

# LEHRE

01/2009

Das Medium zur Information der Klienten  
und Freunde von Kaan Cronenberg & Partner.

## Inhalt dieser Ausgabe

- Liegenschaftserwerb – nicht verbücherte Dienstbarkeiten / Seite 1
- Vorkaufsrecht, was ist das? / Seite 2
- Eingetragene Erwerbsgesellschaften / Hausverlosungen / Tierhaltung im Mietobjekt / Haftung des Gründungsprüfers / Keine Verjährung des nachbarrechtlichen Abwehrenspruches / Seite 3
- Zurückbehaltung des Werklohnes bei Mängeln / Neu bei Kaan Cronenberg & Partner / Seite 4

## Liegenschaftserwerb – nicht verbücherte Dienstbarkeiten



**Dr. Gerhard Braumüller**  
Wasserrecht

- weitere Tätigkeitsschwerpunkte
- Umweltrecht
  - Verwaltungsrecht
  - Zivil- und Handelsrecht

**Oft bestehen Rechte an Liegenschaften, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind. Es handelt sich zB um Leitungsrechte (Wasser- oder Kanalleitungen) oder Wegerechte (Zufahrten, Gehwege). Wird die damit belastete Liegenschaft veräußert, werden die damit verbundenen Fragen aus diesem Anlass aber nicht geregelt, so stellt sich meist die Frage: Sind sie vom Erwerber der Liegenschaft hinzunehmen?**

### Grundbuchsstand

Grundsätzlich kann der Erwerber einer Liegenschaft auf die Richtigkeit des Grundbuchsstandes vertrauen. Eine Dienstbarkeit, die im Grundbuch nicht eingetragen ist, erfischt, wenn der Erwerber gutgläubig ist. Wenn sie aber „offenkundig“ ist, kann sie auch bestehen bleiben:

### Guter Glaube des Erwerbers

Der Oberste Gerichtshof vertritt nämlich in ständiger Rechtsprechung die Meinung, dass die Gutgläubigkeit des Erwerbers einer Liegenschaft dann ausgeschlossen ist (vgl zB OGH 28.04.1999, 7 Ob 209/98 f – [www.ris2.bka.gv.at](http://www.ris2.bka.gv.at)), wenn er in schuldhafter Weise (wenn auch nur leicht fahrlässig) Indizien für das Abweichen des Grundbuchsstandes von der tatsächlichen Rechtslage ignoriert. Der Umfang der Sorgfaltspflicht des Erwerbers bestimmt sich nach der Verkehrsübung. Um gutgläubig zu sein, wird man die Liegenschaft, die man erwerben will, daher meist besichtigen müssen, wenn auch nicht in jedem Fall vollständig und genau.

### Nachforschungspflicht des Erwerbers

Der OGH meint, dass das Grundbuch für Dienstbarkeiten von vorne herein eine geringere Aussagekraft besitzt, weil diese Rechte nicht immer lückenlos verbüchert sind und im Nachbarschaftsverhältnis Liegenschaften vielfach seit Generatio-

nen in dem guten Glauben mitbenutzt werden, dass hiezu ein Recht besteht. Daher sei der Erwerber einer Liegenschaft zu Nachforschungen verpflichtet, wenn sich aus den besonderen Umständen Bedenken gegen die Vollständigkeit des Grundbuchs ergeben. Solche Bedenken können und müssen sich etwa dann einstellen, wenn Anlagen oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge auf dem Grund ersichtlich sind, die man bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann und die das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen (etwa Fahrspuren, Schächte, oberirdische Leitungen etc).

Die Sorgfaltsanforderungen an den Erwerber dürfen nicht überspannt werden. Er darf allerdings seine Augen nicht vor klaren Hinweisen auf das Bestehen oder den Umfang einer Servitut verschließen, wenn er Kenntnis von Tatsachen erlangt, die auf eine Belastung der Liegenschaft schließen lassen (vgl zuletzt etwa OGH 16.01.2008, 8 Ob 138/07 p – [www.ris2.bka.gv.at](http://www.ris2.bka.gv.at)). >>>

## Nachträgliche Kenntnis, Beweislast

Der gute Glaube des Erwerbers muss sowohl im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als auch im Zeitpunkt seines Ansuchens um Einverleibung des Eigentumsrechtes gegeben sein. Erlangt er nachträglich Kenntnis von Rechten Dritter, schadet ihm das nicht. Der, der das Recht an der Liegenschaft behauptet, muss den mangelnden guten Glauben des Erwerbers an die Freiheit von Dienstbarkeiten behaupten und auch beweisen, eine wesentliche Erleichterung für den Erwerber also (vgl nur OGH 14.01.2000, 1 Ob 150/99 m – www.ris2.bka.gv.at).

## Gutgläubig und doch gebunden

Auch eine nicht verbücherte und nicht offenkundige Dienstbarkeit kann aber in bestimmten Fällen dennoch

aufrecht bleiben, selbst wenn man in der Natur und bei den gebotenen Nachforschungen keinen Anhaltspunkt dafür finden kann:

So können etwa Leitungsrechte auch auf dinglich wirkenden (daher auch für Rechtsnachfolger verbindlichen) Bescheiden von Verwaltungsbehörden oder auf von Verwaltungsbehörden beurkundeten Vereinbarungen beruhen, die auf den Rechtsnachfolger eines Liegenschaftseigentümers übergehen, auch wenn er (der Erwerber) gutgläubig und davon in der Natur nichts zu sehen ist: So kann in einem wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid eine Dienstbarkeit (zwangsweise) eingeräumt worden sein oder eine Dienstbarkeitsvereinbarung kann im Rahmen eines wasserrechtlichen Verfahrens von der Behörde im Bescheid nach § 111 Abs 3 WRG beurkundet, aber nicht verbüchert worden sein. In diesem Fall bleibt die Belastung auch für den Erwerber aufrecht. IGB

# Vorkaufsrecht, was ist das?



**Dr. Stephan Moser, LL. B.**  
Strukturierung und Beratung  
von Familienunternehmen

- weitere Tätigkeitsschwerpunkte
- Privatstiftungen
  - Jagdrecht
  - Wirtschaftsrecht

**Immer wieder bestehen Unklarheiten über den Inhalt und die Wirkungen eines Vorkaufsrechtes (§§ 1072 ff ABGB). Die grundlegende Bestimmung des ABGB zum Vorkaufsrecht, nämlich dessen § 1072, lautet wörtlich: „Wer eine Sache mit der Bedingung verkauft, dass der Käufer, wenn er eine solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbieten soll, der hat das Vorkaufsrecht.“**

## Grundsätze

Obwohl das Vorkaufsrecht als Nebenvereinbarung zu einem Kaufvertrag vorgesehen ist, kann es jederzeit – mit wem immer – als gesonderter Vertrag begründet werden.

Das Vorkaufsrecht an einer Liegenschaft ist ein Recht, das grundbüchlicherweise eingetragen werden kann. In diesem Fall hat es dingliche Wirkung. Das heißt, der im Grundbuch eingetragene Vorkaufsberechtigte hat das Recht, in einen mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrag als Käufer einzutreten. Damit ein Kaufvertrag mit einem Dritten (grundbüchlicherweise) durchgeführt werden kann, muss der Vorkaufsberechtigte daher entweder seine Zustimmung geben oder innerhalb der Einlösungsfrist von seinem Vorkaufsrecht nachweislich keinen Gebrauch gemacht haben.

Ist ein Vorkaufsrecht nicht im Grundbuch eingetragen und ist der Käufer gutgläubig, so erwirbt er Eigentum und der Vorkaufsberechtigte kann nur Schadenersatzansprüche gegenüber seinem Vertragspartner, also demjenigen, der ihm das Vorkaufsrecht eingeräumt hat, geltend machen.

## Einlösung

Die Einlösung durch den Vorkaufsberechtigten hat derart zu erfolgen, dass er innerhalb der gesetzlichen Frist (bei beweglichen Sachen 24 Stunden, bei unbeweglichen Sachen 30 Tage) wirklich einlösen muss. Die Einlösung besteht in der Erklärung die Sache zu kaufen, bei gleichzeitigem realem Anbieten der Leistung, die der Käufer erbringen müsste; der Vorkaufsberechtigte tritt damit in den Kaufvertrag ein.

Sofern nichts anderes vereinbart ist, kann das Vorkaufsrecht nur im Falle eines Verkaufes nicht aber im Falle einer anderen Veräußerung, wie Schenkung, Tausch etc ausgeübt werden.

## Vertragsgestaltung

Selbstverständlich besteht die Möglichkeit ein Vorkaufsrecht vertraglich von den Regeln des ABGB abweichend zu gestalten: So kann beispielsweise das Vorkaufsrecht auf sämtliche Veräußerungsfälle ausgedehnt werden (§ 1078 ABGB), im Falle einer Schenkung ist aber eine Preisfestsetzung notwendig. Erfolgt die Ausdehnung des Vorkaufsrechtes auf sämtliche Veräußerungsfälle, namentlich auch für Schenkungen ohne eine derartige Preisfestsetzung, so gilt dies als Einigung auf den gemeinen Schätzwert des Verkaufsobjektes.

Insbesondere kann auch die Einlösungsfrist geändert werden: Im Interesse des Vorkaufsberechtigten empfiehlt es sich, die Einlösungsfrist auf einen Zeitraum von zwei, drei oder mehreren Monaten auszudehnen, um ihm die Finanzierung des Kaufes zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen.

Vorsicht ist geboten, wenn im Falle eines Vorkaufsrechtes gemäß § 1072 ABGB die Gestaltung des Kaufvertrages derart erfolgt, dass der Vorkaufsberechtigten an der Ausübung des Vorkaufsrechtes gehindert wird und der Vertrag in Wahrheit ein Umgehungsgeschäft darstellt: Beispielsweise ist das anzunehmen, wenn die Vorkaufssache gegen Wertpapiere eingetauscht wird, um diese sodann unmittelbar zum Tageskurs zu veräußern. In diesem Fall wäre das Veräußerungsgeschäft nicht als Tausch sondern in Wahrheit als Kauf zu qualifizieren.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass Vereinbarungen von Vorkaufsrechten zwischen Wohnungseigentumsorganisatoren und Wohnungseigentumswerbenden, welche diese belasten, unwirksam sind (§ 38 Abs 1 Z 3 WEG).

Auch auf ein Vormietrecht oder -pachtrecht sind die Bestimmungen über das Vorkaufsrecht analog anzuwenden.

## Verbücherung

Aufgrund einer jüngst ergangenen Entscheidung des OGH ist bei der Verbücherung eines Kaufvertrages über ein Objekt, bei dem ein Vorkaufsrecht besteht, der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht allerdings nicht Gebrauch macht, der Nachweis über das Angebot an den Vorkaufsberechtigten und die nicht erfolgte Einlösung durch eine grundbuchsfähige Urkunde zu erbringen. ISM

## Eingetragene Erwerbsgesellschaften

von Dr. Volker Mogel

Die eingetragene Erwerbsgesellschaft (EEG) wurde bekanntlich mit dem Handelsrechtsänderungsgesetz (HRÄG) abgeschafft. Eine Neugründung ist daher nicht mehr möglich. Bestehende Gesellschaften gelten ab 01.01.2007 als Personengesellschaften, und zwar die offene Erwerbsgesellschaft als offene Gesellschaft (OG) und die Kommanditerwerbsgesellschaft als Kommanditgesellschaft (KG).

Die gesetzlichen Firmenzusätze (also OG statt OEG, KG statt KEG etc) müssen, falls sie deshalb zu ändern sind, bis 01.01.2010 zum Firmenbuch – unbeglaubigt, gebührenfrei – angemeldet werden. Ab diesem Zeitpunkt sind sie auch richtig in der Firma zu führen. IVM

## Hausverlosungen

von Dr. Hans Radl

Hausverlosungen sind in aller Munde; und das, obwohl offensichtlich erst eine einzige in Kärnten tatsächlich durchgeführt wurde. Wenn auch die Finanzämter darin scheinbar mangels Gewerbsmäßigkeit keinen Verstoß gegen das Glückspielmonopol erblicken, ist aus Kostengründen doch Vorsicht geboten. Mit 20 % des Gesamterlöses der verkauften Lose muss gerechnet werden, fallen doch nicht unerhebliche staatliche Gebühren an. Dazu kommt, dass auch mit Auslagen im Marketingbereich zu rechnen ist und Verwaltungsaufwand anfällt.

Viele rechtliche Facetten scheinen noch ungeklärt. So ist etwa auch dem strafrechtlichen Aspekt bisher wenig Beachtung geschenkt worden. Immerhin stellt § 168 StGB Spiele, die mit der Leistung eines Einsatzes verbunden sind und bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen unter Strafe.

Außerdem sei auf die neuen Bestimmungen über die freiwillige Feilbietung verwiesen, welche den Verkauf einer Immobilie ebenfalls erleichtern können (siehe Lexikon 04/2008) – und das mit kalkulierbaren Kosten. IHR



## Tierhaltung im Mietobjekt

von Dr. Volker Mogel

Jüngst bestätigte der Obersten Gerichtshofes (07.08.2008, 6 Ob 129/08a – vgl www.ris.bka.gv.at), dass es dem Mieter im Mietvertrag verboten werden kann, Tiere in der Mietwohnung zu halten.



Ist die Tierhaltung in einem Haus oder Bestandobjekt nicht generell verboten, sondern (nur) von der Zustimmung des Vermieters abhängig, kann der Vermieter das Halten eines Tieres nach der Entscheidung des OGH aber nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes ablehnen. Ein solcher Grund kann entweder in der Person des Mieters oder im Verhalten des Tieres gelegen sein. IVM

## Haftung des Gründungsprüfers

von Mag. Philipp Casper

**Wird eine Kapitalgesellschaft (also AG oder GmbH) nicht mit Bareinlagen, sondern mit Sacheinlagen gegründet, ist die Beiziehung eines Gründungsprüfers erforderlich.**

Die Prüfung der Werthaltigkeit einer Sacheinlage hat sich nicht nur auf die Frage zu beschränken, ob die eingebrachte Sache tatsächlich existiert. Es ist darüber hinaus zu ermitteln, inwieweit die eingebrachte Sache auch werthaltig ist. Die Gründungsprüfung dient insbesondere dem Gläubigerschutz und dem aktienrechtlichen Gebot der realen Kapitalaufbringung. Ist die eingebrachte Sache nicht werthaltig, hat dies der Prüfungsbericht festzustellen, die Sacheinlage ist dann unzulässig.

Im Falle eines unrichtigen Prüfberichtes haftet der Gründungsprüfer daher den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft, aber auch den Gesellschaftsgläubigern im Ausmaß der gesetzlichen Haftungshöchstbeträge und im Rahmen einer garantieähnlichen Haftung für jenen Ausfall, der nicht eingetreten wäre, wenn die eingebrachte, aber überbewertete Sache den ihr zugeschriebenen Wert gehabt hätte (vgl OGH 03.04.2008, 1 Ob 128/07s – vgl www.ris2.bka.gv.at/jus). IPC

## Keine Verjährung des nachbarrechtlichen Abwehranspruches

von Dr. Gerhard Braumüller

**Gemäß § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn ua die ohne besonderen Rechtstitel jedenfalls unzulässige unmittelbare Zuleitung, etwa von Abwässern, untersagen.**

Fraglich war in einem vor kurzem vom OGH zu entscheidenden Rechtsstreit (OGH 21.10.2008, 1 Ob 47/08f – siehe www.ris2.bka.gv.at/jus), ob das Recht, die Unterlassung einer unmittelbaren Zuleitung von Regenwasser zu verlangen, verjährt, wenn – wie im Anlassfall – die Zuleitung schon seit 1968, also mehr als 30 Jahre (bei entsprechenden Niederschlägen) stattfindet und der Anspruch erst nach Ablauf dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird.

Der OGH entschied, dass ein Beseitigungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB – als Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage – grundsätzlich nicht verjährbar ist. Davon, dass die Kläger der Zuleitung (konkludent) zugestimmt hätten, konnte nach Meinung des OGH sachverhaltsbezogen nicht die Rede sein. Die grundsätzlich mögliche Ersitzung des Rechtes auf Zuleitung von Wässern zum Grundstück der Kläger war mangels Vorbringen der Beklagten dazu nicht zu prüfen. IGB



## Zurückbehaltung des Werklohnes bei Mängeln

von Mag. Philipp Casper

Wieder einmal beschäftigte sich der OGH (08.07.2008, 4 Ob 114/08f – vgl www.ris2.bka.gv.at/Jus) mit dem Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers am Werklohn, wenn die Leistung des Werkunternehmers mangelhaft ist. Der OGH stellte klar, dass der Werkbesteller den Werklohn nur dann zurückbehalten darf, wenn der Mangel behebbar ist und der Werkbesteller die Verbesserung begehrt (Einwand der mangelnden Fälligkeit).



Kann der Mangel nicht behoben werden oder lässt der Werkbesteller die Behebung beispielsweise wegen Vertrauensverlusts nicht (mehr) zu, so ist der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohns unzulässig. Es verbleibt das Recht auf einen entsprechenden Abzug vom Werklohn (Preisminderungsanspruch).

Die Rechtsprechung erlaubt dem Werkbesteller weiterhin bis zur Grenze der Schikane die Zurückbehaltung des gesamten Werklohns auch bei geringfügigen Mängeln. Schikane liegt im Falle einer bestehenden Vertragsbeziehung dann vor, wenn zwischen den Interessen des Werkunternehmers und denen des Werkbestellers ein krasses Missverhältnis besteht. Das ist grundsätzlich dann nicht anzunehmen, wenn der Verbesserungsaufwand mehr als 5 Prozent des noch offenen Werklohnes beträgt, wobei dies keine absolute Grenze darstellt, sondern die Interessensabwägung im Einzelfall ausschlaggebend ist. IPC



### [www.britishmuseum.org/explore/explore\\_introduction.aspx](http://www.britishmuseum.org/explore/explore_introduction.aspx)

Auf einen kurzen Sprung ins British Museum nach London? Und das fast kostenlos und ohne lange Aufenthalte in den Wartehallen mehrerer Flughäfen? Wer in einer kurzen Pause Lust auf hervorragende Altertümer verspürt, ist im Britischen Museum ganz richtig. Die verschiedenen Onlinetouren, die auf dessen Homepage angeboten werden, zeigen benutzerfreundlich echte Highlights. Nur berühren kann man die Kunstgegenstände nicht, aber das ist auch vor Ort nicht erlaubt.



### [www.moma.org/collection/index.html](http://www.moma.org/collection/index.html)

Auch das MoMa, das Museum of Modern Art in New York, 11 West 53 Street, NY 10019-5497, USA ist (virtuell) für den nicht weit, den nach moderner Kunst gelüftet.

## Neu bei Kaan Cronenberg & Partner



Mag. Daniela S. Freudl

Seit 3.11.2008 verstärkt Frau Mag. Freudl das Juristenteam von Kaan Cronenberg & Partner. Ihr Studium der Rechtswissenschaften absolvierte sie an der Universität

in Wien und war in der Folge im Zuge ihrer Gerichtspraxis und als Rechtsanwaltsanwärtlerin in Klagenfurt und Graz tätig. Ihre Rechtsanwaltsprüfung bestand Frau

Mag. Freudl im Jahr 2008 mit sehr gutem Erfolg. Sie widmet sich besonders dem Zivil- und dem Strafrecht. IKCP



Mag. Sonja Louven

Ebenfalls seit 3.11.2008 ist Frau Mag. Louven als Rechtsanwaltsanwärtlerin bei Kaan Cronenberg & Partner tätig. Sie stammt aus Deutschland, studierte in Graz und absolvierte hier auch ihre Ge-

richtspraxis. Ihr Interesse gilt vor allem dem Insolvenzrecht, dem Schadenersatzrecht sowie dem Straf- und Familienrecht. IKCP

## Lexikon auf modernen Wegen

Wenn Sie Lexikon (auch oder nur) per Email erhalten wollen, senden Sie uns ein Email an die Adresse [office@kcp.at](mailto:office@kcp.at)