

Rechtliche Due Diligence beim direkten Immobilienerwerb unter Berücksichtigung investmentrechtlicher Anforderungen und deren Auswirkungen auf die Kauf-/Werkvertragsgestaltung

A Master's Thesis submitted for the degree of
“Master of Science”

supervised by
Mag. Magdalena Brandstetter

Mag. Filip Rosa

00900050

Affidavit

I, **MAG. FILIP ROSA**, hereby declare

1. that I am the sole author of the present Master's Thesis, "RECHTLICHE DUE DILIGENCE BEIM DIREKTEN IMMOBILIENERWERB UNTER BERÜCKSICHTIGUNG INVESTMENTRECHTLICHER ANFORDERUNGEN UND DEREN AUSWIRKUNGEN AUF DIE KAUF-/WERKVERTRAGSGESTALTUNG", 79 pages, bound, and that I have not used any source or tool other than those referenced or any other illicit aid or tool, and
2. that I have not prior to this date submitted the topic of this Master's Thesis or parts of it in any form for assessment as an examination paper, either in Austria or abroad.

Vienna, 18.10.2021


Signature

Kurzfassung

Das Ziel der vorliegenden Masterthesis ist es, den direkten Immobilienkauf aus rechtlicher Sicht zu beurteilen. Dabei werden nicht nur einzelne Bereiche der rechtlichen und steuerrechtlichen Due Diligence materiell erörtert, sondern dem Leser auch vertragliche Umsetzungsmöglichkeiten angeboten. Die vorliegende kritische Auseinandersetzung beleuchtet alle im Zusammenhang mit dem Ankauf sowohl einer Bestandsimmobilie als auch einer Projektentwicklung stehenden Prüfungsschwerpunkte wie insbesondere Belastungen des Grundstücks, ausgewählte Themen aus der Bauordnung (konkret am Beispiel der Stadt Wien), Bestandsverträge sowie die durch die Dominanz aus Deutschland stammender institutioneller Investoren am österreichischen Immobilienmarkt immer mehr in den Vordergrund rückende investmentrechtliche Prüfung der avisierten Transaktion. Der Verfasser dieser Arbeit beschreibt jeweils die rechtlichen Grundlagen der jeweiligen Fragestellung im Rahmen der Due Diligence sowie erörtert die mögliche Umsetzung einer allenfalls festgestellten "Findings" im Kauf- und Werkvertrag. Dabei werden beispielhafte Umsetzungsmöglichkeiten erörtert ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu stellen. Im Rahmen der Handlungsempfehlungen hinsichtlich der Umsetzung der Ergebnisse der Due Diligence in das Vertragswerk werden investmentrechtliche Spezifika wie beispielsweise ins Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung sowie mittlerweile von Immobilienfonds häufig verlangte Absicherungen der Mieteinnahmen über einen bestimmten Zeitraum (sogenannte Erstvermietungsgarantien) dargestellt. Der gegenständlichen Arbeit wurde stets die Maxime zugrunde gelegt, dass vertraglich sowohl die Interessen des Käufers als auch des Verkäufers ausreichend zu berücksichtigen sind. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Umsetzbarkeit einer vertraglichen Absicherung oder einer Preisminderung aufgrund eines festgestellten Risikos wesentlich von der Marktsituation sowie der Positionstärke der jeweiligen Parteien abhängt.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| 1. Einleitung | 1 |
| 1.1. Forschungsfrage | 1 |
| 1.2. Ziel der Arbeit | 1 |
| 1.3. Abgrenzung | 1 |
| 1.4. Methode und Aufbau | 2 |
| 2. Immobilienmarkt Österreich | 3 |
| 2.1. Investmentstandort | 3 |
| 2.2. Investorenstruktur | 4 |
| 3. Grundsatzfrage Share Deal oder Asset Deal | 7 |
| 3.1. Optimierung der Ankaufsstruktur | 7 |
| 4. Ziel und Zweck einer Due Diligence Prüfung | 12 |
| 4.1. Business Judgement Rule | 12 |
| 4.2. Zivil- und unternehmensrechtliche Haftungsbestimmungen | 13 |
| 4.3. Steuerrechtliche Haftungsbestimmungen | 15 |
| 5. Rechtliche Due Diligence | 17 |
| 5.1. Grundbuchsrecht, Eigentumsverhältnisse | 17 |
| 5.2. Öffentliches Recht | 19 |
| 5.2.1. Flächenwidmung und Bebauungsplan | 19 |
| 5.2.2. Baubewilligung und Betriebsanlagengenehmigung | 22 |
| 5.2.3. Energieausweis | 23 |
| 5.2.4. Legalservitute | 24 |
| 5.2.5. Ausgewählte Themen aus der Bauordnung der Stadt Wien | 25 |
| 5.2.6. Grundverkehrsrecht | 28 |
| 5.3. Liegenschaftsbezogene Schwerpunkte | 29 |
| 5.3.1. Altlasten | 29 |
| 5.3.2. Reallasten und Dienstbarkeiten | 31 |
| 5.3.3. Außerbüchliche Reallasten | 33 |
| 5.3.4. Verfügungsbeschränkungen | 34 |
| 5.3.5. Vertragsraumordnung - städtebauliche Verträge | 36 |
| 5.3.6. Hypotheken | 37 |
| 5.4. Bestandverträge | 38 |
| 5.4.1. Miete oder Pacht | 38 |
| 5.4.2. Mietrechtsgesetz | 40 |
| 5.4.3. Klauselentscheidungen beim Mietvertrag | 43 |

| | |
|--|-----------|
| 6. Investmentrechtliche Prüfung | 45 |
| 6.1. Exkurs: ESG – Kriterien | 45 |
| 6.2. Investmentrechtliche Prüfungsschwerpunkte | 46 |
| 6.2.1. Zulässigkeit des Anlagegegenstandes | 46 |
| 6.2.2. Fremdüblichkeit der Transaktion | 47 |
| 6.2.3. Grundbücherliche Verfügungsbeschränkung | 48 |
| 7. Steuerrechtliche Due Diligence Prüfung | 50 |
| 7.1. GrEStG | 50 |
| 7.1.1. Steuersatz und Bemessungsrundlage | 50 |
| 7.1.2. Steuerschuld und Steuerschuldner | 53 |
| 7.1.3. GrESt Korrektur | 53 |
| 7.2. Gebührenrecht | 55 |
| 7.2.1. Eintragungsgebühr Eigentum und Pfandrecht | 55 |
| 7.2.2. Mietvertragsgebühr | 55 |
| 7.3. Umsatzsteuer | 56 |
| 8. Liegenschafts Kaufvertrag und Bauvertrag | 59 |
| 8.1. Kaufvertrag | 59 |
| 8.1.1. Wesentliche kaufvertragliche Regelungen | 60 |
| 8.2. Bauvertrag | 61 |
| 8.2.1. Definition des Leistungsumfanges | 61 |
| 8.2.2. Sicherheiten des Auftraggebers und des Auftragnehmers | 63 |
| 8.2.3. Exkurs Erstvermietungsgarantien | 66 |
| 9. Resümee | 68 |
| Literaturverzeichnis | 70 |
| Rechtsquellenverzeichnis | 72 |
| Judikaturverzeichnis | 74 |
| Abbildungsverzeichnis | 74 |
| Tabellenverzeichnis | 74 |
| Abkürzungsverzeichnis | 75 |

1. Einleitung

Folgende Absätze erörtern den Aufbau, die Methodik sowie das Hauptthema der gegenständlichen Masterthesis. Eine materielle Auseinandersetzung erfolgt im Anschluss.

1.1. Forschungsfrage

Die hauptsächliche Forschungsfrage dieser Arbeit lautet:

Wie ist der direkte Immobilienerwerb aus rechtlicher Sicht zu prüfen und wie hat die Umsetzung der dabei festgestellten Risiken in die der Transaktion zugrundeliegenden Verträge zu erfolgen?

Der Immobilienankauf erfolgt aufgrund steuerlicher Optimierungsmöglichkeiten zahlreich mittelbar über den Erwerb der das Objekt haltenden Gesellschaft ("Share Deal"). Das primäre Ziel ist aber stets, unabhängig der Transaktionsstruktur, der Eigentumserwerb an einer Immobilie, weshalb der Autor die Aspekte eines Share Deals nicht untersucht und sich auf die Kernelemente einer Immobilientransaktion konzentriert.

1.2. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Masterthesis ist es, dem Leser einen Überblick über die Prüfungsschwerpunkte einer Due Diligence sowie der vertraglichen Umsetzung der darin festgestellten Risiken zu verschaffen. Die Arbeit soll keine Fachliteratur ersetzen, sondern sie soll als ein allgemeines Nachschlagewerk für die an einer Immobilientransaktion beteiligten Personen dienen.

1.3. Abgrenzung

Die Abgrenzung dieser Arbeit erfolgt einerseits zur technischen Prüfung eines Immobilienerwerbs sowie zum Immobilienerwerb im Rahmen eines Share Deals. Ebenso befasst sich die Arbeit nicht mit der Organisation einer Due Diligence, den diesbezüglichen technischen Hilfsmitteln sowie mit Verhandlungstechniken im Rahmen Kaufvertragsverhandlung.

Obwohl diese Arbeit bereits nach dem Höhepunkt der COVID-19 Pandemie im Sommer 2021 verfasst wurde, können Auswirkungen der Pandemie auf künftige Transaktionen weiterhin nicht vorhergesagt werden.

1.4. Methode und Aufbau

Damit der Leser die Auswahl der dargestellten Prüfungsschwerpunkte einer Due Diligence Prüfung versteht, ist es nach Ansicht des Autors unerlässlich einen Überblick über den österreichischen Immobilienmarkt zu geben sowie auch die verschiedenen Transaktionsstrukturen in gebotener Kürze zu erörtern.

Die Erforschung der einzelnen Themengebiete erfolgt durch das Studium einschlägiger Literatur sowie Marktstudien. Die wesentlichen Ergebnisse werden in einer für ein nicht juristisches Publikum verständlichen Sprache abgebildet.

Die in der Arbeit vorhandenen "Exkurse" geben dem Leser eine Möglichkeit, sich über die Branche bewegende Markttrends zu informieren. Schließlich wird nicht nur eine mögliche vertragliche Umsetzung der im Rahmen der Due Diligence festgestellten Risiken beschrieben, sondern es werden darüber hinausgehende wesentliche Aspekte des Vertragskonvoluts einer Immobilientransaktion abgebildet.

2. Immobilienmarkt Österreich

Um die einzelnen Aspekte eines Immobilienerwerbs zu verstehen, ist eine Auseinandersetzung mit dem Immobilienstandort Österreich sowie mit den Hauptakteuren des Marktes unausweichlich. In der Folge wird auf die Marktentwicklung sowie die Zusammensetzung der am heimischen Markt tätigen Investoren eingegangen.

2.1. Investmentstandort

Österreich konnte als Investmentstandort für das sichere Betongeld seit der letzten Finanzkrise 2007 – 2009 das Volumen vervielfachen. So gingen im Jahr 2013 Immobilien im Wert von € 1,5 Mrd. an institutionelle Investoren, vier Jahre später erreichte das Volumen bereits über € 4,5 Mrd und erklomm den Höhepunkt im Jahr 2019 mit Transaktionen im Wert von € 6,5 Mrd. Obwohl der Investmentmarkt in den Jahren 2010 – 2020 durchaus auch in einzelnen Jahren rückläufig war, so war der Rückgang von € 3 Mrd. im Jahr 2020 (ein Minus von ca. 44%) einzigartig.¹ Der Einbruch des Investitionsvolumens war dabei nicht durch eine Überhitzung des Marktes verursacht worden, sondern ist auf die Folgen der weltweiten Covid 19 Pandemie zurückzuführen. Mit dem ersten von der Bundesregierung verordneten Lockdown ab dem 16. März 2020 wurden weite Bereiche der Wirtschaft vorübergehend stillgelegt, der Immobilieninvestmentmarkt wurde hiervon auch beeinträchtigt. Zahlreiche Akquisitionen wurden entweder gestoppt oder, wenn sie bereits in einem fortgeschrittenen Stadium waren, zumindest angehalten.

Trotz der Covid 19-Maßnahmen hat es der Wohnimmobiliensektor im vorigen Jahr 2020 erstmals geschafft einen Marktanteil von 38% zu erzielen, den Bürosektor somit zu überholen und die Spitze des Investmentmarkts für sich zu beanspruchen.² Da die bis Mitte des Jahres 2020 befürchteten starken Mieteinbrüche im Bereich der Büroimmobilien nicht eingetreten sind, ist hier der Rückgang nicht so stark ausgefallen wie befürchtet. Im Allgemeinen geht der Markt auch für die Zukunft trotz verstärkter Nutzung des Home-Office von weiterhin gleichem Bedarf an Büroflächen

¹ CBRE, *Austria Real Estate Market Outlook 2021*, S. 8.

² EHL, *Österreichisches Investmentvolumen im Jahr 2020 bei rund 3,5 Mrd. Euro.*

aus. Dieser teilweise Wandel der Arbeitswelt wirkt sich allerdings auf die Flächenkonzeption im Bürobereich aus. Die durch die vermehrte Nutzung des mobilen Arbeitens gewonnenen Flächen können für neue Kollaborationsbereiche verwendet werden und so der entstandenen persönlichen Distanz zwischen den Arbeitnehmern entgegenwirken.³

Im Gegensatz zu Hotels zählen Industrie- und Logistikimmobilien zu den Gewinnern der Corona-Krise. Obwohl auch diese Asset-Klasse 2020 einen Rückgang verzeichnen musste, war dieser am geringsten aller Asset-Klassen. Die steigende Nachfrage in diesem Segment haben erstmals die Renditeerwartungen der Investoren unter 4,5% gedrückt und zeitgleich die Spitzenmieten weiterhin in die Höhe getrieben.⁴

Trotz andauernder Hindernisse durch die Covid-19 Krise konnte sich der Immobilieninvestmentmarkt in 2020 erholen. So wird laut Prognosen die Höhe der Investments wie im Jahr 2019 nicht erreicht werden können, allerdings wird 2020 das Vorjahr um mehr als 10% übertreffen.⁵

Geographisch betrachtet ist Österreich der DACH-Region zuzuordnen und rangiert hierbei auf dem dritten Platz. Wie der nationale Markt ist auch der DACH-Markt 2020 geschrumpft und wird sich der Prognose von CBRE⁶ nach auch 2020 noch nicht gänzlich erholen. Das 2019 stagnierende Volumen in der DACH-Region ist nicht zur Gänze auf die Covid 19 Pandemie zurückzuführen, sondern basiert ebenso am knappen Angebot auf dem deutschen Markt bei Core Immobilien der Assetklasse Büro, Wohnen und Logistik.

2.2. Investorenstruktur

Investments in Immobilien galten schon immer als eine sichere Geldanlage und diese Grundeinstellung wurde auch nach der Finanzkrise 2008 – 2010 noch einmal verstärkt. Dies obwohl der Handel mit sogenannten "Subprime-Hypotheken" auf Immobilien als eine der Ursachen der Finanzkrise gilt. Davon unbeeindruckt konnte

³ CBRE, *Outlook 2021*, S. 10.

⁴ A.a.o., S. 10.

⁵ EHL, *Immobilieninvestmentmarkt | Update - Q1 2021*.

⁶ CBRE, *Dach Investor Intentions Survey 2021*, S. 6.

sich das Investmentvolumen in Europa bei Wohnimmobilien von 17,3 Mrd im Jahr 2007 auf 66,9 Mrd im Jahr 2019 vervielfachen.⁷

Das rege Interesse institutioneller Investoren stößt nicht überall auf Zustimmung und wird vielerorts für Wohnraumknappheit sowie steigende Mieten verantwortlich gemacht. Die wirtschaftliche Schlussfolgerung der sehr hohen Nachfrage nach Wohnimmobilien müssten steigende Kaufpreise Hand in Hand mit steigenden Mieten sein. Sieht man sich allerdings die Entwicklung am europäischen Immobilienmarkt an, ist rasch zu erkennen, dass obwohl die Kaufpreise in zahlreichen Ländern im Zeitraum 2010 – 2020 um mehr als 70% gewachsen sind, so haben sich die Mieten im gleichen Zeitraum wesentlich konservativer entwickelt (siehe untenstehende Grafik).



ec.europa.eu/eurostat

Abbildung 1, Gegenüberstellung Einkaufspreise und Mieten

⁷ Orf.at, Immobilieninvestoren entdecken Wien.

Beispielsweise wuchsen in Deutschland die Kaufpreise um 70% und die Mieten lediglich um etwa 25%.

Die Abbildung unterstreicht die Annahme, dass Wohnimmobilien als dermaßen sichere Geldanlage gelten, dass sich der Investmentmarkt (steigende Kaufpreise) vom tatsächlichen Mietenmarkt (wesentlich geringer steigende Mieten) entkoppelt. Dies setzt naturgemäß die Bereitschaft institutioneller Immobilieninvestoren voraus ihre Renditeerwartung stets nach unten zu korrigieren.

Dass insbesondere die Bundeshauptstadt Wien internationale Investoren anzieht, wird dadurch belegt, dass Wien innerhalb Europas an fünfter Stelle beim Volumen an Globalverkäufen (2007 – 2020) liegt. Sie folgt Paris und übertrifft Städte wie bspw Zürich, Mailand oder Madrid.⁸

Obwohl europaweit weiterhin US-amerikanische Investoren den Markt dominieren, zeigt sich in Österreich ein ganz anderes Bild. Der heimische Immobilienmarkt wird von deutschen Investoren dominiert. Die überwiegende Anzahl der Investitionen wurde von Spezial- und Publikumsfonds getätigt (mehr als 60%). Family Offices, Entwickler sowie Privatinvestoren waren insgesamt lediglich für 27% der Transaktionen verantwortlich.⁹

⁸ Orf.at, *Immobilieninvestoren entdecken Wien*.

⁹ EHL, *Investmentvolumen im Jahr 2020*.

3. Grundsatzfrage Share Deal oder Asset Deal

Im Fall von Immobilien ist die Annahme naheliegend, dass der Käufer schlicht den Gegenstand, sohin die Immobilie, erwirbt. Was im privaten Bereich zutreffend ist, erweist sich bei gewerblichen Käufern in überwiegender Anzahl der Fälle als Seltenheit. Bei einem Asset Deal erfolgt der direkte Ankauf der Immobilie vom Eigentümer, sei es eine natürliche oder juristische Person. Mietverträge gehen ex lege auf den Erwerber über, ebenso Versicherungsverträge und andere Verträge, wie Dienstbarkeiten. Darüberhinausgehende Verträge, wie beispielsweise Hausverwaltungsverträge, müssen einzeln auf den Erwerber übertragen werden. Sieht der jeweilige Vertrag eine Überbindungsmöglichkeit nicht vor, so bedarf die Übertragung einer dreipersonellen Einigung.

Bei einem Share Deal wird nicht die Immobilie, sondern die Anteile an ihrem Eigentümer, einer juristischen Person erworben. Die Immobilie selbst bleibt sowohl schuld- als auch sachenrechtlich im Eigentum der juristischen Person. Bei dieser Struktur bedarf es keiner gesonderten Vereinbarung zwecks Übertragung einzelner Vertragsverhältnisse, da sich der Vertragspartner, nämlich die Immobilie haltende Gesellschaft („PropCo“) nicht ändert. Eine Ausnahme besteht bei Verträgen mit sogenannten Change of Control-Klauseln, welche oft dem Vertragspartner ein Zustimmungserfordernis oder ein Sonderkündigungsrecht einräumen, wenn sich die Eigentümerstruktur der PropCo wesentlich verändert.

Aus Sicht des Käufers bietet ein Asset Deal die Möglichkeit nicht alle Verträge, Verbindlichkeiten und Risiken zu übernehmen. Der Käufer kann ein „Cherry Picking“ betreiben. Dagegen ist insbesondere bei gewerblichen Immobilien mit zahlreichen Vertragsverhältnissen (nebst den Mietverträgen) die Übertragung einzelner Verträge mit hohem Aufwand sowie Risiken verbunden. Auf haftungsrelevante Unterschiede wird unter Kapitel 4.2. eingegangen.

3.1. Optimierung der Ankaufsstruktur

Der direkte Erwerb einer Immobilie löst Grunderwerbsteuer („GrESt“) in Höhe von 3,5% sowie Eintragungsgebühr ins Grundbuch in Höhe von 1,1% jeweils vom Wert

der Gegenleistung aus. Sowohl die GrEST als auch die Eintragungsgebühr werden üblicherweise vom Käufer getragen, obwohl solidarische Steuerschuldner (GrEST) die am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien sind.¹⁰ Die Gegenleistung ist bei überwiegender Anzahl der Fälle der Kaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer („USt“, derzeit 20%, sofern optiert wird). Sollten Schulden mitübernommen werden, sind diese dem Kaufpreis für Zwecke der Berechnung der GrEST und der Eintragungsgebühr hinzuzurechnen. Zusätzlich führt die Eintragung eines Pfandrechts (Hypothek) zu einer Gebühr in Höhe von 1,2% des eingetragenen Pfandrechtsbetrags.

Aus Sicht der USt ist der Liegenschaftsverkauf gemäß § 6 Z. 9 lit. a UStG steuerbefreit. Allerdings kann zur USt-Besteuerung optiert werden, was zahlreich in der Praxis erfolgt, da der Verkäufer im Zusammenhang mit dem Grundstück für beauftragte Dienstleistungen (Planung, Bewertung etc.) Vorsteuer geltend gemacht hat, welche er im Falle eines USt-befreiten Verkaufs innerhalb von 20 Jahren anteilig korrigieren müsste. Auf Seite des Käufers kann der Betrag der im Rahmen des Ankaufs angefallenen USt als Vorsteuer geltend gemacht werden (sofern insbesondere die Voraussetzungen des § 12 UStG erfüllt sind). Oft enthalten Kaufverträge eine Überrechnungsbestimmung,¹¹ welche eine liquiditätsneutrale Abwicklung sichert. Trotz der Überrechnungsmöglichkeit wirkt sich die Umsatzsteuer allerdings erhöhend auf die GrEST sowie die Eintragungsgebühr aus, weshalb im Rahmen der Transaktionsstrukturierung eine allfällige Korrektur der Vorsteuer auf Seiten des Verkäufers gegenüber der höheren Belastung auf Seiten des Käufers abzuwägen und allenfalls eine Übernahme der Vorsteuerkorrektur seitens des Käufers zu vereinbaren ist. Im Fall eines Share Deals unterliegt die Transaktion keiner USt.¹²

Im Gegensatz zu Deutschland lässt sich sowohl die GrEST als auch die Eintragungsgebühr mittels eines optimierten Share Deals in Österreich derzeit noch verhindern.¹³ Da der grundbücherliche Eigentümer der Liegenschaft bei einem Share

¹⁰ Vgl § 13 GrESTG.

¹¹ Im Rahmen der Überrechnung wird der Netto-Kaufpreis an den Verkäufers überwiesen und die Vorsteuer aus dem Ankauf direkt dem Finanzamtskonto des Verkäufers gutgeschrieben.

¹² Vgl § 6 Abs. 1 Z 8 lit. g UStG.

¹³ In Deutschland erfolgt nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Übertragung eines bestimmten Ausmaßes an Anteilen an einer Kapital- sowie Personengesellschaft zu GrEST-Besteuerung. Diese Regelungen wurden ab dem 01.07.2021 in Deutschland nochmals verschärft.

Deal nicht wechselt, ist keine Eintragung ins Grundbuch erforderlich und es fällt bei steuerlich optimal gewählter Struktur keine Gebühr an. Hinsichtlich der GrESt geht das österreichische Steuersystem grundsätzlich von einer Befreiung der Übertragung der Anteile an der PropCo aus. Dieser Grundsatz wird durchbrochen bei

1. einem Wechsel von mindestens 95% der Gesellschafter einer Personengesellschaft innerhalb von 4 Jahren (§ 1 Abs 2a GrEStG) oder
2. einer Vereinigung von mindestens 95% der Anteile an einer Kapital- oder Personengesellschaft in der Hand eines Gesellschafters (oder eines divergenten Gesellschafters innerhalb einer Unternehmensgruppe, § 3 GrEStG).

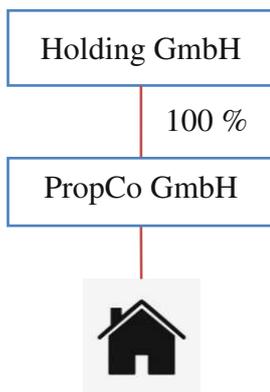
In diesen Fällen beträgt die GrESt-Last 0,5% vom steuerlichen Grundstückswert. Dies bedeutet nicht nur eine Einsparung in Höhe von 3 Prozentpunkten bei der Steuerhöhe selbst, sondern auch eine Einsparung durch die wesentlich geringere Bemessungsgrundlage. Der Grundstückswert ist eine fiskalische Größe berechnet nach der Grundstückswert-Verordnung, welche in der Regel zwischen 25% und 50% des Marktwerts der Immobilie beträgt. Die untenstehende Tabelle stellt exemplarisch die Einsparung mittels eines Share Deals beim Erwerb einer Immobilie zu einem Kaufpreis von € 100.000.000 und einem angenommenen Grundstückswert in Höhe von 50% des Marktwerts/Kaufpreises dar.

Tabelle 1, Darstellung steuerliche Ersparnis beim Share Deal

| | Kaufpreis (netto) | Grundstücks- wert | GrESt | Eintragungsgebühr Grundbuch | Einsparung |
|---------------|----------------------|----------------------|-------------|--------------------------------|--------------|
| Asset Deal | € 100.000.000 | | € 4.200.000 | € 1.320.000 | |
| Share Deal | € 100.000.000 | € 50.000.000 | € 250.000 | | € -5.270.000 |

Zahlreiche Transaktionen werden so strukturiert, dass überhaupt keine GrESt und Eintragungsgebühr ausgelöst wird. Dies erfolgt durch Einschaltung weiterer Gesellschaften oder Gesellschafter.

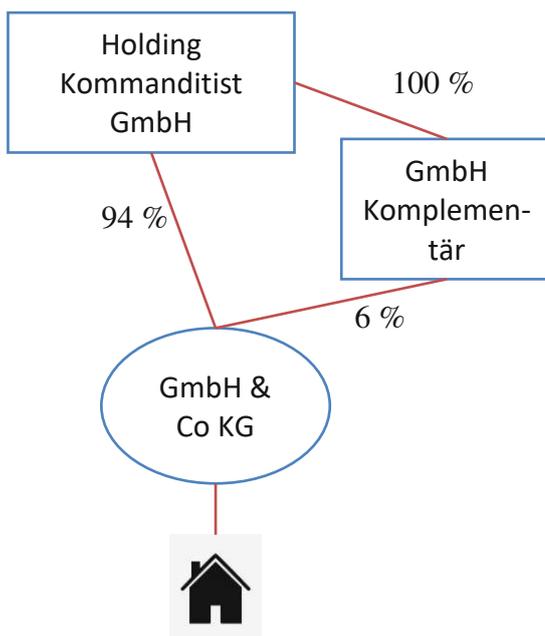
Option 1 – Doppelstöckige Gesellschaftsstruktur



Der Erwerb der Immobilie erfolgt mittels Übertragung von 100% der Anteile an der Holding GmbH/Gesellschaft. Dadurch, dass dem österreichischen Steuerrecht nach lediglich die unmittelbare Übertragung von mindestens 95% der Anteile besteuert wird, erfolgt hier (derzeit noch) keine Besteuerung. Die Gesellschafter der Anteile an der PropCo bleiben von der Transaktion unberührt.

Abbildung 2, doppelstöckige Gesellschaftsstruktur

Option 2 – 94% / 6% Struktur



Der Erwerb der Immobilie erfolgt mittels Übertragung von 94% Anteilen der GmbH & Co KG sowie von 100% Anteilen an der Komplementär GmbH, dies jeweils von der Holding GmbH. Da insgesamt nicht mehr 95% der Anteile an der Propco, übertragen werden, wird (derzeit noch) keine Steuerpflicht nach dem GrEStG ausgelöst.

Abbildung 3, 94% / 6% Gesellschaftsstruktur

Unabhängig der Ersparnis beim Ankaufsprozess birgt ein Share Deal auch Nachteile. Durch den Erwerb einer Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft und der damit zusammenhängenden Übertragung aller Vermögenswerte sowie auch aller Verbindlichkeiten und Haftungsrisiken, ist im Vergleich zu einem direkten Liegenschaftserwerb eine umfangreiche unternehmens- und steuerrechtliche Due Diligence von Nöten. Der Erwerber übernimmt dabei nicht nur die Immobilie,

sondern ebenso die Liegenschaft haltende Gesellschaft, welche durch den laufenden Compliance-Aufwand die Steuerersparnis schmälert. Letztendlich ist somit die Entscheidung zwischen einem Share- und Asset Deal abhängig von der Transaktionsgröße, der voraussichtlichen Haltedauer der Immobilie sowie den eigenen Strukturen und Vorgaben des Erwerbers.

4. Ziel und Zweck einer Due Diligence Prüfung

Due Diligence bedeutet übersetzt „erforderliche Sorgfalt“, welche jeder Käufer beim Erwerb einer Immobilie walten lassen sollte. Ziel und Zweck einer Due Diligence Prüfung ist die Identifizierung möglicher Risiken. Aufgrund der Ergebnisse der Prüfung wird über die Verteilung der Risiken zwischen Käufer und Verkäufer entschieden, wesentliche Ergebnisse der Prüfung (sogenannte Key Findings) fließen in die Ermittlung des Ertragswerts ein und haben somit eine direkte Auswirkung auf den Kaufpreis. Im Folgenden werden die zivil-/unternehmensrechtlichen sowie steuerrechtlichen Haftungsgrundlagen erörtert, welche eine Haftung des Erwerbers begründen können.

4.1. Business Judgement Rule

Seit 2016 ist die aus dem angloamerikanischen Raum stammende Regelung zur Haftung der Gesellschaftsorgane für Fehlverhalten auch in Österreich in diversen Gesetzen (wie GmbHG und AktG) verankert.¹⁴ In Anlehnung an den strafrechtlichen Tatbestand der Untreue sollen Geschäftsführer sowie Vorstandsmitglieder für Entscheidungen haften, welche in einem offensichtlichen Widerspruch zu den Leitlinien der Business Judgement Rule getroffen wurden.

Die gesetzliche Regelung normiert, dass das Handeln der Organe einer Gesellschaft stets frei von fremdem Interesse (Fremdüblichkeit), basierend auf ausreichend Informationen (Due Diligence) und immer zum Wohle der Gesellschaft sein muss. Diese Definition des Sorgfaltsmaßstabs bewahrt die Gesellschaftsorgane vor einer Haftung, auch wenn der wirtschaftlich erhoffte Erfolg trotz Anwendung der oben genannten Maxime ausbleibt. Bei Anwendung der Business Judgment Rule wird dem handelnden Organ ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, sodass eine Haftung lediglich bei eklatanten Verletzungen sowie sachlich nicht nachvollziehbaren Entscheidungen in Frage kommt.¹⁵

¹⁴ Bereits vor dem Jahr 2017 wurde die Business Judgment Rule von der Judikatur als Maßstab angewandt, fand aber erst 2017 Eingang in §§84 AktG und 25 GmbHG.

¹⁵ Schrank / Kollar, *Business Judgment Rule*, CFO Aktuell 3/2016, S. 117.

Der Ankauf einer Immobilie stellt für zahlreiche Unternehmen einen umfangreichen sowie komplexen Ankaufsprozess dar. Die für die erwerbende Gesellschaft handelnden Organe sind dazu angehalten, eine Due Diligence entweder selbst oder durch Berater durchführen zu lassen, denn nur die Ergebnisse einer Due Diligence Prüfung sind als eine ausreichende Informationsbasis für die Ankaufsentscheidung zu werten. Die in einem Report häufig vorgenommenen Risikoqualifikationen in Low, Medium und High Risk (sogenannte "Red Flags") stellen eine Entscheidungs- und Abwägungshilfe dar. Eine Ankaufsentscheidung trotz zahlreich festgestellter "Red Flags" im Rahmen der Due Diligence Prüfung würde zumindest ein Indiz für die Pflichtverletzung der Organe darstellen.

4.2. Zivil- und unternehmensrechtliche Haftungsbestimmungen

Wird eine Immobilie direkt im Rahmen eines Asset Deals erworben, kommt es zu keiner Gesamtrechtsnachfolge (Übertragung *uno actu*), sondern bestehende Verträge sind einzeln unter Zustimmung des Vertragspartners (des Dritten) zu übertragen. Eine Ausnahme davon stellt § 38 UGB dar, welcher eine Übertragung unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte auf den Erwerber normiert. Auch hier hat allerdings der Vertragspartner das Recht, binnen drei Monaten dem Übergang des Rechtsverhältnisses zu widersprechen.¹⁶ Voraussetzung des Übergangs sind nebst dem nicht ausgesprochenen Widerspruch die Fortführung des Unternehmens sowie die Tatsache, dass die zu übergehenden Rechtsverhältnisse keine höchstpersönlichen¹⁷ Rechte sind.

Im Rahmen des Ankaufs ist es ratsam, sich vom Veräußerer eine Erklärung seines Vertragspartners vorlegen zu lassen, in der dieser auf sein Widerspruchsrecht

¹⁶ Siehe § 39 UGB.

¹⁷ § 344 UGB normiert einer Vermutung der Betriebszugehörigkeit der im Rahmen des Betriebs abgeschlossenen Rechtsgeschäfte.

verzichtet. Da Sicherheiten des jeweiligen Rechtsgeschäfts aufrecht bleiben,¹⁸ ist eine solche Erklärung auch vom Sicherheitengeber beizubringen.¹⁹

Klar ist, dass bei Übernahme des Rechtsverhältnisses auch die Haftung dafür auf den Erwerber übergeht. § 38 Abs 4 UGB normiert aber auch für den Fall der Nichtübertragung der unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte eine generelle Haftung des Erwerbers für solche Rechtsverhältnisse. Da es sich dabei um eine dispositive Regelung handelt, kann diese zwischen dem Verkäufer und Käufer abbedungen werden. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass ein solcher Haftungsausschluss gegenüber einem Dritten nur dann seine Wirksamkeit entfaltet, wenn er ins Firmenbuch eingetragen wurde oder auf eine andere verkehrsübliche Weise bekannt gemacht oder direkt dem Dritten mitgeteilt wurde.²⁰

Nebst der dispositiven Haftung des Erwerbers haftet auch der Veräußerer nach Maßgabe des § 39 UGB fort für die Verbindlichkeiten, sofern sie innerhalb von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden.

Als eine weitere Haftungsgrundlage des Erwerbers kommt § 1409 ABGB in Frage. Dieser sieht einen unabdingbaren Schuldbeitritt des Erwerbers zu den vermögens- bzw. unternehmensbezogenen Verpflichtungen vor. Obwohl eine einzelne Immobilie ex lege eine Haftung nicht auslöst, da sie üblicherweise nicht als ein Unternehmen gewertet wird, werden die Bestimmungen analog angewandt, sofern die Immobilie einen zumindest wesentlichen Teil des Vermögens der verkaufenden Gesellschaft darstellt und dem Käufer dieser Umstand bekannt war oder bekannt sein musste.²¹

Die Haftung ist begrenzt mit der Höhe der übernommenen Aktiva und besteht nur für jene Schulden, die der Käufer kannte oder hätte kennen müssen.

¹⁸ Der Sicherheitengeber, beispielsweise ein Bürge, ist vom Übergang des Rechtsgeschäfts betroffen, da ein neuer Vertragspartner nicht die gleiche Bonität aufweisen mag und sich entsprechend das Risiko der Inanspruchnahme vergrößert.

¹⁹ Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen* (Hrsg: Teufelsdorfer), 2. Aufl. 2015, S. 144f.

²⁰ Siehe § 38 Abs 4 UGB.

²¹ Fuchs/Schuhmacher, *UGB I* (Hrsg: Straube/Ratka/Rauter), 4. Aufl. 2020, § 38.

4.3. Steuerrechtliche Haftungsbestimmungen

Generell haftet der Erwerber einer Immobilie im Rahmen eines Asset Deals nur für jene Abgaben, für welche die Immobilie selbst im Rahmen des Verfahrens herangezogen werden kann. Dies umfasst insbesondere die GrESt und die Grundbucheintragungsgebühren, aber beispielsweise nicht die sonst im Rahmen eines Unternehmenserwerbs wichtige Körperschaftsteuer.²²

Zusätzlich zu den zivilrechtlichen Haftungstatbeständen ist § 14 BAO relevant, der dann zur Anwendung gelangt, wenn die Immobilie einen zumindest wesentlichen Vermögensgegenstand der verkaufenden Gesellschaft darstellt oder als ein eigenständiger Teilbetrieb zu qualifizieren ist. Da Immobilien oft in einem SPV²³ untergebracht sind, das keine weiteren Vermögenswerte aufweist, ist das erste Kriterium vielfach erfüllt. Wesentlich anspruchsvoller ist dagegen die Beurteilung, ob eine Immobilie einen Teilbetrieb darstellt. Nach § 24 Abs 1 EStG müssen dafür folgende Eigenschaften vorliegen:

- „Der Teilbetrieb muss organisatorisch in sich geschlossen sein.
- Der Teilbetrieb muss eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem Gesamtbetrieb aufweisen. Der Teilbetrieb muss aus Sicht des Übertragenden bereits vor seiner Übertragung selbständig geführt worden sein. Eine bloß betriebsinterne Selbständigkeit genügt nicht, die Selbständigkeit muss nach außen in Erscheinung treten. Gewisse Leitungsfunktionen (zB Buchhaltung, Lohnverrechnung) der Zentrale beeinträchtigen die Selbständigkeit nicht.
- Der Teilbetrieb muss vom Erwerber ohne weiteres fortgeführt werden können (für sich lebensfähig sein).“²⁴

Bei Betrachtung der oben angeführten Kriterien ist klar, dass die bloße Veräußerung eines Grundstücks (beispielsweise im Rahmen eines Forward Deals) die erforderlichen Kriterien nicht erfüllt. Nach Ansicht der Finanzverwaltung²⁵ ist für die Qualifikation wesentlich, dass die aus der Immobilie erzielten Einnahmen über die

²² Fuhrmann/Kunisch, *Tax Due Diligence*, ZLB 2013/11, S. 14.

²³ Eine Gesellschaft nur mit dem Zweck der Haltung der Immobilie.

²⁴ Fuhrmann/Kerbl, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S. 201.

²⁵ EStR Rz 5438.

bloße Vermietung hinausgehen. Es müssen also zu der bloß verwaltenden Vermietungstätigkeit auch darüberhinausgehende Leistungen wie Reinigung, Bewachung, Mitvermietung von Einrichtungsgegenständen, etc kommen. Typische Hausverwaltungstätigkeiten, wie die Bereitstellung eines Hausbesorgers oder Schneeräumung, sind nicht ausreichend. Basierend auf diesen Ausführungen ist vereinfacht davon auszugehen, dass ein Shopping-Center sowie ein Serviced Apartment-Haus die Eigenschaft als Teilbetrieb erfüllen, ein klassisches Wohnhaus dagegen nicht.

Nach Auffassung der Lehre sowie der Judikatur sind die Umsatzsteuer, Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer sowie Abzugsteuern nach § 99 EStG Gegenstand der Haftung. Obwohl allgemein von keiner generellen Haftung des Erwerbers für Gebühren und die Grundsteuer ausgegangen wird, kann eine Haftung dennoch nicht komplett ausgeschlossen werden, weshalb auch diese Abgaben im Rahmen der Due Diligence zu prüfen sind. Denkbar ist beispielweise die Geltendmachung der Haftung seitens der Finanzverwaltung unter Berufung auf die zivilrechtlichen Bestimmungen (insb. § 1409 ABGB), wobei hierbei die Finanz den ordentlichen Rechtsweg bestreiten müsste. Völlig ausgeschlossen ist dagegen eine Haftung für Ertragsteuern.²⁶

²⁶

Fuhrmann/Kerbl, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S. 201.

5. Rechtliche Due Diligence

Neben der technischen Due Diligence stellt die Untersuchung der rechtlichen Aspekte eines Immobilienerwerbs für den Käufer eine unerlässliche Entscheidungsgrundlage dar. Die folgenden Unterkapitel gewähren einen Überblick über die im Rahmen der rechtlichen Ankaufsprüfung zu behandelnden Themengebiete und enthalten jeweils eine mögliche Handlungsempfehlung hinsichtlich der vertraglichen Umsetzung der identifizierten Risiken.

5.1. Grundbuchsrecht, Eigentumsverhältnisse

Am Anfang jeder rechtlichen Due Diligence steht die Analyse des Grundbuchs. Da in Österreich das Grundbuch ein öffentliches Register ist, das von jedem einsehbar ist und die Eintragungen darin im Rechtsverkehr stets ihre Wirksamkeit entfalten, ist die Grundbuchanalyse eine der Hauptquellen des Erwerbers, um nicht nur Informationen zu den Eigentumsverhältnissen, sondern auch zu den an der Liegenschaft haftenden Belastungen (beispielsweise Pfandrechte, Dienstbarkeiten etc.) zu erhalten.

Das Grundbuch besteht aus dem Hauptbuch sowie der Urkundensammlung, welche die den Eintragungen zugrundeliegenden Urkunden enthält. Das Hauptbuch besteht aus drei Teilen:

- Im A-Blatt sind grundlegende Informationen zum Grundstück wie die Adresse, das Flächenausmaß, die Widmung und die Benutzungsart hinterlegt. Eine für den Liegenschaftserwerber wesentliche Information ist, ob das Grundstück im Grenzkataster eingetragen ist.²⁷ Ein in diesem seit 1969 existierendem Register enthaltenes Grundstück hat die darin festgehaltenen Grenzen (sogenannte „Papiergrenzen“). Insbesondere bei Gebäuden, die bis an die Grundstücksgrenze errichtet werden, kann der Käufer somit sicherstellen, dass er mit dem Bau nicht über sein Grundstück hinausgeht. Dabei ist zu beachten, dass die Eintragung im Grenzkataster keinen Schutz hinsichtlich des Flächenmaßes bietet, sodass auch ein darin enthaltenes Grundstück trotz

²⁷ Dies lässt sich am neben dem Flächenausmaß eingetragenen Buchstaben „G“ erkennen.

gesicherter Grenzen nach Vornahme eines Vor-Ort-Aufmaßes eine abweichende Fläche als im Grundbuch ausgewiesen aufweisen kann.²⁸

- Das B-Blatt enthält Informationen zum Eigentümer der Liegenschaft. Nicht nur wird dargestellt, ob er über ein Alleineigentum verfügt oder das Grundstück nach ideellen Anteilen zwischen mehreren geteilt ist, sondern es wird ebenso das Verpflichtungsgeschäft ausgewiesen, welches zum Eigentumserwerb geführt hat (Kaufvertrag, Schenkung, Erbschaft etc.). Wichtig für den Erwerber sind die im B-Blatt allfällig zu findenden Verfügungsbeschränkungen wie insbesondere Vorkaufsrechte oder Veräußerungsgebote. Solche Beschränkungen, welche auch im Lastenblatt (C-Blatt) angeführt sind, wirken absolut und können daher inter partes nicht abbedungen werden.
- Im C-Blatt werden nebst den Verfügungsbeschränkungen vor allem dingliche Lasten vermerkt. Siehe materiell dazu das Kapitel 5.3.2. Sofern insbesondere die Belastungen nicht übernommen werden, ist im Rahmen der treuhändigen Abwicklung des Kaufvertrags sicherzustellen, dass sie im Rahmen der treuhändigen Abwicklung des Kaufvertrags gelöscht werden.

Der vollständige Kaufvertrag, welcher die Grundlage des Eigentumserwerbs darstellt, ist im Grundbuch in der Urkundensammlung zu hinterlegen, wodurch er für alle einsehbar ist. Damit die Öffentlichkeit keinen Einblick in die Details des Rechtsgeschäfts erhält, wird marktüblich als Anlage zum Kaufvertrag ein sogenannter Kurzkaufvertrag vereinbart, der lediglich die für das Zustandekommen des Vertrags erforderlichen Elemente, nämlich Ware und Preis, enthält. Dieser Kurzkaufvertrag wird im Grundbuch hinterlegt und ist der Öffentlichkeit zugänglich.²⁹

²⁸ Bayer, *Grundbuch NEU*, 4. Aufl. 2018, S. 4.

²⁹ Wodurch insbesondere der Kaufpreis der Liegenschaft einsehbar ist und als Vergleichswert herangezogen werden kann. Da bei einem Forward Deal der Gesamtkaufpreis für das Projekt aus dem Grundstückskaufpreis und dem Werklohn besteht, welche wie zwei kommunizierende Gefäße zu betrachten sind, ist der eingetragene Grundstückskaufpreis zu hinterfragen. Der Grundstückskaufpreis kann insbesondere künstlich niedrig gehalten werden, damit der Werklohn und damit die Basis der jährlichen Abschreibung höher sind.

5.2. Öffentliches Recht

Der Gesetzgeber erlässt im Rahmen der Gesetzgebung unabdingbare Rahmenbedingungen für den Bau sowie den Erhalt von Immobilien dar. Da die Baubewilligung eine *conditio sine qua non* eines jeden Bauvorhabens darstellt, werden in der Folge insbesondere die einer Baubewilligung zugrundeliegenden Materien sowie gesetzliche Grundstücksbelastungen (Legalservitute) dargestellt.

5.2.1. Flächenwidmung und Bebauungsplan

Im Rahmen eines Forward Deals wird eine Immobilie erworben, die zum Erwerbszeitpunkt noch gar nicht existiert. Umso wichtiger ist daher die Prüfung im Rahmen der rechtlichen sowie der technischen Due Diligence, ob das geplante Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorgaben entspricht und entsprechend umgesetzt werden kann. Die für diesen Zweck zu prüfenden Unterlagen sind die Baugenehmigung (siehe Kapitel 5.2.2.), der Bebauungsplan sowie der Flächenwidmungsplan. In der Hierarchie dieser Dokumente steht der von der Gemeinde zu erlassende Flächenwidmungsplan an oberster Stelle, darauf basierend erlässt die Gemeinde den Bebauungsplan. Die von der Baubehörde zu erlassende Baubewilligung darf naturgemäß keinem dieser Dokumente widersprechen.³⁰

Der Flächenwidmungsplan wird auf Basis der jeweiligen Landesgesetze mittels einer Verordnung von Amts wegen erlassen und nimmt eine Klassifizierung der Flächen in üblicherweise folgende Kategorien vor:

- Bauland,
- Grünland,
- Vorbehaltsflächen,³¹
- Verkehrsflächen und
- Sonderflächen.

Die jeweilige Kategorie wird oft in Unterkategorien gegliedert. So wird häufig im Fall von Bauland eine weitere Klassifizierung in Wohngebiete, Gewerbegebiete,

³⁰ Artner, *Praxishandbuch Immobilienrecht* (Hrsg: Artner/Kohlmaier), 3. Aufl. 2020, S. 60.

³¹ Flächen, welche einem öffentlich-rechtlichen Zweck wie Schulen vorbehalten sind.

Kerngebiete etc. vorgenommen.³² Da im Rahmen einer Due Diligence die Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungsplan in der Praxis meist keine Probleme darstellt, wird im Rahmen dieser Arbeit drauf nicht näher eingegangen.

Der Bebauungsplan regelt die mögliche bauliche Ausnutzung der dafür im Rahmen des Flächenwidmungsplans vorgesehenen Fläche. Dabei werden insbesondere die Mindestabstände zu anderen öffentlichen Verkehrsflächen (beispielsweise die Straßenfluchtlinie), Grenzen der bebaubaren Flächen, die Anordnung der Gebäude an den Grundstücksgrenzen (offene, gekuppelte oder geschlossene Bauweise), Bebauungsdichte sowie die jeweils zulässige Gebäudehöhe (Gebäudeklassen) ausgewiesen.³³

Ist beim Erwerb eines Immobilienprojekts noch keine rechtskräftige Baubewilligung vorhanden, so ist es Aufgabe der technischen Due Diligence die vorliegenden Unterlagen (meist zumindest Entwürfe von Einreichplänen) auf die Übereinstimmung mit dem Bebauungsplan zu prüfen. Da ein Bauprojekt, welches den Bebauungsvorschriften entspricht, einen rechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Baubewilligung hat, besteht das Risiko für den Käufer lediglich im zeitlichen Aspekt, vorausgesetzt die Einsprüche der Nachbarn gegen einen bewilligungsfähigen Bauantrag sind materiell aussichtslos.

Im Vorfeld einer jeden Baubewilligung sehen manche Landesvorschriften eine sogenannte Bauplatzschaffung vor. Mittels dieses Hoheitsaktes erklärt die Behörde für einen bestimmten Zeitrahmen (in Wien 18 Monate), dass die konkrete Liegenschaft einer Bebauung zugänglich ist und gibt dem Antragsteller die Bebauungsbestimmungen bekannt. Sollten sich innerhalb dieser Frist die Bestimmungen des Flächenwidmungs- oder Bebauungsplans ändern, so schützt die Bauplatzschaffung den Antragsteller vor diesen Änderungen.³⁴

Eine Abweichung von den Bebauungsbestimmungen muss nicht zwingend eine Abweisung des Bauantrags bedeuten. Das Land Wien sieht mit § 69 Wr. BO die

³² Bernegger, *Handbuch Immobilienprojektentwicklung* (Hrsg: Erberhad, Klaubetz), 2016, S. 244.

³³ Die genauen Inhalte der Bebauungspläne hängen von den Raumordnungsgesetzen der Länder ab und können daher divergieren.

³⁴ Kleewein, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 417f.

Möglichkeit vor, trotz Widersprüchen zum Bebauungsplan einen Bauantrag dann genehmigen zu können, wenn seine Zielrichtungen (sowie jene des Flächenwidmungsplans) nicht unterlaufen werden. Des Weiteren darf

1. „die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen ohne nachgewiesene Zustimmung des betroffenen Nachbarn nicht vermindert werden,
2. an Emissionen nicht mehr zu erwarten sein, als bei einer der Flächenwidmung entsprechenden Nutzung typischerweise entsteht,
3. das vom Flächenwidmungsplan und Bebauungsplan beabsichtigte örtliche Stadtbild nicht störend beeinflusst werden und
4. die beabsichtigte Flächennutzung sowie Aufschließung nicht grundlegend anders werden.“³⁵

Das Land Salzburg sieht eine vergleichbare Regelung für Abweichungen von den technischen Baubestimmungen vor. Im Rahmen des Ermessens haben die Behörden die Verletzung des Bebauungsplans mit den Vorteilen des so zu realisierenden Projekts abzuwägen. Die Regelung führt Gründe an, die für die Ausnahmeregelung sprechen, dabei ist insbesondere eine durch das konkrete Bauprojekt zweckmäßigere Nutzung sowie die Herstellung eines zeitgemäßen Ortsbildes zu erwähnen. Der VwGH hat beispielsweise die Genehmigung im Rahmen des § 69 WBO aufgrund von Überschreitung einer zulässigen Gebäudehöhe von 18 m um 1 m sowie die Überschreitung einer Baufluchtlinie mit 5m² akzeptiert.³⁶

Obwohl beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf die Ausnahmegenehmigung besteht, ist schon aufgrund der weiten Formulierung der Bestimmungen ein solcher Antrag stets risikobehaftet.³⁷ Im Vergleich zum Erwerb eines Immobilienprojekts, bei dem noch keine Baugenehmigung vorliegt, die Unterlagen aber mit den Bebauungsbestimmungen übereinstimmen, ist dieses Risiko wesentlich höher einzustufen und ist im Vertrag mittels Rücktrittsrechten oder sogar mittels einer aufschiebenden Bedingung abzusichern.

³⁵ § 69 Abs 1 Wr. BO.

³⁶ VwGH 30.1.2007, 2005/05/0215.

³⁷ Kleewein, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 421.

5.2.2. Baubewilligung³⁸ und Betriebsanlagengenehmigung

Ist das zu erwerbende Projekt bereits in jenem Stadium, in dem eine Baubewilligung vorliegt, so ist die Einhaltung des Baukonsenses im Rahmen der rechtlichen und technischen Due Diligence zu prüfen. Durch die dingliche Wirkung der Baubewilligung geht diese samt allenfalls vorhandenen Verpflichtungen auf den Erwerber über.³⁹ Die Beschaffung einer rechtskräftigen Baubewilligung ist im Rahmen eines jeden Forward Deal Vertrags ein wesentlicher Teil des Leistungsumfangs des Auftragnehmers. Liegt die Baugenehmigung bereits vor, gibt der Verkäufer dafür eine Beschaffenheitsgarantie ab, nämlich dass das Projekt entsprechend der Baubewilligung errichtet wird / ist.

Speziell die allenfalls in der Baubewilligung enthaltenen Verpflichtungen (wie zum Beispiel die Verpflichtung besondere Schallschutzmaßnahmen zu treffen) sind genau zu prüfen, da diese ohne Verhandlungsmöglichkeit ihre Wirksamkeit für den Erwerber entfalten. Eine Baubewilligung hat eine befristete Wirkung, sodass innerhalb einer bestimmten Frist mit dem Bau begonnen und dieser innerhalb einer weiteren Frist beendet werden muss (in Wien jeweils 4 Jahre). Eine Verlängerung dieser Frist ist einzelfallbezogen möglich.

Bei gewerblichen Objekten ist neben einer Baugenehmigung eine allenfalls erforderliche Betriebsanlagengenehmigung zu prüfen. Die Rechtsgrundlage dafür ist bundesweit in der Gewerbeordnung verankert, welche im § 74 GewO die Voraussetzungen einer Genehmigungspflicht aufzählt. Diese ist insbesondere bei Anlagen notwendig, welche durch die ausstoßenden Emissionen eine negative Auswirkung auf die Nachbarn, die Kunden oder die Umwelt haben könnten.⁴⁰

³⁸ Da im Rahmen von Immobilientransaktionen für das Bauvorhaben eine Baugenehmigung nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften vorliegen muss, wird konkret mit Ausnahme des Abbruchs eines Gebäudes auf keine anzeige- oder mitteilungspflichtige beziehungsweise freie Bauvorhaben eingegangen.

³⁹ Dies ist insbesondere bei jenen Transaktionen relevant, in denen der Erwerber das Grundstück beim Signing erwirbt und der Verkäufer sich zur Herstellung eines Gebäudes verpflichtet (Forward Funding).

⁴⁰ Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S 173.

Für welche Immobilien konkret eine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich ist, muss jeweils im Einzelfall geprüft werden.⁴¹ Üblicherweise besteht bei einem Bürogebäude keine Genehmigungspflicht, allerdings kann bei gemischten Nutzungen – wie beispielsweise Gastronomiebetrieben – sehr wohl eine Genehmigung erforderlich sein. Da für die Erlangung der Betriebsanlagengenehmigung der Inhaber verantwortlich ist, also jene Person, „die die Betriebsanlage in Gewahrsam hat,“⁴² muss diese nicht zwingend vom Objekteigentümer oder dem Entwickler erbracht werden. Im Rahmen des Ankaufs eines Immobilienprojekts liegen teilweise die dafür erforderlichen Informationen gar nicht vor, weshalb die Pflicht zur Beschaffung einer Betriebsanlagengenehmigung vertraglich auf den Bestandnehmer zu überwälzen ist.

5.2.3. Energieausweis

Wird eine Immobilie verkauft, so ist der Veräußerer verpflichtet noch vor Vertragsabschluss einen höchstens zehn Jahre alten Energieausweis vorzulegen.⁴³ Obwohl die inhaltlichen Anforderungen an einen Energieausweis von Bundesland zu Bundesland abweichen, ist allen gemein, dass zumindest folgende Angaben enthalten sein müssen:

- Heizwärmebedarf,
- Primärenergiebedarf,
- Kohlendioxidemissionen,
- Gesamtenergieeffizienz-Faktor.

Die in einem Energieausweis enthaltenen Angaben gelten als eine bedungene Eigenschaft, für die der Verkäufer im Falle von Abweichungen über die erlaubte Bandbreite hinaus einzustehen hat.⁴⁴

Im Gegensatz zum Erwerb einer Bestandsimmobilie muss der Energieausweis beim Abschluss des Kauf- sowie Werkvertrags, im Rahmen des Erwerbs einer Projektentwicklung (Forward Deal) noch nicht vorliegen. Vertraglich soll die Verpflichtung zur Ausstellung eines Energieausweises im Leistungsumfang des

⁴¹ Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S 173.

⁴² BVA 3.2.2009, N/0171-BVA/04/2008-23.

⁴³ § 4 EAVG.

⁴⁴ Artner, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 61.

Auftragnehmers enthalten sein, darüber hinaus sollen bereits im Vorfeld die wesentlichen Kriterien wie insbesondere der Primärenergiebedarf definiert werden. Zahlreich erfolgt eine solche Definition über die Vereinbarung einer Zertifizierung (klima:aktiv, ÖGNI etc), welche abhängig von der jeweiligen Kategorie die Mindestanforderungen vorgibt.

5.2.4. Legalservitute

Obwohl das Eigentum am Grundstück ein Grundrecht darstellt, unterliegt es zahlreichen Beschränkungen. Viele davon wurden im Rahmen der vorigen Kapitel bereits erörtert. Legalservitute ähneln Dienstbarkeiten, müssen aber nicht ins Grundbuch eingetragen werden und können daher das Eigentumsrecht zum Wohle der Nachbarn oder der Allgemeinheit einschränken, ohne für den Erwerber auf den ersten Blick erkennbar zu sein. Eben wie Dienstbarkeiten umfassen Legalservitute Beschränkungen oder Rechte, die direkt der Liegenschaft anhaften und werden daher im Rahmen eines Liegenschaftserwerbs miterworben. Legalservitute sind sowohl in bundes- als auch landesgesetzlichen Bestimmungen zu finden.

Beispielhaft zu nennen sind die Bestimmungen des Notwegerechts sowie jene nach dem Telekommunikationswegegesetz. Nach dem Notwegegesetz ist für eine Liegenschaft, welche „der für die Zwecke einer ordentlichen Bewirtschaftung oder Benützung nöthigen Wegeverbindung mit dem öffentlichen Wegenetze entbehrt, sei es, dass eine Wegeverbindung gänzlich mangelt oder dass sie unzulänglich erscheint“⁴⁵ unter Abwägung der Interessen der angrenzenden Grundstückseigentümern von diesen ein Wegerecht einzuräumen. Nach dem Telekommunikationswegegesetz haben Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes das Recht, auf einem konkreten Grundstück die Errichtung sowie das Verbleiben von Leitungen zu forcieren.⁴⁶

Obwohl die meisten Legalservitute zu einer Eintragung ins Grundbuch führen, soll im Rahmen der Due Diligence über allfällig vorliegende Legalservitute Auskunft verlangt werden. Da die Übernahme eines Legalservituts im Kaufvertrag nicht abbedungen

⁴⁵ Notwegegesetz, § 1 Abs 1.

⁴⁶ Wachter in Praxishandbuch Immobilienrecht, S. 14.

werden kann, führt die Zusage der Verkäufer einer Servitutsfreiheit lediglich zu allfälligen Schadenersatzforderungen.

5.2.5. Ausgewählte Themen aus der Bauordnung der Stadt Wien

Da Bauordnungen der Landesgesetzgebung unterliegen, ist ein Bauherr dazu verpflichtet, von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Regelungen zu beachten. Dabei unterscheiden sich die einzelnen Bauordnungen nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch materiell. Im Folgenden werden ausgewählte Themen anhand der Bauordnung für die Bundeshauptstadt Wien erörtert. Im Rahmen der Due Diligence sind, insbesondere wenn noch keine Baubewilligung vorliegt, die offengelegten Unterlagen (insbesondere Einreichunterlagen) auf die Übereinstimmung mit den jeweiligen landesspezifischen Normen zu prüfen.

Stellplatzverordnung

Basierend auf dem Wiener Garagengesetz besteht insbesondere für Neu- und Zubauten die Verpflichtung, Stellplätze zu errichten. Dieser Verpflichtung kann nachgegangen werden, in dem die Stellplätze konkret errichtet werden (Naturalleistung), die Stellplätze im Umkreis von 500 m vom Bauplatz mittels eines Vertrags gesichert werden oder mittels Bezahlung einer Ausgleichabgabe in Höhe von derzeit € 12.000.⁴⁷

Die Möglichkeit, Stellplätze außerhalb des Bauplatzes zu errichten, besteht nur dann, wenn eine Errichtung am Bauplatz nicht möglich ist. Diese müssen über die gesamte Laufzeit der Bestandsdauer sichergestellt sein, womit eine Befristung des Vertrags ausgeschlossen ist. Generell müssen Stellplätze ab dem Vorliegen der Fertigstellungsanzeige in der vorgeschriebenen Anzahl vorhanden sein. Fällt später ein Stellplatz weg, so ist für diesen eine Ausgleichabgabe zu entrichten. Eine Ausnahme davon bildet die Möglichkeit der Entbindung von der Stellplatzpflicht auf

⁴⁷ § 48 Wiener Garagengesetz; Geuder/Fuchs, *BauR Wien*, 7. Aufl. (2021), S 1104.

Antrag bei jenen Parkplätzen, die über die Dauer von mindestens fünf Jahren leer gestanden sind.⁴⁸

Nach § 50 Wiener Garagengesetz ist „für je 100 m² Wohnnutzfläche [ist] ein Stellplatz zu schaffen. Bei Gebäuden für Beherbergungsstätten ist für je 5 Zimmereinheiten oder Appartements ein Stellplatz oder für je 30 Zimmereinheiten oder Appartements ein Busstellplatz zu schaffen. Bei Heimen, bei welchen Wohneinheiten bestehen oder vorgesehen sind, ist für je 10 Wohneinheiten ein Stellplatz zu schaffen.“⁴⁹ Bei Bürogebäuden, Industrierwerken, Geschäftsgebäuden sowie Bildungseinrichtungen besteht die gleiche Verpflichtung, wobei sich dabei die 100 m² auf eine Aufenthaltsfläche beziehen.

Im Rahmen des Bebauungsplans können Gemeinden die notwendige Anzahl der Stellplätze bis zu 90% verringern, wenn das abgegrenzte Gebiet überdurchschnittlich gut an die öffentlichen Verkehrsmittel angebunden ist. Dies ist dann gegeben, wenn die nächste Station eines öffentlichen Verkehrsmittels höchstens 300 m entfernt ist. Bei Bauwerken mit einer Entfernung von mehr als 500 m zur nächsten Station kann umgekehrt die Anzahl der Stellplätze erhöht werden.⁵⁰

Das Risiko des Käufers eines noch nicht genehmigten Bauprojekts besteht in der Festsetzung der Ausgleichsabgabe im Falle, dass nicht ausreichend Stellplätze vorgesehen sind. Da die Anzahl der Stellplätze im Rahmen der technischen Due Diligence anhand der offengelegten Pläne leicht zu überprüfen ist, stellt diese Thematik üblicherweise keine Herausforderung dar. Vertraglich soll der Verkäufer im Rahmen des Gewährleistungskatalogs dazu verpflichtet werden, die ausreichende Anzahl der Stellplätze zu bestätigen, sodass eine allfällige Ausgleichsabgabe von ihm zu tragen ist.

Photovoltaik-Anlagen

Die Bauordnungsnovelle 2020 brachte die Verpflichtung, auch bei Wohngebäuden künftig eine Photovoltaikanlage errichten zu müssen. Nur wenn die Anbringung einer

⁴⁸ Geuder/Fuchs, *BauR Wien*, S. 1103.

⁴⁹ § 50 Abs 1 Wiener Garagengesetz.

⁵⁰ Geuder/Fuchs, *BauR Wien*, S. 1104.

Photovoltaikanlage (oder anderer Systeme zur Nutzung umweltschonender Energieträger) wirtschaftlich oder technisch zweckmäßig ist, kann die Behörde einzelfallbezogen auf Antrag des Bauwerbers von der Pflicht abgehen.⁵¹

Liegt im Erwerbszeitpunkt noch keine Baubewilligung vor, so ist im Rahmen der Due Diligence das geplante Vorhandensein einer der Wiener Bauordnung entsprechenden Photovoltaik-Anlage zu überprüfen. Zahlreich wünscht der Verkäufer anstatt der Errichtung der Anlage durch ihn selbst, dass der Käufer einen Contracting-Vertrag mit einem Dritten eingeht. Im Rahmen eines Contractings (abhängig von der konkreten Ausgestaltung) vergibt der Liegenschaftseigentümer die Fläche an einen Vertragspartner, der darauf die Anlage errichtet und den ökologischen Strom den Mietern bzw. Wohnungseigentümern oder dem Immobilieneigentümer selbst (bspw für Allgemeinflächen) anbietet. Dabei kann der Vertrag vorsehen, dass für die gewährte Fläche ein Entgelt bezahlt wird, oder dass ein entsprechend günstiger Strom angeboten wird.

Für den Verkäufer bietet ein Contracting Modell den Vorteil, keine Photovoltaik – Anlage errichten zu müssen und trotzdem den Anforderungen der Wiener Bauordnung entsprechen. Für den Käufer liegt der Vorteil insbesondere in der Überwälzung des gesamten Betriebs der Photovoltaik Anlage auf einen Vertragspartner.

Vertraglich soll aus Sicht des Verkäufers (Werkunternehmers) bedacht sein, dass mangels einer die Erfüllung der Vorgaben der Bauordnung mittels eines Contracting Modells regelnden Bestimmung, er selbst dazu verpflichtet ist, eine Photovoltaik-Anlage zu errichten. Beim Contracting-Vertrag sollte der Käufer darauf achten, dass Instandhaltungs- sowie Instandsetzungspflichten beim Betreiber der Anlage angesiedelt sind. Darüber hinaus sollte auch bedacht sein, dass es bei notwendigen Reparaturen des Daches (welches zahlreich als Ort der Anlage verwendet wird) zur vorübergehenden Abtragung der Photovoltaikpaneele kommen kann. Eine Regelung der diesbezüglichen Kosten sollte im Vertrag enthalten sein.

⁵¹ § 118 Wr. BO; Pallitsch/Canli, *Wiener Bauordnungsnovelle 2020 - ein Überblick*, ZVB 2021/19, S. 93.

5.2.6. Grundverkehrsrecht

Ziel und Zweck des Grundverkehrsrechts ist es, unkontrollierten Verkehr mit Grund und Boden an ausländische Parteien zu verhindern. Auch diese Materie fällt in die Gesetzgebungskompetenz der Länder und wird von zuständigen Behörden durch eine Untersagungsmöglichkeit mittels eines verwaltungsrechtlichen Rechtsakts ausgeübt. Unter bestimmten Voraussetzungen unterliegen somit Liegenschaftstransaktionen einem Genehmigungsvorbehalt.⁵²

Da die Untersagung der grundverkehrsrechtlichen Genehmigung zur Unwirksamkeit und entsprechend zur Rückabwicklung der Transaktion führt, sollte die Erfordernis einer Genehmigung im Rahmen der Due Diligence geprüft werden. Die Erteilung der Genehmigung ist Voraussetzung für die grundbücherliche Durchführung der Transaktion, weshalb vertraglich das Risiko der Nichterteilung der Genehmigung am besten mittels einer aufschiebenden Bedingung abgesichert werden kann. Besondere Aufmerksamkeit ist im Rahmen der Prüfung gesellschaftsrechtlichen Strukturierungen zu schenken, welche eine materiell erforderliche Genehmigung vermeiden möchten. Zahlreich sind solche Strukturierungen als Umgehungstatbestände zu qualifizieren, was wiederum zu deren Nichtigkeit und Genehmigungspflicht führt.⁵³

⁵² Flener, *Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen*, 3. Aufl. (2021), S. 77.

⁵³ A.a.o., S. 78.

Im Rahmen der Due Diligence kann zwecks Feststellung einer allenfalls notwendigen grundverkehrsrechtlichen Genehmigungspflicht folgendem Prüfungsschema gefolgt werden.

| | |
|---|---|
| In welchem Bundesland befinden sich die zu übertragenden Liegenschaften? | Prüfung gemäß dem jeweils anwendbaren Grundverkehrsgesetz. |
| Wie sind die vertragsgegenständlichen Liegenschaften gewidmet? | Sind die Liegenschaften als Bauland gewidmet, so scheidet der „grüne Grundverkehr“ aus; bei anderer Widmung können zwei Genehmigungen (Ausländer und/oder Land- und Forstwirtschaft) erforderlich sein. |
| Welche Rechte werden übertragen bzw. eingeräumt (Eigentum, Bestandrecht, Dienstbarkeit etc)? Werden diese Rechte direkt/indirekt (<i>Asset Deal/Share Deal</i>) übertragen? | Nicht jeder Übertragungsvorgang bzw. nicht jede Einräumung eines Rechtes unterliegt der Kontrolle durch den Grundverkehr; dies variiert je nach Landesgesetz. |
| Möglichkeit 1: Ausländergrundverkehr Ist der Erwerber ein Ausländer im Sinne des anwendbaren Grundverkehrsgesetzes? | Handelt es sich um einen Inländer bzw. um einen Ausländer, der gem. Staatsvertrag bzw. Recht der Europäischen Union gleichgestellt ist, so ist keine weitere Prüfung erforderlich. Mangels Gleichstellung: genauere Prüfung. |
| Möglichkeit 2: Grauer Grundverkehr (Verkehr mit Baugrundstücken/Zweitwohnsitzen) Unterliegt der graue Grundverkehr einer Beschränkung und, wenn ja, liegt das Grundstück in einer Beschränkungszone? | Wenn ja: genauere Prüfung, insb. Prüfung der Möglichkeit der Begründung eines Zweitwohnsitzes bzw. Erklärungsspflichten. |
| Möglichkeit 3: Grüner Grundverkehr (Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Flächen) Unterliegt der grüne Grundverkehr der Kontrolle bzw. handelt es sich bei der zu übertragenden Liegenschaft um ein land- und forstwirtschaftliches Grundstück gem. Landesrecht? | Wenn ja: genauere Prüfung. |
| Sonstige Themen Bestehen weitere Beschränkungen? | Sonstige Übertragungsbeschränkungen, insb. allgemeine Meldepflicht, sind zu beachten. |

Abbildung 4, Prüfungsschema Grundverkehr.

5.3. Liegenschaftsbezogene Schwerpunkte

Damit der für die Immobilie (bzw. für das Immobilienprojekt) angebotene Preis auch dem tatsächlichen Wert entspricht, sind alle Belastungen des Grundstücks zu untersuchen. Abhängig von der Art der festgestellten Belastung resultiert ein im Rahmen der Due Diligence festgestelltes Risiko in eine entsprechende vertragliche Absicherung oder sogar in eine Kaufpreisminderung.

5.3.1. Altlasten

Im Rahmen der Environmental Due Diligence (oftmals ein Teil der technischen Due Diligence) wird vor Ort untersucht, ob das zu erwerbende Grundstück oder Bestandsobjekt über Verunreinigungen durch Abfälle oder schädliche Bausubstanzen wie Asbest verfügt. Eine solche Kontamination wirkt sich nicht nur negativ auf den Ertragswert der Liegenschaft beziehungsweise den Bodenwert aus, sondern stellt für den Erwerber als Rechtsnachfolger nur schwer einzuschätzenden und somit einen

nicht eingepreisten Kostenfaktor dar.⁵⁴ Die Beseitigung der Altlasten wird nämlich in überwiegender Anzahl der Fälle von der Behörde dem Eigentümer auferlegt.

Rechtlich versteht man unter Altlasten insbesondere Beeinträchtigungen nach dem Abfallwirtschaftsgesetz, dem Wasserrechtsgesetz sowie dem Altlastensanierungsgesetz. Im ersten Prüfungsschritt wird nach der Liegenschaft im Verdachtsflächenkataster gesucht, ein negatives Suchergebnis schließt allerdings das Vorhandensein von Kontaminationen nicht aus, weshalb speziell bei einschlägiger Historie des Grundstücks oder des Gebäudes eine physische Untersuchung unumgänglich ist. Nach den gesetzlichen Regelungen ist primär der Verursacher der Kontaminierung für die Schadensbehebung verantwortlich, jedoch kann auch der Eigentümer von den Behörden belangt werden. Dies ist naturgemäß nur dann relevant, wenn der Verursacher und Eigentümer nicht in einer Person vereint sind. Ein Liegenschaftserwerber haftet insbesondere dann, wenn er von der Kontamination gewusst hat oder hätte wissen müssen. Eine Unkenntnis ist dem Verkäufer öffentlich-rechtlich nicht schon dann vorzuwerfen, wenn er keine Probebohrungen angestellt hat, sondern hauptsächlich dann, wenn er keine Einsicht in öffentlich zugängliche Register wie Verdachtsflächenkataster und Altlastenatlas genommen hat.⁵⁵

Unabhängig der öffentlich-rechtlichen Haftungsbestimmungen hat der Käufer ein Interesse daran, eine kontaminationsfreie Liegenschaft zu erwerben. Die Zusicherung einer Kontaminationsfreiheit wird vom OGH als eine umfassende Freistellung interpretiert, was auch die Freiheit von geringfügigeren Verunreinigungen wie beispielsweise von Bauresten bedeutet.⁵⁶ In einer zeitlich davor gefällten Entscheidung hat der OGH dagegen unter Kontaminationen nur gesundheitsbeziehungsweise umweltschädliche Substanzen subsumiert und eben nicht beispielsweise Baurechtsmassen.⁵⁷ Um auch aufgrund der unklaren Judikaturlinie Schwierigkeiten bei der Auslegung der Kontaminationsklauseln vorzubeugen, sollte

⁵⁴ Wiesner, *Handbuch Immobilienbewirtschaftung* (Hrsg: Braunisch/Fuhrmann/Ledl), 3. Aufl. (2021), S. 371.

⁵⁵ Kleewein, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 444f.

⁵⁶ Scheifinger, *Risikofaktor Kontamination*, ZLB 2012/65, S. 103; OGH 17.09.2014, 6 Ob 125/14x.

⁵⁷ OGH 22.01.2014, 3 Ob 200/13b.

bei der Verfassung von Kontaminationsklauseln besondere Sorgfalt angewandt werden.

Aus Sicht des Käufers ist es wünschenswert, dass auch nicht gesundheits- und umweltschädliche Substanzen von der Entsorgungspflicht des Verkäufers umfasst sind.⁵⁸ Marktüblich ist die Einschränkung der Entsorgungspflicht nur auf jene Verunreinigungen, die auch aufgrund von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (siehe oben) zu entsorgen wären. Die oftmals von Verkäufern reklamierte Einschränkung der Entsorgungspflicht, auf nur jene Bereiche der Liegenschaft die bebaut werden, sollte dagegen immer im Einzelfall beurteilt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch außerhalb der bebauten Fläche sensible Bereiche wie Kinderspielflächen entstehen können, die bestenfalls von der Entsorgungspflicht des Verkäufers umfasst sein sollten.

5.3.2. Reallasten und Dienstbarkeiten

Der zu erwerbenden Liegenschaft anhaftende Rechte oder Verpflichtungen sind schon für die Ermittlung des Ertragswerts und entsprechend für den Kaufpreis relevant. Im Falle der Finanzierung der Liegenschaft werden Reallasten und Dienstbarkeiten von der Bank genauestens geprüft und im für sie relevanten Wert der Liegenschaft berücksichtigt.⁵⁹ Dies unterstreicht die Wichtigkeit der Prüfung von Reallasten und Dienstbarkeiten im Rahmen der Due Diligence.

Eine Dienstbarkeit berechtigt einen Dritten zu einer bestimmten, eingeschränkten Nutzung des belasteten Grundstücks und verpflichtet gleichzeitig den Eigentümer der zugrundeliegenden Liegenschaft, die Ausübung dieses Rechts zu dulden. Grundbüchlicherweise wird das Recht im A2-Blatt und die Verpflichtung im C-Blatt eingetragen. Wesentlich beim Erwerb der Liegenschaft ist die Feststellung, ob es sich bei der bereits existierenden Dienstbarkeit um eine Personal- oder Realdienstbarkeit handelt.⁶⁰

⁵⁸ Reich-Rohrwig, *Haftungsausschluss bei Liegenschafts Kaufverträgen*, NZ 2015/145, S. 452.

⁵⁹ Walch, *Wohnrecht/Ausgedinge - Berücksichtigung bei der immobilienfinanzierenden Bank*, ZLB 2021/18, S. 38.

⁶⁰ Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S. 166.

Eine persönliche Dienstbarkeit berechtigt nur einen konkreten Personenkreis zur Ausübung des einverleibten Rechts und ist mangels abweichender vertraglicher Regelung nicht auf andere Personen übertragbar. Das Recht, beispielsweise ein Wohnrecht, wird überwiegend auf Lebenszeit gewährt und erlischt mit dem Tod des Berechtigten. Eine Realdienstbarkeit gewährt dem jeweiligen Grundstückseigentümer dagegen ein bestimmtes Recht und ist daher mit dem Grundstück anstatt mit einer Person verbunden. Typische Grunddienstbarkeiten sind Wegerechte oder Nutzrechte von Garagen, welche üblicherweise auch ohne eine zeitliche Beschränkung begründet werden.⁶¹

Da eine Dienstbarkeit auch verjähren kann, soll im Rahmen der Due Diligence ihre fortdauernde rechtliche Wirksamkeit überprüft werden. Nebst den, praktisch vernachlässigbaren allgemeinen Verjährungsfristen von 30 und 40 Jahren, ist speziell der Fall von Relevanz, wenn der Eigentümer der verpflichteten Liegenschaft gegen die Ausübung des Rechtes rebelliert. Ein in der Praxis relevanter Fall wäre die Versperrung eines mittels einer Grunddienstbarkeit abgesicherten Gehwegs und eine unterlassene Geltendmachung des Rechts seitens des Berechtigten für mindestens drei Jahre.⁶² In diesem Fall erlischt die Dienstbarkeit ex lege und ist im Grundbuch zu löschen.

Reallasten dienen der grundbücherlichen Absicherung einer wiederkehrenden Leistung. Der häufigste Anwendungsfall ist die Absicherung der Zahlung des Baurechtzinses. Dabei wird im C-Blatt eine dingliche Haftung für die Zahlung des Baurechtzinses in einer bestimmten Höhe samt Wertischerung eingetragen.⁶³

Aufgrund der eingangs im Kapitel erwähnten Bedeutung von Dienstbarkeiten und Reallasten stellen diese ein wesentliches Thema im Rahmen der Vertragsverhandlungen dar. Aufgrund investimentrechtlicher Vorgaben ist es für den Käufer (im Falle eines Investmentfonds) wesentlich, bis zur Unterschrift des Kauf- und Werkvertrags alle bereits bestehenden wie auch künftigen Dienstbarkeiten zu kennen. Da es bei einem Bauvorhaben oft erst im Laufe der Projektentwicklung zur

⁶¹ Wachter, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 18f.

⁶² Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S. 167.

⁶³ Bayer, *Grundbuch NEU*, S. 50.

Konkretisierung der erforderlichen Dienstbarkeiten kommt, werden die parallel zum Kauf-/Werkvertrag abzuschließende Dienstbarkeitsverträge mit einer Auffangklausel versehen. Oftmals werden im Rahmen des Kauf-/Werkvertrags die wesentlichen Elemente der Dienstbarkeitsverträge festgehalten (sogenannte Head of Terms). Deren tatsächlicher Abschluss erfolgt dann zu einem späteren Zeitpunkt. Da notwendige Dienstbarkeiten häufig als Voraussetzung für den Betrieb einer Immobilie gelten, empfiehlt es sich, den Abschluss wesentlicher Dienstbarkeitsverträge als eine Übergabevoraussetzung zu vereinbaren.

5.3.3. Außerbücherliche Reallasten

Aufgrund des Publizitätsprinzips des Grundbuchs sollte der Erwerber einer Liegenschaft bei sorgfältiger Prüfung aktueller Grundbuchsauszüge die Sicherheit haben, zu wissen, welche Rechte und Lasten am Grundstück haften. Da sich sowohl im Rahmen der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten Unklarheiten ergeben können als auch die Möglichkeit besteht, außerhalb des Grundbuchs Verpflichtungen und Rechte fürs Grundstück zu begründen (siehe bereits Kapitel 5.2.4.), ist der Erwerber einer Liegenschaft dazu angehalten, eine grundlegende, über das Grundbuch hinausgehende Untersuchung allfälliger Reallasten und Dienstbarkeiten⁶⁴ vorzunehmen.

Dies ist insbesondere auch deshalb erforderlich, da laut OGH⁶⁵ offenkundige Dienstbarkeiten keiner Eintragung ins Grundbuch bedürfen. Dies betrifft jene Dienstbarkeiten, die der äußerlichen Wahrnehmung nach offensichtlich vorliegen. Darüber hinaus kann es bei nicht eingetragenen Dienstbarkeiten, auf deren Vorliegen der Erwerber Hinweise erhalten hat, diesen aber nicht nachgegangen ist, zum Durchbruch des Publizitätsprinzips kommen. Dieser Durchbruch des Publizitätsprinzips wird mit dem Umstand begründet, der Erwerber sei in diesem Fall nicht mehr für schutzwürdig zu halten (in der Literatur umstritten).⁶⁶

⁶⁴ Beispielsweise durch Ersitzung erworbene Rechte.

⁶⁵ OGH 09.06.2009, 5 Ob 58/09d.

⁶⁶ Twaroch/Navratil, *Unsichtbare Grundstücksbelastungen*, ÖRPfI 2016/1, S. 39; Hauswurz, *Nachforschungspflicht*, immoLex 2021/106, S. 224; OGH 2.3.2021, 1 Ob 32/21v.

Die Übertragung von außerbücherlichen Rechten bedarf, abgesehen von den oben dargestellten Maßnahmen, einer gesonderten schriftlichen Vereinbarung und erfolgt nicht wie bei Lasten bei deren Kenntnis ex lege. Mangels Verbücherung solcher Vereinbarungen entfalten diese nur eine schuldrechtliche und keine sachenrechtliche Wirkung, was zu einer erheblich schlechteren Rechtssicherheit des Erwerbers führt. Nicht nur aufgrund der Auswirkung von Dienstbarkeiten und Reallasten auf den Wert der Immobilie, sondern ebenso in Hinblick auf die Versorgungssicherheit der zu erwerbenden (noch zu errichtenden) Objekte, sollte diesbezüglich eine vertragliche Absicherung getroffen werden. In Hinblick auf außerbücherliche Pflichten gehört in den Gewährleistungskatalog die Zusage aufgenommen, dass (außer der im Rahmen der Due Diligence offengelegten) keine außerbücherlichen Pflichten existieren. In Hinblick auf nicht verbücherte Rechte, sollte im Leistungskatalog die Verpflichtung des Verkäufers / Auftragnehmers aufgenommen werden, diese ins Grundbuch eintragen zu lassen. Im besten Fall wird dies als eine Übergabevoraussetzung vereinbart.

5.3.4. Verfügungsbeschränkungen

Allfällige Verfügungsbeschränkungen wie insbesondere Veräußerungsverbote stünden einer Übertragung der Immobilie entgegen. Aufgrund deren Eintragung ins Grundbuch (im Lastenblatt sowie Kenntlichmachung im Eigentumsblatt) ist deren Identifizierung allerdings unkompliziert. Belastungs- und Veräußerungsverbote verhindern zwar die Eintragung von Pfandrechten beziehungsweise die Veräußerung einer Liegenschaft, allerdings stehen sie einer Vermietung oder Verpachtung der Liegenschaft nicht entgegen.

```

***** B *****
1 ANTEIL: 1/8
  Helene Bauer
  GEB: 1978-11-14 ADR: Hauptpl. 23, Baden 2500
  b 2611/2007 Belastungs- und Veräußerungsverbot
***** C *****
7  auf Anteil B-LNR 1
  a 2611/2007
    BELASTUNGS- UND VERÄUSSERUNGSVERBOT
    für Georg Bauer geb 1931-02-11
***** FNDF *****

```

Abbildung 5, Darstellung von Belastungs- und Veräußerungsverboten im Grundbuch

Neben vertraglichen Verfügungsbeschränkungen bestehen gesetzliche (bspw für geförderte Objekte) oder investmentrechtliche Bestimmungen, sowie richterliche Verfügungsbeschränkungen aufgrund von einstweiligen Verfügungen.⁶⁷ Gem. § 364c ABGB dürfen Belastungs- und Veräußerungsverbote vertraglich nur unter Ehegatten / eingetragenen Partnern, Kindern / Wahlkindern und Eltern eingetragen werden. Andernfalls entfalten sie gegenüber Dritten keine Wirkung.⁶⁸

Als Unterkategorie von Verfügungsbeschränkungen sind Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte zu sehen. Der Verkäufer einer Liegenschaft (besonders auch die öffentliche Hand) sichert sich des Öfteren im Rahmen des Wiederkaufsrechts die Möglichkeit, die Liegenschaft beim Eintritt oder Nichteintritt gewisser Bedingungen zu einem bestimmten Preis zurück zu erwerben. Insbesondere staatliche Institutionen können mit diesem Instrument den Erwerber zur Errichtung von Wohnimmobilien oder dergleichen innerhalb eines gewissen Zeitraums nach der Grundstücksveräußerung bewegen und so eine reine Grundstücksspekulation verhindern. Ein solches Wiederkaufsrecht wirkt grundsätzlich inter partes, kann aber ins Grundbuch eingetragen werden und so eine dingliche Wirkung entfalten.

Im Falle eines Vorkaufsrechts sichert sich der Berechtigte das Recht, die Liegenschaft zu konkreten, mit einem Dritten vereinbarten Konditionen zu erwerben. Zu diesem

⁶⁷ Bayer, *Grundbuch NEU*, S. 55ff.

⁶⁸ Foerster, *Handbuch Immobilientransaktionen*, S. 167.

Zweck hat der Verkäufer der Liegenschaft das Angebot sowie den Namen des Interessenten dem Berechtigten offenzulegen.⁶⁹ In der Praxis sind Vorkaufsrechte im Zusammenhang mit Baurechtsgrundstücken zu sehen. Der Baurechtsnehmer, insbesondere wenn es sich dabei um einen institutionellen Investor handelt, möchte im Falle der Veräußerung des Grundstücks die Möglichkeit haben, diese selbst zu erwerben.

Im Grundbuch eingetragene Belastungsverbote stellen im Rahmen der Due Diligence jedenfalls einen „Red Flag“ dar. Im Rahmen des Vertrags verlangt üblicherweise der Erwerber einerseits die Zusicherung, dass keine (außerbücherlichen) Belastungsverbote existieren und andererseits im Falle von bestehenden, privatrechtlichen Belastungsverboten häufig die Löschung der Verpflichtung aus dem Grundbuch („Closing-Bedingung“).

5.3.5. Vertragsraumordnung - städtebauliche Verträge

Die Möglichkeiten der Grundstückseigentümer und Projektentwickler der baulichen Ausnutzung einer Liegenschaft sind im Bebauungs- und Flächenwidmungsplan abgesteckt. Da es in den vergangenen Jahren zu einem vermehrten Bedarf an neuen, noch nicht entsprechend gewidmeten Flächen gekommen ist, wurde von der öffentlichen Hand das Instrument der Vertragsraumordnung geschaffen. Im Wesentlichen wird dadurch im Rahmen der Planungskonzeption einer Gemeinde, die Umwidmung eines Gebiets unter, in einer privatrechtlichen Vereinbarung definierten Auflagen ermöglicht.⁷⁰

Mittlerweile ist die Grundlage für städtebauliche Verträge in allen Landesgesetzen geschaffen, in Wien seit der Bauordnungsnovelle 2014. Üblicherweise enthält ein städtebaulicher Vertrag die Verpflichtungen des Grundstückseigentümers, welche dazu geeignet sind, die Folgen der Entwicklung sowohl in ökologischer als wirtschaftlicher Hinsicht zu mindern und sich direkt beispielsweise an den Infrastrukturkosten zu beteiligen.⁷¹ Solche Verpflichtungen sind oft

⁶⁹ Artner, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 76.

⁷⁰ Rainer, *Städtebauliche Verträge*, immolex 2016/65, S. 65

⁷¹ Siehe bspw. Schremmer, *Anforderungen der Stadtentwicklung und städtebauliche Verträge*, immolex 2016/ 71, S. 72.

Infrastrukturbeiträge, eine besonders ökologische Bauweise, Verpflichtung zur Errichtung öffentlicher Einrichtungen (bspw. Kindergarten), Deckelung der Miete („leistbares Wohnen“) bis hin zu verpflichtenden Car-Sharing-Konzepten.

Die Sicherstellung der Erfüllung der Auflagen wird durch planerische Nachweise im Rahmen des Baubewilligungsprozesses sowie durch Pönalebestimmungen sichergestellt. Im Rahmen der Due Diligence sind abhängig vom Ankaufszeitpunkt die einzelnen Verpflichtungen zu identifizieren und gegebenenfalls bereits deren Umsetzung zu überwachen. Der beim Forward Deal abzuschließende Werkvertrag sollte sämtliche Verpflichtungen aus dem städtebaulichen Vertrag, sofern sie die Errichtungsphase betreffen, der Sphäre des Auftragnehmers zuordnen. Abhängig vom tatsächlichen Umfang der Verpflichtungen sowie der Höhe der üblicherweise enthaltenen Pönale, empfiehlt sich eine finanzielle Absicherung für den Fall, dass der Entwickler der Verpflichtung nicht nachkommt und der Käufer dafür von der Gemeinde in Anspruch genommen wird. Eine solche Sicherheit kann in Form eines Einbehalts, einer Bank- oder Versicherungsgarantie, einer Konzerngarantie oder einer Patronatserklärung⁷² erfolgen.

5.3.6. Hypotheken

Hypotheken kommt im Rahmen der Due Diligence aufgrund der Klarheit durch das Erfordernis deren Eintragung ins Grundbuch nur eine untergeordnete Rolle zu. Die im Lastenblatt ersichtliche Hypothek wird entweder als Fixbetrags- oder Höchstbetragshypothek eingetragen, wobei sich im zweiten Fall der Gläubiger bis zur eingetragenen Höhe befriedigen kann.

Im Rahmen der Transaktion besteht die Möglichkeit, die Schulden zu übernehmen und entsprechend den Kaufpreis zu mindern⁷³ oder diese im Rahmen der Abwicklung löschen zu lassen. Eine Löschung wird dagegen stets im Falle von

⁷² Da die verkaufende Gesellschaft, welche oft beim Forward Deal auch als der Werkunternehmer fungiert, häufig über kaum andere Assets als das veräußerte Grundstück verfügt, kann eine einfache Garantie ins Leere laufen. Dies insbesondere dann, wenn die Gesellschaft in Insolvenz gerät. Eine Konzerngarantie oder Patronatserklärung reduziert dieses Risiko wesentlich.

⁷³ Dies hat allerdings keine Auswirkung auf den steuerlichen Wert der Liegenschaft und somit die Bemessungsgrundlage der GrESt und Eintragungsgebühren.

Simultanhypotheken verlangt, die keinen Kaufgegenstand betreffen. Bei einer Simultanhypothek wird die dingliche Haftung für eine Forderung auf mehrere Grundbuchkörper aufgeteilt, wobei jedes Grundstück zu ungeteilter Hand für die gesamte Forderung haftet. Betrifft die besicherte Forderung kein zu erwerbendes, sondern ein anderes Grundstück des Verkäufers, so existiert für das weitere Bestehen der Hypothek keine sachliche Rechtfertigung.

Im Rahmen der treuhändigen Abwicklung des Grundstückskaufvertrags erfolgt üblicherweise die Auszahlung des besicherten Betrags aus dem Treuhänderlag Zug um Zug gegen die Aushändigung einer Löschungserklärung. Die Löschung der Hypothek im Grundbuch erfolgt anschließend. Erfolgt die Kaufpreisfinanzierung selbst durch ein Darlehen, ist im Zuge der Eigentumsumschreibung eine neue Besicherung ins Grundbuch einzutragen. Die Pfandurkunde wird üblicherweise mit dem Kaufvertrag unterzeichnet. Zahlreich wird von den finanzierenden Instituten die Eintragung der Hypothek im ersten Rang verlangt.⁷⁴ Das diesbezügliche Prozedere soll im Kaufvertrag genau festgehalten werden.

5.4. Bestandverträge

Wird kein Immobilienprojekt (Forward Deal) erworben, sondern ein bestehendes Objekt angekauft, so widmet sich ein wesentlicher Teil der Due Diligence der Prüfung der *uno actu* auf den Erwerber übergehenden Bestandverträge. Diese stellen das wirtschaftliche Herz der Immobilie dar und sind nebst der rechtlichen Due Diligence auch durch die Commercial Due Diligence zu überprüfen. Da die daraus resultierenden Erträge eine unmittelbare Auswirkung auf den Ertrag des Objekts und somit auf den Kaufpreis haben, ist eine Untersuchung allfälliger Mietzinsbeschränkungen sowie Kündigungsmöglichkeiten essentiell.

5.4.1. Miete oder Pacht

Das österreichische Mietrechtsgesetz („MRG“) bietet dem Mieter einen strengen Kündigungsschutz und in seinem Vollenwendungsbereich sogar Mietzinsbeschränkungen. Das MRG ist nur auf Mietverhältnisse und auf keine

⁷⁴ Artner, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 84.

Pachtverhältnisse anwendbar, weshalb ein offensichtliches Interesse der Immobilieneigentümer besteht, so viele Rechtsverhältnisse wie möglich als Pacht zu qualifizieren.

Gegenstand eines Mietverhältnisses ist die bloße Überlassung von Räumlichkeiten zu deren Nutzung gegen Entgelt. Im Gegensatz dazu erfolgt bei einem Pachtvertrag eine Überlassung zwecks Nutzung und Früchteziehung gegen Entgelt. Die gesetzliche Regelung dazu lautet wie folgt: „Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt, ein Miethvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweyten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.“⁷⁵ Ein wesentliches Merkmal beim Pachtvertrag ist die Überlassung eines lebenden Unternehmens.

Die Judikatur als auch die Lehre sind hinsichtlich der für die Qualifikation als Pacht erforderlichen Merkmale uneinheitlich. So ist die frühere Rechtsprechung davon ausgegangen, dass ein Bestandvertrag über Räumlichkeiten in einem Einkaufszentrum ein Pachtverhältnis darstellt und ist in späteren Entscheidungen⁷⁶ davon wieder abgewichen. Folgende im Rahmen der Due Diligence zu prüfende Merkmale sprechen für das Vorliegen eines verpachteten Unternehmens:⁷⁷

- Umsatzmiete,
- Betriebspflicht,
- Zurverfügungstellung von Betriebsmitteln (Warenlagen, Kundenstock⁷⁸),
- Überlassung und Rückgabe der Räumlichkeiten im betriebsbereiten Zustand.⁷⁹

⁷⁵ § 1091 ABGB.

⁷⁶ OGH 18.09.2009, 6 Ob 141/09t.

⁷⁷ Tanczos, *Mietrecht kompakt*, 4. Aufl. 2019, S. 12.

⁷⁸ Dabei muss es sich um einen konkreten Kundenstock handeln, wie beispielsweise die Übernahme von Patienten beim Zahnarzt. Im Falle von Besuchern eines Einkaufszentrums ist dieser zu allgemein.

⁷⁹ Wird dagegen ein Edelrohbau überlassen und besteht die Verpflichtung, die Räumlichkeiten beim Beenden des Vertragsverhältnisses geräumt zurückzustellen, geht die Rechtsprechung von einer Miete aus.

Eine bloße Überprüfung des Bestandvertrags auf das Vorliegen der formalen Voraussetzungen eines Pachtverhältnisses ist nicht ausreichend, schon überhaupt nicht genügt die bloße Bezeichnung des Bestandvertrags als Pachtverhältnis. Wesentlich und zu prüfen ist, ob materiell die vertraglichen Bestimmungen im Gesamtbild ein Pachtverhältnis darstellen und so auch in der Praxis gelebt werden.

5.4.2. Mietrechtsgesetz

Nebst dem Kündigungsschutz, welcher auch bei gewerblichen Immobilien bei Mietverhältnissen seine Anwendung findet, ist bei Wohnimmobilien für einen Investor entscheidend, ob die Mietzinsbeschränkungen des MRG zur Anwendung gelangen. Dies hängt davon ab, ob das Objekt dem Vollanwendungs- oder Teilanwendungsbereich unterliegt. Grundsätzlich gilt die widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass eine Immobilie dem Vollanwendungsbereich unterliegt⁸⁰

Von den Regelungen des MRG sind Beherbergungs-, Speditions-, Garagierungsobjekte sowie Ferienwohnungen für Zweitwohnsitze und Wohnungen, bei denen das Mietverhältnis sechs Monate nicht übersteigt, nicht umfasst.

Dem Teilanwendungsbereich unterliegen:

- Freifinanzierte Neubauten mit einer Baubewilligung nach 30.06.1953,⁸¹
- Ausbau eines Dachbodens oder Aufbau mit einer Baubewilligung nach 31.12.2001,⁸²
- Zubauten mit einer Baubewilligung nach 30.09.2006,⁸³
- Wohnungseigentumsobjekte mit einer Baubewilligung nach 08.05.1945,⁸⁴
- Wirtschaftsparks wie beispielsweise Messehallen oder Fabrikgebäude.⁸⁵

Besondere Schwierigkeiten bereitet im Rahmen der Due Diligence die Beurteilung, ob für die zu prüfende Immobilie Förderungen in Anspruch genommen wurden. Da diese Unterlagen nicht immer vorliegen, sind weitere Nachforschungen

⁸⁰ Richter, *Mietrecht in der Praxis*, 2. Aufl. (2021), S. 31.

⁸¹ § 1 Abs 4 Z 1 MRG.

⁸² § 1 Abs 4 Z 2 MRG.

⁸³ § 1 Abs 4 Z 2a MRG.

⁸⁴ § 1 Abs 4 Z 3 MRG.

⁸⁵ § 1 Abs 5 MRG; Richter, *Mietrecht in der Praxis*, S. 42f.

beispielsweise direkt bei den Behörden erforderlich. Geförderte Objekte unterliegen jedenfalls für die Zeit, in der die Förderung noch nicht zurückgezahlt wurde, dem Vollarwendungsbereich des MRG. Sogar nach Rückzahlung des Förderdarlehens gilt bei Gebäuden gefördert nach dem Wohnhaus-Wiederaufbau-Gesetz sowie dem Wohnbauförderungsgesetz 1968 kraft gesetzlicher Anordnung weiterhin der Vollarwendungsbereich und damit die strengen Mietzinsbeschränkungen.⁸⁶ Im Rahmen des Kaufvertrags ist trotz sorgfältiger Due Diligence die Zusicherung des Verkäufers, dass keine öffentlichen Förderungen für die Errichtung des Gebäudes in Anspruch genommen wurden, aufzunehmen.

Kündigungsbeschränkungen

Liegt der vereinbarte Mietzins unter der am Markt erzielbaren Miete (underrent), hat der Vermieter ein Interesse daran den Mietvertrag rasch zu kündigen. Im umgekehrten Fall (overrent), stellt sich für ihn wiederum das Risiko, dass der Mieter den Vertrag vorzeitig kündigt. Seitens des Mieters einer Wohnung besteht das unabdingbare Recht unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Vertrag nach Ablauf eines Jahres zu kündigen. Dies führt im Wohnbau zum Ergebnis, dass ein Overrent bewertungstechnisch nicht anzusetzen ist.

Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters sind dagegen wesentlich eingeschränkter, sodass im Falle eines Underrents dieser in der Bewertung abgebildet werden sollte. Als wesentliche Möglichkeiten, den Mietvertrag zu kündigen, gelten:⁸⁷

- Gänzliche Untervermietung der Wohnung,
- Qualifizierter Mietzinsrückstand,
- Nachteiliger Gebrauch der Wohnung,
- Abbruch des Gebäudes (dabei muss eine Ersatzwohnung beschaffen werden.)

Da die Kündigungsbeschränkungen bei Wohnungen zwingendes Recht zu Lasten des Vermieters darstellen, sind im Rahmen der Due Diligence festgestellte Risiken mangels wirksamer vertraglicher Absicherung im Kaufpreis abzubilden.

⁸⁶ Richter, *Mietrecht in der Praxis*, S. 44.

⁸⁷ Tanczos, *Mietrecht kompakt*, S. 140f.

Mietzinsbeschränkungen

Beim Erwerb von Bestandsimmobilien, welche dem Vollanwendungsbereich des MRG unterliegen (klassischerweise Zinshäuser und geförderte Objekte), ist stets die Höhe des Mietzinses zu überprüfen. Der Mieter hat nämlich das Recht bei unbefristeten Mietverträgen innerhalb von drei Jahren ab Vertragsabschluss und bei befristeten Mietverträgen innerhalb von sechs Monaten ab Ende des Mietverhältnisses einen über die gesetzlichen Grenzen hinausgehenden Mietzins zurück zu verlangen. Die Vereinbarung eines zu hohen Mietzinses ist nämlich nichtig, sodass der gesetzlich vorgesehene Mietzins gilt.⁸⁸

Für ab 01.03.1994 abgeschlossene Mietverträge gilt der Richtwertmietzins,⁸⁹ welcher als Basis des Mietzinses den pro Bundesland verlautbaren Richtwert heranzieht und diesen mittels Zu- oder Abschläge für die jeweilige Ausstattungskategorie (A – D) sowie durch einen allfälligen Lagezuschlag adaptiert. Im Rahmen des Prüfungsprozesses ist sowohl die gewählte Ausstattungskategorie vor Ort (Bestandteil der technischen Due Diligence) als auch eine allfällige vertragliche Vereinbarung vom Lagezuschlag zu prüfen.

Eine bloße Angabe des Lagezuschlags im Vertrag ist für seine Rechtswirksamkeit nicht ausreichend. Ebenso ist im Falle von Wien Vorsicht bei der Anwendbarkeit der vom Magistrat veröffentlichten Lagezuschlagskarte geboten, denn diese verfügt über keinen rechtsverbindlichen Charakter und wird von zahlreichen Sachverständigen nicht als Grundlage herangezogen. Für die Wirksamkeit der Lagezuschlagsvereinbarung ist darauf zu achten, dass der Mietvertrag die konkreten Umstände enthält, welche die gegenüber dem Richtwert bessere Lage darlegen. Die vertraglichen Formulierungen sollen bestenfalls keine allgemeinen Floskeln wie „verkehrsgünstig gelegen“ enthalten, sondern auf die tatsächlichen Umstände eingehen.⁹⁰

⁸⁸ Tanczos, *Mietrecht kompakt*, S. 53.

⁸⁹ Beim davor geltendem Kategoriemietzins wird auf die gesetzliche Regelung des § 15a MRG verwiesen.

⁹⁰ Richter, *Mietrecht in der Praxis*, S. 135; OGH 20.11.2017, 5 Ob 74/17v.

Bei geförderten Wohnungen, bei denen die Förderung bereits zurückgezahlt wurde, gilt – mangels sonstiger gesetzlicher Anordnung – der angemessene Mietzins. Dieser Mietzins unterliegt im Gegensatz zum freien Mietzins bei Wohnungen im Teilanwendungsbereich des MRG einer Überprüfungsmöglichkeit, stellt aber aufgrund seiner Orientierung am freien Mietzins in der Praxis nur ein geringes Risiko dar.

Wird im Rahmen der Due Diligence ein Risiko hinsichtlich der Mietzinshöhe im Vollanwendungsbereich des MRG entdeckt, stellt sich die Frage der vertraglichen Absicherung. Eine vertragliche Sicherheit für allfällige Rückzahlungsansprüche müsste eine entsprechend lange Laufzeit haben, weshalb die Verkäufer auch aufgrund der Kosten oder des Bilanzbildes nicht gewillt sein werden, eine Bank- bzw. Versicherungsgarantie oder Konzerngarantie abzugeben. Ein gestaffelter Kaufpreiseinbehalt wäre die vom Käufer bevorzugte Lösung. Darüber hinaus kann auch als Closing – Bedingung die Herbeiführung des rechtskonformen Zustands vereinbart werden, was insbesondere Investmentfonds und große institutionelle Käufer verlangen würden. Dies nicht nur, um das tatsächliche finanzielle Risiko abzuwenden, sondern ebenso, um den damit häufig verbundenen Imageschaden zu verhindern.

5.4.3. Klauselentscheidungen beim Mietvertrag

Nebst dem MRG sind mit Konsumenten abgeschlossene Mietverträge auf deren Übereinstimmung mit dem Konsumentenschutzgesetz sowie ausgewählten Bestimmungen des ABGB zu prüfen. Solche Mietverträge werden in der überwiegenden Anzahl der Fälle unter Heranziehung von Vertragsformblättern (AGB) abgeschlossen und unterliegen daher strengen Prüfungskriterien. Dabei sind die AGBs insbesondere auf deren Übereinstimmung mit dem Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG), auf das Vorhandensein explizit unzulässiger Bestimmungen (bspw. § 6 Abs 1 und 2 KSchG, § 9 KSchG) sowie in Hinblick auf die Geltungs- und Inhaltskontrolle (§§ 864a, 879 Abs 1 und 3 ABGB) zu prüfen.

Ab dem Jahr 2006 hat der OGH⁹¹ vermehrt AGB-Mietverträge geprüft und im Rahmen sogenannter Klauselentscheidungen bspw. folgende relevante Bestimmungen für unzulässig erklärt:⁹²

- Tragung von Instandhaltungspflichten seitens des Mieters,
- Pflicht zur Ausmalung des Mietgegenstandes am Ende der Vertragslaufzeit,
- Versicherungspflicht des Mieters für den Mietgegenstand.

Das Risiko des Käufers bei Übernahme von Mietverträgen mit allenfalls rechtswidrigen Klauseln, besteht in finanzieller Hinsicht nicht nur durch einen unmittelbaren Verlust der für ihn vertraglich vorteilhaften Regelungen, sondern ebenso durch die Kosten einer drohenden Verbandsklage, mit (bei Erfolg) Veröffentlichung des Judikats in einer Tageszeitung auf Kosten des Eigentümers. Im Rahmen des Kaufvertrags kann explizit die Tragung solcher Kosten vom Verkäufer vereinbart werden. Unberührt davon verbleibt allerdings beim Käufer der daraus resultierende Imageschaden.

⁹¹ Siehe OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f; OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v; OGH 21.11. 2017, 6 Ob 181/17m.

⁹² Richter, *Mietrecht in der Praxis*, S. 213.

6. Investmentrechtliche Prüfung

Die Mehrheit der Immobilientransaktionen in Österreich wird von institutionellen Investoren getätigt, was im Rahmen der Due Diligence und im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen dazu führt, dass auch die investmentrechtlichen Bestimmungen und Beschränkungen zu beachten sind. Da die Mehrheit dieser Investoren aus Deutschland kommt, wird im Folgenden auf deutsche investmentrechtliche Vorgaben eingegangen. Die Lage der Liegenschaft in Österreich hat hierbei keinen Einfluss auf die Anwendung der deutschen Bestimmungen, da sich diese nach dem Ort des Fonds richten.

Die nationalen Regelungen innerhalb der EU basieren vorwiegend auf der OGAW-Richtlinie, welche gesetzliche Rahmenanforderungen an Verwaltungsgesellschaften und Fonds definiert, sowie auf der AIFM-Richtlinie mit Regelungen für alternative Investmentfonds, welche materiell nicht von der OGAW-Richtlinie umfasst sind. Somit basieren die nationalen Regelungen auf gleichen Grundlagen und sollten überwiegend nur in Detailregelungen voneinander abweichen.

6.1. Exkurs: ESG – Kriterien

Europarechtliche Regulierungen verpflichten bereits seit einigen Jahren börsennotierte sowie vergleichbar große Unternehmen dazu, Berichte über deren ökologische Bilanz zu veröffentlichen. Diese Regelungen werden stets weiterentwickelt und wurden zuletzt auf europäischer Ebene durch die Offenlegungsverordnung, die Taxonomie-Verordnung sowie durch die europäischen Klimaziele und die für deren Umsetzung erforderlichen Regelwerke für nachhaltige Finanzierung wesentlich vertieft.

Environmental, Social & Corporate Governance (ESG) Kriterien sind mittlerweile ein Bestandteil zahlreicher Anlagebedingungen von Investmentfonds. Die Reichweite der einzelnen Bestandteile ist dabei sehr unterschiedlich und reicht von erforderlichen Gebäudezertifizierungen bis zu einem bestimmten Anteil an Wohnungen, welche unter der Marktmiete vergeben werden („leistbares Wohnen“). Da Immobilien weltweit für mehr als 50% der Elektrizitätsnutzung⁹³ verantwortlich sind, ist es

⁹³ Tomanek/ Mitrovic, *ESG - Nachhaltigkeit 2.0?*, ZLB 2021/24, S. 52.

naheliegend, dass sich die Branche vermehrt mit ressourcenschonenden Baustoffen sowie weiteren Nachhaltigkeitskriterien auseinandersetzen muss.

Es ist zu erwarten, dass künftig vermehrt von Käufern eine ökologische Zertifizierung der Gebäude (ÖGNI, klima:aktiv etc) zur Voraussetzung gemacht wird. Dabei ist darauf zu achten, dass dies vertraglich im Leistungskatalog des Verkäufers / Auftragnehmers berücksichtigt ist⁹⁴ und die Nichterfüllung entweder pönalisiert ist oder das Vorliegen der Zertifizierung gar als eine Übergabevoraussetzung vereinbart wird.

6.2. Investmentrechtliche Prüfungsschwerpunkte

Im Folgenden werden ausgewählte, im Rahmen der investmentrechtlichen Due Diligence zu prüfende Schwerpunkte erörtert. Dabei wird nur auf die gesetzlichen Regelungen des deutschen Kapitalanlagegesetzbuchs eingegangen. Jeder Investmentfonds konkretisiert die gesetzlichen Regelungen im Rahmen der Anlagebedingungen, welche ebenso als Prüfungsgrundlage im Rahmen der Due Diligence heranzuziehen sind.

6.2.1. Zulässigkeit des Anlagegegenstandes

Das KAGB listet in § 231 jene Gegenstände auf, welche ein Alternativer Investmentfonds für ein Immobiliensondervermögen erwerben darf. Darunter sind neben Bestandsobjekten auch Grundstücke zu subsumieren, die für eine alsbaldige Bebauung bestimmt und geeignet sind, wobei insoweit jeweils eine Anlagegrenze von 20 % des Wertes des Sondervermögens gilt. Die gleichen Voraussetzungen gelten für Baurechtsgrundstücke.

Beim Erwerb von Immobilien / Grundstücken im Ausland (konkret Österreich) gilt es zusätzlich zu prüfen, ob die durch den Erwerb verschaffte Rechtsposition, mit Eigentum (bzw. Erbbaurecht) nach dem deutschen Recht vergleichbar ist. Da das österreichische Eigentum (bzw. Baurecht) insbesondere belastbar und frei übertragbar ist, ist die Vergleichbarkeit zu bejahen.

⁹⁴ Beim Erwerb im Rahmen eines Forward Deals kann es beim Vertragsabschluss nur eine Einschätzung zur Qualität der Zertifizierung aufgrund der Planungsunterlagen geben. Eine endgültige Zertifizierung erfolgt bei Übergabe des Objekts.

Allfällig mit der Immobilie / dem Grundstück zu übernehmende Lasten müssen für eine solche Immobilie üblich sein und insgesamt dürfen übernommene Lasten nicht 30 % des Sondervermögens übersteigen. Es ist darauf zu achten, dass für die Übernahme von Belastungen die Zustimmung der Verwahrstelle⁹⁵ erforderlich ist.

Die Gegenleistung (der Kaufpreis) darf nicht wesentlich den Wert der Liegenschaft übersteigen. Die Ermittlung des Wertes erfolgt mittels eines Gutachtens eines externen Bewerter, wobei ab einem Wert von über 50 Mil EURO zwei Gutachten erforderlich sind.⁹⁶ Das KAGB sieht hinsichtlich der Bewertung vor, dass eine Vorort-Besichtigung durchgeführt wird, darüber hinaus darf der konkrete Bewerter nicht die Regelbewertung der bereits im Fonds vorhandenen Immobilien durchführen.

6.2.2. Fremdüblichkeit der Transaktion

Die für das Sondervermögen handelnde Kapitalanlagegesellschaft muss nach § 26 KAGB ihre Tätigkeit ehrlich, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit sowie redlich ausüben. Dabei ist stets die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden. Diese Verpflichtung umfasst die Durchführung einer Due Diligence und Umsetzung der Ergebnisse sowie eine fremdübliche Ausgestaltung der Verträge.

Zur sachgerechten Ausgestaltung der Verträge gehört insbesondere, dass es zu keiner Überzahlung kommt. Es ist nämlich stets nur so viel zu leisten, als der Wert der Gegenleistung vorliegt. Dies bedeutet insbesondere im Falle von Forward Funding Verträgen, dass die einzelnen Zahlungen dem Leistungsstand der Baustelle entsprechen. Eine allfällige Überzahlung würde nämlich im Falle der Insolvenz das Risiko eines Verlusts darstellen.

Ebenso gehören marktübliche Sicherheiten seitens des Verkäufers / Auftragnehmers vereinbart. Als Anleitung hinsichtlich der in Österreich marktüblichen Sicherheiten kann auf die Ö-Norm B 2110 zurückgegriffen werden. Üblich ist die Vereinbarung eines Deckungsrücklasses sowie eines Haftrücklasses. Erfolgt dabei die Sicherheit

⁹⁵ Früher Depotbank genannt. Eine unabhängige Bank, welche insbesondere Kontroll- und Überwachungsfunktionen der Kapitalanlagegesellschaften ausübt und dem Schutz der Anleger dient.

⁹⁶ § 231 Abs 2 KAGB.

nicht mittels eines Einbehalts, so ist darauf zu achten, dass stattdessen normierte Sicherheiten (Garantie etc) werthaltig sind.

Gleichwertiges gilt für die bei Grundstückskaufverträgen üblicherweise vereinbarte treuhändige Abwicklung. Hierbei muss sichergestellt sein, dass der beim Treuhänder hinterlegte Grundstückskaufpreis für den Fall des Missbrauchs oder der Insolvenz geschützt ist. Dies ist im besten Fall mittels einer Haftpflichtversicherung über die gesamte Höhe des Treuhanderlags gewährleistet.

6.2.3. Grundbücherliche Verfügungsbeschränkung

Das KAGB listet unter § 84 KAGB⁹⁷ Rechtsgeschäfte der Kapitalanlagegesellschaft die jeweilige Immobilie betreffend auf, welche zu Ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Verwahrstelle bedürfen. Dabei handelt es sich insbesondere um Kreditaufnahme, Belastung sowie Verkauf der Immobilie. Im Sinne der Rechtssicherheit und des Publizitätserfordernisses ist diese Verfügungsbeschränkung ins Grundbuch einzutragen.

Die Eintragung solcher Beschränkungen wurde teilweise von den Grundbuchgerichten verweigert, sodass man auf andere Instrumente, die den gleichen Zweck erfüllen, ausweichen musste (bspw die Eintragung eines Vorkaufsrechts zugunsten der Verwahrstelle). Das Landesgericht Wien hat im Jahr 2019⁹⁸ entschieden, dass die Verweigerung einer solchen Eintragung die Kapitalverkehrsfreiheit verletze und somit europarechtswidrig wäre. Das Gericht hat klargestellt, dass eine Eintragung basierend auf der Regelung des § 20 lit a GBG, wonach persönliche Verhältnisse und somit auch Beschränkungen der Eigentümer ersichtlich zu machen sind, zu erfolgen hat.⁹⁹

Obwohl es sich bei der angeführten Entscheidung um kein höchstgerichtliches Judikat handelt, ist davon auszugehen, dass Grundbuchgerichte auch außerhalb von Wien Verfügungsbeschränkungen nach dem deutschen KAGB eintragen. Dies kann auch

⁹⁷ Vergleichbar mit §§ 4 und 9 ImmoInvFG (AT).

⁹⁸ LGZ Wien 5.12.2018, 46 R 473/18a.

⁹⁹ Grahhammer/Seist, *Anmerkung der Verfügungsbeschränkung für deutsche Immobilienfonds im Grundbuch zulässig*, immolex 2019/40, S. 143.

anhand der mittlerweile im Grundbuch zahlreich eingetragenen Verfügungsbeschränkungen bestätigt werden.

7. Steuerrechtliche Due Diligence Prüfung

Obwohl in überwiegender Anzahl der Fälle explizit eine Haftung des Veräußerers für Abgabenschulden bis zum Stichtag der Übergabe der Immobilie im Rahmen einer sogenannten Steuerklausel vereinbart wird, ist auch trotz der eingeschränkten Haftung für Steuern bei einem Asset Deal eine steuerrechtliche Due Diligence vorzunehmen.

7.1. GrEStG

7.1.1. Steuersatz und Bemessungsgrundlage

Wie in zahlreichen anderen Bereichen ist auch für die steuerliche Beurteilung einer Immobilientransaktion von grundsätzlicher Bedeutung, ob es zu einer direkten Übertragung der Immobilie (Asset Deal) kommt, oder ob deren Eigentümer, die PropCo, übertragen wird (Share Deal).¹⁰⁰ Gegenständlich soll der direkte Immobilienerwerb untersucht werden.

Der direkte Immobilienerwerb unterliegt einer Grunderwerbsteuer in Höhe von 3,5 %. Dabei ist als Bemessungsgrundlage dem Gesetz nach vom Wert der Gegenleistung auszugehen, welcher durchaus einen vom Kaufpreis abweichenden Ansatz darstellen kann. Das Steuerrecht folgt der „Substance over Form“¹⁰¹ Regelung mit der Folge, dass nicht nur der tatsächlich kaufvertraglich verankerte Kaufpreis, sondern ebenso die übernommen Lasten (in der Regel an der Immobilie haftende Darlehen), als Bemessungsgrundlage herangezogen werden.¹⁰² Dies ist auch marktwirtschaftlich nachvollziehbar, denn bei einer Betrachtung des Verkehrswertes der Immobilie würde sich bei bloßer Heranziehung des um die Lasten geminderten Kaufpreises eine wesentliche, sachlich nicht rechtfertigbare Differenz ergeben.

¹⁰⁰ Siehe Kapitel 3.1. für steuerlich optimierten Ankauf einer Immobilie im Rahmen eines Share Deals.

¹⁰¹ Diese Regel (gesetzlich im Rahmen der Bundes Abgaben Ordnung (BAO) verankert) normiert, dass der tatsächliche Inhalt eines Rechtsgeschäfts und nicht die formale Bezeichnung zur Würdigung der steuerlichen Implikationen herangezogen werden.

¹⁰² Wehinger-Malang, *Immobilienbesteuerung* (Hrsg: Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich), 5. Aufl. (2021), S. 209 ff.

Der Verkauf von Liegenschaften unterliegt keiner Umsatzsteuer. Da ein Verkauf ohne Umsatzsteuer dazu führt, dass die damit verbundene Vorsteuer nicht geltend gemacht werden kann, wird häufig im Einklang mit dem UStG¹⁰³ die Option zur Umsatzsteuerpflicht ausgeübt, sodass auf Seiten des Verkäufers keine sonst erforderliche nachträgliche Korrektur der bereits geltend gemachten Vorsteuer notwendig ist. Nachteilig ist jedoch, dass bei Ausübung der Option die Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage der GrESt (sowie der Grundbucheintragungsgebühr) einzubeziehen ist und somit die Höhe der marktüblich vom Käufer zu tragende Steuer erhöht. Unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist eine Einbeziehung der Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage nur bedingt nachvollziehbar, denn sie kann materiell keine Gegenleistung im Sinne des § 5 GrEStG darstellen. Vielmehr ist die Umsatzsteuer im Rahmen der Herstellungskette einer Immobilie (im B2B – Bereich) ein Durchlaufposten.¹⁰⁴

Aufgrund der Erhöhung der GrESt bei Optierung in die Umsatzsteuerpflicht ist es daher im Rahmen der Ankaufsprüfung ratsam, die vom Verkäufer geltend gemachte Vorsteuer der erhöhten GrESt sowie Eintragungsgebühr gegenüberzustellen. Abhängig vom Ergebnis kann anstatt der Ausübung der Option nach § 6 Abs 2 UStG dem Verkäufer der, durch die Vorsteuerkorrektur entstandene, Schaden ersetzt werden. Naturgemäß lohnt sich eine solche Betrachtung bei Grundstücksankäufen (insbesondere im Rahmen von Forward Deals), da bei diesen im Gegensatz zu bereits entwickelten Liegenschaften die Höhe der bereits geltend gemachten Vorsteuer wesentlich geringer ausfällt und daher unter Umständen, im Vergleich zur höheren steuerlichen Belastung, der Ausgleich des Schadens beim Käufer günstiger ausfällt.

Wesentliche Thematik in der vertraglichen Gestaltung einer Immobilientransaktion in der Form eines Forward Deals ist die Einbeziehung der Bauleistung in die Bemessungsgrundlage, denn bei einem Forward Deal wird ein bestehendes Grundstück erworben und gleichzeitig die Errichtung des Gebäudes mittels eines Werkvertrags beauftragt. Dabei sind häufig die Person des Errichters und des Verkäufers vereint oder innerhalb desselben Konzerns. Damit die

¹⁰³ § 6 Abs 2 UStG

¹⁰⁴ Zur allfälligen Umsatzsteuerkorrektur bei gewerblichen Immobilien siehe Kapitel 7.3.

Grunderwerbsteuer lediglich vom Grundstückskaufpreis zu zahlen ist, muss der Käufer als Bauherr im Sinne der ständigen Judikatur des VwGH qualifiziert werden.

„Der Käufer ist nur dann als Bauherr anzusehen, wenn er

- a) auf die bauliche Gestaltung des Hauses Einfluss nehmen kann,
- b) das Baurisiko zu tragen hat, d.h. den bauausführenden Unternehmungen gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist und
- c) das finanzielle Risiko tragen muss, d.h. dass er nicht bloß einen Fixpreis zu zahlen hat, sondern alle Kostensteigerungen übernehmen muss, aber auch berechtigt ist, von den Bauausführenden Rechnungslegung zu verlangen.“¹⁰⁵

Die Erfüllung aller Kriterien bei einem Forward Deal ist praktisch ausgeschlossen, denn es liegt in der Natur eines Forward Deals, dass der Käufer nicht als Entwickler fungiert und somit das Entwicklungsrisiko, das Preisrisiko etc beim Verkäufer verbleibt. Oftmals wird von Verkäufern die Bauherreneigenschaft durch die vertragliche und zeitliche Trennung des Kauf- und Werkvertrags argumentiert und damit durch die in Aussicht gestellte Steuerersparnis ein höherer Kaufpreis verlangt. Dagegen spricht schon die öffentliche Darbietung eines Forward Deals, welche nicht nur das Grundstück zum Inhalt hat, sondern und insbesondere das fertige Objekt.

Aus der Sicht eines Käufers, insbesondere eines Investmentfonds, der durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft rechtsgeschäftlich vertreten wird, sind Konstrukte zur Erreichung der Bauherreneigenschaft kritisch zu betrachten. Wird nämlich aufgrund der vermeintlichen Bauherreneigenschaft eine geringere GrESt-Belastung erklärt und kommt es zur nachträglichen behördlichen Festsetzung der GrESt unter Einbeziehung der Bauleistung, so besteht zumindest hinsichtlich allfälliger Straf- sowie Verspätungszuschläge das Risiko, dass diese aus investimentrechtlicher Sicht als Managementfehler qualifiziert werden, welche nicht von dem verwalteten Sondervermögen sondern von der Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst zu tragen sind.

¹⁰⁵ VwGH 30.01.2014, 2013/16/0078; Aumayr, *Das Bauherrenmodell im Ertragsteuer- und Verkehrssteuerrecht*, 2. Aufl. (2021), S. 160 ff.

7.1.2. Steuerschuld und Steuerschuldner

Die Steuerschuld entsteht mit der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes (rechtswirksamer Abschluss des Kaufvertrags) und ist von der sachenrechtlichen Eigentumseintragung (Grundbucheintragung) unabhängig¹⁰⁶. Auflösend bedingte Kaufverträge haben somit keine hemmende Wirkung auf den Entstehungszeitpunkt. Bei aufschiebend bedingten Verträgen, also Verträgen, die erst mit dem Eintreten eines künftigen Ereignisses wirksam werden, ist der Entstehungszeitpunkt dagegen an den Eintritt der Bedingung (beispielsweise behördliche Genehmigung, Zustimmung der Verwahrstelle etc) geknüpft. Fällig wird die Steuerschuld am 15. des zweitfolgenden Monats nach dem Entstehungszeitpunkt.

Im Falle eines Asset Deals sind die am Rechtsgeschäft beteiligten Personen zu ungeteilter Hand Steuerschuldner. Somit haften sowohl der Käufer als auch der Verkäufer unabhängig von allfälligen vertraglichen Bestimmungen gegenüber dem Finanzamt für die inhaltlich korrekte sowie die rechtzeitige Abfuhr der Grunderwerbsteuer.

Die Grunderwerbsteuer kann entweder mittels einer Selbstberechnung¹⁰⁷ vom Anwalt oder Notar oder in Form einer Steuererklärung erklärt werden. Der wesentliche Unterschied liegt in der Feststellung der Steuerschuld mit einem Bescheid im Falle der Steuererklärung, weshalb diese Form insbesondere bei unklaren Fällen genutzt wird, um den Steuerschuldnern Rechtssicherheit zu gewähren. Die Abgabe einer Steuererklärung oder einer Selbstberechnung ist eine Voraussetzung für die grundbücherliche Durchführung der Transaktion.

7.1.3. GrESt Korrektur

§ 17 GrEStG normiert eine nachträgliche Korrektur der Steuerlast bei Rückabwicklung des Erwerbsvorgangs innerhalb von drei Jahren nach der Steuerentstehung. Dabei kommen insbesondere einvernehmliche Rückabwicklungen sowie die Ausübung eines Rücktrittsrechts oder Wiederkaufsrechts in Frage.

¹⁰⁶ § 8 Abs 1f GrEStG.

¹⁰⁷ Für Details siehe Engelmann/Stieglitz/Schragl, *GrEStG* (Hrsg: Pinetz/Schragl/Siller/Stefaner), 2017, S. 1058ff.

Zahlreiche Forward Asset Deal Verträge enthalten Bestimmungen, die zum Zeitpunkt der Übernahme des Projekts zu Kaufpreisanpassungen führen. Dabei sind insbesondere Kaufpreisanpassungen aufgrund von mehr oder weniger errichteten Flächen, Besserungsscheine bei Erstvermietungsgarantien¹⁰⁸ sowie Bautranchenverzinsungen,¹⁰⁹ welche von der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden, zu erwähnen. Solche Kaufpreiskorrekturen führen bei deren Eintreten innerhalb von drei Jahren ab Entstehung der Steuerschuld zur Anpassung der GrESt-Last. Dabei gilt es zweierlei zu beachten:

1. Bei Forward Deals kann zwischen der Vertragsunterzeichnung und der Übergabe ein über drei Jahre hinausgehender Zeitraum verstreichen. Dies kann abhängig von der Richtung der Kaufpreisanpassung positiv oder negativ sein. Ist bereits beim Signing vorhersehbar, dass es zu einer Kaufpreisreduzierung kommen wird, kann anstatt einer Selbstberechnung die GrESt unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Kaufpreisanpassung mittels einer Erklärung und Offenlegung an das Finanzamt gemeldet werden. Dieses entscheidet anschließend mittels Bescheid und hat die Möglichkeit, einen vorläufigen Bescheid aufgrund der letztlich ungenauen Höhe der GrESt zu erlassen. Nachteilig ist hierbei, dass dieses Prozedere eine erhebliche Zeit beansprucht und somit die grundbücherliche Eintragung der Transaktion verzögert.
2. Sowohl Käufer als auch Verkäufer sind Steuerschuldner, wobei marktüblich die Tragung der Steuerschuld durch den Käufer vertraglich vereinbart wird. Dies kann unter Umständen zu der Situation führen, dass der Käufer nach Signing die GrESt in voller Höhe abführt, der Verkäufer – da dieser auch Steuerschuldner ist – aber die nachträgliche Korrektur der GrESt beantragt.

¹⁰⁸ Im Rahmen einer Erstvermietungsgarantie verpflichtet sich der Verkäufer die Erstvermietung der errichteten Einheiten (Wohnen, Gewerbe etc) vorzunehmen. Ein Besserungsschein ermöglicht dabei eine Erhöhung des Kaufpreises bei Vermietung der Einheiten zu einem höheren Mietzins, als jenem, der dem vertraglich bedungenen Kaufpreis zugrunde gelegt wurde.

¹⁰⁹ Oft übernimmt der Käufer im Rahmen eines Forward Deals die Bankenfunktion und bezahlt den Kaufpreis nicht endfällig bei Fertigstellung des Objekts, sondern nach Baufortschritt. Dafür, dass seitens des Verkäufers eine ansonsten erforderliche Finanzierung ausbleibt, wird oft eine Verzinsung der Bautranchen zu Gunsten des Käufers vereinbart (ein sogenanntes Forward Funding).

Um eine solche Situation zu vermeiden, soll vertraglich das Recht der GrEST-Korrektur dem Käufer vorbehalten sein.

7.2. Gebührenrecht

7.2.1. Eintragungsgebühr Eigentum und Pfandrecht

Die grundbücherliche Eintragung des Eigentums unterliegt einer Gebühr in Höhe von 1,1 % und ist von der gleichen Bemessungsgrundlage zu ermitteln wie die Grunderwerbsteuer. Bei Eintragung eines Pfandrechts (Hypothek) ist eine Gebühr in Höhe von 1,2 % von der Höhe der einzutragenden Sicherheit zu entrichten.¹¹⁰

7.2.2. Mietvertragsgebühr

Mietverträge unterliegen einer „Stempelgebühr“ in Höhe von 1 % der Bemessungsgrundlage. Ab Ende des Jahres 2017 entfällt die Gebühr für Wohnungsmietverträge und ist daher nur bei der Vermietung von Geschäftsräumen zu beachten. Eine rechtspolitische Rechtfertigung für das Einheben einer Gebühr für schriftlich abgeschlossene Mietverträge lässt sich nur schwer finden. Die sachliche Rechtfertigung des Gesetzgebers im Jahr 1957 lag in der Tatsache, dass solche Verträge dem Schutz des Rechtsstaates unterlagen und dafür der Staat entlohnt werden sollte. Dieser Argumentation kann schon deshalb (zumindest nicht mehr) gefolgt werden, da zahlreiche andere Verträge, einer solchen Gebühr nicht unterliegen, genauso den Schutz des Rechtssystems genießen und die mittlerweile marktüblichen Vermeidungsstrategien der Vergebührung zu einer Verwässerung des Schutzes führen.¹¹¹

Die Bemessungsgrundlage besteht aus allen wiederkehrenden Leistungen zu denen sich der Bestandnehmer (Pächter oder Mieter) verpflichtet hat. Dazu zählen nicht nur die Miete, sondern auch die Betriebskosten, Umsatzsteuer, Kosten der Versicherung etc. Dabei ist es unerheblich, ob die Zahlung bestimmter Leistungen an die Hausverwaltung erfolgt. Genauso sind einmalige Leistungen wie Investitionsablösen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Bei unbefristeten Verträgen stellt der

¹¹⁰ GGG, Tarifposten 9.

¹¹¹ Kotschnigg/Lemmerer, *Immobilienbesteuerung*, S. 388.

dreifache Jahreswert die Gebührenbemessungsgrundlage dar. Bei Verträgen, geschlossen auf eine bestimmte Dauer ist der Jahreswert mit der Anzahl der Jahre, maximal aber 18, zu multiplizieren.¹¹² Die Unterscheidung zwischen befristeten und unbefristeten Verträgen ist somit wesentlich für die Höhe der zu zahlenden Gebühr und entsprechend ist auch das Bestreben der Parteien groß, für gebührenrechtliche Zwecke auch zivilrechtlich befristete Verträge als unbefristete Verträge zu qualifizieren.

Zwecks der Qualifizierung eines befristeten Bestandvertrags als unbefristet wurden üblicherweise sämtliche Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG¹¹³ zu Gunsten des Vermieters vereinbart. Mittlerweile besagt der VwGH in seiner ständigen Rechtsprechung,¹¹⁴ dass auch solche Verträge als befristet zu qualifizieren sind und somit der oft höheren Bemessungsgrundlage unterliegen. Dabei argumentiert der Gerichtshof, dass die Parteien im Rahmen eines unbefristeten Mietverhältnisses nach Belieben kündigen können und eine Vereinbarung der Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG nicht zu diesem Ergebnis führt. Erstens kommen nicht alle Kündigungsgründe (beispielsweise Eigenbedarf) bei Geschäftsraummiete in Frage und zweitens setzen sie jeweils ein vertragswidriges Handeln (wie beispielsweise vertragswidriger Gebrauch) der anderen Partei voraus. Bei einer Gesamtbetrachtung liegen somit nicht die gleichen Kündigungsmöglichkeiten wie bei einem unbefristeten Mietvertrag vor und zusätzlich ist die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Ausübung eines solchen Kündigungsrechts gering.

7.3. Umsatzsteuer

Aus Sicht der Umsatzsteuer ist im Rahmen des Immobilienerwerbs primär darauf zu achten, dass die geltend gemachte Vorsteuer dem Veräußerer tatsächlich zustand, sowie dass die zugrundeliegenden Rechnungen die dafür notwendigen Merkmale nach § 11 UStG erfüllen. Da die Vermietung von Wohnraum zwingend der

¹¹² Pfeiffer, *Mietvertragsgebühr bei Vereinbarung aller denkmöglichen Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG*, immolex 2018/213, S. 214.

¹¹³ Solche Kündigungsgründe sind insbesondere vertragswidrige Nutzung, Eigenbedarf, qualifizierter Mietzinsrückstand etc.

¹¹⁴ Zuletzt VwGH 4. 12. 2019, Ro 2018/16/0004.

umsatzsteuerlichen Besteuerung mit 10 % unterliegt, betrifft eine umsatzsteuerliche Prüfung im Rahmen der Due Diligence primär Gewerbeimmobilien.

Die Vermietung von Gewerbeimmobilien ist grundsätzlich von der USt ausgenommen, wobei nach § 6 Abs 2 UStG der Unternehmer in die Besteuerung reinoptieren kann. Die Option in die USt-Besteuerung wird in überwiegender Anzahl der Fälle auch getätigt, da andernfalls der Immobilieneigentümer für die USt-befreiten Fläche eine zumindest anteilige Korrektur der bereits geltend gemachten Vorsteuer vornehmen müsste. Der Vorsteuerkorrektur unterliegen Vorsteuern aus Anschaffungs- sowie Herstellungskosten sowie aktivierungspflichtigen Aufwendungen der letzten 19 Jahre nach dem ersten Jahr der Geltendmachung der Vorsteuer. Es gilt zu prüfen, ob hinsichtlich der zur Umsatzsteuer optierten Flächen die Mieter die Fläche fast ausschließlich (zumindest zu 95%) für umsatzsteuerpflichtige Zwecke verwenden. Andernfalls sind solche Mieter als sogenannte „Vorsteuerschädlinge“ zu qualifizieren, die einem Vorsteuerabzug entgegenstehen.¹¹⁵

Wird im Rahmen einer Immobilie sowohl mit als auch die Umsatzsteuer vermietet, so ist eine anteilige Vorsteuerkorrektur vorzunehmen. Bei der Ermittlung des dafür notwendigen Vorsteuerschlüssels wird die Nutzfläche als Basis genommen. Sind gewisse aktivierte Aufwendungen konkret einer nicht Ust-pflichtig vermieteten Fläche zuzuordnen, so ist bei den aus diesen Aufwendungen geltend gemachten Vorsteuern kein Schlüssel anzuwenden, sondern die Korrektur betrifft die gesamte Vorsteuer.

Im Rahmen des Erwerbs soll zumindest stichprobenartig (meistens werden Wertgrenzen herangezogen) die Prüfung der Eingangsrechnung auf Vorliegen der § 11 Merkmale erfolgen, denn nur eine ordnungsgemäß ausgestellte Rechnung begründet die Berechtigung zur Geltendmachung der Vorsteuer. Obwohl auch der Erwerber zu einem späteren Zeitpunkt (beispielsweise im Rahmen einer Betriebsprüfung) die Korrektur einer falsch ausgestellten Rechnung verlangen kann,

¹¹⁵ Denk/Fuhrmann/Gutmann/Klinger/Kothbauer/Kosic/Lang/Wagner, *Handbuch Immobilienverwaltung in der Praxis* (Hrsg: Lang/Klinger), 2. Aufl. 2016, S. 203f.

so hat der Veräußerer üblicherweise eine bessere Möglichkeit, die Korrektur vom Rechnungsaussteller zu verlangen.

8. Liegenschafts Kaufvertrag und Bauvertrag

Im Folgenden sollen am Beispiel eines Forward Asset Deals die wesentlichen Merkmale der dem Geschäft zugrundeliegenden Dokumente erörtert werden. Da im Rahmen eines Forward Asset Deals ein Grundstück veräußert wird und der Entwickler sich gleichzeitig verpflichtet, auf diesem Grundstück das vertraglich definierte Objekt zu errichten, besteht das Rechtsgeschäft materiell aus zwei Verträgen, dem Kauf- und dem Werkvertrag.¹¹⁶ In Folge soll kurz auf die wesentlichen Inhalte des Grundstückskaufvertrags eingegangen sowie die Charakteristika des Werkvertrags erörtert werden.

8.1. Kaufvertrag

Der Kaufvertrag über ein Grundstück muss zu seiner Wirksamkeit die essentialia negotii enthalten, dabei handelt es sich um die Angaben zum Kaufgegenstand sowie zum Kaufpreis, welcher zumindest bestimmbar sein muss. Da der Vertrag an keine Formvorschriften gebunden ist, besteht keine Verpflichtung, diesen schriftlich abzuschließen. Zivilrechtlich betrachtet, kommen somit auch mündlich abgeschlossene Liegenschaftsverträge zustande und begründen für den Käufer das Recht auf Eigentumsübertragung und für den Verkäufer das Recht auf Kaufpreiszahlung.

Davon unabhängig ist die Frage der Verbücherung des Kaufvertrags, welche für den sachenrechtlichen Eigentumserwerb erforderlich ist. Das Eigentum wird erst durch die Eintragung ins Grundbuch übertragen, was letztendlich zum Erfordernis einer Urkunde beim Liegenschaftserwerb führt. Da in Österreich das Grundbuch öffentlich einsehbar ist, einigen sich häufig die Parteien darauf, nicht die gesamte Urkunde mit allen Regelungen verbüchern zu lassen, sondern nur einen sogenannten Kurzkaufvertrag, der nur die wesentlichen Vertragselemente (Grundstück und Preis) enthält.

¹¹⁶ Beide Verträge können allerdings in einer Urkunde zusammengefasst sein.

8.1.1. Wesentliche kaufvertragliche Regelungen

Das Idealergebnis eines Grundstückskäufers ist der Erwerb einer unbelasteten und nicht kontaminierten Liegenschaft. Hinsichtlich Belastungen, welche im Grundbuch im C-Blatt ersichtlich sind, wird insbesondere im Falle von Hypotheken vereinbart, dass diese im Rahmen der Eigentumsumschreibung zu löschen sind. Dies wird meistens im Rahmen der treuhändigen Abwicklung des Kaufvertrags erledigt, in dem der Treuhänder die vom Käufer erhaltene Kaufpreiszahlung gegen eine Freilassungserklärung anteilig für die Tilgung des der Hypothek zugrundeliegenden Darlehens verwendet und den Restbetrag nach Eigentumseintragung an den Verkäufer überweist. Sonstige im Rahmen der Due Diligence offengelegte Belastungen, wie beispielsweise Dienstbarkeiten, sind bereits, wenn erforderlich, beim Kaufpreis berücksichtigt worden und werden übernommen. Im Gewährleistungskatalog des Kaufvertrags soll der Verkäufer garantieren, dass keine sonstigen bürgerlichen oder außerbürgerlichen Belastungen wie Vorkaufsrechte, Bestands- oder Benutzungsrechte etc. vorliegen.

Aus Sicht des Käufers ist es wesentlich, dass das zu erwerbende Grundstück frei von Verunreinigungen ist und die für den künftigen Bau erforderliche Bodenbeschaffenheit aufweist. Dabei soll im besten Fall vereinbart werden, dass der Verkäufer zusichert, „dass die Liegenschaft frei von Bodenverunreinigungen und Abfällen, unterirdischen Lagertanks und Altlasten, insb Ablagerungen wassergefährdender Stoffe, Sonderabfällen und Grundwasserverunreinigungen (jeweils definiert nach den aktuellen gesetzlichen Vorschriften zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) ist.“¹¹⁷ Auf im Rahmen der Due Diligence offengelegte oder beauftragte Gutachten soll Bezug genommen werden. Des Öfteren wird vereinbart, dass der Boden keine Verunreinigungen enthält, welche nicht auf eine Bodenaushubdeponie im Sinne des § 4 Z 1, 2 und 3a der Deponieverordnung 2008 entsorgt werden können. Dies bedeutet, dass der Käufer das Risiko für auf eine Bodenaushubdeponie entsorgbare Verunreinigungen trägt. Dies ist wirtschaftlich

¹¹⁷ Artner, *Praxishandbuch Immobilienrecht*, S. 58.

nachvollziehbar, da solche Kontaminationen kein gesundheitliches oder sonstiges Risiko im Zusammenhang der künftigen Nutzung der Liegenschaft darstellen.¹¹⁸

Der Verkäufer soll des Weiteren garantieren, dass die Liegenschaft die für die konkrete Bebauung erforderlichen Eigenschaften aufweist. Sowohl diese Garantie als auch jene hinsichtlich der Verunreinigungen findet oft Eingang in den Werkvertrag, da dort die damit zusammenhängende Leistungsverpflichtung des Verkäufers beziehungsweise des Auftragnehmers verankert wird. Da im Rahmen eines Forward Deals der Verkäufer und Auftragnehmer oftmals die gleiche Gesellschaft sind, oder dem gleichen Konzern zugehören, ist es aus Sicht des Verkäufers ratsam, die Verpflichtung aufzunehmen, dass eine Geltendmachung eines Schadens aufgrund der Verletzung der Garantie nur dann möglich ist, wenn der Käufer nicht bereits aus dem Titel des Werkvertrags befriedigt wurde.¹¹⁹

8.2. Bauvertrag

Neben dem Grundstückserwerb schließt der Käufer im Rahmen eines Forward Deals gleichzeitig einen Werkvertrag ab, in dem sich der Auftragnehmer zur Herstellung des Gebäudes verpflichtet. Nach den werkvertraglichen Bestimmungen des ABGB¹²⁰ schuldet der Auftragnehmer einen bestimmten Erfolg und kann sich hierbei, wenn nicht anders vereinbart, an Subunternehmern bedienen. Bei einem klassischen Forward Deal möchte der Käufer ein fertiges Objekt erwerben und somit kein Entwicklerrisiko tragen, was idealerweise auch der jeweilige Werkvertrag widerspiegelt.

8.2.1. Definition des Leistungsumfangs

Der Auftragnehmer schuldet üblicherweise die Übergabe eines vermietungsreifen (beziehungsweise verkaufsreifen im Falle von Wohnungen aufgeteilt nach WEG)

¹¹⁸ Nach der Deponieverordnung kommen bei dieser Kategorie als anorganische Bestandteile des Bodens im wesentlichen nur Baurestmassen in Frage.

¹¹⁹ Obwohl bereits nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen eine doppelte Geltendmachung eines Schadens unzulässig ist, kann die Garantie beispielsweise im Rahmen eines Kaufvertrags weiter formuliert sein. Der Verkäufer soll dann nicht bei bereits erfolgter Inanspruchnahme im Rahmen des Werkvertrags eine weitere Inanspruchnahme und die damit verbundenen Kosten befürchten müssen.

¹²⁰ § 1170 ABGB.

Objekts. Abhängig von der Asset Klasse (Wohnen, Retail, Office) wird teilweise ein unterschiedlicher Ausbauzustand geschuldet. Im Falle von Wohnungen wird ein schlüsselfertiger Zustand und bei Retail Flächen (teilweise auch bei Büromöglichkeiten) Edelrohbau geschuldet, damit der Mieter die Möglichkeit hat, die Fläche entsprechend an seine Bedürfnisse anzupassen.

Das Herzstück eines jeden Bauvertrags und des darin inkludierten Leistungsumfangs ist die Baubeschreibung (meistens als Anlage zum Werkvertrag), die genau einzelne Gebäudeelemente bis hin zu den Materialien definiert. Da die Baubeschreibung für den Auftraggeber eine wesentliche Vertragsgrundlage darstellt, soll bei der Rangordnung der Vertragsgrundlagen¹²¹ darauf geachtet werden, dass die Bauordnung an einer der obersten Stellen steht. Aus Sicht des Auftraggebers sollte diese vor der Baubewilligung stehen, da im Falle von Widersprüchen der Auftragnehmer noch die Möglichkeit hat, eine Änderung der Baugenehmigung zu beantragen. Dagegen würde es bei umgekehrter Reihenfolge zur Anpassung der Baubeschreibung an die Baubewilligung kommen, was einen wesentlichen Eingriff in die einvernehmlich verhandelte Baubewilligung darstellen könnte.

Im Leistungsumfang des Auftragnehmers sollten insbesondere folgende Tätigkeiten umfasst sein:

- Technisch einwandfreie Errichtung des Gebäudes unter Wahrung der geltenden technischen Normen sowie der anerkannten Regeln der Technik;¹²²
- Erlangung aller öffentlich-rechtlichen Genehmigungen von der Baubewilligung bis hin zur Fertigstellungsanzeige;
- Bei Inanspruchnahme bestimmter ökologischer Förderungen oder bei Vereinbarung einer Zertifizierung (zu denken ist beispielsweise an eine ÖGNI oder klima:aktiv Zertifizierung) ist die Verpflichtung nach dem Standard der jeweiligen Förderung oder Zertifizierung zu bauen, in den Leistungskatalog aufzunehmen;

¹²¹ Die Rangordnung der Vertragsgrundlagen definiert, welches Dokument im Falle von Widersprüchen Vorrang hat.

¹²² Der Begriff der „anerkannten Regeln der Technik“ ist weitergehend als technische Normen wie die Ö-Normen zu verstehen und kann bereits andere, höherwertige Standards anerkennen, welche aber noch keinen Eingang in die kodifizierten Normen gefunden haben.

- Ver- und entsorgungsmäßige Erschließung des Projekts;
- Abschluss sämtlicher Wartungsverträge;¹²³
- Übernahme der Verpflichtungen nach dem Bauarbeitenkoordinationsgesetz sowie anderer Schutzvorschriften;
- Einrichtung einer örtlichen Bauaufsicht;
- Deponierungs- und Entsorgungskosten des Aushubmaterials etc¹²⁴.

8.2.2. Sicherheiten des Auftraggebers und des Auftragnehmers

Im Rahmen eines Bauvertrags hat der Auftraggeber primär das Interesse, dass der Auftraggeber das definierte Gebäude vertragsgemäß fertigstellt und der Auftragnehmer dagegen, dass er dafür entsprechend den vertraglichen Regelungen entlohnt wird.

Zwecks Absicherung der Zahlung an den Auftragnehmer wird häufig ein Nachweis über die vorhandene Liquidität (Eigenmittel oder Finanzierungszusage) verlangt. Diese einfache Form der Sicherheit sollte naturgemäß nur bei solventen und renommierten Auftraggebern ausreichend sein. Eine höhere Form der Absicherung wäre ein Angeld, welches bei Nichterfüllung des Vertrags seitens des Auftraggebers zu Gunsten des Auftragnehmers verfällt. Da insbesondere Investmentfonds aufgrund des Investmentsrechts nur unter strengen Auflagen eine Anzahlung leisten können, wird hierbei häufig auf eine Absicherung mittels Bankgarantie ausgewichen. Die Bankgarantie gibt aufgrund ihrer Eigenschaften als abstraktes und nicht subsidiäres Sicherungsinstrument dem Auftragnehmer die Möglichkeit, bei Nichterfüllung des Vertrags sofort die Garantie zu „ziehen“ und so ohne ein weiteres Prozedere an den besicherten Betrag zu gelangen. Dabei soll naturgemäß beachtet werden, dass ein unberechtigter Abruf einer Garantie schadenersatzrechtliche und bei Willkür sogar

¹²³ Insbesondere im Falle von vereinbarten längeren Gewährleistungsfristen, welche an die Bedingung des Abschlusses eines Wartungsvertrags geknüpft sind, sollen diese vom Auftragnehmer abgeschlossen werden. Dabei ist darauf zu achten, dass für die Dauer der Gewährleistung keine Vollwartungsverträge (diese beinhalten neben der Wartung auch Reparaturarbeiten) abgeschlossen werden, da die Reparatur im Rahmen der Gewährleistung dem Auftragnehmer obliegt. Ein Vollwartungsvertrag würde zum Ergebnis führen, dass er für die gesetzlich vorgeschriebene Reparatur ein Entgelt bekäme.

¹²⁴ Siehe dazu näher im Kapitel 5.3.1.

strafrechtliche Folgen¹²⁵ nach sich ziehen kann. Aus Sicht des Auftraggebers hat eine Bankgarantie den Vorteil, dass sie kein Eigenkapital bindet, allerdings fallen seitens der Bank¹²⁶ Kosten bis zu 1 % des besicherten Betrags an.

Auf Seiten des Auftraggebers werden üblicherweise abhängig von der Deal Struktur und der Bonität des Auftragnehmers mehrere Sicherungsmechanismen ausbedungen. Die bestmögliche Absicherung erlangt ein Auftragnehmer in dem er den gesamten Werklohn (und ebenso den Grundstückskaufpreis) erst nach ordnungsgemäßer Fertigstellung des Gebäudes bezahlt.¹²⁷ Da dies zur Notwendigkeit einer Zwischenfinanzierung beim Auftragnehmer führt, wird häufig eine Bezahlung des Werklohns nach Baufortschritt vereinbart.¹²⁸ Hierbei ist vertraglich darauf zu achten, dass die vereinbarten Voraussetzungen der jeweiligen Zahlung (beispielsweise Bau-Meilensteine wie Fertigstellung, Rohbau etc) so definiert sind, dass auch deren Überprüfung vor Ort auf der Baustelle aus praktischer Sicht möglich ist.¹²⁹ Die Zahlung nach Baufortschritt sollte dem Wesen nach insbesondere im Falle einer Insolvenz des Auftragnehmers sicherstellen, dass es zu keiner Überzahlung gekommen ist.

Da im Falle einer Insolvenz des Auftragnehmers trotz Zahlung nach Baufortschritt mit negativen finanziellen Folgen zu rechnen wäre, empfiehlt es sich, folgende zusätzliche Sicherheiten zu vereinbaren:

- Eintrittsrecht in die Subunternehmerverträge im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers; dies muss vice versa der Auftragnehmer mit seinen Subunternehmern in die jeweiligen Verträge aufnehmen, was dem Auftraggeber nachzuweisen ist.
- Nachweis, dass die Rechnungen der Subunternehmer ordnungsgemäß beglichen werden. Sollte dies nicht der Fall sein, kann der Subunternehmer

¹²⁵ Zu denken ist beispielsweise an den Tatbestand der Veruntreuung beim wissentlich unberechtigten Abruf der Bankgarantie.

¹²⁶ Seit ein paar Jahren bieten neben Banken auch Versicherungen Zahlungsgarantien als Teil ihres Angebots.

¹²⁷ Sog. Forward Deal.

¹²⁸ Sog. Forward Funding.

¹²⁹ Die die Zahlung auslösenden Meilensteine sollen daher im besten Fall so ausgesucht werden, dass deren Erreichen mittels einer gemeinsamen Begehung zwischen dem Auftragnehmer und Auftraggeber überprüfbar ist.

im Falle des Eintritts des Auftragnehmers in das Rechtsverhältnis gegenüber diesem einwenden, seine Leistung bis dato nicht (zur Gänze) bezahlt zu haben. Entsprechend würde der Subunternehmer seine Arbeit nur dann fortsetzen, wenn der „neue“ Auftragnehmer die offene Forderung beglichen hat. Aus Sicht des Auftragnehmers sollte ein solcher Nachweis mittels einer Bestätigung des jeweiligen Subunternehmers erfolgen und nicht durch eine Offenlegung der jeweiligen Zahlung, da dies praktische zur Offenlegung des Gewinnes führen würde. Der Auftragnehmer sollte allerdings bedenken, dass ein solches Prozedere ein gewisses Druckmittel gegenüber dem jeweiligen Subunternehmer liefert.

- Erfüllungsgarantie: Der Auftragnehmer übergibt dem Auftraggeber vor Fälligkeit der ersten Bau tranche eine Garantie über einen prozentuellen Anteil des Werklohns (üblicherweise bis maximal 15 %). Diese Garantie kann seitens des Auftraggebers im Falle der Nichterfüllung des Werkvertrags abgerufen werden.
- Deckungsrücklass: Alternativ zu einer Erfüllungsgarantie kann ein Deckungsrücklass vereinbart werden. Dabei wird zwecks Absicherung vor einer Überzahlung bei jeder Rechnung ein prozentueller Betrag einbehalten.¹³⁰

Zwecks Absicherung künftiger Gewährleistungsansprüche wird marktüblich ein Haftrücklass von der Schlussrechnung in Höhe von bis zu 5 %¹³¹ vom Werklohn einbehalten. Hierbei gilt es darauf zu achten, dass die Laufzeit des Haftrücklasses die gesamte Gewährleistungsperiode abdeckt.¹³²

¹³⁰ Laut Ö-Norm A 2050 ist ein Deckungsrücklass mit maximal 10% zu vereinbaren.

¹³¹ Laut Ö-Norm B 2110.

¹³² Zahlreich wird vereinbart, dass anstelle eines Einbehalts der Auftragnehmer eine Bankgarantie in gleicher Höhe übergibt. Es empfiehlt sich bei gesetzlichen Gewährleistungsfristen von 3 Jahren nach Übergabe, die Laufzeit der Garantie für ein paar Monate länger als 3 Jahre zu vereinbaren, damit bei Feststellung allfälliger Mängel am Ende der Gewährleistungsphase der Auftragnehmer aufgrund des Ablaufzeitpunkts nicht zum Abruf der Garantie praktisch gezwungen ist.

8.2.3. Exkurs Erstvermietungsgarantien

Wie eingangs dieser Arbeit erörtert, wird der österreichische Immobilieninvestmentmarkt von institutionellen Investoren aus Deutschland dominiert. Da ein solcher Investor im Inland kaum über Personal verfügt und üblicherweise sogar das Asset Management aus Deutschland betreibt, ist es in seinem Interesse, die Erstvermietung der Immobilie als Teil des Leistungsumfangs auf den Verkäufer/Auftragnehmer zu überwälzen.

Im Rahmen einer Erstvermietungsgarantie verpflichtet sich der Verkäufer, die Vermietung der Einheiten nach Fertigstellung auf seine Kosten und Risiko vorzunehmen.¹³³ Abhängig von der konkreten Ausgestaltung garantiert der Verkäufer entweder, dass die Einheiten innerhalb eines bestimmten Zeitraums vermietet sind und trägt nicht das Ausfallsrisiko innerhalb des Garantiezeitraums oder er garantiert auch den tatsächlichen Zufluss der Mieteinnahmen beim Investor (eine harte Cash Flow Garantie). Marktüblich werden als Garantiezeitraum im Bereich Wohnen ein Jahr und im Gewerbebereich bis hin zu vier Jahren vereinbart. Als garantierter Betrag empfiehlt es sich nicht nur die Netto-Miete, sprich ohne Umsatzsteuer und Betriebskosten, sondern ebenso die Leerstandsbetriebskosten zu vereinbaren.

Da in Österreich zurzeit in Hinblick auf die Vermarktung der Einheiten nicht das Bestellerprinzip¹³⁴ gilt, besteht das Risiko auf Seiten des Verkäufers lediglich im Leerstand. Da es insbesondere bei größeren Objekten unwahrscheinlich ist, dass von Tag eins an nach der Fertigstellung, 100 % der Einheiten vermietet sind, ist der Verkäufer gut beraten, keiner Vermietungsgarantie über 100 % der Einheiten zuzustimmen. Eine sachlich faire Lösung scheint die Staffelung des Vermietungsgrades nach Übergabe zu sein. Hierbei wird vereinbart, dass nach beispielsweise 3 Monaten ab Fertigstellung 50 % der Einheiten, nach 6 Monaten ab Fertigstellung 75 % der Einheiten etc vermietet sein müssen.

¹³³ Eine solche Garantie wirkt sich in zahlreichen Fällen erhöhend auf den Kaufpreis der Immobilie aus, sodass der Verkäufer nicht gänzlich das finanzielle Risiko trägt.

¹³⁴ Das Bestellerprinzip, wie beispielsweise in Deutschland verankert, sieht die Tragung der Maklerkosten bei jener Person vor, die auch diesen bestellt hat. Entsprechend werden die Kosten vom Mieter / Erwerber einer Wohnung getragen.

Durch eine Erstvermietungsgarantie wird dem Investor nicht nur der im Zusammenhang mit der Erstvermietung anfallende administrative Aufwand abgenommen, sondern er kann die Immobilie ab Fertigstellung in der Wirtschaftlichkeitsdarstellung mit einem – abhängig von der konkreten Vereinbarung – durchaus hohen Vermietungsgrad abbilden. Allerdings darf die Bedeutung einer solchen Garantie auch nicht überschätzt werden, da beispielsweise im Falle von Wohnprojekten eine Jahresgarantie einen nur geringen Anteil am Kaufpreis ausmacht (zwischen 2 % und 4 %) und dementsprechend ist auch das Risiko für den Verkäufer wesentlich geringer als das dem gegenüberstehenden Risiko eines strukturellen Leerstands auf Seiten des Käufers.

9. Resümee

Der Ankauf einer Immobilie stellt sowohl für die direkt beteiligten Parteien als auch die involvierten Berater eine herausfordernde Aufgabe dar. Wie die vorangegangenen Seiten aufzeigen, ist nicht nur eine Fülle an verschiedenen Materien im Rahmen der rechtlichen Due Diligence und der Vertragserstellung zu beachten, sondern die jeweiligen Materien weisen darüber hinaus noch eine hohe Komplexität auf. Obwohl eins der wichtigsten Grundlagen der Prüfung, nämlich das Grundbuch, in Österreich durch das Öffentlichkeitsprinzip ein leicht zu prüfendes Dokument darstellt, so sind die Käufer und seine Berater dazu angehalten, hinsichtlich allfälliger außerbücherlicher Grundstücksbelastungen über das Grundbuch hinauszugehen und zumindest im Rahmen von Q&A Nachforschungen anzustellen.

Das Beispiel der außerbücherlichen Belastungen zeigt auf, dass einer ordnungsgemäßen Due Diligence im Rahmen des Ankaufs eine Schlüsselrolle zukommt und schon deshalb von fachkundigen Beratern durchgeführt werden sollte. Aus Sicht der Business Judgement Rule ist eine Beauftragung von Dritten mit der Durchführung nicht unbedingt erforderlich, aber jedenfalls ratsam. Dies schon aus dem Hintergrund, dass Dritte (konkret insbesondere Anwälte) für die im Rahmen der konkreten Beauftragung durchgeführte Ankaufsprüfung haften.

Die Prüfung öffentlich-rechtlicher Fragestellungen, insbesondere in Hinblick auf erforderliche Bewilligungen, stellt ein Paradebeispiel einer notwendigen interdisziplinären Zusammenarbeit dar. Nur technisch den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Einreichunterlagen haben juristisch betrachtet einen Anspruch auf die Erteilung einer Baubewilligung und so zeigt sich die absolute Notwendigkeit im Rahmen eines Immobilienankaufs, dass involvierte Berater (konkret technische und juristische Berater) stets im engen Austausch miteinander stehen müssen. Durch die immer mehr in den Vordergrund tretenden Bemühungen auf EU-Ebene, der Immobilienwirtschaft vermehrt sozialpolitische sowie ökologische Richtlinien aufzuerlegen, werden künftig ESG-Kriterien ein nicht mehr wegzudenkender Bestandteil einer Due Diligence Prüfung werden.

Es ist davon auszugehen, dass Österreich in naher Zukunft die Möglichkeiten einer steueroptimierten Ankaufsstrukturierung in Anlehnung an die in Deutschland geltenden Vorschriften zumindest erschwert. So wird nach Ansicht des Autors die Vermeidung der GrEST-Besteuerung mittels eines Share Deals dadurch Großteils verhindert werden, indem nicht nur der direkte Erwerb, sondern auch die indirekte Übertragung eines beherrschenden Ausmaßes an Anteilen an Immobilien haltenden Gesellschaft (bzw Personengesellschaft) zur GrEST-Pflicht führen wird. Im Ergebnis würde dies zur Erhöhung der Anzahl an Transaktionen mittels eines Asset Deals führen und diesem „klassischen“ Immobilienerwerb auch im institutionellen Bereich wieder an Bedeutung verleihen.

Die Komplexität einer Due Diligence Prüfung unterstreicht die Notwendigkeit einer sorgfältigen und ausgewogenen Vertragsvorbereitung. Nicht nur sind bei einem Forward Asset Deal die Ergebnisse der Prüfung vertraglich zu verankern und so die jeweiligen Interessen des Käufers und des Verkäufers abzusichern, sondern es ist auch für zum Zeitpunkt der Vertragserstellung noch gar nicht vorhersehbare Ereignisse Vorsorge zu treffen. Dabei ist beispielsweise an Fälle der Insolvenz, eines Baustopps in Folge von Pandemien etc zu denken. Da eine Vielzahl der Käufer (institutionelle Investoren) mit fremden Geldern agieren, stellen die von Verkäufern zu gewährenden Sicherheiten einen wesentlichen Bestandteil der Verträge dar. Um dem Anlegerschutz gerecht zu werden, ist darüber hinaus die marktübliche und dadurch auch die fremdübliche Ausgestaltung der Verträge im Rahmen der investmentrechtlichen Prüfung zu bescheinigen.

Literaturverzeichnis

- Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht, 3. Aufl. 2020, Verlag: Linde (Wien).
- Aumayr, Das Bauherrenmodell im Ertrag-steuer- und Verkehrssteuerrecht, 2. Aufl.(2021), Verlag: Linde (Wien).
- Bayer, Grundbuch NEU, 4. Aufl. 2018, Verlag: Linde (Wien).
- Braunisch/Fuhrmann/Ledl, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 3. Aufl. 2021, Verlag: Linde (Wien).
- CBRE, Austria Real Estate Market Outlook 2021 (abgerufen am 03.09.2021). Von <https://www.cbre.at/de-at/research-und-reports/sterreich-Real-Estate-Market-Outlook-2021---Update-H1>.
- CBRE, Dach Investor Intentions Survey 2021 (abgerufen am 03.09.2021) Von <https://www.cbre.at/de-at/research-und-reports/DACH-Investor-Intentions-Survey-2021>.
- EHL, Österreichisches Investmentvolumen im Jahr 2020 bei rund 3,5 Mrd. Euro (abgerufen am 03.09.2021). Von <https://www.ehl.at/blog/oesterreichisches-investmentvolumen-im-jahr-2020-bei-rund-eur-35-mrd>.
- EHL, Immobilien-investmentmarkt | Update - Q1 2021 (abgerufen am 03.09.2021). Von <https://www.ehl.at/blog/immobilieninvestmentmarkt-update-q1-2021>.
- Erberhadt, Klaubetz, Handbuch Immobilienprojektentwicklung, 2016, Verlag: Linde (Wien).
- EStR 2000, Einkommensteuerrichtlinien 2000 (abgerufen am 03.09.2021), <https://findok.bmf.gv.at/findok/resources/pdf/1dc33ada-d323-404e-8bf2-9471ab95a21c/19973.19.1.pdf>.
- Flener, Bauträgerprojekte umsetzen und verstehen, 3. Aufl. 2021, Verlag: Linde (Wien).
- Fuhrmann/ Kunisch, Tax Due Diligence, ZLB 2013/11, Verlag: Manz (Wien).
- Geuder/Fuchs, BauR Wien, 7. Aufl. 2021, Verlag: Linde (Wien).

- Grahhammer/Seist, Anmerkung der Verfügungsbeschränkung für deutsche Immobilienfonds im Grundbuch zulässig, immolex 2019/40, Verlag: Manz (Wien).
- Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich, Immobilienbesteuerung, 5. Aufl. 2021, Verlag: Linde (Wien).
- Hauswurz, Nachforschungspflicht, immolex 2021/106, Verlag: Manz (Wien).
- Lang/Klinger, Handbuch Immobilienverwaltung in der Praxis, 2. Aufl. 2016, Verlag: Linde (Wien).
- Orf.at, Immobilieninvestoren entdecken Wien (abgerufen am 03.09.2021). Von <https://orf.at/stories/3211142/>.
- Pallitsch/Canli, Wiener Bauordnungsnovelle 2020 - ein Überblick, ZVB 2021/19, Verlag: Manz (Wien).
- Pfeiffer, Mietvertragsgebühr bei Vereinbarung aller denkmöglichen Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG, immolex 2018/213, Verlag: Manz (Wien).
- Pinetz/Schragl/Siller/Stefaner, GrEStG, 2017, Verlag: Linde (Wien).
- Rainer, Städtebauliche Verträge, immolex 2016/65, Verlag: Manz (Wien).
- Reich-Rohrwig, Haftungsausschluss bei Liegenschafts Kaufverträgen, NZ 2015/145, Verlag: Manz (Wien).
- Richter, Mietrecht in der Praxis, 2. Aufl. (2021), Verlag: Linde (Wien).
- Scheifinger, Risikofaktor Kontamination, ZLB 2012/65.
- Schrank / Kollar, Business Judgment Rule, CFO Aktuell 3/2016, Verlag: Linde (Wien).
- Schremmer, Anforderungen der Stadtentwicklung und städtebauliche Verträge, immolex 2016/71, Verlag: Manz (Wien).
- Straube/Ratka/Rauter, UGB I, 4. Aufl. 2020, Verlag: Manz (Wien).
- Tanczos, Mietrecht kompakt, 4. Aufl. 2019, Verlag: Linde (Wien).
- Teufelsdorfer, Handbuch Immobilientransaktionen, 2. Aufl. 2015, Verlag: Linde (Wien).
- Tomanek/ Mitrovic, ESG - Nachhaltigkeit 2.0?, ZLB 2021/24, Verlag Manz (Wien).

- Twaroch/ Navratil, Unsichtbare Grundstücksbelastungen, ÖRPfl 2016 H 1, Verlag: Sozialwerk für Justizbedienstete (Wien).
- Patrick Walch, Wohnrecht/Ausgedinge - Berücksichtigung bei der immobilienfinanzierenden Bank, ZLB 2021/18, Verlag: Manz (Wien).

Rechtsquellenverzeichnis

- ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2021.
- AIFM-Richtlinie, Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.
- Deponieverordnung 2008, Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über Deponien, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 144/2021.
- EAVG, Bundesgesetz über die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises beim Verkauf und bei der In-Bestand-Gabe von Gebäuden und Nutzungsobjekten, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2012 (ursprüngliche Veröffentlichung, keine Novellierung).
- GBG, Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2020.
- GewO, Gewerbeordnung 1994, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2020.
- GrEStG, Bundesgesetz vom 2. Juli 1987 betreffend die Erhebung einer Grunderwerbsteuer, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019.
- ImmoInvFG, Bundesgesetz über Immobilienfonds, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2019.
- KAGB (DE), Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 1981) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3483)
- MRG, Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2021.

- Notwegegesetz, Gesetz vom 7. Juli 1896, betreffend die Einräumung von Nothwegen, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2003.
- OGAW-Richtlinie, Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW).
- Ö-Norm A 2050, Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot, Zuschlag – Verfahrensnorm, Ausgabedatum: 01.11.2006.
- Ö-Norm B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, Ausgabedatum: 15.03.2013.
- Taxonomie-Verordnung, Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.
- UStG, Bundesgesetz über die Besteuerung der Umsätze, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2021.
- UGB, Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2021.
- WEG, Bundesgesetz über das Wohnungseigentum, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2020.
- Wr. BO., Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 61/2020.
- Wiener Garagengesetz, Gesetz über das Einstellen von Kraftfahrzeugen, kraftbetriebene Parkeinrichtungen und Tankstellen in Wien, LGBl. Nr. 61/2020.
- Wohnbauförderungsgesetz, Bundesgesetz vom 29. Juni 1967 über die Förderung der Errichtung von Klein- und Mittelwohnungen, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 1/1991.
- Wohnhaus-Wiederaufbau-Gesetz, Bundesgesetz vom 16. Juni 1948, betreffend die Wiederherstellung der durch Kriegseinwirkung beschädigten oder zerstörten Wohnhäuser und den Ersatz des zerstörten Hausrates, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019.

Judikaturverzeichnis

- BVA 3.2.2009, N/0171-BVA/04/2008-23.
- LGZ Wien 5.12.2018, 46 R 473/18a.
- OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f.
- OGH 09.06.2009, 5 Ob 58/09d.
- OGH 18.09.2009, 6 Ob 141/09t.
- OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v.
- OGH 22.01.2014, 3 Ob 200/13b.
- OGH 17.09.2014, 6 Ob 125/14x.
- OGH 20.11.2017, 5Ob74/17v.
- OGH 21.11. 2017, 6 Ob 181/17m.
- OGH 2.3.2021, 1 Ob 32/21v.
- VwGH 16.4.1998, 97/05/0296.
- VwGH 30.01.2014, 2013/16/0078.
- VwGH 30.1.2007, 2005/05/0215.
- VwGH 4. 12. 2019, Ro 2018/16/0004.

Abbildungsverzeichnis

- Abbildung 1, Gegenüberstellung Einkaufspreise und Mieten, Quelle (abgerufen am 03.09.2021)
https://ec.europa.eu/eurostat/documents/4187653/11581503/House_prices_rents_Q42020-02.jpg.
- Abbildung 2, doppelstöckige Gesellschaftsstruktur, Quelle: Selbst erstellt.
- Abbildung 3, 94% / 6% Gesellschaftsstruktur, Quelle: Selbst erstellt.
- Abbildung 4, Prüfungsschema Grundverkehr, Quelle Pfeiffer in, Praxishandbuch Immobilienrecht, 3. Aufl. 2020, S. 90.
- Abbildung 5, Darstellung von Belastungs- und Veräußerungsverboten im Grundbuch, Quelle: Bayer, Grundbuch NEU, 4. Aufl. 2018, S. 56.

Tabellenverzeichnis

- Tabelle 1, Darstellung steuerliche Ersparnis beim Share Deal, Quelle: Selbst erstellt.

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|---|
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| Aufl | Auflage |
| B2B | Business to Business |
| Bspw | beispielsweise |
| Ca | In etwa |
| DACH | Geographische Bezeichnung für Deutschland, Österreich und die Schweiz |
| € | Euro |
| ESG | Environmental Social Governance |
| Etc. | Und die übrigen |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| Lit | Littera |
| m | Meter |
| Mil | Millionen |
| Mrd | Milliarde |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| PropCo | Property Company |
| S | Seite |
| SPV | Special Purpose Vehicle |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |
| Z | Ziffer |