, wenn sie nur lose mit diesem verbunden sind. Alle nach der Verkehrsauffassung typischen Gebäudeteile gelten als nicht selbständig bewertbar, auch wenn sie ohne Verletzung der Substanz und mit geringen Kosten aus der Verbindung mit dem Gebäude gelöst werden können.

Mit Bescheid v 30. 11 2017 setzte das FA die ESt 2016 fest. Darin berücksichtigte das FA ua Einkünfte aus Grundstücksveräußerungen. Das FA führte hiezu aus, der von der Mitbeteiligten geltend gemachte Befreiungstatbestand (Hauptwohnsitz) treffe nicht zu, da die Mitbeteiligte innerhalb der letzten zehn Jahre nicht fünf Jahre ihren Hauptwohnsitz an der betreffenden Liegenschaft gehabt habe. Der anteilige Veräußerungserlös sei abzüglich der mit 86% des Veräußerungserlöses anzusetzenden Anschaffungskosten mit dem besonderen Steuersatz von 30% zu besteuern.

Die Mitbeteiligte erhob gegen diesen Bescheid Beschwerde. Sie machte darin – wie schon in der Abgabenerklärung – geltend, sie habe mindestens zwei Jahre ihren Hauptwohnsitz an der betreffenden Liegenschaft gehabt (§ 30 Abs 2 Z 1 lit a EStG 1988).

Nach Abweisung der Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung v 31. 1. 2018 beantragte die Mitbeteiligte die Entscheidung über die Beschwerde durch das BFG.

Mit dem angefochtenen Erk änderte das BFG den Bescheid des FA ab. Es sprach aus, eine Rev an den VwGH sei gem Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

Nach Darstellung des Verfahrensgangs führte das BFG im Wesentlichen aus, die Mitbeteiligte habe gemeinsam mit ihrem 2003 verstorbenen Ehemann (je zur Hälfte) die Liegenschaft in X mit Kaufvertrag im Jahr 1989 unbebaut erworben und sodann bebaut. Aufgrund der Einantwortung nach dem Tod ihres Ehemanns habe sie ein weiteres Sechstel der Liegenschaft erworben. Mit Kaufvertrag vom 10. 5. 2016 habe die Mitbeteiligte ihren Anteil veräußert. Damit sei die Liegenschaft samt Wohnhaus, Garage und Freischwimmbad übereignet worden. Nicht vertragsgegenständlich sei Inventar gewesen; alle fixen Einbauten seien aber im Haus verblieben. Gegenstände, die die Verkäuferin im Haus im Zuge der Räumung zurückgelassen hätten, seien ersatzlos auf den Käufer übergegangen.

Unstrittig sei, dass das veräußerte Grundstück bzw Gebäude nicht seit der Anschaffung bzw Errichtung durchgehend (mehr als zwei Jahre) als Hauptwohnsitz

gedient habe. Eine Hauptwohnsitznutzung sei auch innerhalb der letzten zehn Jahre vor der Veräußerung nicht mindestens fünf Jahre durchgehend der Fall gewesen. Die Hauptwohnsitzbefreiung stehe daher nicht zu. Die Mitbeteiligte habe das Gebäude als Hälfteeigentümerin errichtet bzw errichten lassen. Der Mitbeteiligten stehe daher die Herstellerbefreiung anteilig zu. Für den 2003 im Erbweg erworbenen Anteil stehe ihr diese Begünstigung hingegen nicht zu; für diesen Teil habe ihr verstorbener Ehegatte als Bauherr fungiert, die Mitbeteiligte sei insoweit nur Rechtsnachfolgerin.

Nur Grund und Boden sowie Gebäude seien in die Besteuerung einzubeziehen, nicht aber als „Zugehör“ oder „Außenanlagen“ genannte Wirtschaftsgüter (Küche, Decken- und Wandverbau, Terrasse – Granitplatten, Kopfsteinpflaster im Einfahrts- und Eingangsbereich, überdachter Freisitz mit Kamin und Außenpool). Der Gesamtveräußerungspreis weiche im vorliegenden Fall gravierend vom Verkehrswert ab. Der Gesamtveräußerungspreis sei daher entsprechend dem Verhältnis der Verkehrswerte aufzuteilen:

Auf Grund und Boden entfielen demnach etwa 88,93% (steuerpflichtig), auf Gebäude etwa 9,41% (hievon 50% gem § 30 Abs 2 Z 2 EStG 1988 von der Besteuerung ausgenommen), und auf Außenanlagen und Einbauten 1,66% (nicht steuerbar). Im Hinblick auf die Herstellerbefreiung und den nicht steuerbaren Anteil betreffend Außenanlagen und Einbauten ergebe sich demnach eine Reduktion der Bemessungsgrundlage betreffend private Grundstücksveräußerungen.

Zwei Rechtsfragen seien nicht abschließend höchstgerichtlich geklärt. So sei vom VwGH zur 2016 gültigen Rechtslage noch nicht geklärt, ob die Herstellerbefreiung auch einem Rechtsnachfolger zukomme. Rsp fehle weiters zur Frage, ob zivilrechtliches Zugehör (hier Einbauküche, Decken- und Wandverbau, Terrasse – Granitplatten, Kopfsteinpflaster im Einfahrts- und Eingangsbereich, überdachter Freisitz mit Kamin, Außenpool) in die Grundstücksveräußerung gem § 30 EStG 1988 einzubeziehen sei. Aus diesen Gründen sei die Rev zuzulassen gewesen.

Gegen dieses Erk wendet sich die Rev des FA. Das Erk des BFG wird (nur) insoweit angefochten, als jener Teil des Überschusses aus der Liegenschaftsveräußerung, der auf das „zivilrechtliche Zugehör“ (Einbauküche, Decken- und Wandverbau, Terrasse – Granitplatten, Kopfsteinpflaster im Einfahrts- und Eingangsbereich, überdachter Freisitz mit Kamin, Außenpool inklusive Technischeinrichtung) entfällt, nicht als Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungen iSd § 30 EStG 1988 berücksichtigt worden sei.

Der VwGH hob dieses Erk über Rev des FA wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

Aus den Entscheidungsgründen:

Gem § 30 Abs 1 EStG 1988 sind private Grundstücksveräußerungen Veräußerungsgeschäfte von Grundstücken, soweit sie keinem Betriebsvermögen angehören. Der Begriff des Grundstückes umfasst –

nach Satz 2 dieser Bestimmung – Grund und Boden, Gebäude und Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (grundstücksgleiche Rechte).

Entsprechend der – mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren – Absicht des Gesetzgebers sollen nur Grund und Boden, Gebäude und grundstücksgleiche Rechte der Besteuerung nach § 30 EStG 1988 unterliegen; Dinge, die steuerlich als selbständige Wirtschaftsgüter anzusehen sind, fallen hingegen nicht in den Anwendungsbereich des § 30 EStG 1988, auch wenn sie zivilrechtlich als Zugehör von Grund und Boden zu beurteilen sind. Wirtschaftsgüter sind alle im wirtschaftlichen Verkehr nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter jeder Art. Ob ein Wirtschaftsgut vorliegt, ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und nicht nach zivilrechtlichen Merkmalen zu beurteilen. So ist die zivilrechtliche Selbständigkeit des Gutes nicht entscheidend für die Wirtschaftsguteigenschaft, allerdings wird ihr Indizwirkung zukommen. Entscheidend ist die wirtschaftlich zu beurteilende Selbständigkeit (vgl. VwGH 23. 2. 2010, 2008/15/0027, mwN).

Was ein eigenständiges Wirtschaftsgut und was Teil eines Wirtschaftsgutes ist, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung. Ein wirtschaftlicher und funktioneller (technischer) Zusammenhang zwischen Wirtschaftsgütern bzw. Teilen von solchen spricht nach der Verkehrsauffassung bisweilen für ein einheitliches Wirtschaftsgut. Dies ist aber nicht immer der Fall. Ausschlaggebend ist im Zweifel, ob dem einzelnen Teil bei einer allfälligen Veräußerung eine besonders ins Gewicht fallende Selbständigkeit zugebilligt würde (vgl. VwGH 15. 2. 1983, 82/14/0067 VwSlg 5752/F; 9. 6. 1986, 84/15/0128).

Gebäudeeinbauten, die typische Gebäudeteile sind, rechnen auch dann zum Gebäude, wenn sie nur lose mit diesem verbunden sind. Alle nach der Verkehrsauffassung typischen Gebäudeteile gelten als nicht selbständig bewertbar, auch wenn sie ohne Verletzung ihrer Substanz und mit geringen Kosten aus der Verbindung mit dem Gebäude gelöst werden können (vgl. VwGH 24. 5. 2012, 2009/15/0171 VwSlg 8724/F; 5. 9. 2012, 2010/15/0002 VwSlg 8742/F). Die Rev verweist zutreffend darauf, dass im angefochtenen Erk nicht begründet wurde, ob den einzelnen Gegenständen der Außenanlagen bzw. des „Zubehörs“ eine besonders ins Gewicht fallende Selbständigkeit zukomme; diese Frage wurde – nach den vorgelegten Verfahrensakten – auch nicht mit den Parteien erörtert. Zu bemerken wäre hiezu, dass im vorliegenden Kaufvertrag lediglich auf das Wohnhaus „samt Garage und Freischwimmbad“ verwiesen wurde, woraus sich jedenfalls aus subjektiver Sicht der Vertragsparteien eine besondere Selbständigkeit anderer Gegenstände nicht ergeben würde. Auch wurde im Kaufvertrag festgehalten, dass sämtliche Gegenstände, die die Verkäuferin zurücklasse, ersatzlos in das Eigentum des Käufers übergingen; auch dies würde – aus subjektiver Sicht der Vertragsparteien – eine besondere Selbständigkeit nicht nahelegen. Die Mitbeteiligte verweist in ihrer Revisionsbeantwortung auch auf den geringen anteiligen Wert des Zubehörs und der Außenanlagen, was – wie aus dem in den vor-

gelegten Akten befindlichen Gutachten eines Sachverständigen hervorgeht – insbesondere auch für die Terrasse (Granitplatten) oder das Kopfsteinpflaster im Einfahrts- bzw. Eingangsbereich gilt (anders wohl für den – auch im Kaufvertrag gesondert erwähnten – Außenpool samt Technikeinrichtung). Mangels konkreter Darlegungen des BFG kann vom VwGH nicht abschließend beurteilt werden, ob diesen Gegenständen (objektiv) jeweils eine besonders ins Gewicht fallende Selbständigkeit zuzubilligen wäre.

Anmerkung:

In vorliegendem Erkenntnis verweist das Höchstgericht – ohne eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen – den Fall in relativ rascher Bearbeitung zurück an das BFG, um weitere Feststellungen bezüglich einer besonders ins Gewicht fallenden Selbständigkeit der strittigen Ein- und Ausbauten treffen zu lassen.

Steuerrechtlicher Hintergrund ist dabei, dass die private Grundstücksveräußerung seit dem StabG 2012 idR generell besteuert wird (§ 30 EStG idGF), während die private Veräußerung von Gegenständen außerhalb der Spekulationsfrist von einem Jahr nicht steuerbar ist (§ 31 EStG idGF). Der Frage, ob einzelne Wirtschaftsgüter als Teil des Grundstücks oder als eigenständig zu beurteilen sind, kann somit im Einzelfall eine überragende Bedeutung zukommen. Gegenwärtiges Verfahren ist allerdings kein solcher Einzelfall, was daran zu erkennen ist, dass der Stpfl in seiner Revisionsbeantwortung mangelnde Verhältnismäßigkeit moniert, da die Auswirkung auf das Steueraufkommen lediglich 0,28% des Kaufpreises entsprechen würde. Für den Stpfl wäre die Hauptwohnsitzbefreiung (§ 30 Abs 2 EStG) ideal gewesen, diese wurde ihm allerdings – in erster Linie aufgrund steuerlich ungünstiger Einlassungen zu Beginn des Abgabeverfahrens – entsprechend Verwaltungspraxis zu Recht verwehrt.

Das BFG hat mittlerweile – in ebenfalls rascher Bearbeitung – in dieser Sache ein Urteil gefällt (29. 1. 2020, RV/7106259/2019) und den Ausführungen des Höchstgerichts vollumfänglich (und wohl nicht ganz zufällig) entsprochen: Entgegen dem dem VwGH-Erkenntnis vorangegangenen BFG-Urteil (7. 5. 2019, RV/7103541/2018) werden nun fast alle infrage stehenden Ein- und Ausbauten Teil der Bemessungsgrundlage und somit einer Besteuerung unterworfen. Lediglich die Außenschwimmanlage und die dazugehörigen technischen Einrichtungen werden als nicht zum Grundstück gehörende Vermögensgegenstände klassifiziert und somit von einer Besteuerung ausgenommen.

Tatsächlich ist die Immobilienbesteuerung ein komplexes Thema mit zahlreichen steuerlichen Fallstricken, nicht zuletzt deswegen, da insb der Begriff des Grundstücks im Steuerrecht nicht einheitlich, sondern für jede Abgabenart (Einkommensteuer, Umsatzsteuer oder Grunderwerbsteuer) unterschiedlich definiert ist (übersichtlich dargestellt in Kanduth-Kristen, taxlex 2018, 36).

Mit diesem Urteil stellt sich das Verwaltungsgericht ausdrücklich gegen die Meinung der Finanzverwaltung (vgl. EStR Rz 6621) und schließt sich Teilen der hL an (vgl. Doralt, EstG¹⁷ § 30 Rz 55 ff). Mangels hinreichend klarer Formulierung im Gesetzestext bzw. in den erläuternden Materialien ist es wie oft tatsächlich unmöglich

zu beurteilen, ob eine Besteuerung einer Außen-
schwimmanlage im Rahmen eines Grundstücksverkaufs
iS des Gesetzgebers liegt oder nicht. Als Praktiker würden
wir uns deswegen neben möglichst eindeutig formulierten
Gesetzen auch möglichst einheitliche Begriffsdefinitionen

über alle Abgabenarten hinweg wünschen, um eine aus-
ufernde Kasuistik so weit wie möglich zu vermeiden.

Clemens Malainer/Andreas Staribacher

Dr. Clemens Malainer ist Steuerberateranwärter in Wien.

Dr. Andreas Staribacher ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Wien.

Vorsteuerabzug aus Errichtungskosten unzulässig, wenn Missbrauch vorliegt

§ 2 Abs 1, § 12
UStG 1994

BFG

30. 3. 2020, RV/
5101018/2017

Errichtung und
Vermietung eines
Einfamilien-
hauses durch
Gesellschaft an
Gesellschafter
Vorsteuerabzug;
Missbrauch;
Fremdüblichkeit
des Mietverhält-
nisses;
Renditenmiete;
fehlender
Mietenmarkt

2020/86

Ist strittig, ob der Vorsteuerabzug aus den Errichtungskosten eines Gebäudes, welches die Gesellschaft an die Gesellschafter vermietet hat, zulässig ist, ist zu berücksichtigen, dass Missbrauch auch dann gegeben sein kann, wenn das Mietverhältnis als solches einem Fremdvergleich standhält, die Konstruktion jedoch vor allem dazu dient, den Vorsteuerabzug für den privaten Wohnraum der Gesellschafter zu sichern. Besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass das Haus in der Absicht errichtet worden wäre, es einem der Gesellschaft fremd Gegenüberstehenden zu vermieten, sondern wurde das Wohnobjekt (hier: ein luxuriöses Einfamilienhaus) auf die Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnitten und lag der Grund für die Errichtung durch die Gesellschaft und nicht durch die Gesellschafter selbst allein in dem Zweck, die Vorsteuer zu lukrieren, ist der Vorsteuerabzug zu versagen.

Die Ehegatten E waren und sind seit 2003 Eigentümer einer Liegenschaft mit einer Grundfläche von 6.163 m². Mit Gesellschaftsvertrag v 23. 9. 2013 wurde die Bf errichtet. Gesellschafter der GmbH sind die Ehegatten E. Der Gesellschaftszweck ist der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen, die Vermögensverwaltung, die Übernahme von Funktionen in Personengesellschaften und die Mietung und Pachtung bzw Vermietung und Verpachtung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen. Die GmbH beschäftigt sich mit dem Halten der mit Einbringungsvertrag vom 23. 09. 2013 eingebrachten Beteiligungen der Familie E an der Firma C GmbH und der Errichtung eines Wohnhauses der gehobenen Preisklasse. Weitere wirtschaftliche Tätigkeiten konnten zum damaligen Zeitpunkt seitens des Finanzamtes nicht festgestellt werden.

Ein Teil des Grünlandes im Ausmaß von etwa 770 m² wurde der Bf mit Mietvertrag v 3. 8. 2015 zwecks Errichtung eines Superädifikats überlassen. Der Grund für diese Gestaltung war darin gelegen, dass sich auf dieser Grundfläche ein altes landwirtschaftliches Objekt befand, welches durch einen Neubau ersetzt werden sollte. Zur Finanzierung des Wohnobjekts war die Aufnahme von Fremdmitteln durch die Bf erforderlich. Fremdmittel im Ausmaß von € 900.000,- wurden durch die Bank zur Verfügung gestellt, wobei sich dieser Betrag mit den von der Bf genannten Baukosten deckt. Die Ehegatten wiederum haften mit ihrem Privatvermögen für diese Verbindlichkeiten. In der weiteren Folge wurden für die Zeiträume 09/2015, 10/2015, 11/2015 und 12/2015 Vorsteuern im Ausmaß von € 10.832,11, € 21.136,35, € 15.840,13 und € 27.474,33 geltend gemacht. In dem auf zehn Jahre befristeten Hauptmietvertrag vom 29. 7. 2016 war die Miete mit € 2.882,- (inkl Steuer) angesetzt.

Mit Bescheid v 1. 6. 2017 wurde die USt 2015 mit € 0,- festgesetzt. Zur Begründung wurde ua darauf

verwiesen, die Tatsache des Superädifikates in Verbindung mit einer nur 10-jährigen Grundmietdauer sowie die teure Ausführung des Gebäudes würden gegen eine fremdübliche Vermietung des Objektes sprechen.

Die Bf erhob Beschwerde, diese wurde durch das BFG mit dem angefochtenen Erk als unbegründet abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BFG ging im Sachverhalt – nach näher ausgeführter Beweiswürdigung – davon aus, dass das Objekt nicht für unternehmerische Zwecke errichtet wurde, sondern abgestellt auf die Bedürfnisse der Gesellschafter ausschließlich deren privaten Wohnbedürfnissen dienen soll. Der Bezug zur Sphäre der Lebensführung der Beteiligten steht zweifelsfrei fest.

Der VwGH vertritt in stRsp zur Vermietung von Wohnraum in Anlehnung an die Rsp des EuGH die Auffassung, dass die Vermietung einer Immobilie zu Wohnzwecken als unternehmerische Tätigkeit iSd § 2 Abs 1 UStG 1994 von der bloßen Gebrauchsüberlassung zu unterscheiden ist, die nicht zur Unternehmereigenschaft führt (VwGH 24. 6. 1999, 96/15/0098; 19. 10. 2011, 2008/13/0046). Für die Überlassung von Wohnraum durch eine Gesellschaft an ihren Gesellschafter bedeutet dies: Erfolgt die Überlassung der Nutzung nicht deshalb, um Einnahmen zu erzielen, sondern um dem Gesellschafter einen nicht fremdüblichen Vorteil zuzuwenden, so fehlt es bereits an einer wirtschaftlichen Tätigkeit und besteht dementsprechend von vornherein keine Vorsteuerabzugsberechtigung (VwGH 19. 10. 2011, 2008/13/0046; 19. 3. 2013, 2009/15/0215; 16. 5. 2007, 2005/14/0083).

Strittig ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausschließlich die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung; nämlich, ob der Vorsteuerabzug aus den Errichtungskosten des Gebäudes, welches die Bf an die Gesellschafter vermietet, zulässig ist. Das Finanzamt stützt die Versagung des Vorsteuerabzuges darauf, dass die gewählte Vorgangsweise durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist und von einer missbräuchlichen Verwendung auszugehen und somit der Vorsteuerabzug zu versagen sei.

Es ist unbestritten, dass ein Mietvertrag existiert. Ebenso kann außer Streit gestellt werden, dass kein funktionierender Mietenmarkt vorliegt. Was die daher festzustellende Renditenmiete betrifft, so wurde diese von der steuerlichen Vertretung mit 2,795% ermittelt. Der VwGH vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass im Allgemeinen ein Renditenzinssatz von 3% bis 5% (idR abhängig von den Marktverhältnissen zu Beginn der Vermietung) erzielbar sein müsse (vgl Leyer/Luka, Renditenzinssatz bei fehlendem Mietenmarkt, SWK 3/2019, 100 f).

Kranewitter erachtet für Einfamilienhäuser eine fremdübliche Mindestrendite von 2,5% (Bandbreite 2,5 bis 3,5%) als angemessen. Die Empfehlung des Hauptverbands der allgemein beeedeten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs für Wohnliegenschaften geht in hochwertiger Lage von mindestens 2%, in sehr guter Lage von mindestens 2,5% (Bandbreite 2,5 bis 4,5%) aus. Die ermittelte Rendite bietet im gegenständlichen Fall grundsätzlich keinen Grund, das Mietverhältnis nicht anzuerkennen. Die Renditemiete hat allerdings ohnehin in den Hintergrund zu treten:

Missbrauch kann auch dann gegeben sein, wenn das Mietverhältnis als solches einem Fremdvergleich standhält, die Konstruktion jedoch vor allem dazu dient, den Vorsteuerabzug für den privaten Wohnraum der Gesellschafter zu sichern. Unter Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes iSd § 22 Abs 1 BAO versteht der VwGH in stRsp eine solche rechtliche Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet. Es ist demnach zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenkt, oder ob er ohne das Ergebnis der Steuerminderung einfach unverständlich wäre (zB VwGH 1. 10. 2008, 2006/13/0036).

Dass das Wohnobjekt auf die Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnitten war, es sich dabei um ein luxuriöses Einfamilienhaus handelt, wurde bereits mehrfach hervorgehoben. Dass ein Vermieter auf die speziellen Wünsche der Mieter eingeht, mag mitunter vorkommen, aber wohl nicht, wenn der Mietvertrag bei einem derart luxuriösen Objekt zeitlich befristet ist. Die Ansicht, dass die Befristung bei der USt keine Rolle zu spielen vermag, trifft im beschwerdegegenständlichen Fall aus den angeführten Gründen nicht zu. Ebenso was die Frage betrifft, was mit dem Objekt nach Ablauf des Vertrages zu geschehen hat. Gerade die zeitliche Befristung und die Nichtklärung der zuletzt gestellten Frage deuten wiederum darauf hin, dass das Objekt bei den Mietern bleiben soll. Zudem wurde der Annahme, dass das Objekt an die bisherigen Mieter weitervermietet wird, nicht entgegengetreten.

Dass ein Mietvertrag vorliegt, der so gelebt wird, ist unbestritten. Besonderer Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang aber der Tatsache zu, dass das Gebäude zunächst nur für zehn Jahre an die Gesellschafter vermietet werden sollte (zeitliche Schranke).

Der Steuervorteil besteht im Regelfall im sofortigen Steuerabzug für den Bau eines Wohngebäudes, der dem Gesellschafter bei eigener Bautätigkeit nicht zustünde. Dem gegenüber steht eine Steuerbelastung von 10%. Bis die geltend gemachte Vorsteuer durch die Besteuerung der Mietentgelte zurückgezahlt wird, kann es mitunter Jahrzehnte dauern. Bei Vorsteuern von ca. € 179.000,- ca. 57 Jahre. Dabei kommt im beschwerdegegenständlichen Fall wieder die zeitliche Schranke von zehn Jahren hinzu und die Ungewissheit, wie hoch die Miete künftig sein wird.

Eine gedachte Fremdvermietung nach Ablauf des vorliegenden befristeten Mietvertrages mit den Gesell-

schaftern zu einem kostendeckenden Mietpreis kann wohl ausgeschlossen werden, weil keiner dieser notwendigerweise betuchten Mieter bereit sein wird, für die vorhandene Sonderausstattung, die zum Zeitpunkt einer möglichen Veräußerung nach zehn Jahren ja schon abgewohnt ist, ein gesondertes Mietentgelt zu bezahlen.

Dass das Haus in der Absicht errichtet worden wäre, es einem der Bf fremd Gegenüberstehenden zu vermieten, ist nicht einmal ansatzweise behauptet worden. Die Errichtung und Überlassung des auf die Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnittenen Einfamilienhauses durch die GmbH und nicht durch die Gesellschafter selbst, um die Vorsteuer zu lukrieren, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes der einzig erkennbare Zweck. Diese Vorgangsweise ist im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg, für die Gesellschafter ein Heim zu schaffen, ungewöhnlich und unangemessen. Um diesen Erfolg zu erreichen, hätte es nicht der Zwischenschaltung einer GmbH bedurft. Der gewöhnliche und angemessene Weg wäre es gewesen, die Errichtung des Einfamilienhauses direkt, durch Kreditaufnahme und Belastung der Liegenschaft, und nicht im Umweg über eine mitunter dafür gegründete GmbH vorzunehmen.

Anmerkung:

Die gegenständliche BFG-Entscheidung steht im Gegensatz zur nunmehr wieder ständigen Judikatur des VwGH, welche grundsätzlich die Vermietung von Wohnungen oder Einfamilienhäusern, auch wenn diese luxuriös sind, an die Gesellschafter einer GmbH anerkennt.

Diese Judikatur des VwGH wurde in der Folge auch in eine Information des BMF übernommen (BMF-010216/0002-IV/6/2019 immolex 2019, 224).

Die gängige Judikaturlinie des VwGH und eingeschränkt auch des BFG lässt Vermietungen an nahestehende Personen mit steuerlicher Wirksamkeit zu, sofern nachgewiesen werden kann, dass ein funktionierender Mietmarkt besteht und natürlich die Konditionen fremdüblich sind. Auch hinsichtlich zu erzielender Mieten und Renditeerwartungen nähern sich die Aussagen an die tatsächlichen Verhältnisse am Immobilienmarkt an.

Im nunmehr vorliegenden Fall wurde vom BFG das Vorliegen eines funktionierenden Mietmarkts verneint. Erschwerend kam hinzu, dass der Mietvertrag nur eine Laufzeit von zehn Jahren hatte und nicht nachgewiesen werden konnte, dass auch darüber hinaus eine Vermietung an die Gesellschafter geplant sei. Zu letztem Punkt ist anzuführen, dass es ohnehin zu einer Vorsteuerberichtigung hätte kommen müssen, sofern die Vermietung tatsächlich nach zehn Jahren eingestellt worden wäre, da der Zeitraum für die Vorsteuerberichtigung für diesen Fall bereits 20 Jahre betragen hat.

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass eine steuerpflichtige Vermietung an die Gesellschafter grundsätzlich bei Erfüllung der vom VwGH und BFG geforderten Voraussetzungen (fremdüblicher Mietvertrag und ebensolche Miethöhe, funktionierender Mietmarkt) zulässig ist, dass allerdings darauf geachtet werden sollte, nicht zu sehr zu optimieren, da diesfalls vom BFG Missbrauch angenommen werden könnte.

Karin Fuhrmann

Mag. Karin Fuhrmann ist StB und Partnerin von TPA Steuerberatung GmbH.

Nutzflächenänderungen durch Mieter

CHRISTOPH KOTHBAUER

§ 17 Abs 2
letzter Satz
MRG

Nutzfläche;
Nutzflächen-
änderung;
Verteilungs-
schlüssel;
Balkon-
verglasung;
Verfließung;
Zwischendecken;
Ausbau;
Aufbau;
Zubau

In der Vollenwendung des MRG sind die Gesamtkosten des Hauses (§§ 21 ff MRG) grundsätzlich nach dem Verhältnis der Nutzfläche des Mietgegenstands zur Nutzfläche aller vermieteten, vom Vermieter benützten oder trotz ihrer Vermietbarkeit nicht vermieteten Wohnungen oder sonstigen Mietgegenstände des Hauses zu verteilen (§ 17 Abs 1 MRG). Nach dem durch die WRN 1999¹⁾ geschaffenen und am 1. 1. 2000 in Kraft getretenen²⁾ letzten Satz des § 17 Abs 2 MRG **bleiben Veränderungen der Nutzfläche aufgrund baulicher Maßnahmen des Mieters im Inneren der Wohnung oder des sonstigen Nutzungsgegenstands einschließlich der Verglasung von Balkonen bis zur Beendigung seines Miet- oder sonstigen Nutzungsverhältnisses unberücksichtigt**. Die Mat zur WRN 1999³⁾ erklären, dass nach der vor der WRN 1999 geltenden Rechtslage – selbst geringe – bauliche Maßnahmen des Mieters im Inneren seines Mietobjekts zu einer Veränderung der Nutzfläche des Objekts und damit des gesamten Verteilungsschlüssels führen konnten. In weiterer Folge bewirkte dies die Unrichtigkeit einer auf dem bisherigen Verteilungsschlüssel beruhenden Abrechnung. Dies war der Praktikabilität der Hausbewirtschaftung abträglich, andererseits aber aus dem Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit keineswegs zwingend.

Die Rsp⁴⁾ hat bereits vor geraumer Zeit erklärt, dass die Schaffung von Nutzflächen durch die Umgestaltung dislozierter Kellerräumlichkeiten (verfahrensgegenständlich war die Erschließung solcher Räume durch den Bau einer eigenen Stiege, um sie für die Bewirtung von Gästen eines Cafés nutzen zu können) nicht unter § 17 Abs 2 letzter Satz MRG falle, weil die Kellerräume – wiewohl mitvermietet – nicht zum „Inneren“ des Mietobjekts gehörten. Gleichzeitig hat der OGH festgestellt, dass von § 17 Abs 2 letzter Satz MRG bei teleologischer Betrachtung wohl überhaupt nur solche Änderungen erfasst sein könnten, die sich nur geringfügig auf die Verteilung der Betriebskosten auswirkten. Diese Überlegung musste indes damals aufgrund des ohnehin eindeutigen Ergebnisses bei der Einbeziehung von zunächst nicht im Inneren des Mietgegenstands befindlichen Räumen nicht näher vertieft werden.

Rezent⁵⁾ hatte der OGH Gelegenheit, sich eingehender mit der Auslegung des § 17 Abs 2 letzter Satz MRG zu befassen. Verfahrensgegenständlich waren diesmal ua Ausbauten zunächst roher und unisolierter Dachböden in einer Reihenanlage. Anders als bei der Einbeziehung zunächst dislozierter Räume ging es hier also um die Schaffung vermietbarer Nutzflächen innerhalb des ursprünglichen Mietgegenstands (Reihenhaus). Darin erblickte der OGH aber letztlich kein relevantes Unterscheidungsmerkmal. Der OGH schloss sich vielmehr ausdrücklich jenem (überwiegenden) Teil der Lehre an, der für eine teleologische Reduktion des Gesetzestexts eintritt. Der Gesetzgeber der WRN 1999 habe zwar

die Praktikabilität der Hausbewirtschaftung verbessern, aber dessen ungeachtet auch an der Verteilungsgerechtigkeit festhalten wollen. Es sei daher im Anschluss an *Prader*⁶⁾ **sachgerecht, § 17 Abs 2 letzter Satz MRG nur auf solche Änderungen anzuwenden, die der Mieter innerhalb des bereits zuvor nutzflächenrelevanten Objekts vorgenommen hat. Darunter fallen somit jedenfalls nicht bauliche Veränderungen an zuvor nicht nutzflächenrelevanten, nicht für Wohn- oder Geschäftszwecke geeigneten Keller- und Dachbodenräumen**. Selbst wenn sich also diese Flächen von Anfang an innerhalb des Mietgegenstand befunden haben, sind derartige bauliche Maßnahmen bereits als raumgewinnende „Erweiterung“ des Bestandobjekts (analog einem Aufbau oder Zubau) und nicht mehr als bloße Änderung im (bereits nutzflächenrelevanten) Inneren des Bestandobjekts zu qualifizieren.

Im Ergebnis werden daher neben der gesetzlich (iS einer Klarstellung) ausdrücklich erfassten Verglasung von Balkonen (bzw deren Beseitigung) und dem in den Mat zur WRN 1999 erwähnten Bsp der Verfließung von Badezimmern va Grundrissänderungen (und die dadurch bedingte Errichtung oder Entfernung von Wänden) unter § 17 Abs 2 letzter Satz MRG zu subsumieren sein. Bei der Einziehung (oder Entfernung) von Zwischendecken innerhalb des Mietgegenstands wird es im Lichte der Rsp wohl darauf ankommen, ob die damit bedingte Nutzflächenänderung noch als geringfügig qualifiziert werden kann. Während für *Stabentheiner*⁷⁾ auch weitreichende Änderungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Regelung gehören, sofern sich nur die Baumaßnahmen auf das Innere des Mietgegenstands beschränken, und *Hausmann*⁸⁾ nicht zwischen bloß geringfügigeren und weitreichenderen Nutzflächenänderungen durch das Einziehen von Zwischendecken differenziert, wird nach Auffassung des OGH dem Postulat der Verteilungsgerechtigkeit nur dann entsprochen, wenn während der Dauer eines Mietverhältnisses lediglich geringfügige Nutzflächenänderungen durch den Mieter unberücksichtigt bleiben. Nach der – vom OGH geteilten – Einschätzung des RekG in der der E 5 Ob 164/19 g zugrundeliegenden Außerstreitsache seien Nutzflächenänderungen im Ausmaß von 15 bis 30 Prozent nicht mehr geringfügig.

FH-Doz. Mag. *Christoph Kothbauer* arbeitet als Konsulent für Wohn- und Immobilienrecht in Wien.

1) BGBl I 1999/147.

2) Art IX Z 1 WRN 1999.

3) ErläutRV 1674 BlgNR 20. GP 12.

4) 5 Ob 132/04 d immolex 2004/144 [*Prader*].

5) 5 Ob 164/19 g immolex-LS 2020/45.

6) In GeKo Wohnrecht I § 17 MRG Rz 36.

7) Die miet- und wohnungsrechtlichen Teile der Wohnrechtsnovelle 1999, wobl 1999, 285.

8) In *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 17 MRG Rz 44.