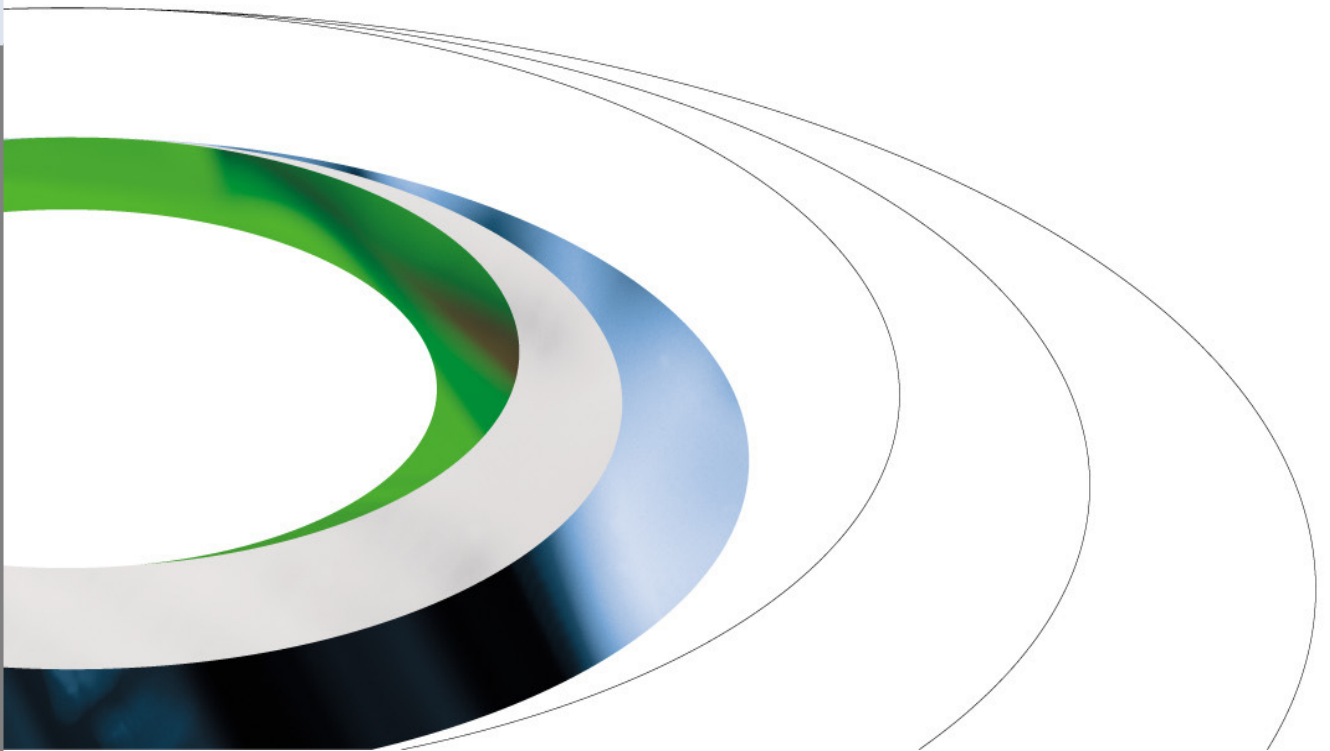


# SICHERUNG EINER ANKAUFSGELEGENHEIT

WIEN, AM 13. MAI 2014

**VORTRAGENDER: RA MAG. PETER FASSL**



## **A: Grundsätzliches:**

Vor dem Ankauf einer Liegenschaft werden seitens eines Projektentwicklers bzw. eines Bauträgers stets Überlegungen anzustellen sein, für welche Art der Bebauung und Verwendung eine bestimmte Liegenschaft geeignet ist, welche Projekte aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen tatsächlich umsetzbar sind, welche Risiken eine allfällige Projektumsetzung in sich birgt und schließlich welcher wirtschaftliche Erfolg erzielt werden kann.

Die am häufigsten anzutreffenden Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Flächenwidmung/dem Bebauungsplan, der Bestandfreiheit (ist die Liegenschaft/das darauf errichtete Gebäude vermietet oder leerstehend?), einer allfälligen Kontamination und – bei Revitalisierungen/Umbauten – der Zustand des Altbestandes. All diese Umstände haben enorme Auswirkungen auf den Erfolg/Misserfolg eines Projekts.

Die Entscheidungsgrundlagen so aufzubereiten, dass eine wirtschaftlich vernünftige Entscheidung für (oder auch gegen) den Ankauf einer Liegenschaft getroffen werden kann, nimmt in der Regel eine gewisse Zeit in Anspruch und kann nicht „von heute auf morgen“ abschließend beurteilt werden.

Die praktische Erfahrung zeigt allerdings, dass einerseits (im Hinblick auf Verwendungsmöglichkeiten und Kaufpreis) attraktive Liegenschaften ein relativ rares Gut geworden sind, sodass die dadurch gesteigerte Nachfrage rasches Handeln erfordert. Andererseits sind die Rahmenbedingungen (seien es die wirtschaftlichen, seien es die rechtlichen) nicht gerade leichter geworden, sodass der Entscheidungsprozess oftmals längere Zeit in Anspruch nimmt.

Demnach läuft man als Projektentwickler/Bauträger stets Gefahr, dass ihm eine interessante Liegenschaft von einem Mitbewerber „vor der Nase weggeschnappt“ wird.

Um sich die Zeit, die für eine gründliche Prüfung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen notwendig ist, zu schaffen, ist es von entscheidender Bedeutung, mit dem Abgeber eine entsprechende Vereinbarung zu treffen, die nach (positivem) Abschluss der Prüfung den Ankauf der Liegenschaft sichert.

Zu diesem Zweck bieten sich folgende rechtliche Instrumente an:

- Option
- Vorvertrag
- Punktation
- (aufschiebend/auflösend) bedingt abgeschlossener Kaufvertrag
- Kaufvertrag mit sog. „Besserungsklausel“

Diese Gestaltungsformen mit ihren Vor- und Nachteilen werden in der Folge dargestellt.

## **B: Gestaltungsformen:**

### **1. Option:**

#### **1.1 Definition/Inhalt:**

Die Rechtsform der Option ist gesetzlich nicht geregelt. Der Oberste Gerichtshof (OGH) definiert die Option als vertraglich begründetes Gestaltungsrecht, ein inhaltlich bereits festgelegtes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung in Geltung zu setzen. Der Optionsnehmer (Optionsberechtigte) hat somit das Recht, die in der Optionsvereinbarung getroffene Vertragsabrede durch bloße Abgabe einer Annahmeerklärung („Ja, ich will!“) wirksam werden zu lassen.

Demnach müssen in der Optionsvereinbarung bereits die notwendigen Vertragsinhalte („*essentialia negotii*“), also insbesondere der Vertragsgegenstand, der Kaufpreis und alle sonstigen von den Vertragsparteien zu übernehmenden Rechte und Verpflichtungen (Gewährleistungen, Haftung, etc.), geregelt sein. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass nicht vereinbarte (nicht geregelte) Nebenpunkte durch das Gesetz ergänzt werden. Schwierig ist in diesem Zusammenhang die Beurteilung der Frage, was als „Nebenpunkt“ zu qualifizieren ist. Als Faustregel gilt, dass über sämtliche Vertragspunkte, die Gegenstand der Vertragsverhandlung waren, Einigung erzielt werden muss. Andernfalls läge Dissens vor, der das Zustandekommen eines Vertrages verhindert.

Praktisch sollte daher entweder in der Optionsvereinbarung der (spätere) Vertragswille der Parteien abgebildet oder aber der im Fall der Ausübung der Option abzuschließende Vertragstext der Option als Beilage angeschlossen werden, um allfällige Unklarheiten zu vermeiden.

Weiters sollte in der Optionsvereinbarung auch ausdrücklich festgehalten werden, dass der Optionsgeber während der Laufzeit der Option keine Verfügungen über die optionsgegenständliche Liegenschaft trifft, diese insbesondere nicht belastet oder vermietet.

#### **1.2 Frist/Ausübung:**

Die Option wird regelmäßig für einen bestimmten, zwischen den Parteien vereinbarten Zeitraum gewährt, innerhalb dessen der Optionsberechtigte die Option ausüben kann. Eine gesetzliche Obergrenze bezüglich der Laufzeit gibt es grundsätzlich nicht (beachte aber Sittenwidrigkeit und Konsumentenschutzgesetz; in dieser Hinsicht können überlange Bindungsfristen zum Problem werden!). Eine verspätete (nach Ablauf der vereinbarten Frist) Ausübung der Option ist unwirksam. In diesem Zusammenhang wird empfohlen, **(i)** den Ablauf der Option genau zu definieren (am besten mit Datumsangabe), **(ii)** festzulegen, wie (in welcher Form) die Option auszuüben ist (Einschreiben, Telefax, Email) und **(iii)** worauf es bei der Rechtzeitigkeit ankommt (Datum des Einlangens beim Optionsgeber, Datum der Postaufgabe).

Wird die Option vom Optionsberechtigten rechtzeitig ausgeübt, so wird der Vertrag wirksam und der Optionsberechtigte kann infolge Ausübung der Option sogleich die Leistung (und nicht erst den Abschluss eines Vertrages) beanspruchen. Da Liegenschafts Kaufverträge bzw. zumindest die Einverleibungsklausel (Aufsandungserklärung) für die grundbücherliche Durchführung notariell beglaubigt unterfertigt werden müssen, empfiehlt es sich, in die Optionsvereinbarung eine

Einverleibungsklausel aufzunehmen und vom Optionsgeber beglaubigt unterfertigen zu lassen. Im Übrigen gibt es für die Option grundsätzlich keine Formvorschriften (Ausnahme s. 1.5).

## 1.2 Übertragung der Option an Dritte:

Grundsätzlich können Ansprüche aus einer Option an Dritte übertragen werden. Da dem Optionsgeber allerdings gegen seinen Willen kein anderer Vertragspartner aufgezwungen werden kann, ist es ratsam, die Möglichkeit der Abtretung der Rechte aus der Option an einen Dritten (z.B. an eine erst zu gründende Projektgesellschaft) in die Optionsvereinbarung aufzunehmen.

## 1.4 Entgelt:

Eine Option kann entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt werden. Wird die Option entgeltlich eingeräumt, so kann vereinbart werden, dass das vom Optionsberechtigten geleistete Entgelt im Fall der Ausübung der Option auf den Kaufpreis angerechnet wird. Wird eine entgeltlich eingeräumte Option vom Optionsberechtigten nicht ausgeübt, so verfällt das geleistete Optionsentgelt üblicherweise, verbleibt also beim Optionsgeber.

## 1.5 Form:

Wie bereits unter 1.2 ausgeführt, gibt es für Optionsvereinbarungen grundsätzlich keine Formvorschriften (nur die Aufsandungserklärung muss von den Parteien beglaubigt unterfertigt sein). Man könnte daher – rein theoretisch – eine Optionsvereinbarung auch mündlich rechtswirksam abschließen. Dies ist allerdings schon allein aus Beweis Zwecken nicht empfehlenswert. Regelmäßig wird man sich daher für eine schriftliche Optionsvereinbarung entscheiden.

Ist die Option jedoch nicht auf die Liegenschaft selbst, sondern auf den Erwerb der Eigentümergesellschaft (share deal) gerichtet, so ist zu beachten, dass der Erwerb von GmbH-Anteilen notariatsaktspflichtig ist. Demzufolge ist auch eine auf den Erwerb von GmbH-Anteilen gerichtete Option ebenfalls in Notariatsaktsform zu errichten, andernfalls diese unwirksam wäre!

## 1.6 Grunderwerbsteuer:

Die Grunderwerbsteuer wird erst mit Ausübung der Option ausgelöst. Bis dahin liegt kein Grunderwerbsteuerpflichtiges Rechtsgeschäft vor.

## 2. Vorvertrag (§ 936 ABGB):

### 2.1 Definition/Inhalt:

*„Von der Verabredung eines künftigen Vertrages.*

*§ 936. Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem*

*Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen.“*

Nach dieser Legaldefinition des Vorvertrages gemäß § 936 ABGB handelt es sich um eine Vereinbarung, in Zukunft einen (Haupt-) Vertrag abzuschließen.

Mit dem Vorvertrag kann der Abschluss des die Leistungspflicht begründenden Hauptvertrages hinausgeschoben werden, um allfällige Unklarheiten zu beseitigen oder den Eintritt bestimmter Umstände abzuwarten.

Der Vorvertrag wird aber nur verbindlich, wenn die wesentlichen Punkte geklärt und der Hauptvertrag weitestgehend konkretisiert ist. Demnach müssen wie bei der Option (siehe 1.1) die notwendigen Vertragsinhalte („*essentialia negotii*“) geregelt sein.

Die Bindung aus einem Vorvertrag ist gegenüber dem Hauptvertrag insofern geringer, als die Umstandsklausel (*clausula rebus sic stantibus*) zu beachten ist. Das bedeutet, dass der Vorvertrag bei wesentlicher Änderung vertragswesentlicher Umstände der Vorvertrag seine Gültigkeit verliert („... *die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird.*“).

## 2.2 Frist/Ausübung:

Die in § 936 ABGB genannte „*Zeit der Abschließung*“ darf nicht zu eng verstanden werden. Es kann sowohl ein bestimmtes Datum vereinbart, als auch auf den Eintritt einer Bedingung/Voraussetzung abgestellt werden. Erforderlich ist jedoch, dass sich der Abschlusszeitpunkt bestimmen lässt bzw. durch Vertragsauslegung ergibt.

Der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages ist – so die Errichtung des Hauptvertrages nicht vereinbarungsgemäß stattfindet – binnen Jahresfrist (gerichtlich) geltend zu machen, andernfalls der Anspruch untergeht und mit ihm sämtliche sonstige Ansprüche aus dem Vorvertrag.

Formvorschriften für die Errichtung eines Vorvertrages gibt grundsätzlich – ebenso wie bei der Option – keine, ausgenommen der Vorvertrag ist auf den Erwerb von GmbH-Anteilen (share deal) gerichtet. Diesfalls gilt wie bei der Option die Errichtung in Notariatsaktsform.

## 2.3 Entgelt:

Ähnlich einer Option kann ein Vorvertrag entgeltlich oder unentgeltlich abgeschlossen werden. Auch beim Vorvertrag sollte eine allfällige Anrechnung des für den Abschluss des Vorvertrages geleisteten Entgelts auf den Kaufpreis bei Abschluss des Hauptvertrages ebenso geregelt werden, wie das Schicksal des geleisteten Entgelts im Fall des Nichtzustandekommens des Hauptvertrages.

## 2.4 Form:

Formvorschriften für die Errichtung eines Vorvertrages gibt grundsätzlich – ebenso wie bei der Option – keine, ausgenommen der Vorvertrag ist auf den Erwerb von GmbH-Anteilen (share deal) gerichtet. Diesfalls gilt wie bei der Option die Errichtung in Notariatsaktsform.

## 2.5 Grunderwerbsteuer:

Die Grunderwerbsteuerschuld entsteht erst mit Abschluss des Hauptvertrages.

## 3. Punktation (§ 885 ABGB):

### 3.1 Definition/Inhalt:

*„§ 885. Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind.“*

Eine Punktation ist nach höchstgerichtlicher Definition die vorläufig verbindliche, konzeptartige Fixierung der Hauptpunkte eines damit abgeschlossenen Vertrages. Eine Punktation wird dann als Gestaltungsform gewählt, wenn zwar eine künftige ausführliche Regelung beabsichtigt ist, die Parteien mit entsprechendem Bindungswillen die wichtigsten Punkte aber bereits jetzt fixieren wollen.

Die Punktation muss die notwendigen Vertragsinhalte („*essentialia negotii*“) mit hinreichender Bestimmtheit enthalten, kann aber im Übrigen unvollständig sein.

Kommt die von den Parteien beabsichtigte detailliertere Regelung nicht zustande, so bleibt es beim Regelungsinhalt der Punktation; allfällig verbleibende Lücken werden mit Hilfe des dispositiven Rechts geschlossen.

### 3.2 Frist/Ausübung:

Im Hinblick darauf, dass der Punktation kein (weiterer) Vertrag folgt (sondern nur die Inhalte der Punktation allenfalls präzisiert werden), gibt es auch keine „Ausübung“ der Punktation und demnach auch keine entsprechende Frist. Der zeitliche Ablauf ist in der Punktation zu vereinbaren und stellt – so wie der übrige Inhalt der Punktation – einen (unmittelbar) durchsetzbaren Anspruch dar.

### 3.3 Entgelt:

Da sich aus der Punktation bereits ein Erfüllungsanspruch der Vertragsparteien ergibt, wird für den Abschluss der Punktation kein gesondertes Entgelt entrichtet.

### 3.4 Form:

Für die Punktation gilt das Schriftformerfordernis (argum: Aufsatz über die *Hauptpunkte*). Ergeben sich aus dem Gesetz darüber hinausgehende Formerfordernisse (z.B. Notariatsaktsform), so sind auch diese einzuhalten.

### 3.5 Grunderwerbsteuer:

Bei der Punktation entsteht mit Abschluss derselben die Grunderwerbsteuerschuld, da aus der Punktation (im Gegensatz zum Vorvertrag) ein Anspruch auf Vertragserfüllung entsteht.

#### **4. (aufschiebend/auflösend) bedingt abgeschlossener Kaufvertrag:**

##### 4.1 Definition/Inhalt:

Mit einem bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag kann dessen Rechtswirksamkeit (aufschiebend) bzw. Rechtsunwirksamkeit (auflösend) an das Eintreten gewisser, von den Parteien i.d.R. nur eingeschränkt beeinflussbarer Umstände (z.B. Erlassen eines Flächenwidmungs- und Bebauungsplans, Erteilung von Bewilligungen, Herstellung der Bestandfreiheit eines Gebäudes) abhängig gemacht werden.

Da bezüglich Rechts(un)wirksamkeit des Vertrages nur noch der (Nicht-) Eintritt der vereinbarten Bedingungen fehlt, muss der Vertrag seinem gesamten Inhalt nach fertig ausverhandelt sein. Ein „Nachjustieren“ findet beim bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag nicht mehr statt.

##### 4.2 Frist/Ausübung:

Üblicherweise – und das ist auch empfehlenswert – wird hinsichtlich des Bedingungseintritts eine bestimmte Frist ab Vertragsabschluss vereinbart, um einen endlosen Schwebezustand zu vermeiden. Tritt die Bedingung innerhalb der vereinbarten Frist nicht ein, so kommt im Fall der aufschiebenden Bedingung ein Vertrag nicht wirksam zustande. Im Fall der auflösenden Bedingung zerfällt der (von Beginn an wirksame) Vertrag wieder.

Für die Rechtswirksamkeit im Fall des Bedingungseintritts ist keine gesonderte Ausübungshandlung der Parteien erforderlich.

##### 4.3 Entgelt:

Beim aufschiebend bedingt abgeschlossenen Vertrag wird außer dem mit Rechtswirksamkeit fälligen Kaufpreis üblicherweise kein gesondertes Entgelt vereinbart. Beim auflösend bedingt abgeschlossenen Vertrag tritt ohnehin mit Unterfertigung durch die Parteien Rechtswirksamkeit ein und der Kaufpreis ist gemäß der vertraglich getroffenen Regelung vom Käufer zu entrichten. Allerdings sollten die Parteien für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung und der damit verbundenen Rückabwicklung auf eine allfällige Besicherung ihrer Ansprüche Bedacht nehmen.

##### 4.4 Form:

Für Kaufverträge gilt grundsätzlich die Formfreiheit. Lediglich die Einverleibungsklausel hat für grundbücherliche Zwecke schriftlich und beglaubigt unterfertigt zu sein. Ist der Kaufvertrag (bzw. Abtretungsvertrag) auf den Erwerb der Eigentümergesellschaft (share deal) gerichtet, so ist zu beachten, dass der Erwerb von GmbH-Anteilen notariatsaktpflichtig und demnach der Vertrag als Notariatsakt zu errichten ist.

##### 4.5 Grunderwerbsteuer:

Beim aufschiebend bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag entsteht die Grunderwerbsteuerschuld erst mit Bedingungseintritt. Beim auflösend bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag entsteht die Grunderwerbsteuerschuld mit Abschluss des Kaufvertrages, allerdings besteht im Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung die Möglichkeit, einen Antrag auf Nichtfestsetzung bzw. Rückerstattung der Grunderwerbsteuer gemäß § 17 GrEStG zu stellen.

## **5. Kaufvertrag mit sog. „Besserungsklausel“:**

### **5.1 Definition/Inhalt:**

Beim Kaufvertrag mit Besserungsklausel wird ein (unbedingter) Kaufvertrag abgeschlossen, wobei sich der Kaufpreis nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegebenen Wertes der Liegenschaft bemisst. Zusätzlich wird vereinbart, dass im Fall des zukünftigen Eintritts bestimmter Umstände (dabei handelt es sich in der Regel um Umwidmungen bzw. Änderungen der Bebauungsmöglichkeiten) ein „Nachschlag“ zum Kaufpreis (Besserungsbetrag) fällig wird.

Die Höhe des Besserungsbetrages errechnet sich nach der zwischen Parteien zu vereinbarenden Formel (regelmäßig unter Zugrundelegung objektiv bestimmter bzw. bestimmbarer Parameter wie Anzahl Quadratmeter erzielbarer WNF oder BGF, die mit einem bestimmten „Stückpreis“ versehen werden).

### **5.2 Frist/Ausübung:**

Regelmäßig wird vereinbart, dass der Besserungsbetrag nur dann zur Zahlung fällig wird, wenn der Besserungsgrund innerhalb einer bestimmten Frist ab Abschluss des Kaufvertrages eintritt.

Für die Rechtswirksamkeit der Besserungsvereinbarung im Fall des Eintritts des Besserungsgrundes und damit Fälligkeit des Besserungsbetrages ist keine gesonderte Ausübungshandlung der Parteien erforderlich.

### **5.3 Entgelt:**

Beim Abschluss eines Kaufvertrages mit Besserungszusage wird der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis mit Vertragsunterfertigung durch die Parteien, der Besserungsbetrag mit (fristgerechtem) Eintritt des Besserungsgrundes zur Zahlung fällig.

### **5.4 Form:**

Hier gelten die Ausführungen zu 4.4.

### **5.5 Grunderwerbsteuer:**

Die Grunderwerbsteuerschuld betreffend den eigentlichen (ursprünglich vereinbarten) Kaufpreis entsteht mit Unterfertigung des Kaufvertrages durch die Parteien. Die Grunderwerbsteuerschuld betreffend den Besserungsbetrag entsteht mit Eintritt dessen Fälligkeit.

## **C: Zusammenfassung:**

Erfahrungsgemäß finden in der Praxis hauptsächlich die Option, der aufschiebend bedingt abgeschlossene Kaufvertrag sowie der Kaufvertrag mit Besserungsklausel Verwendung. Mit Ausnahme der Option (schließlich räumt diese dem potentiellen Käufer das einseitige Recht ein zu entscheiden, ob der Optionsgegenstand erworben wird oder nicht) gilt für sämtliche Vertragstypen, dass die Voraussetzungen/Bedingungen, die zum Vertragsabschluss führen, genau definiert werden müssen, damit diese auch im Streitfall von einem unbeteiligten Dritten (Richter) überprüft werden können.