



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Vorkaufsrechte und Besitznachfolge
im Liegenschaftseigentum“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Mag. phil. Cornelius Schwärzler

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2022 / Vienna 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 044

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Familienunternehmen und Vermögensplanung (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Dr. iur. Christoph Beer

Bitte um Entschuldigung für das Deckblatt soeben. Universitäre Normen geben die Form vor. Das gilt nicht nur für die akademischen Grade und die Schriftart, sondern auch für die Tatsache, dass der offizielle Titel dieser Arbeit bereits bei ihrer Anmeldung festgelegt werden musste und nicht mehr verändert werden konnte. Eigentlicher Titel der Arbeit ist

Besitznachfolge und Vorkaufsrechte
im Liegenschaftseigentum
oder
Unwegsamkeiten und Grenzen der Privatautonomie

Eine Praxisarbeit

Eine Masterarbeit

Soweit in dieser Arbeit auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form verwendet werden, beziehen sie sich in gleicher Weise auf Frauen und Männer. Ist eine bestimmte natürliche Person gemeint, wird die jeweils geschlechtsspezifische Form oder deren Name verwendet.

“ (...) only I can live forever.”

Lord Voldemort in *Harry Potter and the Deathly Hallows: Part 2**

* Auch wenn Ihnen, verehrter Leserin, verehrter Leser, dieser Film von Warner Brothers aus dem Jahr 2011 nicht bekannt ist, werden Sie wahrscheinlich schon ahnen, dass Lord Voldemort das Ende der Geschichte nicht erlebt hat.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
-----------------------------	----

Quellenverzeichnis	IX
--------------------------	----

1. Einleitung	1
2. Besitznachfolgerechte an Liegenschaften.....	3
2.1. Grundlagen und Begrifflichkeiten	3
2.1.1. Rückfallsvereinbarung/Heimfallsrecht zugunsten des Voreigentümers – Auflösende Bedingungen.....	5
2.1.2. Drittbegünstigende Besitznachfolgerechte	7
2.2. Praxisfragen	11
2.2.1. Rechtsstellung des Zwischenerwerbers als Besitzvorgänger	12
2.2.1.1. Verfügungsrecht wie ein Fruchtgenussberechtigter	12
2.2.1.2. Erweiterte Rechtsstellung – Besitznachfolge auf den Überrest.....	15
2.2.1.3. Verbesserungen an der Sache	16
2.2.2. Pflichtteilsansprüche nach dem Zwischenerwerber	19
2.2.3. Grundbücherliche Sicherstellung von Besitznachfolgerechten	19
2.2.4. Exekutions- und Insolvenzrechtliche Fragen.....	21
2.2.4.1. Verwertung beim Zwischenerwerber.....	21
2.2.4.2. Verwertung beim Besitznachfolger	22
2.2.5. Mehrzahl von Besitznachfolgern – Reihenfolge/Gleichrangigkeit der Nachfolger, Ersatzregelungen bei Ausfall von Berechtigten ..	23
2.2.6. Mischformen von Rückfallsvereinbarungen und drittbegünstigenden Besitznachfolgerechten	24

2.2.7.	Aufhebung und Widerruf von Besitznachfolgerechten	25
2.2.8.	Nachträgliche Vereinbarung von Besitznachfolgerechten	28
2.2.9.	Abgabenrecht in der Besitznachfolge.....	29
2.2.9.1.	Grunderwerbsteuer.....	31
2.2.9.2.	Grundbuchseintragungsgebühr	35
2.3.	Zwischenergebnis.....	36
3.	Vorkaufsrechte an Liegenschaften	39
3.1.	Grundlagen.....	39
3.2.	Praxisfragen.....	40
3.2.1.	Einräumung des Vorkaufsrechtes.....	40
3.2.2.	Bestimmtheit des Kreises der Vorkaufsberechtigten.....	41
3.2.3.	Auslösung des Vorkaufsrechtes – Vorkaufsfälle	42
3.2.3.1.	Allgemein – Klassische Vorkaufsrechte	42
3.2.3.2.	Besonderheiten bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten	44
3.2.4.	Vorgang der Einlösung	46
3.2.4.1.	Angebot an den Vorkaufsberechtigten	46
3.2.4.2.	Frist zur Ausübung, Ausübungserklärung und Angebot der „wirklichen Einlösung“	46
3.2.4.3.	Einlösendspreis und Nebenleistungen	48
3.2.5.	Mehrzahl an Vorkaufsberechtigten	53
3.2.5.1.	Modell 1 – Reihenfolge der Vorkaufsberechtigten.....	54
3.2.5.2.	Modell 2 – Gleichrangigkeit der Vorkaufsberechtigten	55
3.2.6.	Vorkaufsrecht an einem reellen Teil einer Liegenschaft	56
3.2.7.	Grundbücherliche Wirkungen von Vorkaufsrechten.....	57

3.2.8. Unübertragbarkeit, Erlöschen und Fortbestehen von Vorkaufsrechten	58
3.2.8.1. Freiwilliger Verzicht auf das Vorkaufsrecht	59
3.2.8.2. Erzwungene Löschung des Vorkaufsrechtes durch Intimation	60
3.2.8.3. Tod des Vorkaufsberechtigten	62
3.2.8.4. Untergang vorkaufsberechtigter juristischer Personen ..	62
3.2.8.5. Aufhebung des Rechtsgeschäfts, Rücktritt vom Vertrag und Wandlung.....	63
3.2.8.6. Weitere Erlöschungsgründe bei Vorkaufsrechten.....	63
3.3. Zwischenergebnis.....	64
4. Schuldrechtliche Vereinbarungen als Erweiterungen von Vorkaufsrechten im Liegenschaftsrecht	67
4.1. Aufgriffs-, Übernahms- und Optionsrechte	67
4.2. De-facto-Übertragbarkeit von Vorkaufsrechten durch Verpflichtung zur Neueinräumung	69
4.3. Zwischenergebnis.....	70
5. Zusammenfassung der Ergebnisse	71
Abstract – Deutsch	73
Abstract – English	74

Abkürzungsverzeichnis

aA	Anderer Ansicht
AbgÄG 2015	Abgabenänderungsgesetz 2015
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	Ablehnend
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFG	Bundesfinanzgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
bzw	Beziehungsweise
dh	Das heißt
E	Entscheidung
EheG	Ehegesetz
EO	Exekutionsordnung
ErbRÄG	Erbrechts-Änderungsgesetz 2015
evtl	Eventuell
f	Folgende
ff	Fortfolgende
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955
GGG	Gerichtsgebührengesetz
ggü	Gegenüber

GP	Gesetzgebungsperiode
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz 1987
GUG	Grundbuchsumstellungsgesetz
GrWV	Grundstückswertverordnung
hA	Herrschende Ansicht
hL	Herrschende Lehre
hM	Herrschende Meinung
id(g)F	In der (geltenden) Fassung
idR	In der Regel
ieS	Im engeren Sinn
IO	Insolvenzordnung
iSd	Im Sinne des
iSv	Im Sinne von
iwS	Im weiteren Sinn
krit	kritisch
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	Litera
maW	Mit anderen Worten
mE	Meines Erachtens
mwN	Mit weiteren Nachweisen
NO	Notariatsordnung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Rsp	Rechtsprechung

RV	Regierungsvorlage
s	Siehe
StRefG 2015/16	Steuerreformgesetz 2015/2016
stRsp	Ständige Rechtsprechung
ua	Unter anderem
uä	Und ähnliche
uU	Unter Umständen
va	Vor allem
Vgl	Vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WEG	Wohnungseigentumsgesetz 2002
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
Z	Ziffer
zB	Zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
zust	Zustimmend

Quellenverzeichnis

Wissenschaftliche Quellen

Arnold Nikolaus/Bodis Andrei, Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz 1987¹⁷ (2020)

Beer Christoph/Kralik Stefan, Die Schenkung unter auflösender Bedingung, NetV 1997, 14

Cohen Alrun, Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016)

Csoklich Peter, Gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge bei Vor- und Wiederkaufsrecht, JBl 2020, 678

Dokalik Dietmar, Gerichtsgebühren¹³ (2017)

Eggmeier Barbara, Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33

Kronthaler Christoph, Die Besitznachfolgerechte (2019)

Fellner Karl-Werner, Geschäftsfähigkeit und „Rückabwicklung“ einer Grundbucheintragung, SWK 1/2009, 26

Fellner Karl-Werner, Grunderwerbsteuer: Kommentar¹⁵ (2016)

Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³

- Band §§ 353 – 379 ABGB (2011), darin
 - *Leupold Petra*, § 358

- Band §§ 552 – 646 ABGB (2017), darin
 - *Sailer Hansjörg*, §§ 604 – 646
- Band §§ 1045 – 1089 ABGB (2019), darin
 - *Mader Peter*, §§ 1072 – 1074
 - *Schwartze Andreas*, §§ 1075 – 1079

Hausmann Till/Vonkilch Andreas, Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG⁴ (2017)

Kletečka Andreas, Ersatz- und Nacherbschaft (1999)

Kletečka Andreas/Schauer Martin, ABGB-ON^{1.00-1.08} (rdb.at), darin

- *Bittner Ludwig/Hawel Stephan*, ABGB-ON^{1.05} § 778 (Stand 01.10.2018)
- *Fischer-Czermak Constanze*, ABGB-ON^{1.05} § 167 (Stand 01.10.2018)
- *Holzner Christian*, ABGB-ON^{1.05} §§ 358 und 364c (Stand 01.02.2020)
- *Kalss Susanne*, ABGB-ON^{1.05} § 882 Rz (Stand 01.03.2019)
- *Kletečka Andreas/Holzinger Diana*, ABGB-ON^{1.04} §§ 604 – 617 (Stand 01.01.2018)
- *Kronthaler Christoph*, ABGB-ON^{1.00} Anhang zu § 617 (Stand 01.05.2020)
- *Memmer Michael*, ABGB-ON^{1.04} § 516 (Stand 01.02.2020)
- *Spruzina Claus*, ABGB-ON^{1.02} §§ 652 und 696 (Stand 01.01.2017)
- *Verschraegen Bea*, ABGB-ON^{1.08} §§ 1072 – 1079 (Stand 01.05.2020)
- *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 861 (Stand 01.01.2018)

Kodek Georg E., Grundbuchsrecht² (Stand 01.09.2016, rdb.at), darin

- *Höller Agnes*, § 9 GBG
- *Kodek Georg E.*, §§ 20, 130 GBG
- *Rassi Jürgen*, § 10 GBG
- *Weigand Arno*, §§ 31 und 32 GBG

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund, Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020), darin

- *Apathy Peter/Neumayr Matthias*, §§ 608 – 617
- *Apathy Peter/Perner Stefan*, §§ 1072 – 1079
- *Bydlinski Peter*, §§ 881, 882
- *Musger Gottfried*, § 778

Nicolussi Julia, Zum Schicksal „höchstpersönlicher“ Vertragsverhältnisse beim Unternehmenstransfer, ZVglRWiss 2021, 159

Ogris Werner, Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister (1996), darin

- *Fischer-Czermak Constanze*, Veräußerungsverbot und Besitznachfolgerechte, 169
- *Hoyer Hans*, Zeitlich begrenztes Eigentum durch Vertrag? 283

Parapatis Felicitas, Vertrag zu Gunsten Dritter (2011)

Pelinka Michaela, Verzwickte praktische Probleme des Vorkaufsrechts, ecolex 2017/12, 1143

Pfeifer Michael/Riss Olaf, Das uneigentliche Vorkaufsrecht, wobl 2021, 379

Rassi Jürgen, Grundbuchsrecht³ (2019)

Rechberger Walter H., Welser Rudolf, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag (1986), darin

- *Hofmeister Herbert*, Wiederkehr des familiengebundenen Liegenschaftseigentums? Erörterung zur Verbücherung von „Besitznachfolgerechten“ und zur Theorie des „zeitlichen Eigentums“, 377

Rummel Peter/Lukas Meinhard, ABGB⁴ (rdb.at), darin

- *Aicher Josef*, §§ 1072 – 1079 (Stand 01.05.2017)

- *Welser Rudolf*, §§ 604 – 607 (Stand 01.11.2014)
- *Winner Martin*, §§ 358 und 364c (Stand 01.07.2016)

Samek Nina, Neues zum Besitznachfolgerecht, NZ 2007, 237

Schacherreiter Judith, Die Rechtsposition von Vor- und Nacherben in ausgewählten Streitfällen, JEV 2016, 40

Schwimann Michael/Kodek Georg E., ABGB Praxiskommentar

- Band 4⁵ (2018), darin
 - *Nemeth Kristin*, §§ 608 – 617
- Band 5⁵ (2021), darin
 - *Riedler Andreas*, §§ 881, 882
- Band 6⁵ (2021), darin
 - *Felzmann Petra/Spitzer Martin/Told Julia*, §§ 1073 – 1075
 - *Spitzer Martin/Told Julia*, §§ 1072, 1076 – 1079

Schwimann Michael/Neumayr Matthias, ABGB Taschenkommentar⁵ (2020), darin

- *Nemeth Kristin*, §§ 608 – 617
- *Schurr Francesco A.*, §§ 1072 – 1079

Twaroch Alfred/Wittmann Rudolf/Frühwald Karl, Kommentar zum Bewertungsgesetz²⁵ (2016)

Umlauft Manfred, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222

Wagner Kurt/Knechtel Gerhard, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ (Stand 01.01.2017, rdb.at)

Winkler Bettina, Intimation statt Klage, immolex 2019, 140

Webhofer-Neumayr Katharina/Webhofer Stefan, Das Vorkaufsrecht bei Liegenschaftsverträgen, Zak 2021/338

Welser Rudolf, Erbrechts-Kommentar (Stand 30.06.2018, rdb.at)

Rechtsprechung

Zivilgerichtsbarkeit

- LGZ Wien 30.11.1992, 46 R 2106/92 = NZ 1993/259 (*Hofmeister*)
- OGH 16.06.1930, 1 Ob 345/30 = SZ 12/85 = RS0025007
- OGH 10.10.1956, 1 Ob 432/56 = EvBl 1957/185
- OGH 20.01.1965, 7 Ob 322/64 = JBl 1966, 35 (*Gschnitzer*)
- OGH 09.01.1969, 1 Ob 308/68
- OGH 03.10.1972, 5 Ob 131/72 JBl 1974, 204 (*Rummel*)
- OGH 17.12.1980, 6 Ob 733/80 = SZ 53/177
- OGH 04.11.1981, 6 Ob 673/81 = JBl 1983, 203
- OGH 31.03.1982, 1 Ob 7/82 = NZ 1983, 42
- OGH 31.10.1989, 5 Ob 620/89 = ÖJZ 1990/21 (EvBl)
- OGH 03.07.1990, 5 Ob 54/90 = NZ 1990/190 (GBSlg)
- OGH 06.03.1991, 1 Ob 516/91 = SZ 64/24
- OGH 22.09.1993, 5 Ob 64/93
- OGH 06.09.1994, 5 Ob 73/94 = JBl 1995, 110
- OGH 21.12.1994, 6 Ob 665/94 = NZ 1997, 37 (*Kletečka*)
- OGH 31.01.1995, 5 Ob 2/95
- OGH 26.09.1995, 5 Ob 106/95 = NZ 1995/359 (*Hoyer*).
- OGH 09.07.1996, 5 Ob 2171/96t = NZ 1997/390 (*Hoyer*)
- OGH 31.03.1998, 2 Ob 2292/96i
- OGH 24.05.2000, 3 Ob 107/00g
- OGH 25.07.2000, 1 Ob 49/00p = SZ 73/120
- OGH 30.03.2001, 1 Ob 66/01 = ecolex 2001, 527 (*Thaler*)
- OGH 29.05.2001, 1 Ob 125/01s = EvBl 2001/190
- OGH 10.07.2001, 5 Ob 151/01v
- OGH 27.11.2001, 1 Ob 259/01x = JBl 2002, 458
- OGH 25.04.2004, 5 Ob 244/03y = MietSlg 56.119
- OGH 25.06.2004, 1 Ob 108/03v = SZ 2004/97

- OGH 21.12.2006, 2 Ob 132/06k
- OGH 18.09.2007, 5 Ob 114/07m
- OGH 11.03.2008, 4 Ob 14/08z = ecolex 2008/179 = MietSlg 60.115
- OGH 03.06.2008, 5 Ob 274/07s = EvBl 2008/171
- OGH 26.08.2008, 5 Ob 102/08y = bbl 2009/21 (*Auer/Eggelmeier-Schmolke*)
- OGH 02.04.2009, 8 Ob 161/08x = SZ 2009/45
- OGH 28.04.2009, 5 Ob 82/09h = NZ 2010/23
- OGH 03.09.2009, 2 Ob 40/09k = immolex 2010/65 (*Cerha*)
- OGH 18.04.2013, 5 Ob 58/13k = Zak 2013/398
- OGH 07.05.2013, 2 Ob 27/13d = immolex 2013/111 (*Cerha*)
- OGH 21.02.2014, 5 Ob 231/13a = MietSlg 66.150 = JBl 2014, 456
- OGH 28.03.2014, 2 Ob 89/13x = ecolex 2014/392 (*Schoditsch*)
- OGH 23.04.2014, 5 Ob 63/14x
- OGH 15.08.2015, 2 Ob 220/14p = EvBl 2015/106 (*Rohrer*)
- OGH 12.04.2016, 2 Ob 68/15m
- OGH 27.10.2016, 2 Ob 231/15g = iFamZ 2017/74 (*Schweda*)
- OGH 01.03.2017, 5 Ob 168/16s
- OGH 04.07.2017, 3 Ob 54/17p = iFamZ 2017/238 (*Schweda*)
- OGH 25.10.2017, 1 Ob 177/17m = EvBl-LS 2018/50 (*Weixelbraun-Mohr*)
- OGH 21.12.2017, 5 Ob 209/17x = NZ 2018/96 (*Spielmann*)
- OGH 29.01.2019, 4 Ob 220/18h = Zak 2019/536
- OGH 13.06.2019, 5 Ob 68/19i = immolex 2019/90 (*Till*) = NZ 2020/14 (*Bittner*) = wobl 2021/36 (*Nemeth*)
- OGH 22.10.2019, 5 Ob 130/19g
- OGH 27.11.2019, 5 Ob 131/19d = NZ 2020/136 (*Bittner*) = wobl 2021/93 (*Höllwerth*)
- OGH 16.01.2020, 5 Ob 148/19d = immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*)

- OGH 20.02.2020, 5 Ob 223/19h = immolex 2020/79, 269 (*Prader*) = ImmoZak 2020/38, 70 (*Dobler/Sollereder*) = NZ 2020/108, 377 (*Bittner*) = wobl 2020/59, 184 (*Höllwerth*) = Zak 2020/344, 214
- OGH 25.03.2020, 6 Ob 20/20i = EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*)
- OGH 20.05.2020, 4 Ob 63/20y = wobl 2020/97, 312 (*Vonkilch*) = EvBl 2020/125, 879 (*Brenn*)
- OGH 18.06.2020, 5 Ob 74/20y = ecolex 2020/412, 966 (*Horn/Berger*) = EvBl 2020/144, 1020 (*Weixelbraun-Mohr/Foglar-Deinhardstein*) = immolex 2021/53, 106 (*Richter*)
- OGH 06.08.2020, 2 Ob 40/20a
- OGH 17.09.2020, 2 Ob 173/19h
- OGH 30.11.2020, 5 Ob 77/20i
- OGH 27.05.2021, 5 Ob 52/21i = NZ 2022/5 (*Bittner*) = EvBl 2021/132 (*Felzmann/Weixelbraun-Mohr*)
- RIS-Justiz RS0038444
- RIS-Justiz RS0007955
- RIS-Justiz RS0010431
- RIS-Justiz RS0010791
- RIS-Justiz RS0002605
- RIS-Justiz RS0020202
- RIS-Justiz RS0020257
- RIS-Justiz RS0025007
- RIS-Justiz RS0107637
- RIS-Justiz RS0083800
- RIS-Justiz RS0012539
- RIS-Justiz RS0012571
- RIS-Justiz RS0006749
- RIS-Justiz RS0060181
- RIS-Justiz RS0020347
- RIS-Justiz RS0123747

Verwaltungsgerichtsbarkeit

- BFG 26.02.2021, RV/7100401/20182 = AFS 2021, 92 (*Endfellner*)
- VwGH 23.06.1983, 82/16/0142
- VwGH 28.02.2007, 2006/16/0189 = ÖStZB 2007/524
- VwGH 18.09.2007, 2007/16/0037
- VwGH 23.10.2008, 2007/16/02300

1. Einleitung

Das Zivilrecht bildet einen der ältesten Bestandteile der geltenden österreichischen Rechtsordnung. Seine Historie und schiere Normenvielfalt machen es unmöglich, all seine Facetten zu überblicken oder auch nur mit allen Gesetzesnovellierungen Schritt zu halten. Vieles ändert sich jedoch zum Glück nur so selten, dass auch Rechtsanwender ohne formale juristische Ausbildung auf grundlegende Prinzipien und Abläufe vertrauen können, ohne auch nur darüber nachdenken zu müssen; zum Beispiel, dass Personen ihre privaten Rechtsverhältnisse nach eigener Entscheidung gestalten dürfen (Privatautonomie) und mit ihren Sachen „*nach Willkühr schalten*“ können (Eigentumsrecht iSv § 354 ABGB). Doch auch wenn Eigentum das Vollrecht an einer Sache bedeutet, sind dem Eigentümer in der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse gewisse zivilrechtliche Schranken gesetzt, wie etwa bei der Rechtsnachfolge im Eigentum an einer Sache.

Die vorliegende Arbeit behandelt verschiedene Fragestellungen der *vertraglich* vorbestimmten Eigentumsnachfolge im österreichischen Zivilrecht. Fragen der Rechtsnachfolge lassen zwar zunächst an das Erbrecht denken, doch spielen sie nicht nur bei der Planung einer Rechtsnachfolge von *Todes* wegen, sondern auch bei der Gestaltung von Verträgen unter *Lebenden* eine bedeutende Rolle. Insbesondere im Bereich der sogenannten „vorweggenommenen Erbfolge“, dh der vertraglichen Regelung von Vermögensnachfolge zu Lebzeiten des Eigentümers, haben Vertragsbestimmungen regelmäßig nicht nur den Eigentumsübergang an einen *unmittelbaren* Nachfolger, sondern auch an dessen Rechtsnachfolger zum Gegenstand. Teilweise haben derartige Regelungen ihre Grundlage direkt im Gesetz (wie zB Vorkaufsrechte in §§ 1072 ff ABGB). Andere wiederum sind bloße Anlehnungen an bereits bestehende Rechtsinstitute („Besitznachfolge“ als vertragliches Modell von Nacherbschaften iSd §§ 608 ff ABGB) oder bilden sogar Neuschöpfungen der gelebten Vertragspraxis (zB Aufgriffs-, Übernahms- oder Optionsrechte).

Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit sind ausschließlich Fragen im Kontext des Liegenschaftseigentums, da Nachfolgeüberlegungen in der Praxis vor allem *Familien*vermögen betreffen und solches meist aus Immobilien besteht. Entscheidende Funktionen bei der rechtlichen Umsetzung von Nachfolgeregelungen hat dabei das Grundbuch. Liegenschaften unterscheiden sich damit von anderen Vermögenswerten, wie beweglichen körperlichen Sachen und Unternehmensbeteiligungen. Zwar spielen Nachfolgeüberlegungen auch im Gesellschaftsrecht und besonders im Stiftungsrecht eine bedeutende Rolle, die rechtlichen Parameter sind dort jedoch grundlegend verschieden von jenen im Immobilienrecht, weshalb sie nicht in dieser Arbeit behandelt werden.

Neben einer Darstellung der rechtsdogmatischen Grundlagen zu Vorkaufsrechten, Besitznachfolge und ähnlichen Regelungen behandelt die vorliegende Arbeit auch Fragestellungen der Praxis. Die Auswahl der Problematiken betrifft dabei unterschiedliche Rechtsbereiche, wie vor allem das allgemeine Zivil- und das Grundbuchsrecht, zu einem kleineren Teil aber auch das Beurkundungs- und das Abgabenrecht. Einige der dabei aufgezeigten Aspekte betreffen unangenehme Stolpersteine in der Praxis der Vertragsserrichtung. Manche davon haben sogar das Potential zur Entwicklung eines Erdrutsches, der Vertragsserrichter und hilflose Rechtsanwender unter sich begräbt. Missliche Lagen lassen sich durch gute Planung aber auch vermeiden. Wenn Sie, verehrte Leserin, verehrter Leser, bis zum Ende dieser Arbeit durchhalten, werden Sie hoffentlich zur Schlussfolgerung gelangen, dass die folgenden Seiten einen fundierten Beitrag dazu darstellen.

2. Besitznachfolgerechte an Liegenschaften

2.1. Grundlagen und Begrifflichkeiten

Das Gesetz ermöglicht es dem Eigentümer einer Sache, ihr rechtliches Schicksal nach seinem Ableben durch letztwillige Verfügung zu regeln. Der Rechtsnachfolger im Eigentum ist Testamentserbe oder Vermächtnisnehmer nach dem Verstorbenen. Eine letztwillig verfügende Person kann aber nicht nur ihren unmittelbaren Rechtsnachfolger bestimmen, sondern auch bereits dessen Nachfolger einsetzen (Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer¹ iSv §§ 608 – 617, 652 ABGB). Die einschlägigen Rechtsgrundlagen wurden zwar durch das ErbRÄG novelliert, die Neuerungen sind jedoch im Wesentlichen sprachlicher Natur.² Der materiellrechtliche Kern des betreffenden Normenbestandes ist seit dem 19. Jahrhundert unverändert. Da die Rechtsgrundlagen zur Nacherbschaft in der Literatur³ bereits umfassend aufgearbeitet wurden, enthält die vorliegende Arbeit keine schematische Darstellung dieses Rechtsinstituts. Es wird nur darauf Bezug nehmen, wo es nötig erscheint.

Die Vorausbestimmung der Eigentümerkette ist nicht erst bei der Rechtsnachfolge von *Todes* wegen, sondern bereits unter *Lebenden* möglich, dh mittels Vertrags. Soll der vorgesehene Nachfolger das Eigentum an der Sache gleich einem Erben oder Vermächtnisnehmer unentgeltlich erlangen und nicht nur das Recht zum entgeltlichen Erwerb der Sache haben (Vorkaufsrecht), so wird dies als „Besitznach-

¹ Bis zum ErbRÄG 2015 fand sich im ABGB noch der aus dem Lateinischen stammende Begriff „fideikommissarische Substitution“, den ich in dieser Arbeit jedoch aus Gründen der Aktualität kaum verwenden werde. Gleiches gilt für das „Nachlegat“.

² Sailer in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ Vor §§ 604 – 617 Rz 7.

³ Zur Rechtslage seit dem ErbRÄG 2015 va die Kommentierungen Apathy/Neumayr in KBB, ABGB⁶ §§ 608 – 617; Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} §§ 608 – 617; Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ §§ 608 – 617; Nemeth in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ §§ 608 – 617; Sailer in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ §§ 608 – 617; Welser, Erbrechts-Komm §§ 608 – 617 ABGB.

Zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 auch Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft (1999); Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 608 – 617 ABGB.

folgerecht“ bezeichnet. Ziel einer solchen Bestimmungen ist es, Nacherbschaften (oder mE eigentlich Nachvermächtnisse)⁴ nachzubilden.⁵

Besitznachfolgerechte können nach der Lehre und Rsp grundsätzlich in zwei Fallgruppen⁶ unterteilt werden, die sich durch die Rechtstechnik der Eigentumsübertragung unterscheiden:

- Auflösende Bedingungen, bei deren Eintritt das Eigentumsrecht des Erwerbes entweder an den vorherigen Eigentümer oder einen Dritten „fällt“
- echte oder unechte Verträge zugunsten Dritter, aufgrund derer der Erwerber einer Liegenschaft verpflichtet wird, diese einem Dritten zu Lebzeiten zu übergeben oder von Todes wegen zu überlassen

Sinnvoll erscheint mE aber auch eine Unterscheidung von Nachfolgevereinbarungen nach der Person des Nachfolgers:

- Rückfallsvereinbarungen zugunsten des Voreigentümers, bei denen das Eigentum des Erwerbers idR auflösend bedingt ist und dieses bei Bedingungseintritt wieder an den Veräußerer zurückfällt
- drittbegünstigende Besitznachfolgerechte, bei denen das Eigentum des Erwerbers bei Eintritt eines Ereignisses auf einen Dritten übergehen soll

In der Praxis sind für die verschiedenen Ausprägungen von Besitznachfolgerechten unterschiedliche Begriffe anzutreffen, die nicht einheitlich verwendet werden (wohl deswegen, weil das Besitznachfolgerecht eben nicht gesetzlich geregelt ist):

⁴ Die „Erbschaft“ bezieht sich auf die Summe *aller* vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten einer Person (§ 531 ABGB). Ein „Vermächtnis“ hingegen betrifft einen bestimmten Vermögenswert (§ 535 ABGB). Der Vergleich des Besitznachfolgerechtes zu Nach*vermächtnissen* ist daher mE passender. Vgl dazu auch *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 21. Er lehnt den Vergleich zum Nachvermächtnis sodann jedoch aus inhaltlichen Gründen ab.

⁵ *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB⁶ § 608 Rz 7; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 29; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 608 Rz 9; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 13; *Welser*, Erbrechts-Komm § 608 ABGB Rz 8.

⁶ vgl nur OGH 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*); *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.32.

- „Besitznachfolgerecht“ oder bloß „Nachfolgerecht“ sowohl in drittbegünstigender Ausprägung als auch für den Fall des Rückfalls an den Voreigentümer⁷
- „Heimfallsrecht“⁸, seltener auch „Rückfallsrecht“⁹
- „quasifideikommissarische Substitution“ in Anlehnung an die erbrechtliche Terminologie vor dem ErbRÄG¹⁰

In der hier gegenständlichen Arbeit werde ich die Ausprägungen des Besitznachfolgerechtes vor allem nach der Person des Nachfolgeberechtigten unterscheiden und daher als „Rückfallsvereinbarung“ bzw. „drittbegünstigende Besitznachfolgerechte“ bezeichnen, da ich diese Begriffe für die jeweils aussagekräftigsten halte.

Weiters werde ich in den kommenden Kapiteln diverse Fallkonstellationen darstellen, in denen der veräußernde Eigentümer als „A“, der Geschenkgeber als Zwischenerwerber „B“ und der drittbegünstigte Besitznachfolger als „C“ bezeichnet wird. Dabei werde ich auch Formulierungsbeispiele für die Vertragspraxis geben.

2.1.1. Rückfallsvereinbarung/Heimfallsrecht zugunsten des Voreigentümers – Auflösende Bedingungen

Bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung treten die Wirkungen des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts grundsätzlich sofort ein. Der Vertrag wird allerdings bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses wieder beseitigt. Das betreffende Ereignis

⁷ OGH 5 Ob 68/19i immolex 2019/90 (*Till*) = NZ 2020/14 (*Bittner*) = wobl 2021/36 (*Nemeth*); *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.31.

⁸ OGH 5 Ob 73/94 JBl 1995, 110; *Beer/Kralik*, Die Schenkung unter auflösender Bedingung, NetV 1997, 14; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 358 Rz 12; *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 358 Rz 13.

⁹ *Cohen*, Drittbegünstigung 297 f mwN; OGH 2 Ob 231/15g iFamZ 2017/74 (*Schweda*).

¹⁰ OGH 2 Ob 231/15g iFamZ 2017/74 (*Schweda*); *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 13.

wird als auflösende Bedingung bezeichnet.¹¹ Das Zivilrecht ermöglicht die Vereinbarung auflösender Bedingungen ganz allgemein (§ 897 iVm § 608 ABGB). Sie sind daher keine Besonderheit der Besitznachfolge oder der Nacherbschaft.

Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung ist auch in einem Schenkungsvertrag möglich. Der Geschenknehmer erwirbt aufgrund eines solchen Vertrages zwar das Eigentum an der Sache, seine Rechtsstellung ist jedoch zeitlich beschränkt. Nach der Rsp kann auch das Volleigentum unter einer auflösenden Bedingung stehen und bei einer unbeweglichen Sache im Grundbuch eingetragen werden.¹²

Der Fall des Vorablebens der Geschenknehmers ist in der Praxis die wohl häufigste auflösende Bedingung in Schenkungsverträgen. Die Bedingung kann aber auch in anderen Varianten ausgestaltet sein (zB kinderloses Vorversterben) oder auch auf ein anderes Ereignis als den Tod abstellen (zB Scheidung). Für die grundbücherliche Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts nach Eintritt der auflösenden Bedingung ist zu beachten, dass der Bedingungseintritt durch eine öffentliche Urkunde zweifelsfrei nachzuweisen ist.¹³ Dies ist beispielsweise in der Variante des Vorablebens des Geschenknehmers durch Vorlage einer Sterbeurkunde möglich.¹⁴ Hingegen wird der Nachweis der Kinderlosigkeit schwer oder sogar unmöglich zu erbringen sein.

Formulierungsbeispiel

(...)

Das Eigentumsrecht des Geschenknehmers B am Vertragsobjekt ist durch ein Rückfallsrecht zugunsten seiner Mutter A beschränkt. Für den Fall, dass der Geschenknehmer vor seiner Mutter verstirbt, ist

¹¹ Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 696 Rz 12.

¹² RIS-Justiz RS0038444, zuletzt OGH 18.09.2007, 5 Ob 114/07m; Rassi in Kodek, Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 30 mwN.

¹³ Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht² § 31 GBG Rz 32 ff.

¹⁴ LGZ Wien 46 R 2106/92 NZ 1993/259 (Hofmeister).

diese Schenkung dem ganzen Inhalte nach auflösend bedingt, sodass mit Eintritt der Bedingung das Eigentumsrecht der Geschenkgeberin wieder auflebt.

(...)

Aufsandungserklärung:

- 1) Die Einverleibung des Eigentumsrechtes für B, geboren am *, mit der anzumerkenden Beschränkung durch die Rückfallsvereinbarung¹⁵ gemäß Punkt * des Vertrages für A, geboren am *.*
- 2) Unter Vorlage einer amtlichen Sterbeurkunde über das erfolgte Ableben des B, geboren am *, sodann die Einverleibung des Eigentumsrechtes für A, geboren am *.*

2.1.2. Drittbegünstigende Besitznachfolgerechte

Im Gegensatz zu Rückfallsvereinbarungen in Form auflösender Bedingungen wird mit drittbegünstigenden Besitznachfolgerechtes beabsichtigt, das Eigentum an der Sache nach dem Zwischenerwerber B auf einen Dritten, den Besitznachfolger C, zu übertragen.¹⁶

Wenngleich drittbegünstigende Besitznachfolgerechte in der Rsp grundsätzlich anerkannt wurden,¹⁷ sind ihre rechtsdogmatischen Grundlagen und Wirkungen in der Lit¹⁸ im Detail seit jeher strittig. Die vorgebrachten Bedenken resultieren

¹⁵ Anstelle von „Rückfallsvereinbarung“ könnte in der Aufsandung auch die Bezeichnung „auflösende Bedingung“ gewählt werden; so geschehen im Anlassfall OGH 5 Ob 73/94 JBl 1995, 110.

¹⁶ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 14 mwN.

¹⁷ RIS-Justiz RS0007955; RS0083800; RS0002605; RS0010791; RS0010431; RS0006749; RS0012539; in jüngerer Vergangenheit auch OGH 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heiß*).

¹⁸ *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB⁶ § 608 Rz 7; *Beer/Kralik*, NetV 1997, 14; *Cohen*, Drittbegünstigung 295 ff; *Eggemeier*, Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33; *Fischer-Czermak*, Veräußerungsverbot und Besitznachfolgerechte, in *GedS Hofmeister* (1996) 169; *Hofmeister*, Wiederkehr des familiengebundenen Liegenschaftseigentums? Erörterung zur Verbücherung von „Besitznachfolgerechten“ und zur Theorie des „zeitlichen Eigentums“, in *FS Kralik* (1986) 377 (401); *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 358 Rz 12; *Hoyer*, Zeitlich begrenztes Eigentum durch Vertrag? in *GedS Hofmeister* (1996)

im Wesentlichen aus den strukturellen Unterschieden zwischen fideikommissarischer Substitution (Erbrecht) und Besitznachfolgerecht (allgemeines Schuld- und Sachenrecht).

Bei einer *Nacherbschaft* erwirbt der Nacherbe das Eigentum an der Sache stets als Gesamtrechtsnachfolger des Verstorbenen und nicht etwa des Vorerben.¹⁹ In Durchbrechung des bürgerlichen Eintragungsgrundsatzes erfolgt der Rechtserwerb des Vor- bzw Nacherben bereits im Zeitpunkt der jeweiligen Einantwortung und nicht erst durch Einverleibung im Grundbuch.²⁰ Bis zum Eintritt des Nacherbfalls ist die Erbenstellung zwischen Vor- und Nacherben funktional geteilt, dh ihnen kommen nur gemeinsam die Rechte eines Vollerben zu. Diese funktionale Teilung gilt auch bei Nachvermächtnissen, dh in der Ausprägung einer Einzelrechtsnachfolge.²¹

Das Prinzip von Gesamtrechtsnachfolge durch Einantwortung existiert allerdings nur im Erbrecht und kann nicht einfach in einem Vertrag unter Lebenden für anwendbar erklärt werden.²² Zur Nachbildung einer Nacherbschaft durch Vertrag bedarf es daher anderer Werkzeuge, um eine zumindest rechtsähnliche Figur zu erzeugen. Bei einem Besitznachfolgerecht wird der Titel des Besitznachfolgers zum Eigentumserwerb auf einem von zwei Wegen erzeugt:

283; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 29 ff; *Kronthaler* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} Anh zu § 617 Rz 1 ff; *Leupold* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 358 Rz 20 ff; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 608 Rz 9; *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.31 ff; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 13; *Samek*, Neues zum Besitznachfolgerecht, NZ 2007, 237; *Welser*, Erbrechts-Komm § 608 ABGB Rz 8; *Umlauf*, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222; *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 358 Rz 13.

Die wohl umfassendste Übersicht über den Meinungsstand und zugleich eine bewundernswert tiefgehende Auseinandersetzung damit brachte *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 57 ff.

¹⁹ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 27; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 8; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 652 Rz 14.

²⁰ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 23 mwN.

²¹ OGH 5 Ob 82/09h NZ 2010/23; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 652 Rz 26.

²² Vgl *Leupold* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 358 Rz 21 mwN.

- durch dreipersonale Vereinbarung zwischen dem Geschenkgeber A, dem Zwischenerwerber B und dem Besitznachfolger C, wobei der Eigentumserwerb des Zwischenerwerbers B *auflösend* bedingt oder befristet und jener des Besitznachfolgers C *aufschiebend* bedingt oder befristet ist;²³
- durch Vertrag zugunsten Dritter, wobei der Geschenkgeber A das Eigentum an der Sache dem Zwischenerwerber B überträgt und dieser verpflichtet wird, das Eigentum zu einem späteren Zeitpunkt auf den Besitznachfolger C zu übertragen.²⁴

Der Rechtsgrund für den Erwerb des Besitznachfolgers C liegt beim Vertrag zugunsten Dritter im Valutaverhältnis, dh im Verhältnis zum Geschenkgeber A.²⁵ Bei Besitznachfolgerechten wird dieses Verhältnis idR unentgeltlich sein. Im Falle einer dreipersonalen Vereinbarung hingegen werden zwei Schenkungen vorliegen; zunächst zwischen dem Geschenkgeber A und dem Zwischenerwerber B einerseits und anschließend zwischen A und dem Besitznachfolger C.²⁶

Quintessenz der dogmatischen Diskussion in der Lit ist die Frage, ob der Besitznachfolger C lediglich einen *schuldrechtlichen* Anspruch zum Erwerb der Sache hat oder aber eine *dingliche* Rechtsposition wie ein Nacherbe genießt. Spiegelbildlich stellt sich für den Zwischenerwerber B die Frage, ob er wie ein Vorerbe zeitlicher Eigentümer ist oder nur die Verpflichtung zur Übereignung der Sache an den Besitznachfolger C hat.²⁷

Der OGH erwähnt in verschiedenen E zwar die Möglichkeit der Schaffung zeitlichen Eigentums, musste aber nie die Frage beurteilen, ob es sich bei einem dritt-

²³ Kronthaler, Besitznachfolgerechte 38 ff.

²⁴ OGH 09.01.1969, 1 Ob 308/68; 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*); Leupold in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 358 Rz 22; *Parapatis*, Vertrag zugunsten Dritter 104; *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.32.

²⁵ *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁶ § 881 Rz 4 ff; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 882 Rz 31 ff; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 882 Rz 11 ff.

²⁶ Kronthaler, Besitznachfolgerechte 23.

²⁷ Siehe FN 18.

begünstigenden Besitznachfolgerecht in rechtsdogmatischer Hinsicht wirklich um einen Fall zeitlichen Eigentums handelt.²⁸ Mit Blick auf die E 5 Ob 148/19d ist mE eher davon auszugehen, dass der OGH dies nicht so sehen würde. In diesem Fall hatte der OGH die Zulässigkeit eines Besitznachfolgerechtes auf den Überrest zu beurteilen, bei dem die Person des Besitznachfolgers bloß bestimmbar, aber nicht im Voraus individuell determiniert war. Ein solches Besitznachfolgerecht wirke zwar nicht dinglich, allerdings gelte dies für alle Besitznachfolgerechte und im Bereich des Erbrechts auch für das Nachvermächtnis.²⁹

Die zweifelsohne faszinierende Diskussion über die Existenz oder Nichtexistenz von zeitlichem Eigentum im ABGB kann mE für Zwecke der Vertragspraxis offenbleiben. Die Rsp hat die Zulässigkeit von Besitznachfolgerechten anerkannt.³⁰ Zulässig ist es außerdem, Besitznachfolgerechte im Grundbuch einzutragen und damit Wirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen (siehe sogleich Punkt 2.2.3.). Ob die Rechtsstellung des Besitznachfolgers dabei nun schuldrechtlich oder wirklich sachenrechtlich ist, wird mit Blick auf die Judikatur weniger wichtig sein als die Tatsache, dass die Parteien mit der Vereinbarung des Besitznachfolgerechtes eine Rechtsähnlichkeit zur Nacherbschaft beabsichtigen.³¹ Dieser Umstand dürfte das kardinale Kriterium für die erfolgreiche Nachbildung der Nacherbschaft in einem Vertrag unter Lebenden sein.³² Bei der Vereinbarung eines Besitznachfolgerechtes sollte in der Praxis daher besonders darauf geachtet werden, dass eine solche Parteienabsicht zum Ausdruck kommt. Die bloße Vereinbarung eines Vertrages zu Gunsten des Besitznachfolgeberechtigten ohne jegliche Anlehnung an die Nacherbschaft könnte dazu führen, dass das Besitznachfolgerecht nicht die gewünschten Rechtswirkungen entfaltet.³³

²⁸ OGH 1 Ob 432/56 EvBl 1957/185; 1 Ob 7/82 NZ 1983, 42; 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*).

²⁹ OGH 5 Ob 148/19d immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*).

³⁰ Siehe FN 17.

³¹ OGH 5 Ob 148/19d immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*); 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*).

³² ZB OGH 3 Ob 54/17p iFamZ 2017/238 (*Schweda*).

³³ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 27 ff.

Formulierungsvorschlag:

(...)

In Anlehnung an die gesetzlichen Bestimmungen über die Nacherbschaft (§§ 608 ff ABGB) wird das Eigentumsrecht der Geschenknehmerin B hiermit durch das grundbücherlich anzumerkende Besitznachfolgerecht zugunsten ihres Neffen C beschränkt. Für den Fall, dass die Geschenknehmerin vor ihrem Neffen verstirbt, ist dieser berechtigt, das Besitznachfolgerecht auszuüben und die unentgeltliche Übertragung des Eigentums am Vertragsobjekt an ihn zu verlangen.

(...)

Aufsandungserklärung:

- 1) Die Einverleibung des Eigentumsrechtes für B, geboren am *, mit der anzumerkenden Beschränkung durch das Besitznachfolgerecht gemäß Punkt * des Vertrages für C, geboren am *.*
- 2) Unter Vorlage einer amtlichen Sterbeurkunde über das erfolgte Ableben des B, geboren am *, sodann die Einverleibung des Eigentumsrechtes für C, geboren am *.*

2.2. Praxisfragen

Während in der Lit die Nacherbschaft³⁴ und die Besitznachfolge³⁵ bereits ausführlich behandelt wurden, finden sich in der Praxis der Vertragsgestaltung immer wieder Fallkonstellationen und Fragestellungen, die leicht zu Rechtsunsicherheit führen oder sogar Anlass zu Rechtsstreitigkeiten geben. Einige ausgewählte Problematiken werden nun in den folgenden Kapiteln behandelt.

³⁴ Siehe FN 3.

³⁵ Siehe FN 18.

- 2.2.1. Rechtsstellung des Zwischenerwerbers als Besitzvorgänger
- 2.2.1.1. Verfügungsrecht wie ein Fruchtgenussberechtigter
- 2.2.1.1.1. Verfügungsrecht bei der drittbegünstigten Besitznachfolge

Im Bereich der Nacherbschaft kommt dem Vorerben die Stellung eines Fruchtgenussberechtigten zu (§ 613 Abs 1 ABGB). Nach hA ist das Eigentum zwischen Vor- und Nacherben funktional geteilt, dh dass sie bis zum Eintritt der Nacherbschaft nur gemeinsam die vollen Verfügungsbefugnisse eines Eigentümers haben.³⁶

Mangels anderweitiger Vereinbarung gelten die vorstehenden Ausführungen analog auch für den Bereich der Besitznachfolge. Für die Dauer seiner Eigentümerstellung kann der Zwischenerwerber B die Sache vollumfänglich nutzen und die Früchte daraus ziehen. Für ein Besitznachfolgerecht an einer Liegenschaft bedeutet dies, dass dem Zwischenerwerber B die Einkünfte aus deren Vermietung und Verpachtung zukommen. Die grundbücherliche Belastung, Veräußerung oder Abschreibung der Liegenschaft ist jedoch ohne Zustimmung des Besitznachfolgeberechtigten C nicht möglich.³⁷ In der Praxis wird das in dieser Strenge wohl nicht immer dem Wunsch der Parteien entsprechen (siehe dazu sogleich 2.2.1.2. Erweiterte Rechtsstellung – Besitznachfolge auf den Überrest). Die eingeschränkte Stellung des Zwischenerwerbers B bei der drittbegünstigten Besitznachfolge ist in Lit³⁸ und Rsp³⁹ jedenfalls unstrittig, weshalb eine nähere rechtsdogmatische Untersuchung an dieser Stelle entbehrlich erscheint.

³⁶ Apathy/Neumayr in *KBB*, ABGB⁶ § 613 Rz 2 ff; Kletečka/Holzinger in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 1 ff; Leupold in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 358 Rz 20; Nemeth in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 613 Rz 2 ff; Sailer in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 7; Welser, *Erbrechts-Komm* § 613 ABGB Rz 1 ff.

³⁷ OGH 5 Ob 131/19d NZ 2020/136 (*Bittner*) = wobl 2021/93 (*Höllwerth*).

³⁸ Apathy/Neumayr in *KBB*, ABGB⁶ § 613 Rz 2 ff; Kletečka/Holzinger in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 1 ff; Kronthaler in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} Anh zu § 617 Rz 12; Nemeth in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 613 Rz 2 ff; Sailer in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 13; Welser, *Erbrechts-Komm* § 613 ABGB Rz 1 ff.

³⁹ RIS-Justiz RS0010791; in jüngerer Vergangenheit OGH 5 Ob 209/17x NZ 2018/96 (*Spielmann*).

Erwähnt sei an dieser Stelle noch, dass die Analogie von Nacherbschaft und Besitznachfolge sich auf das materielle Recht bezieht. Anders als bei der Nacherbschaft ist daher bei einem Besitznachfolgerecht keine Zustimmung des Abhandlungsgerichtes als Substitutionsbehörde erforderlich, wenn der Zwischenerwerber B und der Besitznachfolgeberechtete C über die Sache verfügen wollen.⁴⁰

2.2.1.1.2. Verfügungsrecht bei Rückfallsvereinbarungen

Die vorstehenden Ausführungen zur eingeschränkten Verfügungsbefugnis des Zwischenerwerbers B gelten jedenfalls für den Bereich der drittbegünstigenden Besitznachfolge. Ob diese Grundsätze ohne Weiteres auch auf Rückfallsvereinbarungen übertragen werden können, ist mE zweifelhaft, wie folgendes Beispiel veranschaulichen soll.

Beispiel:

Herr A schenkt seiner Tochter B eine Liegenschaft, die diese gemeinsam mit ihrem Ehegatten G bewohnt. Für den Fall, dass B vor ihrem Vater verstirbt, soll die Schenkung auflösend bedingt sein und das Eigentum an der Liegenschaft daher wieder an A zurückfallen.

A versteht sich nicht mit seinem Schwiegersohn G. Nach einigen Jahren kriselt es auch in der Ehe von B und G. Es kommt zur Scheidung. Ist die Liegenschaft im Zuge der Scheidung in die Aufteilungsmasse einzubeziehen?

Anders als drittbegünstigende Besitznachfolgerechte sind Rückfallsvereinbarungen bei genauer Betrachtung nicht an die Nacherbschaft angelehnt, sondern stellen bloß auflösende Bedingungen dar (siehe dazu oben 2.1.1.). Wenn nun aber keine Rechtsähnlichkeit zur Nacherbschaft besteht, ist die Eigentümerstellung

⁴⁰ OGH 12.04.2016, 2 Ob 68/15m.

zwischen dem Geschenkgeber A und der Geschenknehmerin B nicht funktional geteilt. Ohne funktionale Teilung der Eigentümerstellung wiederum ist kein Grund ersichtlich, weshalb B in ihrer Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Liegenschaft beschränkt sein soll. Auflösende Bedingungen beinhalten keine Verfügungsbeschränkung. Die Geschenknehmerin B hat im obigen Beispiel aufgrund der Schenkung das volle Eigentum an der Sache erworben und kann dieses wohl an Dritte übertragen, wenngleich die auflösende Bedingung dabei bestehen bleibt.

Für die Lösung im obigen Beispiel bedeutet dies Folgendes: Eine in die Ehe eingebrachte oder von dritter Seite geschenkte Ehewohnung ist ua dann in die nacheheliche Aufteilung einzubeziehen, wenn der andere Ehegatte auf ihre Weiterbenützung angewiesen ist (§ 82 Abs 2 EheG). Zwar könnten B und G im Beispiel durch eine Opting-Out-Vereinbarung nach § 87 Abs 1 EheG ausschließen, dass im Aufteilungsverfahren ein dingliches Recht an der Liegenschaft übertragen wird, da der Geschenkgeber A jedoch nicht Partei eines solchen Vertrages wäre, hätte er keinen Einfluss darauf. Die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechtes gegen seinen Willen könnte er nur aufgrund eines Belastungs- und Veräußerungsverbotes verhindern, da dieses auch den Richter im Aufteilungsverfahren bindet.⁴¹ Sinnvollerweise sollte daher im Zuge der Schenkung von A an B nicht nur eine auflösende Bedingung, sondern auch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364c ABGB vereinbart werden.

Eine denkmögliche Alternativlösung für das obige Beispiel wäre es, im Zuge der Schenkung nicht nur die auflösende Bedingung des Vorablebens von B, sondern auch der Scheidung der Ehe von B und G zu vereinbaren. Eine ähnliche Bedingung wurde zumindest in zweiter Instanz einmal als sittenwidrig abgelehnt.⁴² Ob dies

⁴¹ OGH 5 Ob 2171/96t NZ 1997/390 (*Hoyer*), *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 364 Rz 4; *Winner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 364c Rz 16.

Durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot ist aber wohl nicht ausgeschlossen, dass der Richter dies unter dem Billigkeitsaspekt bei der Aufteilung der sonstigen ehelichen Ersparnisse berücksichtigen müsste, was wiederum G zu Gute käme. Zumindest wäre aber der Eigentumsübergang bezüglich der Liegenschaft an G effektiv verhindert.

⁴² *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.31 unter Hinweis auf LGZ Wien RPfISlgG 3539.

jedoch verallgemeinerungsfähig ist, erscheint mir zweifelhaft. Die Sittenwidrigkeit einer Vertragsklausel hängt nämlich immer auch von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab. Es ist daher mE nicht erstaunlich, dass beispielsweise eine für den Fall der Scheidung vereinbarte Verpflichtung zur Weiterübertragung des Eigentums an *Dritte* vor dem OGH standhielt.⁴³

2.2.1.2. Erweiterte Rechtsstellung – Besitznachfolge auf den Überrest

Im Erbrecht ist es ohne Weiteres möglich, die Stellung des Vorerben letztwillig dadurch zu erweitern, dass der Nacherbe von der Sache nur das erhalten soll, was beim Ableben des Vorerben davon noch übrig ist (Nacherbschaft oder Nachvermächtnis *auf den Überrest* iSd §§ 609, 652 ABGB). Der Vorerbe darf in einem solchen Fall *unter Lebenden* frei über die Sache verfügen, dh diese auch belasten oder sogar unentgeltlich veräußern, sofern er eine solche Verfügung nicht rechtsmissbräuchlich vornimmt. Die Rechtsnachfolge *von Todes wegen* hingegen ist mit dem Nacherben bzw Nachvermächtnisnehmer vorbestimmt.⁴⁴

Auch im Bereich der Besitznachfolge spricht nichts dagegen, eine Nachfolge auf den Überrest zu vereinbaren, schließlich ist die Besitznachfolge eine auf der Privatautonomie basierende Nachbildung von Nacherbschaft bzw Nachvermächtnis. Da das Gesetz keine Einschränkung diesbezüglich vorsieht, ist davon auszugehen, dass eine solche Vereinbarung möglich ist. Die Rsp lässt die grundbücherliche Eintragung eines solchen Besitznachfolgerechtes auf den Überrest dementsprechend auch zu.⁴⁵

⁴³ OGH 1 Ob 177/17m EvBl-LS 2018/50 (*Weixelbraun-Mohr*).

⁴⁴ *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB⁶ § 613 Rz 9; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 609 Rz 1 ff; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 614 Rz 4 ff; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 92 ff; *Welser*, Erbrechts-Komm § 609 ABGB Rz 1 ff.

⁴⁵ OGH 5 Ob 148/19d immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*); *Rassi* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 35.

Der behutsame Vertragsverfasser sollte sich mE jedoch nicht unreflektiert damit begnügen, dass die Vereinbarung einer Besitznachfolge auf den Überrest schlichtweg möglich ist – gerade *wegen* der Privatautonomie, die sie ermöglicht. Die Vertragsfreiheit der Parteien bedeutet, dass die Verfügungsbefugnisse des Zwischenerwerbers B ausdrücklich und differenziert geregelt werden können.⁴⁶ ME wird den Bedürfnissen der Vertragsparteien in der Praxis genau dies in aller Regel auch entsprechen. So könnte etwa vorgesehen werden, dass der Zwischenerwerber B die Liegenschaft zwar mit Hypotheken bis zu einer bestimmten Höhe belasten, aber keine sonstigen Belastungen oder gar Veräußerungen vornehmen darf (siehe sogleich Beispiel unten).

2.2.1.3. Verbesserungen an der Sache

Weder Rsp noch Lit scheinen sich bisher mit der Frage auseinander gesetzt zu haben, ob und inwieweit der Zwischenerwerber B ohne Zustimmung des Besitznachfolgers C Verbesserungen an der Liegenschaft vornehmen darf, und, falls Verbesserungen tatsächlich erfolgen, ob dem Zwischenerwerber B ein Ersatzanspruch gegenüber dem Besitznachfolger C zusteht. Auch das Gesetz enthält dazu keine speziellen Regelungen. Dies ist mE jedoch nicht erstaunlich und wohl auch nicht erforderlich, da nichts dagegensprechen dürfte, solche Fälle nach den Bestimmungen über das Fruchtgenussrecht (§§ 509 ff ABGB), die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1035 ff ABGB), das Bereicherungsrecht oder im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§ 914 ABGB) zu lösen.

Die Bedeutung der Thematik allfälliger Verbesserungen an der Sache sollte nicht unterschätzt werden, zumal die Besitznachfolge vor allem bei Liegenschaften eine große Rolle spielt und Liegenschaften regelmäßig bebaut oder zumindest baulich verändert werden (müssen).

⁴⁶ Gleiches ist aufgrund der *Testierfreiheit* natürlich auch bei Nacherbschaften und Nachvermächtnissen möglich.

Beispiel:

A schenkt seiner Tochter B eine Liegenschaft, auf der sich ein etwas in die Jahre gekommenes Wohnhaus befindet. Nach dem Tod von B soll die Liegenschaft an ihren Neffen C gehen, weshalb im Rahmen des Schenkungsvertrages ein entsprechendes Besitznachfolgerecht vereinbart wird. B soll die Liegenschaft vor allem zu persönlichen Wohnzwecken nutzen und auch entsprechend gestalten dürfen, was in der Folge auch geschieht. B hält das Haus nicht nur in Stand, sondern führt umfassende Sanierungen durch und errichtet eine Garage für zwei Elektroautos.

Inwieweit B im obigen Beispiel ohne Zustimmung von C bauliche Maßnahmen durchführen darf und ob ihre Erben einen Ersatzanspruch dafür gegen C haben, hängt von den Umständen dieses Einzelfalles ab und kann nicht ohne Weiteres beurteilt werden. Nimmt man die häufig genannte Analogie des befristeten Eigentums zum Fruchtgenussrecht ernst,⁴⁷ wird man zumindest die baulichen Gestaltungsbefugnisse von B restriktiv⁴⁸ einschätzen müssen. Ob dieses Ergebnis in der Praxis dem Wunsch der Vertragsparteien entspricht, darf bezweifelt werden. Und selbst wenn dem im Einzelfall so sein sollte, kann genau dies im Vertrag *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht werden, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Es erscheint mir daher sinnvoll, gleich anlässlich der Vereinbarung des Besitznachfolgerechts eine Regelung hinsichtlich allfälliger Verbesserungen an der Sache zu treffen, und zwar sowohl hinsichtlich der Frage, inwieweit B dazu überhaupt ohne Zustimmung von C befugt ist und ob ein Ersatzanspruch für solche Leistungen gebührt. Sinnvollerweise könnte eine derartige Regelung gleich auch vorsehen, dass B die Liegenschaft grundbücherlich belasten darf.

⁴⁷ Siehe bereits oben 2.2.1.1. mit den dort genannten Nachweisen.

⁴⁸ *Memmer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 516 Rz 10, dieser sogar mit Hinweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Formulierungsvorschlag zum Beispiel:

(...) B ist auch ohne Zustimmung von C befugt, Änderungen an der Substanz der Liegenschaft vorzunehmen, insbesondere durch bauliche Verbesserungen jedweder Art, soweit dies im Einzelfall nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zulässig ist.

B ist weiters auch ohne Zustimmung von C befugt, die Liegenschaft hypothekarisch zu belasten, sofern die betreffende Kreditverbindlichkeit zur Errichtung eines Wohnhauses auf der Liegenschaft und/oder in weiterer Folge zu dessen allfälliger Renovierung, Sanierung oder Umbau begründet wird. Sonstige grundbücherliche Belastungen der Liegenschaft oder ihre Veräußerung bedürfen jedoch der Zustimmung von C.

Allfällige von B auf der Liegenschaft getätigte Investitionen hat C für den Fall der Auslösung des Besitznachfolgerechts zum Zeitwert zu ersetzen. Allfällige auf dem Vertragsobjekt haftende Lasten, insbesondere aushaftende Kreditverbindlichkeiten, jedoch nur soweit diese für die Errichtung eines Wohnhauses auf der Liegenschaft und/oder in weiterer Folge dessen allfällige Renovierung, Sanierung oder Umbau begründet wurden, sind von C in den bestehenden Zinsen und Tilgungsverpflichtungen zu übernehmen. C hat die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger von B in diesem Zusammenhang vollkommen schad- und klaglos zu halten.

Dieser Formulierungsvorschlag ist natürlich kein Patentrezept für alle Einzelfälle der Besitznachfolge; möglicherweise nicht einmal taugliche Dauerlösung für einen Fall, auf den sie anfänglich zugeschnitten wird. Die Lebensdauer der betroffenen Vertragsparteien ist idR schlichtweg zu lang, als dass ein Vertrag über Generationen hinweg sinnvolle Detailregelungen treffen könnte. Keine Regelungen zu treffen, ändert die möglichen Probleme und Rechtsstreitigkeiten für die betreffenden Vertragsparteien jedoch auch nicht. Dieses Dilemma ist der Nacherbschaft und

der Besitznachfolge ureigen und wird nur aufgelöst werden können, wenn man solche Nachfolgeregelungen gar nicht erst aufkommen lässt.

2.2.2. Pflichtteilsansprüche nach dem Zwischenerwerber

Verstirbt der Zwischenerwerber B, so scheidet die vom Besitznachfolgerecht erfasste Sache aus seinem Vermögen aus und der Besitznachfolger C erwirbt das Eigentum daran. Wenn die Sache nun bis zum Tod des Zwischenerwerbers B zu dessen Vermögen gehört, so stellt sich die Frage, ob sie auch zur Pflichtteilsbemessungsgrundlage in der Verlassenschaft nach B zählt. Dem ist nicht so. In die Pflichtteilsbemessungsgrundlage ist nur das *frei vererbliche* Vermögen einzubeziehen. Gerade das trifft aber auf die vom Besitznachfolgerecht erfasste Sache nicht zu, und zwar in keiner der möglichen Ausgestaltungen:

- Bei einer Rückfallsvereinbarung fällt mit Eintritt der auflösenden Bedingung der Titel des Geschenknehmers B für seinen Eigentumserwerb weg.
- Bei einer drittbegünstigenden Besitznachfolge ist der Zwischenerwerber B verpflichtet, das Eigentum an den Besitznachfolger C zu übertragen. Bis dahin hat er lediglich die Stellung eines Fruchtgenussberechtigten (§ 613 Abs 1 ABGB analog).

Beides schließt eine Verfügung zugunsten der Pflichtteilsberechtigten aus, weshalb die Sache auch nicht zur Pflichtteilsbemessungsgrundlage zählt.⁴⁹

2.2.3. Grundbücherliche Sicherstellung von Besitznachfolgerechten

Die Möglichkeit der grundbücherlichen Sicherstellung von Besitznachfolgerechten wird in der Lit bereits seit langer Zeit verschieden⁵⁰ beurteilt. Während die

⁴⁹ OGH 6 Ob 665/94 NZ 1997, 37 (*Kletečka*); *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 778 Rz 2; *Musger* in *KBB*, ABGB⁶ § 778 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Komm § 779 ABGB Rz 9.

⁵⁰ Siehe FN 18.

Nacherbschaft grundbücherlich sichergestellt werden kann, wurde die Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten lange in Zweifel gezogen. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass erbrechtliche Prinzipien, insbesondere der Eigentumserwerb durch Einantwortung, nicht auf vertraglichem Weg nachgebildet werden können. Die grundbücherliche Anmerkung der Nacherbschaft habe nur *deklaratorische* Wirkung, für die vertragliche Besitznachfolge sei aber eine *konstitutive* Wirkung der Eintragung erforderlich, was bei einer Anmerkung nach § 20 lit a GBG nicht möglich sei.⁵¹ Auch hinsichtlich der Art der Eintragung wurden unterschiedliche Lösungen diskutiert.⁵²

Für die Vertragspraxis in neuerer Zeit ist die in der Lit geführte Diskussion zur Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten mE nicht mehr von Bedeutung. Besitznachfolgerechte können nämlich nach inzwischen stRsp durch Anmerkung gemäß § 20 lit a GBG im Eigentumsblatt grundbücherlich eingetragen werden. Alternativ kommt auch ein Hinweises gemäß § 5 Satz 2 GBG iVm § 12 Abs 3 GUG bei der Einverleibung im B-Blatt des Grundbuchs in Betracht. Der betreffende Besitznachfolger ist dabei bestimmt zu bezeichnen.⁵³ Feststeht auch, dass Besitznachfolgerechte nicht einverleibungs- oder vormerkungsfähig sind.⁵⁴

In der Praxis empfiehlt es sich weiters, anlässlich der Schenkung an den Zwischen-erwerber B und der Vereinbarung des Besitznachfolgerechtes für C eine Aufsan-dungserklärung für *beide* Rechtserwerbe vorzusehen (siehe Beispiel auf Seite 11 oben). Der Besitznachfolger C ist dann unter Vorlage einer Sterbeurkunde über das Ableben des Zwischenerwerbers B in der Lage, die Einverleibung seines Ei-gentumsrechts ohne weiteres Zutun der Erben des B herbeizuführen.⁵⁵ Sein

⁵¹ *Fischer-Czermak* in GedS Hofmeister 169; *Hofmeister* in FS Kralik 377 (401); Vgl auch *Leupold* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 358 Rz 21 mwN.

⁵² *Samek*, NZ 2007, 237 mwN.

⁵³ RIS-Justiz RS0083800; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 34.

⁵⁴ *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 9 GBG Rz 98 mwN zur Rsp.

⁵⁵ LGZ Wien 46 R 2106/92 NZ 1993/259 (*Hofmeister*).

Eigentumserwerb kann bis dahin durch eine entsprechende Anmerkung rangwahrend gesichert werden.⁵⁶

2.2.4. Exekutions- und Insolvenzrechtliche Fragen

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob Gläubiger des Zwischenerwerbers B oder des Besitznachfolgers C die von der Besitznachfolge erfasste Liegenschaft in der Exekution oder Insolvenz verwerten können.⁵⁷

2.2.4.1. Verwertung beim Zwischenerwerber

Ist die Rechtsstellung des Eigentümers durch eine *Nacherbschaft* beschränkt und diese Beschränkung im Grundbuch eingetragen, so kann ohne Zustimmung des Nacherben weder vertraglich noch zwangsweise ein Pfandrecht an der Liegenschaft begründet werden.⁵⁸ Eine angemerkte Nacherbschaft hindert auch eine Exekutionsführung zu Gunsten von Schulden der Verlassenschaft, wenn der Exekutionstitel nicht gegen den Nacherben erwirkt oder dessen Zustimmung gemäß § 9 EO nachgewiesen bzw im Prozessweg erzwungen wurde.⁵⁹ Dies gilt auch für die Besitznachfolge.⁶⁰

Die vorstehenden Grundsätze folgen aus der Überlegung, dass dem Vorerben nur die Stellung eines Fruchtgenussberechtigten zukommen soll, weshalb die betreffende Sache eigentlich nicht zu seinem Vermögen gehört und er nicht darüber verfügen kann. Der Nacherbe kann daher im Falle der Exekution die

⁵⁶ *Kronthaler* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} Anh zu § 617 Rz 24.

⁵⁷ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 141 ff.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0002605.

⁵⁹ OGH 3 Ob 54/17p iFamZ 2017/238 (*Schweda*).

⁶⁰ RIS-Justiz RS0010791.

Exszindierungsklage erheben.⁶¹ Sehr wohl der Exekution unterworfen sind die Erträge des Vorerben bzw des Zwischenerwerbers B aus der Liegenschaft.⁶²

Da im Insolvenzverfahren grundsätzlich die Vorschriften der EO sinngemäß anzuwenden sind, fällt nach der Rsp das Substitutionsgut auch im Falle der Insolvenz nicht in die Insolvenzmasse des Vorerben.⁶³ Dementsprechend steht dem Nacherben ein Aussonderungsrecht nach § 44 Abs 1 IO zu.⁶⁴

Die vorstehenden Ausführungen gelten nicht für Nacherbschaften oder Besitznachfolgen *auf den Überrest*. In diesen Fällen ist der Vorerbe bzw der Zwischenerwerber B in seiner Verfügung über die Sache frei,⁶⁵ weshalb einer Verwertung durch Gläubiger grundsätzlich nichts entgegenstehen dürfte.

2.2.4.2. Verwertung beim Besitznachfolger

Ein Zugriff auf die vom Besitznachfolgerecht erfasste Sache kommt erst nach Übergang des Eigentumsrechtes auf den Besitznachfolger C in Betracht. Allerdings können seine Gläubiger – ähnlich wie jene eines Nacherben⁶⁶ – sein Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb verwerten. Der Zwischenerwerber B wird dadurch in seiner Rechtsstellung nicht beeinträchtigt.⁶⁷ Da er jedoch die

⁶¹ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 143; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 16; je mwN.

⁶² *Schacherreiter*, Die Rechtsposition von Vor- und Nacherben in ausgewählten Streitfällen, JEV 2016, 40 (45).

⁶³ RIS-Justiz RS0012571.

⁶⁴ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 142; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 17; je mwN.

⁶⁵ OGH 5 Ob 148/19d immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*); *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB⁶ § 613 Rz 9; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 609 Rz 1 ff; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 614 Rz 4 ff; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 92 ff; *Welser*, Erbrechts-Komm § 609 ABGB Rz 1 ff.

⁶⁶ *Schacherreiter*, JEV 2016, 45.

⁶⁷ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 142.

Eigentümerstellung funktional mit dem Besitznachfolger C teilt, benötigt er für eine Verfügung über die Sache die Zustimmung der Gläubiger.⁶⁸

2.2.5. Mehrzahl von Besitznachfolgern – Reihenfolge/Gleichrangigkeit der Nachfolger, Ersatzregelungen bei Ausfall von Berechtigten

Wenngleich in der Praxis selten, spricht grundsätzlich nichts dagegen, mehrere Besitznachfolgeberechtigte vorzusehen. Dabei werden allerdings die zeitlichen Grenzen des § 612 ABGB für Nacherbschaften zu beachten sein, wonach diese bei unbeweglichen Sachen auf eine ungeborene Generation beschränkt sind. Der Gesetzgeber hat diese Einschränkung im Erbrecht vorgesehen, um überlange Vermögensbindungen zu vermeiden.⁶⁹ Nicht anderes gilt im Bereich der Besitznachfolge als Form einer vertraglichen Nacherbschaft.⁷⁰ Unter Hinweis auf die Parallele zur Nacherbschaft lehnte der OGH sogar die Perpetuierung eines vertraglich eingeräumten Fruchtgenussrechtes für Rechtsnachfolger ab.⁷¹

Sollen mehrere Besitznachfolger vorgesehen werden, so stellen sich in der Vertragsgestaltung ähnliche Fragen wie bei einer Mehrzahl an Vorkaufsberechtigten (siehe unten 3.2.5.):

- Sollen die Besitznachfolger zum gleichzeitigen und gleichteiligen Erwerb berechtigt sein oder einander jeweils in einer bestimmten Reihenfolge nachfolgen?
- Was gilt, wenn einer der Besitznachfolgeberechtigten wegen Verzicht oder Vorableben ausfällt?

⁶⁸ *Schacherreiter*, JEV 2016, 45.

⁶⁹ *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB⁶ §§ 611 – 612 Rz 1; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 612 Rz 1; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 611 – 612 Rz 2; *Sailer* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 611, 612 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Komm § 612 ABGB Rz 1.

⁷⁰ *Kronthaler*, Besitznachfolgerechte 178.

⁷¹ OGH 1 Ob 125/01s EvBl 2001/190.

Sinnvollerweise wird die Vereinbarung über das Besitznachfolgerecht solche Fragen ausdrücklich regeln. Ist dies nicht der Fall, wird die Beantwortung der Fragen mE allerdings nicht schwerfallen, da auf die Regelungen des Erbrechts zurückgegriffen werden kann. So sieht etwa § 555 ABGB für Testamente mit unbestimmten Erbquoten vor, dass die Erben zu gleichen Teilen berufen sein sollen. Weiters gilt im Bereich der Nacherbschaft, dass der Nacherbe im Zweifel auch Ersatzerbe ist (§ 608 ABGB). Für die Besitznachfolge als vertragliche Form von Nachvermächtnissen wird man mE in aller Regel vermuten können, dass die Parteien bei Vertragsabschluss wohl auch solche Regelungen beabsichtigt haben.

2.2.6. Mischformen von Rückfallsvereinbarungen und drittbegünstigenden Besitznachfolgerechten

Auch Mischformen einer Rückfallsvereinbarung und eines drittbegünstigenden Besitznachfolgerechtes sind in der Praxis nicht ausgeschlossen:

Beispiel:

Herr A ist Alleineigentümer einer Liegenschaft, die er gemeinsam mit seiner Ehegattin E bewohnt. A möchte die Liegenschaft dem gemeinsamen Sohn B schenken, allerdings hat dieser noch keine Nachkommen und pflegt gefährliche Hobbies. Die Liegenschaft soll außerdem keinesfalls an Bs Lebensgefährtin L gehen. Sollte B vor seinen Eltern A und/oder E versterben, soll die Liegenschaft zu gleichen Teilen an A und E gehen.

Zur Verwirklichung von As Vorhaben sollte der Schenkungsvertrag für den Fall des Vorablebens von B

- einerseits unter einer auflösenden Bedingung stehen (Rückfall an A) und
- andererseits die unentgeltliche Weiterübertragung an E vorsehen (drittbegünstigende Besitznachfolge).

Dabei sollte bestimmt werden, dass die Liegenschaft im Falle des Vorablebens von B vor beiden Elternteilen zu gleichen Teilen an diese geht bzw für den Fall, dass ein Elternteil seinerseits vorverstorben ist, die Liegenschaft zur Gänze an den verbleibenden Elternteil geht.

Eine derartige Konstellation ist in der Praxis nicht ausgeschlossen, da naturgemäß nicht im Vorhinein gesagt werden kann, ob B überhaupt vor seinen Eltern verstirbt und, falls doch, ob zu diesem Zeitpunkt einer oder noch beide Eltern leben.

Beispiel - Abwandlung vom obigen Beispiel mit Enkelkind:

B ist bereits Vater einer Tochter (C). Da C noch minderjährig ist, möchte A, dass die Liegenschaft im Falle des Vorablebens von B an ihn zurückfällt. Falls B jedoch nach A verstirbt, soll die Liegenschaft natürlich an As Enkeltochter C gehen.

Der Schenkungsvertrag wird zunächst wieder eine auflösende Bedingung enthalten (Vorableben des B vor A). Weiters wird der Vertrag auch ein drittbegünstigendes Besitznachfolgerecht zugunsten von C vorsehen, wobei dieses nur unter der Bedingung ausgelöst wird, dass zunächst A und später auch B verstirbt.

2.2.7. Aufhebung und Widerruf von Besitznachfolgerechten

Der Begriff „Aufhebung“ deutet im Vertragsrecht idR auf eine einvernehmliche Beendigung der Vertragsbeziehung unter Zustimmung sämtlicher Vertragsparteien hin. Ein „Widerruf“ hingegen ist eine einseitige Erklärung. Diese Unterscheidung spielt auch bei Besitznachfolgerechten eine Rolle.

Beispiel – Ähnlichkeit mit Nachvermächtnis oder Vertrag zugunsten Dritter?

Der Geschenkgeber A übergibt seine Liegenschaft an seinen Sohn B mit der Bestimmung, dass das Eigentum daran nach dessen Ableben auf seine Tochter C übergeht.

In der Folge verschlechtert sich das Verhältnis zwischen A und C, weshalb A die für C vereinbarte Besitznachfolge „widerrufen“ möchte.

Die Analogie der Besitznachfolge zu Nachvermächtnissen lässt es zunächst plausibel erscheinen, dass der Geschenkgeber A die Besitznachfolgeklausel gleich einem Testator jederzeit einseitig widerrufen kann und nicht etwa im Einvernehmen mit C aufheben muss. Besitznachfolgerechte sind allerdings keine Vermächtnisse. Sie werden nicht *letztwillig angeordnet*, sondern *vertraglich vereinbart*. Im Gegensatz zu Vermächtnissen, bei denen der Anspruch des Vermächtnisnehmers erst mit dem Tod des Testators entsteht, kann der Besitznachfolgeberechtigte seinen Anspruch bereits mit Vertragsabschluss erwerben – wenn die Parteien dies bei Vertragsabschluss beabsichtigen.

Bei einem Vertrag zugunsten Dritter richtet sich der Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs nach dem Inhalt der Vereinbarung (§ 881 Abs 2 ABGB). Im Zweifel erwirbt der begünstigte Dritte den Anspruch im Zeitpunkt seiner Verständigung davon.⁷² Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Besitznachfolgeberechtigte unter Zusendung einer Vertragskopie von seinem Anspruch verständigt wird,⁷³ aber auch dann, wenn bereits nach dem Urkundeninhalt feststeht, dass er aufgrund eines echten Vertrages zugunsten Dritter unmittelbar anspruchsberechtigt sein soll.⁷⁴ Grund dafür ist das schützenswerte Vertrauen des Dritten auf die

⁷² Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 882 Rz 18f mwN.

⁷³ OGH 2 Ob 220/14p EvBl 2015/106 (Rohrer).

⁷⁴ OGH 1 Ob 177/17m EvBl-LS 2018/50 (Weixelbraun-Mohr). Diese Entscheidung betraf einen Übergabsvertrag, in dem sich die Übernehmerin für den Fall ihrer Scheidung verpflichtete, die Liegenschaft an zwei Besitznachfolgeberechtigte weiterzuschenken. Die vertragliche Pflicht zur Schenkung wurde im Anlassfall als sittenwidrig bekämpft, was der OGH jedoch anders beurteilte. Es lag ein gültiger Vertrag zugunsten Dritter vor.

Erfüllung.⁷⁵ Dieses Vertrauen wird mE insbesondere dann entstehen, wenn der Besitznachfolger bei einem dreipersonalen Vertrag unmittelbar am Rechtsgeschäft mitwirkt und keine Widerrufsmöglichkeit zugunsten des Geschenkgebers vorgesehen wird.

Entspricht das Besitznachfolgerecht hingegen nach dem Willen der Vertragsparteien einem Nachvermächtnis, so hat der Besitznachfolger nach der Rsp zunächst noch keinen Erfüllungsanspruch und dem ursprünglichen Geschenkgeber steht (gleich einem Testator) der Widerruf der Besitznachfolgeklausel offen.⁷⁶ Zwar beruht der Anspruch des Besitznachfolgers mE auch in diesem Fall auf einem Vertrag zugunsten Dritter, die Widerruflichkeit folgt jedoch aus der beabsichtigten Rechtsähnlichkeit mit einem Nachvermächtnis.

In Anbetracht der Judikatur⁷⁷ zur Frage des Zeitpunkts des Anspruchsentstehens empfiehlt es sich in der Praxis der Vertragsgestaltung, die Widerruflichkeit eines Besitznachfolgerechts ausdrücklich zu regeln oder auszuschließen. Denkbar wäre es zB, das Besitznachfolgerecht zwar als echten Vertrag zu Gunsten Dritter zu bezeichnen, ebenso aber ein Widerrufsrecht für den Geschenkgeber vorzubehalten,⁷⁸ um im Ergebnis die gleiche Rechtslage wie bei einer letztwilligen Verfügung herzustellen.

⁷⁵ *Cohen*, Drittbegünstigung 154 f.

⁷⁶ OGH 5 Ob 68/19i immolex 2019/90 (*Till*) = NZ 2020/14 (*Bittner*) = wobl 2021/36 (*Nemeth*). In diesem Fall erachtete der OGH die Kriterien für das Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter für nicht erfüllt an, weshalb das Besitznachfolgerecht im Ergebnis als widerrufbar gesehen wurde. Die zu beurteilende Vertragsbestimmung lautete: „Für den Fall, dass die Geschenknehmerin vor den Geschenkgebern versterben sollte, ordnen die Geschenkgeber an, dass der Vertragsgegenstand ihren Enkelkindern C, geboren am *, M, geboren am * und M, geboren am * zukommen soll (Besitznachfolgerecht iSd §§ 608 ff und §§ 613 ff ABGB)“. Im Ergebnis komme diese Formulierung einem *letztwillig* verfüigten Nachvermächtnis nahe, weshalb von einer Widerruflichkeit auszugehen sei.

⁷⁷ Siehe FN 73, 74 und 76.

⁷⁸ Vgl OGH 17.09.2020, 2 Ob 173/19h. Diese Entscheidung betraf zwar kein Besitznachfolgerecht, gilt aber hinsichtlich der möglichen Vereinbarung einer Widerrufsmöglichkeit für alle Verträge zu Gunsten Dritter. Dazu auch *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 882 Rz 29; *Parapatis*, Vertrag zu Gunsten Dritter 182 ff.

Formulierungsvorschlag zum Beispiel:

(...) Dieses Besitznachfolgerecht wird C im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter unentgeltlich eingeräumt. Sie erwirbt den Anspruch jedoch erst mit dem Ableben des erstversterbenden A oder B. Der Geschenkgeber A ist daher berechtigt, das Besitznachfolgerecht bis zum Ableben von B ohne Angabe von Gründen und ohne Erbringung einer wie auch immer gearteten Ersatzleistung zu widerrufen. Ein solcher Widerruf kann nur höchstpersönlich erklärt werden und bedarf der Form eines Notariatsaktes.

2.2.8. Nachträgliche Vereinbarung von Besitznachfolgerechten

Besitznachfolgerechte werden in der Praxis im Zuge von Übergabs- und Schenkungsverträgen vereinbart. Dabei erfolgt eine Eigentumsübertragung vom Veräußerer A an den Erwerber B mit der Bestimmung, dass das Eigentum in weiterer Folge auf den Besitznachfolger C übertragen wird. Auf diese Weise wird für den Eigentumserwerb des C ein Rechtsgrund geschaffen, ohne den die Besitznachfolge nicht wirksam wäre.⁷⁹

Ein tauglicher Rechtsgrund liegt nicht vor, wenn die Besitznachfolge erst nach Erfüllung der Schenkung zwischen A und B vereinbart werden soll, da zu diesem Zeitpunkt weder ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegen kann noch eine Rechtsähnlichkeit mit einem Nachvermächtnis besteht. Der OGH hat daher mE zu Recht die Eintragung eines „Besitznachfolgerechtes“ abgelehnt, bei dem zwei Hälteeigentümer einer Liegenschaft schlichtweg vereinbarten, dass ihr jeweiliger Miteigentumsanteil im Todesfall auf den jeweils anderen übergehen soll.⁸⁰ Eine derartige Vereinbarung entspricht mE vielmehr einer Schenkung auf den Todesfall (§ 603 ABGB), welche nicht als solche im Grundbuch eingetragen werden kann.⁸¹

⁷⁹ Cohen, Drittbegünstigung 299; Kronthaler, Besitznachfolgerechte 40 f; jeweils mwN.

⁸⁰ OGH 5 Ob 58/13k Zak 2013/398.

⁸¹ OGH 25.08.2015, 5 Ob 131/15y.

Ein Besitznachfolgerecht kann daher nur im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentumsrechtes vereinbart werden. Dies gilt sowohl für die drittbegünstigende Besitznachfolge als auch für Rückfallsvereinbarungen in Form auflösender Bedingungen.

In jüngerer Vergangenheit hat der OGH die Möglichkeit der nachträglichen Vereinbarung eines Besitznachfolgerechtes offengelassen. Eine solche Vereinbarung wäre demnach uU dann möglich, wenn ein ausdrücklicher Bezug auf die ursprüngliche Eigentumsübertragung hergestellt werde. Im Anlassfall sah der OGH dies jedoch nicht als erfüllt an.⁸²

2.2.9. Abgabenrecht in der Besitznachfolge

Die Übertragung von Liegenschaftseigentum hat stets auch abgabenrechtliche Folgen. Die wichtigsten Abgaben sind dabei die Grunderwerbsteuer, die Grundbucheintragungsgebühr und die Immobilienwertsteuer. Bei Letzterer ergeben sich jedoch im Zusammenhang mit Besitznachfolgerechten keinerlei Besonderheiten, weshalb sie in dieser Arbeit nicht weiter behandelt wird.

Die Gesetzeslage in den relevanten Teilen des Abgabenrechts ist komplex und birgt in der Praxis zahlreiche Fallstricke, die dazu führen, dass die konkrete zivilrechtliche Gestaltung eines Vertrages oder einer letztwilligen Verfügung im Einzelfall oft auch (oder gerade *wegen*) der besonderen abgabenrechtlichen Situation gewählt wird:

Beispiel – doppelte Grunderwerbsteuer bei Besitznachfolgerechten:

A ist Eigentümer einer Liegenschaft, die er seiner Tochter B übertragen möchte. Gleichzeitig soll sichergestellt sein, dass das Eigentum nach dem Ableben von B auf deren Sohn C übergeht. Dieses Ergebnis kann

⁸² OGH 6 Ob 20/20i EvBl 2021/17 (*Painsi/Heil*).

natürlich mit einem Schenkungsvertrag samt Besitznachfolgevereinbarung erzielt werden, allerdings hat diese Lösung den Nachteil, dass für *beide* Vorgänge der Eigentumsübertragung Grunderwerbsteuer anfällt. In der Beratungspraxis ist genau dieser Umstand eines von mehreren Argumenten gegen die Vereinbarung einer Besitznachfolgeklausel, da das von A beabsichtigte wirtschaftliche Ergebnis auch auf einem anderen, steuerschonenderen Weg erzielt werden kann: Statt der Besitznachfolgevereinbarung kann das Eigentum an der Liegenschaft gleich dem intendierten Besitznachfolger C übertragen und seiner Mutter B ein Fruchtgenussrecht sowie ein Belastungs- und Veräußerungsverbot eingeräumt werden. Ihre Rechtsstellung würde sich damit praktisch nicht von jener als Besitzvorgängerin unterscheiden, die Grunderwerbsteuer wäre aber nur einmal zu entrichten.⁸³

Beispiel – Eintragungsgebühr vom dreifachen steuerlichen Einheitswert statt vom Verkehrswert:

M ist Eigentümerin eines Baugrundstückes, das sie zu gleichen Teilen ihrem Sohn S und seiner Lebensgefährtin L schenken möchte. Im Bereich der Grunderwerbsteuer sind die Erwerbe von S und L jeweils als unentgeltlich zu behandeln, woraus Begünstigungen im Vergleich zu einem entgeltlichen Geschäft unter Fremden resultieren.⁸⁴ Anders ist die Rechtslage jedoch im Bereich der Eintragungsgebühr: Nur S kommt als Sohn kraft gesetzlicher Anordnung in den Genuss der günstigeren

⁸³ Voraussetzung für die Gestaltung des Vertrages in dieser steuerschonenderen Variante ist natürlich, dass C unmittelbar als Partei am Vertrag beteiligt ist (und nicht nur im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter). Realistischerweise müsste er dafür bereits volljährig und geschäftsfähig sein. Bei Minderjährigkeit wäre für den Abschluss eines solchen Vertrages die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, welche wohl nicht erteilt werden würde. Vgl. *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 25.

⁸⁴ Aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses von M und S bzw. in Ermangelung einer Gegenleistung von L gilt der Erwerbsvorgang für beide Geschenknehmer als unentgeltlich (§ 7 Abs 1 Z 1 lit a und c GrEStG). Anstelle des Steuersatzes von 3,5 % gilt daher der günstigere Stufentarif iSd § 7 Abs 2 lit a GrEStG. Weiters ist als Bemessungsgrundlage der sogenannte Grundstückswert heranzuziehen (§ 4 Abs 1 GrEStG iVm GrWV). Dieser ist idR niedriger als der Verkehrswert der Liegenschaft. Vgl. *Arnold* in *Arnold/Bodis*, GrEStG¹⁷ § 7 Rz 34ff; *Fellner* in *Fellner*, GrEStG¹⁵ § 7 Rz 2ff.

Bemessungsgrundlage des dreifachen steuerlichen Einheitswertes (§ 26a Abs 1 Z 1 GGG). Dies gilt nicht aus der Sicht von L, für die das Gesetz keine Begünstigung vorsieht. Ihre Eintragungsgebühr errechnet sich damit vom Wert des eingetragenen Rechts (§ 26 Abs 1 GGG), womit der Verkehrswert gemeint ist.⁸⁵ In der Praxis bedeutet dies idR, dass L ein Vielfaches von der Eintragungsgebühr von S zu entrichten hätte. Kurioserweise sind die Grunderwerbsteuerbeträge in solchen Konstellationen oft so niedrig, dass es aus Sicht der Familie sinnvoller erscheint, die Liegenschaft zunächst zur Gänze an S zu übertragen und dieser anschließend in einem zweiten Vertrag einen ideellen Hälfteanteil seiner Lebensgefährtin schenkt. Damit fällt zwar für den betreffenden Hälfteanteil zweimal Grunderwerbsteuer an, die Parteien kommen aber in den Genuss einer begünstigten Eintragungsgebühr, da zunächst zwischen M und S sowie anschließend zwischen S und L ein begünstigtes Personenverhältnis vorliegt (Erwerberkette iSd § 26a Abs 1 letzter Satz GGG). Diese Ersparnis bei der Eintragungsgebühr wiegt in der Praxis oftmals die doppelte Grunderwerbsteuerbelastung auf.

Abgabenrechtliche Besonderheiten ergeben sich auch für den Themenkreis der Besitznachfolge. Diese betreffen jedoch vorwiegend auflösende Bedingungen und nicht drittbegünstigende Besitznachfolgerechte.

2.2.9.1. Grunderwerbsteuer

2.2.9.1.1. Rechtsgrundlagen

Im Bereich der Grunderwerbsteuer sieht zunächst § 17 GrEStG verschiedene Tatbestände der Nichtfestsetzung oder Abänderung der Steuer vor, insbesondere für die Rückgängigmachung von Rechtsgeschäften. Nach der Rechtsprechung ist jedoch für den Rückfall des Eigentums an einer Liegenschaft an den ursprünglichen

⁸⁵ Dokalik, GGG¹³ § 26 GGG Bemerkung 1).

Eigentümer infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung nicht § 17 GrEStG, sondern § 5 BewG einschlägig.⁸⁶

Ein auflösend bedingt erworbenes Wirtschaftsgut wird zunächst wie ein unbedingt erworbenes behandelt (§ 5 Abs 1 BewG). Eine Schenkung unter auflösender Bedingung ist daher in einem ersten Schritt grunderwerbsteuerpflichtig. Tritt später die auflösende Bedingung ein, so erlischt das ursprünglich steuerpflichtige Rechtsgeschäft (§ 5 Abs 2 BewG). Die dafür entrichtete Grunderwerbsteuer kann sodann rückerstattet werden. Der Eintritt der auflösenden Bedingung führt seinerseits nicht zu einem neuen steuerpflichtigen Erwerbsvorgang.⁸⁷

2.2.9.1.2. Frist zur Berichtigung bei auflösenden Bedingungen

Eine heikle Besonderheit gilt für die *Frist* zur Stellung des Antrages auf Berichtigung. Der einschlägige § 5 Abs 2 BewG ist missverständlich, indem er die Frist wie folgt regelt: „Der Antrag ist bis zum Ablauf des Jahres zu stellen, das auf den Eintritt der Bedingung folgt.“ Gemeint ist offenbar, dass die Frist am letzten Tag jenes Jahres endet, in dem die Bedingung eintritt. Bei Eintritt der auflösenden Bedingung am 01.08.2022 endet daher die Frist zur Antragstellung am 31.12.2022, und nicht etwa am 31.12.2023.⁸⁸ Dies widerspricht mE dem Gesetzeswortlaut, der vom Jahr spricht, „das auf den Eintritt der Bedingung folgt“, und nicht etwa vom Jahresablauf, „der auf den Eintritt der Bedingung folgt“.

Darüber hinaus handelt es sich um eine sogenannte Ausschlussfrist (§ 5 Abs 2 letzter Satz BewG). Eine Fristerstreckung ist daher nicht möglich.⁸⁹ Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einer Rückfallsklausel im Vorablebensfall des Geschenk-

⁸⁶ VwGH 23.06.1983, 82/16/0142.

⁸⁷ VwGH 23.06.1983, 82/16/0142.

⁸⁸ In diesem Sinn *Twaroch/Wittmann/Frühwald*, BewG²⁵ § 5 BewG Rz 2.

⁸⁹ *Twaroch/Wittmann/Frühwald*, BewG²⁵ § 5 BewG Rz 3.

nehmers am 30.12. eines Jahres der Antrag auf Berichtigung bereits am 31.12. (dem Folgetag!) gestellt werden müsste. Ob der Gesetzgeber die Möglichkeit solch unverhältnismäßig kurzer Frist wirklich beabsichtigt hat, erscheint mir zweifelhaft und, selbst wenn man dies bejaht, verfassungsrechtlich bedenklich. Nicht ausgeschlossen ist mE, dass es sich schlichtweg um einen Schreibfehler in Lit und Rsp handelt. Einstweilen ist dieses kuriose Ergebnis aber als Status quo zur Kenntnis zu nehmen.⁹⁰ In der Kautelarpraxis wird daher sowohl bei der Belehrung der Parteien anlässlich der Vertragsunterfertigung als auch bei der Abwicklung von Rückfallsvereinbarungen im Anlassfall besondere Aufmerksamkeit erforderlich sein, wenn Klienten nicht um eine *de facto* Befreiung von der GrESt umfallen sollen.⁹¹

2.2.9.1.3. Drittbegünstigende Besitznachfolge – Erwerb vom Vormann?

Bei der Berechnung der Grunderwerbsteuer für einen Rechtserwerb spielt es eine wichtige Rolle, zwischen welchen Vertragsparteien der Erwerb stattfindet:

- Handelt es sich um Familienangehörige iSd § 26a Abs 1 Z 1 GGG, so gilt eine gesetzliche Fiktion der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts, für das sodann begünstigte Steuersätze und eine meist niedrigere Steuerbemessungsgrundlage gilt als etwa bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft zwischen Fremden.⁹²
- Weiters ist bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften zu beachten, dass Erwerbe zwischen denselben Personen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren zusammenzurechnen sind, dh sie werden so behandelt, als würden sie gleichzeitig stattfinden, was zu einer höheren Progressionsstufe bei den

⁹⁰ VwGH 23.06.1983, 82/16/0142; *Arnold* in *Arnold/Bodis*, GrEStG¹⁷ § 17 Rz 11; *Fellner* in *Fellner*, GrEStG¹⁵ § 17 Rz 20; *Twaroch/Wittmann/Frühwald*, BewG²⁵ § 5 BewG Rz 3.

⁹¹ BFG RV/7100401/20182 AFS 2021, 92 (*Endfellner*).

⁹² *Arnold* in *Arnold/Bodis*, GrEStG¹⁷ § 7 Rz 34ff; *Fellner* in *Fellner*, GrEStG¹⁵ § 7 Rz 2ff.

Steuersätzen und damit zu einer höheren Grunderwerbsteuer führt – *wenn* die Erwerbe zwischen denselben Personen stattfinden.

Bei der Abwicklung eines drittbegünstigenden Besitznachfolgerechts finden zwei Eigentumserwerbe statt, für die je einmal Grunderwerbsteuer anfällt; zunächst bei der Übertragung vom ursprünglichen Eigentümer A an den Zwischenerwerber B und später bei Auslösung des Besitznachfolgerechts an den Besitznachfolger C. Dabei stellt sich aus grunderwerbsteuerrechtlicher Sicht die berechtigte Frage, ob der Erwerb des C von A oder B erfolgt. Je nach Personenkonstellation im Einzelfall hat dies nämlich Konsequenzen für den anzuwendenden Steuersatz und eine eventuelle Zusammenrechnung mit Vorerwerben innerhalb der vorangegangenen fünf Jahre.

Nach Praxis der Finanzverwaltung gilt zumindest für landwirtschaftliche Hofübergaben, bei denen das weiterzuübertragende Grundstück konkret bestimmt ist, dass der Erwerb des Nachfolgers C direkt von A und nicht etwa von B erfolgt. Der Übereignungsanspruch werde nämlich zwischen A und C begründet. Anders verhalte es sich, wenn das zu übertragende Grundstück nicht konkret bezeichnet sei und C erst mit B über die Größe und die genaue Lage des Grundstücks verhandeln müsse.⁹³ (Derartige Nachfolgeklauseln sind in landwirtschaftlichen Übergabsverträgen nicht unüblich).

Die soeben dargestellte Ansicht der Finanzverwaltung bezieht sich zwar auf ein Beispiel aus der Landwirtschaft und auf die Rechtslage vor der Grunderwerbsteuerreform des StRefG 2015/2016 und des AbgÄG 2015, muss mE jedoch auch für die derzeitige Rechtslage gelten. Weiters sind keine Gründe ersichtlich, wieso die Ansicht der Finanzverwaltung nicht auch für Übertragungen von Grundvermögen (dh nicht landwirtschaftlich) gelten soll. Im Ergebnis bedeutet dies für Fälle der

⁹³ *Fellner* in *Fellner*, GrEStG¹⁵ § 1 Abs 1 Z 1 Rz 208a; Information des Bundesministeriums für Finanzen vom 11.11.2014, Vorgangsweise bei verschiedenen Sachverhalten im Zusammenhang mit der Neufassung des Grunderwerbsteuergesetzes durch das Bundesgesetz BGBl I Nr 36/2014, BMF-010206/0101-VI/5/2014.

klassischen Besitznachfolge, bei denen eine bestimmte Liegenschaft zunächst von A auf den Geschenknnehmer B und anschließend auf den Besitznachfolger C übergeht, dass die Grunderwerbsteuervorgänge zwischen A und B bzw A und C stattfinden, nicht jedoch zwischen B und C.

2.2.9.2. Grundbuchseintragungsgebühr

Das Gerichtsgebührengesetz sieht in § 30 GGG zwar Fälle der „Änderung der Gebührenpflicht“ vor, diese sind jedoch nicht mit § 17 GrEStG vergleichbar. Auch die im GGG unmittelbar angesiedelten Anmerkungen zu Tarifpost 9, die verschiedene Ermäßigungen und Befreiungen von der Eintragungsgebühr vorsehen, enthalten keine besondere Regelung für die Rückabwicklung eines Rechtsgeschäfts.

Anders als bei der Grunderwerbsteuer ist bei der Eintragungsgebühr auf den formalen äußeren Tatbestand abzustellen: Wurde eine Grundbuchseintragung vollzogen, ist die Gebühr dafür zu entrichten. Im Ergebnis besteht bei der Abwicklung einer Rückfallsvereinbarung nicht nur keine Möglichkeit zur Rückerstattung der bereits entrichteten Eintragungsgebühr,⁹⁴ vielmehr ist für die neuerliche Eintragung des ursprünglichen Eigentümers im Grundbuch wiederum Eintragungsgebühr zu zahlen.⁹⁵

Für drittbegünstigende Besitznachfolgerechte ergeben sich bei der Eintragungsgebühr keine Besonderheiten. Der Besitznachfolger hat die Grundbuchseintragungsgebühr im Zuge der Einverleibung seines Eigentumsrechtes wie jeder andere Erwerber nach den allgemeinen Regelungen zu tragen.

⁹⁴ VwGH 2006/16/0189 ÖStZB 2007/524 (einvernehmliche Aufhebung eines Kaufvertrages); mit ausdrücklicher Betonung des Unterschieds zu § 17 GrEStG auch VwGH 18.09.2007, 2007/16/0037; Dokalik, GGG¹³ § 31 Entscheidung 8.

⁹⁵ VwGH 23.10.2008, 2007/16/0230; *Fellner*, Geschäftsfähigkeit und „Rückabwicklung“ einer Grundbuchseintragung, SWK 1/2009, 26.

2.3. Zwischenergebnis

Die Rechtsfigur der Besitznachfolge mag zwar in der Lit⁹⁶ bereits seit langer Zeit ausführlich behandelt sein, die Vielzahl der höchstgerichtlichen Entscheidungen⁹⁷ dazu zeigt jedoch, dass in der Praxis immer wieder Unklarheiten bestehen. Die Rsp hat zwar einige der in der Lit strittigen rechtsdogmatischen Fragen weitgehend geklärt (wie etwa die Möglichkeit der grundbücherlichen Sicherstellung von Besitznachfolgerechten und deren Wirkung in der Exekution und Insolvenz), so manchem Fallstrick der Kautelarpraxis liegt jedoch nicht unbedingt ein kniffliges rechtsdogmatisches Problem als vielmehr der Umstand zu Grunde, dass Besitznachfolgevereinbarungen in aller Regel auf lange Zeiträume ausgelegt sind und auch ein gewissenhaft formulierter Vertrag nicht jede Lebensrealität bis ins Detail regeln kann. Die mE erwähnenswerten Problematiken für die Praxis der Vertragsserrichtung sind aus zivil- und grundbuchsrechtlicher Sicht wie folgt:

- Drittbegünstigende Besitznachfolgerechte sollten in ihrer Formulierung stets Bezug auf die Bestimmungen der Nacherbschaft nehmen (§§ 608 ff ABGB). Die Möglichkeit der grundbücherlichen Sicherstellung des Besitznachfolgerechtes und seine Wirkungen in der Exekution und Insolvenz ergeben sich nämlich aus der Rechtsähnlichkeit der Besitznachfolge zur Nacherbschaft. Fehlt eine solche Bezugnahme, etwa weil die Nachfolgevereinbarung schlicht als „Vertrag zu Gunsten Dritter“ bezeichnet wird, könnten dem Besitznachfolgerecht nicht die gewünschten Rechtswirkungen zukommen (siehe oben 2.1.2. Drittbegünstigende Besitznachfolgerechte).
- Rückfallsvereinbarungen in Form auflösender Bedingungen weisen möglicherweise keine Rechtsähnlichkeit zur Nacherbschaft auf, insbesondere dann nicht, wenn sie lediglich als auflösende Bedingung formuliert sind. Unter dieser Prämisse besteht zwischen dem Geschenkgeber A und dem Geschenknehmer B keine funktionale Teilung der Eigentümerstellung. Der

⁹⁶ Siehe FN 18.

⁹⁷ Siehe FN 17.

Geschenknehmer B könnte daher ohne Zustimmung des Geschenkgebers A über die Sache verfügen. Um dies zu vermeiden, sollte zusätzlich ein Belastungs- und Veräußerungsverbot vereinbart werden (siehe oben 2.2.1.1.2. Verfügungsrecht bei Rückfallsvereinbarungen).

- Bei einem drittbegünstigenden Besitznachfolgerecht entspricht die Rechtsstellung des Zwischenerwerbers B mangels anderweitiger Vereinbarung jener eines Fruchtgenussberechtigten. Die Privatautonomie kann in der Vertragsgestaltung dazu genutzt werden, die Verfügungsbefugnisse des Zwischenerwerbers differenziert zu regeln, was insbesondere zur Vornahme baulicher Maßnahmen auf der Liegenschaft sinnvoll sein kann (siehe oben 2.2.1.2. Erweiterte Rechtsstellung – Besitznachfolge auf den Überrest). Gleichzeitig kann geregelt werden, ob den Erben des Zwischenerwerbers B ein Ersatzanspruch für allfällige Verbesserungen an der Liegenschaft zusteht (siehe oben 2.2.1.3. Verbesserungen an der Sache).
- Ob der Geschenkgeber A das vereinbarte Besitznachfolgerecht nachträglich widerrufen kann, hängt vom (mutmaßlichen) Vertragsinhalt ab. Die rechtliche Situation unterscheidet sich von jener bei der Nacherbschaft, wo der Testator seinen letzten Willen grundsätzlich immer abändern oder widerrufen kann. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte daher die Widerrufsmöglichkeit bei der Besitznachfolge ausdrücklich vereinbart oder ausgeschlossen werden (siehe oben 2.2.7. Aufhebung und Widerruf von Besitznachfolgerechten).

Die Planung von Vermögensnachfolge sollte immer auch unter abgabenrechtlichen Aspekten erfolgen. Dies gilt besonders für die Rechtsnachfolge im Liegenschaftseigentum, wo zumindest außerhalb von Gesellschafts-, Stiftungs- und Treuhandkonstellationen jeder Übertragungsvorgang Grunderwerbsteuer und Grundbuchseintragungsgebühr auslöst. Diese Abgaben lassen sich in der Praxis zwar nicht vermeiden, im Kontext der Besitznachfolge gilt es jedoch einige Besonderheiten zu beachten, um eine unnötige Abgabenlast für Klienten und mögliche Haftungen für Kautelarjuristen zu vermeiden, zB:

- die Möglichkeit der de facto Rückerstattung der Grunderwerbsteuer bei einer Rückfallsvereinbarung in Form einer auflösenden Bedingung zugunsten des Voreigentümers, wobei dies nicht gemäß § 17 GrEStG, sondern durch Berichtigung gemäß § 5 Abs 2 BewG zu erfolgen hat, und zwar uU innerhalb sehr kurzer Frist (siehe oben 2.2.9.1.2. Frist zur Berichtigung bei auflösenden Bedingungen);
- die Tatsache, dass bei einem drittbegünstigenden Besitznachfolgerecht der Rechtserwerb des Besitznachfolgers C wohl vom ursprünglichen Eigentümer A und nicht etwa vom Zwischenerwerber B erfolgt, was bei der Grunderwerbsteuer unter Bedachtnahme auf die Personenkonstellation im Einzelfall Auswirkungen auf den anzuwendenden Steuersatz und eine mögliche Zusammenrechnung mit Vorerwerben innerhalb der letzten fünf Jahre hat (siehe oben 2.2.9.1.3. Drittbegünstigende Besitznachfolge – Erwerb vom Vormann?);
- die Unmöglichkeit der Rückerstattung der Grundbuchseintragungsgebühr bei jeglicher Form von Besitznachfolge- oder Rückfallsvereinbarung (siehe oben 2.2.9.2. Grundbuchseintragungsgebühr).

3. Vorkaufsrechte an Liegenschaften

3.1. Grundlagen

Das Vorkaufsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das eine Person berechtigt, eine im Vorhinein bestimmte Sache zu erwerben, wenn der Eigentümer sie veräußert. Vorkaufsrechte können sowohl an beweglichem als auch an unbeweglichem Vermögen eingeräumt werden und spielen auch bei Unternehmensbeteiligungen eine große Rolle.⁹⁸ Die folgenden Ausführungen beziehen sich jedoch, wie auch die übrigen Teile dieser Arbeit, ausschließlich auf Vorkaufsrechte bei Liegenschaften.

Ein veräußerungswilliger Eigentümer ist aufgrund eines Vorkaufsrechtes per se nicht daran gehindert, die Sache zu verkaufen. Auch in der Gestaltung des Vertragsbestimmungen bei der Veräußerung ist er grundsätzlich frei. Die aufgrund des Vorkaufsrechtes bestehende Einschränkung besteht für den damit belasteten Eigentümer im Wesentlichen darin, dass mit dem Vorkaufsberechtigten eine Person vorgegeben ist, die gegenüber allen Dritten gewissermaßen ein Vorrecht genießt, die Sache im Verkaufsfall zu erwerben.⁹⁹

Das Gesetz enthält nähere Regelungen zur Ausübung und den Rechtswirkungen von Vorkaufsrechten (§§ 1072 – 1079 ABGB). Die gesetzlichen Bestimmungen sind weitgehend dispositiv, sodass bei der Einräumung von Vorkaufsrechten auch vom gesetzlichen Modell abweichende Regelungen getroffen werden können.

⁹⁸ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 3; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1072 Rz 2; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 5; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 7; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 26; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 2.

⁹⁹ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 1; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1072 Rz 1; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 1; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 1; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 1 ff; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 1.

3.2. Praxisfragen

3.2.1. Einräumung des Vorkaufsrechtes

Das Gesetz leitet die Bestimmungen über das Vorkaufsrecht mit der Überschrift „Vorbehalt des Vorkaufsrechtes“ ein und stellt es gleich in §1072 ABGB als Recht dar, das sich ein Verkäufer anlässlich der Veräußerung mit dem Käufer für den Fall des erneuten Verkaufs ausbedingt. Unstrittig ist jedoch, dass Vorkaufsrechte nicht nur als Nebenvereinbarung in Kaufverträgen, sondern in allen Arten von Verträgen, wie zB selbständigen Vorkaufsrechtsvereinbarungen, enthalten sein können. Auch eine Einräumung im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter oder durch letztwillige Verfügung ist ohne Weiteres möglich; nicht jedoch durch einseitige Willenserklärung unter Lebenden.¹⁰⁰ Vereinzelt gibt es auch gesetzlich geschaffene Vorkaufsrechte.¹⁰¹

Die unentgeltliche Einräumung eines Vorkaufsrechtes stellt keine Schenkung dar, unterliegt daher keiner besonderen Formpflicht und ist auch nicht aufgrund eines Motivirrtums anfechtbar. Begründet wird dies damit, dass zwar die Einräumung des Gestaltungsrechtes unentgeltlich erfolgt, das eigentliche Rechtsgeschäft jedoch erst mit Ausübung des Vorkaufsrechtes zu Stande kommt.¹⁰²

Ausgeschlossen ist die Einräumung eines Vorkaufsrechtes in folgenden Fällen:¹⁰³

¹⁰⁰ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 4 und 9; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1072 Rz 1; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 2; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 1 und 17; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 11.

¹⁰¹ zB §§ 6, 26 Bodenbeschaffungsgesetz, § 8 Stadterneuerungsgesetz, §§ 15f und 15g WGG, vgl dazu Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 29ff.

¹⁰² OGH 1 Ob 108/03v SZ 2004/97; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 8; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1072 Rz 1; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 6; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 3; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 20; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 14.

¹⁰³ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 10; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 6; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 18; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 12.

- zu Lasten eines Mieters, anderweitigen Nutzungsberechtigten oder Erwerber eines Liegenschaftsanteils zugunsten einer Wohnungsgenossenschaft (§ 21 Abs 1 Z 4 WGG)
- zu Lasten des Wohnungseigentumsbewerbers aufgrund der wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage zugunsten des Wohnungseigentumsorganisations (§ 38 Abs 1 Z 3 WEG)¹⁰⁴

Im Bereich des Wohnungseigentums ist für Vorkaufsrechte weiters § 5 Abs 2 WEG von Bedeutung: Innerhalb einer Frist von drei Jahren ab Begründung des Wohnungseigentums kann ein KFZ-Abstellplatz nur von einer Person erworben werden, die bereits Miteigentümer der betreffenden Liegenschaft ist.¹⁰⁵ In dieser Zeit kann konsequenterweise auch kein Vorkaufsrecht an einem KFZ-Abstellplatz für eine Person begründet werden, die nicht zum Kreis der Miteigentümer der Liegenschaft zählt.¹⁰⁶

3.2.2. Bestimmtheit des Kreises der Vorkaufsberechtigten

Bei der Einräumung des Vorkaufsrechtes ist die Person des Berechtigten individuell zu bezeichnen.¹⁰⁷ Nicht möglich ist etwa die Einräumung eines Vorkaufsrechtes für den „jeweiligen Eigentümer“ eines bestimmten Grundstückes¹⁰⁸ oder für namentlich nicht angeführte Kinder einer bestimmten Person.¹⁰⁹ In dieser Hinsicht unterscheiden sich Vorkaufsrechte übrigens von Besitznachfolgerechten, bei

¹⁰⁴ *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*, WEG⁴ § 38 Rz 1 mwN.

¹⁰⁵ *Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, WEG⁴ § 5 Rz 14 mwN.

¹⁰⁶ OGH 5 Ob 223/19h immolex 2020/79, 269 (*Prader*) = ImmoZak 2020/38, 70 (*Dobler/Sollereder*) = NZ 2020/108, 377 (*Bittner*) = wobl 2020/59, 184 (*Höllwerth*) = Zak 2020/344, 214.

¹⁰⁷ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1073 Rz 3; *Felzmann/Spitzer/Told in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1073 Rz 2; *Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 7; *Schurr in Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 8; *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1073 Rz 2.

¹⁰⁸ OGH 5 Ob 54/90 NZ 1990/190 (GBSlg).

¹⁰⁹ OGH 1 Ob 345/30 SZ 12/85 = RS0025007.

denen der erwerbsberechtigte Nachfolger nicht zwingend individuell zu bezeichnen ist.¹¹⁰

3.2.3. Auslösung des Vorkaufsrechtes – Vorkaufsfälle

3.2.3.1. Allgemein – Klassische Vorkaufsrechte

Ein Vorkaufsberechtigter ist nicht berechtigt, jederzeit einseitig den Verkauf der Sache an ihn herbeizuführen (anders etwa als Wiederkaufsberechtigter iSd § 1068 ABGB oder ein Optionsberechtigter, zu Letzterem siehe unten 4.1. Aufgriffs-, Übernahms- und Optionsrechte). Voraussetzung für die Ausübbarkeit seines Erwerbsrechtes ist vielmehr das Vorliegen eines sogenannten Vorkaufsfalles. Das Vorkaufsrecht wird klassischerweise nur durch einen Kaufvertrag und nicht etwa durch andere Rechtsgeschäfte¹¹¹ ausgelöst. Eine Ausdehnung auf andere Veräußerungsarten ist durch ausdrückliche Vereinbarung möglich (§ 1078 ABGB, siehe dazu sogleich unten).

Der Vorkaufsfall wird typischerweise dann ausgelöst, wenn der mit dem Vorkaufsrecht belastete Eigentümer der Sache

- entweder einen beidseitig verbindlichen Vorvertrag über deren Verkauf abschließt,
- ein bindendes Angebot zum Verkauf erhält und zu den angebotenen Bedingungen auch verkaufen will
- oder aber schon einen Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat.

Weitere Voraussetzung für die Auslösung des Vorkaufsfalles ist auch, dass die Sache dem Vorkaufsberechtigten zur Einlösung angeboten wird. Mangels gehöriger Anbietung bleibt der Vorkaufsberechtigte so lange zur Einlösung berechtigt,

¹¹⁰ OGH 5 Ob 148/19d immolex 2020/57 (*Till*) = NZ 2020/95 (*Bonimaier*).

¹¹¹ ZB das ehelichte Aufteilungsverfahren, vgl OGH 5 Ob 2171/96t NZ 1997/390 (*Hoyer*).

bis ihm die Sache zum Kauf angeboten wird. Der mit dem Vorkaufsrecht belastete Eigentümer ist dafür im Streitfall beweispflichtig.¹¹²

Um einen Doppelverkauf und damit eine Schadenersatzpflicht zu vermeiden, sollte der mit dem Vorkaufsrecht belastete Eigentümer einen Kaufvertrag mit dem kaufwilligen Dritten nur unter Hinweis auf das bestehende Vorkaufsrecht abschließen. Hierzu kann der Kaufvertrag

- entweder unter der *aufschiebenden* Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes
- oder unter der *auflösenden* Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechtes abgeschlossen werden. Ausreichend ist es jedoch bereits, wenn der Dritte über das Vorkaufsrecht informiert wird.¹¹³ Bei einer Liegenschaftstransaktion wird das Bestehen eines Vorkaufsrechtes in aller Regel bereits aus dem Grundbuchsauszug hervorgehen, weshalb sich die Brisanz dieses Problems mE relativiert.

Steht das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsgeschäft unter einer anderen aufschiebenden Bedingung als einer Erklärung eines der Beteiligten (zB einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung), so wird das Vorkaufsrecht erst mit Eintritt der Bedingung ausgelöst.¹¹⁴

Kein Vorkaufsfall liegt vor, wenn der Kaufvertrag des Eigentümers mit dem Dritten nichtig ist oder erfolgreich angefochten wird. Eine dennoch erklärte Einlösung durch den Vorkaufsberechtigten ist in diesem Fall ohne Wirkung und lässt das

¹¹² Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1072 Rz 14 und 17; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁶ § 1072 Rz 3; Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1072 Rz 5 f; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1072 Rz 34; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 15.

¹¹³ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1072 Rz 15; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁶ § 1072 Rz 3; Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1072 Rz 17ff; Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1072 Rz 4 und 6; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1072 Rz 35; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 16 und 23.

¹¹⁴ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1072 Rz 21 und 23; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁶ § 1072 Rz 3; Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1072 Rz 20; Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1072 Rz 6; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1072 Rz 29; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 15.

Vorkaufsrecht unberührt. Ein allenfalls bereits begonnener Leistungsaustausch wäre bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln.¹¹⁵

Anderes gilt für den Fall der einvernehmlichen Auflösung, den Rücktritt oder die Wandlung des Vertrages, der das Vorkaufsrecht auslöst: Sofern dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung bereits gehörig angeboten wurde, bleibt er zur Ausübung berechtigt.¹¹⁶

Scheingeschäfte lösen Vorkaufsrechte ebenfalls nicht aus, da sie bereits nach allgemeinen Grundsätzen nichtig sind (§ 916 Abs 1 ABGB). Anwendungsfälle hierfür sind zB ein zum Schein vorgegebener hoher Kaufpreis oder eine Umgehung des das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufs durch ein anderes Rechtsgeschäft.¹¹⁷

3.2.3.2. Besonderheiten bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten

Grundsätzlich stellt nur der Verkauf der Sache einen Vorkaufsfall dar. Durch „besondere Verabredung“ können Vorkaufsrechte jedoch auch auf weitere Veräußerungsarten ausgedehnt werden (§ 1078 ABGB).

Zu „anderen Veräußerungsarten“ zählen alle Geschäfte, die das endgültige Ausscheiden einer Sache aus dem Vermögen des einen und ihre Übertragung auf einen anderen bezwecken oder bewirken.¹¹⁸ Dabei handelt es sich um alle Fälle der *rechtsgeschäftlichen* Übertragung von Eigentum an der vorkaufsverfangenen Sache. Demnach fallen unter den Begriff der „anderen Veräußerungsarten“ zB die

¹¹⁵ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1072 Rz 18; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁶ § 1072 Rz 3; Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1072 Rz 22; Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1072 Rz 4; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1072 Rz 30 und 38; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 17.

¹¹⁶ Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1072 Rz 23.

¹¹⁷ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1072 Rz 22; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1078 Rz 13 ff; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 18.

¹¹⁸ RIS-Justiz RS0107637.

Spaltung einer Gesellschaft,¹¹⁹ der Abschluss eines Erbteilungsübereinkommens¹²⁰ und wohl auch die testamentarische Erbfolge.¹²¹ Anderes gilt nach der Rsp für Fälle des Übergangs von Eigentum, denen kein *Rechtsgeschäft* zu Grunde liegt. Vorkaufsrechte können daher nicht auf die gesetzliche Erbfolge, die Enteignung,¹²² die Ersitzung¹²³ oder die Erhebung einer Teilungsklage¹²⁴ ausgedehnt werden.¹²⁵

Insbesondere die gesetzliche Erbfolge kann mE in der Praxis einen Fall darstellen, für den Vertragsparteien eigentlich gerne ein Vorkaufsrecht vereinbaren würden. Nachdem dies aber nicht möglich ist, wird der Vertragserrichter für dieses Regelanliegen nach einer Alternative suchen müssen. Zum Glück gibt es die auch: Zum einen können der Eigentümer der Liegenschaft und der in Aussicht genommene Vorkaufsberechtigte ein schuldrechtlich wirkendes Aufgriffs- oder Optionsrecht zum Erwerb der Liegenschaft vereinbaren (siehe unten 4.1.). Zum anderen könnte mE ein Besitznachfolgerecht in Erwägung gezogen werden, bei dem der Besitznachfolger zum *entgeltlichen* Erwerb der Sache berechtigt ist. Vorteil letzterer Gestaltungsvariante ist die Möglichkeit der grundbücherlichen Anmerkung, welche bei einem bloßen Aufgriffs- oder Optionsrecht nicht besteht. Voraussetzung für ein Besitznachfolgerecht ist aber freilich, dass dieses im Zuge einer vorübergehenden Eigentumsübertragung eingeräumt wird,¹²⁶ weshalb diese Lösung nur in bestimmten Konstellationen gewählt werden kann.

¹¹⁹ OGH 31.01.1995, 5 Ob 2/95.

¹²⁰ OGH 31.03.1998, 2 Ob 2292/96i.

¹²¹ OGH 01.03.2017, 5 Ob 168/16s.

¹²² OGH 2 Ob 132/06k AnwBL 2007/8098 (krit *Giesinger*).

¹²³ RIS-Justiz RS0020202.

¹²⁴ OGH 01.03.2017, 5 Ob 168/16s.

¹²⁵ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1078 Rz 8; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1078 Rz 2; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1078 Rz 1; *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1078 Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1078 Rz 15.

¹²⁶ Siehe FN 80.

Zur Thematik des Einlösungspreises bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten siehe unten 3.2.4.3.4. Privatautonome Regelungen zum Umfang der Leistungspflicht des Vorkaufsberechtigten.

3.2.4. Vorgang der Einlösung

3.2.4.1. Angebot an den Vorkaufsberechtigten

Voraussetzung für den Beginn der Frist ist die gehörige Bekanntgabe nicht nur des Eintritts des Vorkaufsfalles als solchen, sondern aller für die Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes relevanter Tatsachen, da der Vorkaufsberechtigte mit der Einlösung sämtliche Verpflichtungen erfüllen muss, die auch der Dritte als Käufer zu erfüllen hätte. Daher sind für die gehörige Anbietung jedenfalls die Kaufsache, der Preis, Modalitäten der Zahlung und sonstige Vertragsbedingungen bekanntzugeben.¹²⁷

3.2.4.2. Frist zur Ausübung, Ausübungserklärung und Angebot der „wirklichen Einlösung“

3.2.4.2.1. Gesetzliches Modell

Das Vorkaufsrecht hinsichtlich einer unbeweglichen Sache ist binnen 30 Tagen ab der „geschehenen Anbietung“ auszuüben (§ 1075 ABGB). Diese Frist ist dispositiv und kann daher anlässlich der Einräumung des Vorkaufsrechtes abweichend geregelt werden.¹²⁸

¹²⁷ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 29; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1075 Rz 2; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 3; *Mader* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 26; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1075 Rz 2; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 15ff.

¹²⁸ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 12; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1075 Rz 1; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 1; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1075 Rz 3; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 1.

Um die Kaufsache zu erwerben, muss der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht binnen der Vorkaufsfrist ausüben. Dies erscheint zunächst so simpel, dass man dies als selbsterklärend betrachten könnte. Die Vielzahl höchstgerichtlicher Entscheidungen zur Ausübung des Vorkaufsrechts zeigt jedoch, dass die Wirklichkeit offenbar komplexer ist als die Theorie.¹²⁹

Zur wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechtes muss der Berechtigte die Kaufsache „wirklich einlösen“ (§ 1075 ABGB). Eine bloße Ausübungserklärung genügt dafür nicht.¹³⁰ Vielmehr muss der Vorkaufsberechtigte dem veräußerungswilligen Eigentümer spiegelbildlich jene Leistungen anbieten, die der Dritte angeboten hat.¹³¹ Der Vorkaufsberechtigte muss dazu noch keine Vertragsurkunde vorlegen oder gar grundsätzlich in Vorleistung gehen, wohl aber ist ein allenfalls bereits fälliger Teil des Kaufpreises zu entrichten. Ausreichend ist jedenfalls die Vorlage einer Bankgarantie.¹³² Sinn dieses strengen Maßstabes ist es, den veräußerungswilligen Eigentümer davor zu schützen, dass er ohne vertraglich gebundenen Käufer dasteht, wenn der Vorkaufsberechtigte die „Ausübung“ erklärt, aber mangels Zahlungsfähigkeit nicht einlösen kann.¹³³

Aus Sicht des kaufwilligen Vorkaufsberechtigten empfiehlt es sich dem Verkäufer fristgerecht mitzuteilen, dass er das Vorkaufsrecht ausübt und gleichzeitig anzubieten, die vom kaufwilligen Dritten angebotenen Leistungen genauso zu erbringen wie dieser, insbesondere den gleichen Kaufpreis in gleicher Weise zu zahlen.¹³⁴

¹²⁹ Vgl nur OGH 5 Ob 244/03y MietSlg 56.119; 5 Ob 274/07s EvBl 2008/171; 4 Ob 14/08z ecolex 2008/179; 2 Ob 40/09k immolex 2010/65 (*Cerha*); 5 Ob 231/13a JBl 2014, 456; 2 Ob 89/13x ecolex 2014/392 (*Schoditsch*).

¹³⁰ ZB OGH 6 Ob 733/80 SZ 53/177; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 4.

¹³¹ OGH 2 Ob 27/13d immolex 2013/111 (*Cerha*); 4 Ob 220/18h Zak 2019/536.

¹³² OGH 4 Ob 14/08z MietSlg 60.115; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 11; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1075 Rz 1; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 6; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 3; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 1.

¹³³ OGH 6 Ob 673/81 JBl 1983, 203.

¹³⁴ OGH 1 Ob 516/91 SZ 64/24.

Durch die Einlösung tritt der Vorkaufsberechtigte *nicht* anstelle des Dritten in den Kaufvertrag ein, vielmehr kommt ein eigener Vertrag mit dem Eigentümer zustande; freilich zu denselben Konditionen wie mit dem Dritten. Aus diesem Grund sollte der veräußernde Eigentümer auch eine entsprechende auflösende Bedingung in den Vertrag mit dem Dritten aufnehmen.¹³⁵

3.2.4.2.2. Privatautonome Regelungen zur Ausübung des Vorkaufsrechtes und zur Einlösung

Die soeben beschriebenen Vorgaben des Gesetzes und der Rsp zur „wirklichen“ Einlösung gelten jedoch nur, soweit bei der Einräumung des Vorkaufsrechtes keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.¹³⁶ Dies kommt mE vor allem bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten in Betracht, da bei diesen Vorkaufsrechten in aller Regel überhaupt die vom Vorkaufsberechtigten im Falle der Einlösung zu erbringenden Leistungen geregelt werden sollten (siehe dazu unten 3.2.4.3.4. Privatautonome Regelungen zum Umfang der Leistungspflicht des Vorkaufsberechtigten).

3.2.4.3. Einlösungspreis und Nebenleistungen

3.2.4.3.1. Einlösungspreis

Durch die Einlösung kommt zwischen dem veräußerungswilligen Eigentümer und dem Vorkaufsberechtigten der Kaufvertrag zu Stande, und zwar zu den gleichen Konditionen wie er mit dem Dritten zu Stande gekommen wäre, hätte der Berechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt (§ 1077 ABGB). Der Vorkaufsberechtigte

¹³⁵ Siehe dazu bereits oben 3.2.3.1. sowie *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 9.

¹³⁶ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 12; *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 4; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 11.

hat daher den gleichen Kaufpreis zu entrichten. Aber auch alle anderen Bestimmungen des Vertrags (des Anbots) des Dritten sind zu übernehmen (zB Fälligkeit, Gefahrenübergang und Gewährleistung).¹³⁷

3.2.4.3.2. Nebenleistungen

Hat sich der kaufwillige Dritte neben der Zahlung des Kaufpreises noch zur Erbringung von Nebenleistungen verpflichtet, so hat der einlösende Vorkaufsberechtigte grundsätzlich auch diese zu erbringen. Darunter fällt zB die Einräumung von Nutzungsrechten, die Erbringung von Dienstleistungen (zB Pflege oder sonstige Naturalleistungen) oder die Übernahme bestehender Verpflichtungen des veräußernden Eigentümers.¹³⁸

Kann der Vorkaufsberechtigte die Nebenleistung nicht erbringen, so ist gesetzlich vorgesehen, dass er dem Verkäufer den Geldwert dieser Leistung zahlt. Wenn aber auch das nicht möglich ist, kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden. Dies wird dann zutreffen, wenn der veräußernde Eigentümer ein besonderes Interesse an der persönlichen Erbringung der Nebenleistung durch den kaufwilligen Dritten hat, wie zB bei Pflegediensten. Derartige Nebenleistungen sind naturgemäß nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen und können zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen.¹³⁹

¹³⁷ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 1; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1077 Rz 1; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1077 Rz 1; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 1; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1077 Rz 1 und 5; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 2.

¹³⁸ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 1; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1077 Rz 1; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1077 Rz 1; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 3; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1077 Rz 5; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 2.

¹³⁹ OGH 7 Ob 322/64 JBl 1966, 35 (*Gschnitzer*); Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 5; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1077 Rz 3; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1077 Rz 3; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 5; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1077 Rz 7; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 4.

Demgegenüber nicht zu übernehmen hat der einlösende Vorkaufsberechtigte solche Vertragsbestimmungen, die lediglich die Ausübung des Vorkaufsrechtes unbillig erschweren oder sogar verhindern sollen,¹⁴⁰ wie zB die Pflicht zur Vorauszahlung des Kaufpreises bei gleichzeitigem Verzicht auf eine treuhändige Abwicklung.¹⁴¹ Derartige Bestimmungen können im Ergebnis sittenwidrig sein.¹⁴²

Handelt es sich bei der nicht erfüllbaren oder ausgleichbaren Nebenleistung um eine unwesentliche Bestimmung, so kann das Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsberechtigte die Nebenleistung nicht übernimmt. Unwesentlich ist eine Bestimmung, ohne welche die Parteien den Vertrag dennoch geschlossen hätten, wie zB die Person des Vertragsverfassers.¹⁴³

Beachtet werden sollte außerdem, dass bei wertmäßigem Überwiegen der Nebenleistungen gegenüber der Kaufpreiszahlung ein gemischter Vertrag vorliegt, dh eine andere Veräußerungsart als ein Kauf. Das Vorkaufsrecht würde in einem solchen Fall nur ausgelöst, wenn es gemäß § 1078 ABGB ausdrücklich auf andere Veräußerungsarten ausgedehnt wurde.¹⁴⁴

3.2.4.3.3. Sonderproblem: Kosten der Vertragserrichtung

Besonderes gilt hinsichtlich der Vertragserrichtungskosten: Wenn der mit dem Vorkaufsberechtigten abgeschlossene Kaufvertrag die (in der Praxis übliche) Bestimmung enthält, dass der Käufer die Kosten der Vertragserrichtung zu tragen

¹⁴⁰ OGH 24.05.2000, 3 Ob 107/00g.

¹⁴¹ OGH 5 Ob 231/13a MietSlg 66.150.

¹⁴² *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1072 Rz 4; *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 5.

¹⁴³ OGH 1 Ob 516/91 SZ 64/24; *Pelinka*, Verwickelte praktische Probleme des Vorkaufsrechts, *ecolex* 2017/12, 1143 (1144).

¹⁴⁴ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 3; *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 4; *Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1077 Rz 10; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 3.

hat, so sind darunter die Kosten für ebendiesen Kaufvertrag zu verstehen; nicht jedoch jene für den Vertrag mit dem kaufwilligen Dritten. Nach der Rsp hat der einlösende Vorkaufsberechtigte diese Kosten nicht zu übernehmen, da sie keine Nebenleistung darstellen.¹⁴⁵ Sie stellen für den leerausgehenden Dritten frustrierte Aufwendungen dar, die nur dann auf den Vorkaufsberechtigten überwältzt werden können, wenn dieser zB den Originalkaufvertrag des Dritten für seinen Erwerbsvorgang verwendet, weil er in diesen „eintritt“.¹⁴⁶

3.2.4.3.4. Privatautonome Regelungen zum Umfang der Leistungspflicht des Vorkaufsberechtigten

Die gesetzlichen Regelungen über den Einlösungspreis sind dispositiv. Im Rahmen der Vorkaufsrechtsvereinbarung können daher andere Bestimmungen über die vom Vorkaufsberechtigten zu erbringenden Leistungen getroffen werden. So kann beispielsweise im Vorhinein ein wertmäßig bestimmter Vorkaufspreis vereinbart werden („limitiertes Vorkaufsrecht“).¹⁴⁷ Denkbar sind zB ein Höchst-, Mindest- oder Fixpreis. In der Praxis häufig anzutreffen ist auch ein gutachterlich zu ermittelnder Schätzpreis.

Besonderes Augenmerk ist auf den Einlösungspreis beim Vorkaufsrecht für alle Veräußerungsarten zu richten. Der Vorkaufsberechtigte kann in einem solchen Fall uU nicht einfach die vom erwerbswilligen Dritten gebotenen Leistungen bieten, da diese nicht in Geld bestehen müssen oder womöglich gar nicht vorhanden sind. Ist nicht bereits in der Vorkaufsvereinbarung ein Fixpreis bestimmt, so hat der Vorkaufsberechtigte den Schätzwert der Leistung des Dritten zu erbringen

¹⁴⁵ OGH 1 Ob 49/00p SZ 73/120.

¹⁴⁶ OGH 8 Ob 161/08x SZ 2009/45.

¹⁴⁷ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 10; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1077 Rz 1; Pfeifer/Riss, Das uneigentliche Vorkaufsrecht, wobl 2021, 379 (385); Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1077 Rz 1; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ §§ 1072 Rz 3 und 1077 Rz 1; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 6.

(Bei einem Tausch wäre dies das wertmäßige Äquivalent der Tauschleistung in Geld). Wenn allerdings der Wert der Gegenleistung nicht schätzbar ist, kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden. Besonders heikel ist dies im Falle einer Schenkung, bei der zu differenzieren ist: Wurde das Vorkaufsrecht ausdrücklich auch für den Fall der Schenkung vereinbart, ohne dass ein Einlösungspreis bestimmt ist, kann dies uU als Einigung auf den Verkehrswert der Sache verstanden werden.¹⁴⁸ Wird das Vorkaufsrecht hingegen pauschal für „alle Veräußerungsarten“ vereinbart, ohne unentgeltliche Rechtsgeschäfte in irgendeiner Weise zu erwähnen, so begründet die Schenkung keinen Vorkaufsfall. Das Vorkaufsrecht kann in diesem Fall also nicht ausgeübt werden.¹⁴⁹

In der Vertragspraxis empfiehlt es sich, bei Ausdehnung eines Vorkaufsrechtes auf alle Veräußerungsarten ausdrücklich zu regeln,

- welche Rechtsgeschäfte gemeint sind (zB „alle entgeltlichen und unentgeltlichen Veräußerungsarten“),
- welche Leistung der Vorkaufsberechtigte für die Einlösung zu erbringen hat (zB durch Zahlung eines Vorkaufspreises in Höhe des gutachterlich zu ermittelnden Verkehrswertes der Sache, und zwar unabhängig von der Veräußerungsart).

Auch eventuelle Nebenleistungen können in der Vorkaufsvereinbarung geregelt werden, und zwar sowohl dergestalt, dass der Vorkaufsberechtigte jedenfalls eine bestimmte Nebenleistung zu erbringen hat, auch wenn der kaufwillige Dritte hierzu nicht verpflichtet ist, als auch umgekehrt.¹⁵⁰

¹⁴⁸ OGH 22.09.1993, 5 Ob 64/93.

¹⁴⁹ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1078 Rz 9; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1078 Rz 3 f; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1078 Rz 4; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1078 Rz 4; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1078 Rz 9.

¹⁵⁰ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1077 Rz 10ff; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1077 Rz 7; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1077 Rz 1 und 9.

3.2.5. Mehrzahl an Vorkaufsberechtigten

Ein Vorkaufsrecht kann ohne Weiteres auch mehreren Berechtigten eingeräumt werden:¹⁵¹

- Handelt es sich um mehrere voneinander unabhängige Vorkaufsrechte in *verschiedenen* grundbücherlichen Rängen, so bewirkt das Rangprinzip, dass das jeweils rangniedrigere Vorkaufsrecht erst mit Nichtausübung des ranghöheren Vorkaufsrechtes ausgelöst wird. Im Ergebnis muss der belastete Eigentümer die Liegenschaft den Vorkaufsberechtigten daher in einer zeitlichen Reihenfolge anbieten, die durch deren bücherlichen Rang bestimmt wird.¹⁵²
- Ein Vorkaufsrecht kann aber auch mehreren Berechtigten gleichzeitig eingeräumt sein, sodass diese im *selben* bücherlichen Rang stehen. Das Gesetz schließt solche Konstellationen nicht aus, regelt sie aber auch nicht. Bei derartigen Vorkaufsrechten ist eine Einsichtnahme in die Urkundensammlung des Grundbuchs geboten. Im Zweifel werden die Berechtigten das Vorkaufsrecht gemeinsam ausüben müssen.¹⁵³

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollten Vorkaufsvereinbarungen, die mehrere Berechtigte vorsehen, besondere Bestimmungen zur Ausübung des Vorkaufsrechtes enthalten. Denkbar sind zwei Modelle, denen weniger zivilrechtliche Überlegungen als vielmehr faktische und logische Erwägungen zu Grunde liegen, um die Ausübung der Vorkaufsrechte sinnvoll zu ermöglichen.

¹⁵¹ Schurr in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1072 Rz 9; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1072 Rz 24.

¹⁵² Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1073 Rz 4; Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1073 Rz 9.

¹⁵³ RIS-Justiz RS0020257; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1073 Rz 5; Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1073 Rz 9.

3.2.5.1. Modell 1 – Reihenfolge der Vorkaufsberechtigten

Sind mehrere Vorkaufsberechtigte vorgesehen, könnte beispielweise bestimmt werden, dass bei Auslösung des Vorkaufsrechtes für die Berechtigten eine Reihenfolge in der Ausübung gelten soll (Erstvorkaufsberechtigter, Zweitvorkaufsberechtigter usw).¹⁵⁴ Daraus ergeben sich jedoch mehrere Folgeproblematiken:

- Klarstellend sollte mE in einem solchen Fall festgehalten werden, dass das Vorkaufsrecht des *Zweitvorkaufsberechtigten* konkret erst dann ausgelöst wird, wenn das Vorkaufsrecht des *Erstvorkaufsberechtigten* erlischt, um nicht die Denkmöglichkeit zu eröffnen, dass der *Zweitvorkaufsberechtigte* bis zum selben Zeitpunkt wie der *Erstvorkaufsberechtigte* eine Einlösungserklärung abgeben muss (was folglich auch für alle weiteren Vorkaufsberechtigten gelten würde und bei einer Vielzahl an Berechtigten keine abwegige Gestaltungsvariante wäre; „Reihenfolge“ muss nicht notwendigerweise zeitlich verstanden werden).
- Überhaupt sollte die Vereinbarung des Vorkaufsrechtes sinnvollerweise die Fristen zur Ausübung jedes einzelnen Berechtigten ausdrücklich regeln, um den Ablauf für die Beteiligten zu veranschaulichen und nicht ihrer Diskussion zu überlassen. Dabei sollte insbesondere bedacht werden, wann die Frist für einen der Folgeberechtigten konkret beginnt (zB stets nach Ablauf der vollen Frist des in der Reihenfolge vorgehenden Vorkaufsberechtigten oder auch bereits mit Zugang der Erklärung, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird).
- Weiters empfiehlt sich eine Klarstellung, dass das Vorkaufsrecht für den *Zweitvorkaufsberechtigten* weiterbestehen bleibt, sollte der *Erstvorkaufsberechtigte* sein Vorkaufsrecht ausüben. Denkmöglich wäre es auch, dass das Gegenteil gewollt ist und das Vorkaufsrecht bei Ausübung durch einen Berechtigten für alle übrigen Vorkaufsberechtigten erlöschen soll.

¹⁵⁴ RIS-Justiz RS0020257; Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 9 GBG Rz 41; *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Das Vorkaufsrecht bei Liegenschaftsverträgen, Zak 2021/338, 184.

3.2.5.2. Modell 2 – Gleichrangigkeit der Vorkaufsberechtigten

Anstelle einer Reihenfolge der Vorkaufsberechtigten in der Ausübung könnte Gleichrangigkeit vereinbart werden. Auch ein solches Modell bringt jedoch Fragen mit sich, die sich bei einem Vorkaufsrecht für nur einen Berechtigten nicht stellen:

- Die Vorkaufsvereinbarung sollte vorgeben, welche ideelle Aufteilung der Kaufsache zwischen den Vorkaufsberechtigten gilt. Im Zweifel wird dies zu gleichen Teilen sein, zwingend ist dies jedoch nicht.
- Weiters sollten die Vorkaufsberechtigten ihre Einlösungserklärungen gemeinsam oder zumindest gleichlautend abgeben, um zu vermeiden, dass unterschiedliche oder nicht aufeinander abgestimmte Erklärungen abgegeben werden (Bsp: Einer von zwei Vorkaufsberechtigten erklärt, das Vorkaufsrecht auszuüben und „eine ideelle Hälfte der Liegenschaft“ zu erwerben, der zweite Berechtigte gibt keine Erklärung ab).
- Zur Vermeidung eines Szenarios wie im vorstehenden Beispiel sollte weiters geregelt werden, was gilt, wenn einer der Vorkaufsberechtigten sein Recht nicht ausüben kann oder will (weil er vorverstorben ist, verzichtet hat oder einfach keine Erklärung abgibt). Im Zweifel werden in diesem Fall die übrigen Vorkaufsberechtigten ein quotenmäßig entsprechend erweitertes Vorkaufsrecht haben.¹⁵⁵ Sinnvollerweise sollte dies jedoch ausdrücklich geregelt werden (Bsp: A, B und C sind zu je 1/3 Anteilen vorkaufsberechtigt. C ist vorverstorben. A und B können die Sache im Vorkaufsfall zu je 1/2 Anteilen erwerben).
- Um den Ablauf der Ausübung des Vorkaufsrechtes einfach zu halten, sollten die Vorkaufsberechtigten bereits anlässlich der Einlösungserklärung mitteilen müssen, ob sie auch von einem allenfalls quotenmäßig erweiterten Vorkaufsrecht Gebrauch machen, falls einer der übrigen Berechtigten sein Vorkaufsrecht nicht ausübt. Konsequenterweise sollte dabei auch

¹⁵⁵ RIS-Justiz RS0020257; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1073 Rz 4; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 9; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 24.

geregelt werden, dass das Vorkaufsrecht überhaupt nur dann gültig ausgeübt werden kann, wenn einer oder mehrere Vorkaufsberechtigte die gesamte veräußerungsgegenständliche Sache erwerben, widrigenfalls das Vorkaufsrecht insgesamt erlischt.

3.2.6. Vorkaufsrecht an einem reellen Teil einer Liegenschaft

Besteht ein Grundbuchskörper aus mehreren Grundstücken, so kann ein Vorkaufsrecht auch nur für ein einzelnes Grundstück begründet werden. Die Einverleibung des Vorkaufsrechtes erfolgt aus grundbuchsrechtlichen Gründen zwar auf der Gesamtliegenschaft, materiell-rechtlich bezieht sich das Vorkaufsrecht jedoch nur auf jenes Grundstück, für das es eingeräumt wurde.¹⁵⁶

Die Zuschreibung eines vorkaufsverfangenen Grundstücks zu einer anderen Einlagezahl bedarf der Zustimmung des Vorkaufsberechtigten. Seine rechtliche Stellung könnte nämlich ansonsten beeinträchtigt werden: Wird der mit dem Vorkaufsrecht belastete Teil der Liegenschaft später gemeinsam mit anderen Teilen desselben Grundbuchskörpers verkauft, so hat der Vorkaufsberechtigte nur Anspruch auf den Erwerb jenes Teils, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht. Der veräußerungswillige Eigentümer kann allerdings die Ausdehnung des Vorkaufsrechtes auf den gesamten Veräußerungsgegenstand verlangen, wenn nämlich die Veräußerung bloß der vorkaufsverfangenen Sache für ihn mit einem Nachteil verbunden wäre. Der Vorkaufsberechtigte wiederum wäre dann gezwungen, das räumlich ausgedehnte Vorkaufsrecht auszuüben, ansonsten verliert er sein Vorkaufsrecht.¹⁵⁷ Um zu vermeiden, dass der Vorkaufsberechtigte in eine solche Zwickmühle schlittert, kann er im Vorfeld seine Zustimmung zur Zuschreibung

¹⁵⁶ RIS-Justiz RS0060181; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 26; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1073 ABGB Rz 2; *Mader* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1073 Rz 6; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1073 Rz 5; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1073 Rz 5.

¹⁵⁷ RIS-Justiz RS0020347; OGH 5 Ob 131/19d NZ 2020/136 (*Bittner*) = wobl 2021/93 (*Höllwerth*); *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 186.

des vorkaufsverfangenen Grundstücks zu einer anderen Einlagezahl verweigern. Alternativ sollte es mE möglich sein, das Recht des vorkaufsbelasteten Eigentümers abzubedingen, wonach dieser die Ausdehnung des Vorkaufsrechtes auf die Gesamtliegenschaft verlangen kann.

Denkbar ist es auch, ein Vorkaufsrecht an einem rechtlich unselbständigen Teil einer Liegenschaft einzuräumen, zB hinsichtlich eines Geschäftslokals, an dem Wohnungseigentum begründet werden könnte. Dafür muss der Vorkaufsberechtigte sich jedoch gleich anlässlich der Einräumung des Vorkaufsrechtes zur Begründung von Wohnungseigentum verpflichten, ansonsten ist das Vorkaufsrecht nach einer neueren E des OGH nicht wirksam eingeräumt.¹⁵⁸

3.2.7. Grundbücherliche Wirkungen von Vorkaufsrechten

Das Gesetz spricht davon, dass ein Vorkaufsrecht „ein persönliches Recht“ ist, durch Eintragung in ein öffentliches Buch aber in ein „dingliches“ Recht „verwandelt“ werden kann (§ 1073 ABGB). Ob die Verbücherung eines Vorkaufsrechtes tatsächlich zu dessen Verdinglichung führt, ist im Detail umstritten,¹⁵⁹ was dem Rechtsanwender mE jedoch nicht den Schlaf rauben sollte. Unstrittig ist nämlich, dass das Vorkaufsrecht durch Verbücherung absolute Wirkung erhält und zu einer Beschränkung des Eigentümers in seinem Verfügungsrecht über die Liegenschaft führt:¹⁶⁰

- Das Grundbuchsgericht hat ein verbüchertes Vorkaufsrecht von Amts wegen als Verfügungshindernis des Eigentümers zu behandeln. Ein Vorkaufsrecht wirkt bis zum Nachweis der Nichtausübung durch den Berechtigten

¹⁵⁸ OGH 4 Ob 63/20y wobl 2020/97, 312 (*Vonkilch*) = EvBl 2020/125, 879 (*Brenn*); krit *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 185.

¹⁵⁹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1073 Rz 6; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1073 Rz 2; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1073 Rz 7; *Mader* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1073 Rz 4; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1073 Rz 3; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1073 Rz 7.

¹⁶⁰ *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 9 GBG Rz 42 mwN.

wie ein Veräußerungsverbot.¹⁶¹ Gegen einen zuwiderlaufenden Beschluss des Grundbuchsgerichtes ist der Vorkaufsberechtigte rekurslegitimiert.¹⁶² Weiters stehen ihm die Löschungsklage und die grundbücherliche Streitannmerkung zur Verfügung.¹⁶³

- Kommt es trotz Verbücherung des Vorkaufsrechtes zur Übereignung der Liegenschaft an einen Dritten, ohne dass dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung gehörig angeboten wurde, hat er einen Schadenersatzanspruch gegen den veräußernden Eigentümer (§ 1079 erster Satz ABGB). Weiters kann der Vorkaufsberechtigte die veräußerte Sache dem Dritten abfordern (§ 1079 zweiter Satz ABGB).
- Im Falle einer gerichtlichen Feilbietung der Liegenschaft ist der Vorkaufsberechtigte zur Versteigerung zu laden (§ 1076 ABGB). Darüber hinausgehende Wirkungen hat das Vorkaufsrecht bei einer Feilbietung jedoch nicht, was mE auch weder plausibel noch notwendig wäre, da das Vorkaufsrecht den Berechtigten schließlich nur in die Lage versetzen soll zu erwerben. Bietet ein Dritter einen höheren Preis, den der Vorkaufsberechtigten nicht bereit ist zu zahlen, kann er das Vorkaufsrecht nicht ausüben. Nichts anderes gilt im Falle eines einfachen Verkaufs der Sache.

3.2.8. Unübertragbarkeit, Erlöschen und Fortbestehen von Vorkaufsrechten

Vorkaufsrechte sind höchstpersönliche Rechte (§§ 1073 und 1074 ABGB). Als solche sind sie mit der Person des Berechtigten verknüpft und können daher weder unter Lebenden noch von Todes wegen übertragen werden. Da es sich hierbei um

¹⁶¹ OGH 5 Ob 620/89 ÖJZ 1990/21 (EvBl); Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1073 Rz 13; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1073 Rz 3; Felzmann/Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1073 Rz 8; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1073 Rz 7; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1073 Rz 5; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1073 Rz 9.

¹⁶² OGH 5 Ob 102/08y bbl 2009/21 (*Auer/Eggelmeier-Schmolke*).

¹⁶³ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1079 Rz 14; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1079 Rz 3; Schwartze in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1079 Rz 4; Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1079 Rz 8.

zwingendes Recht handelt, ist zB die Ausgestaltung des Vorkaufs*rechtes* als aktiv übertragbares Recht nicht möglich. Die Belastung der Vorkaufs*verpflichtung* hingegen ist sehr wohl passiv übertragbar, da diese an der vorkaufsverfangenen Sache haftet und daher mit dem Eigentum daran übertragen wird.¹⁶⁴

Das Vorkaufsrecht erlischt grundsätzlich, wenn es ausgelöst, aber nicht ausgeübt wird. Diese Rechtsfolge ist jedoch dispositiv. Anlässlich der Einräumung des Vorkaufsrechtes kann daher vereinbart werden, dass das Vorkaufsrecht bei Nichtausübung weiter bestehen bleibt.¹⁶⁵ An der Höchstpersönlichkeit des Vorkaufsrechtes ändert eine solche Vereinbarung jedoch nichts. Für das endgültige Erlöschen des Vorkaufsrechtes sind verschiedene Szenarien denkbar.

3.2.8.1. Freiwilliger Verzicht auf das Vorkaufsrecht

Wie auf nahezu alle Rechte kann auf das Vorkaufsrecht verzichtet werden. In der Praxis ereignen sich Verzichte häufig kurz vor oder nach Auslösung des Vorkaufsrechtes, wenn nämlich feststeht, dass der Vorkaufsberechtigte davon nicht Gebrauch machen möchte. Der Vorkaufsberechtigte unterfertigt dazu eine grundbuchsfähige Löschungserklärung.¹⁶⁶

Der Vorkaufsberechtigte kann seinen Verzicht oder seine Nichtausübung nicht davon abhängig machen, dass der Drittkäufer die Belastung durch das Vorkaufs-

¹⁶⁴ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1074 Rz 1 ff; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1074 Rz 1 ff; Felzmann/Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1074 Rz 1 ff; Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1074 Rz 1 ff; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1074 Rz 1 ff; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 1 ff.

¹⁶⁵ OGH 1 Ob 259/01x JBl 2002, 458; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 15; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1075 Rz 3; Felzmann/Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1074 Rz 8; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 10; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 11.

¹⁶⁶ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 16; Apathy/Perner in *KBB*, ABGB⁶ § 1075 Rz 3; Felzmann/Spitzer/Told in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 12; Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1075 Rz 6; Schwartz in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 9; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 12.

recht „übernimmt“. Eine solche Überbindung ist natürlich mit Zustimmung des Drittkäufers möglich, stellt aber inhaltlich ein neues Vorkaufsrecht dar.¹⁶⁷ Aus diesem Grund sollte eine derartige Erstreckungsvereinbarung mE inhaltlich

- einerseits eine Löschungserklärung in Bezug auf das bisherige Vorkaufsrecht und
- andererseits eine Neueinräumung eines Vorkaufsrechtes

mit entsprechender Aufsandungserklärung enthalten, um Schwierigkeiten in der grundbücherlichen Abwicklung zu vermeiden.

Übt der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht aus, erlischt das Vorkaufsrecht mangels anderweitiger Vereinbarung.¹⁶⁸ Der veräußerungswillige Eigentümer hat sodann einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Löschung des Vorkaufsrechtes. Ist der Vorkaufsberechtigte nicht bereit, eine grundbuchsfähige Löschungserklärung zu unterschreiben, kann ihn der veräußerungswillige Eigentümer auf Einwilligung in die Einverleibung der Löschung klagen. Eine Durchsetzung dieses Anspruchs im streitigen Rechtsweg benötigt aber freilich Zeit; Zeit, die der Verkäufer womöglich nicht hat.¹⁶⁹ Ist er aber richtig beraten, wird der Verkäufer einen Ausweg aus dieser Zwickmühle finden.

3.2.8.2. Erzwungene Löschung des Vorkaufsrechtes durch Intimation

Das Gesetz sieht eine Möglichkeit vor, wie der veräußerungswillige Eigentümer auch ohne Klagsführung zu einer grundbuchsfähigen Urkunde für die Löschung des Vorkaufsrechtes kommt, wenn der Vorkaufsberechtigte nicht bereit ist, freiwillig eine entsprechende Löschungserklärung zu unterfertigen: Die Intimation (§§ 83 ff NO). Dabei handelt es sich um eine Form der notariellen Beurkundung,

¹⁶⁷ *Schwartze* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 10; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1075 Rz 15; aA wohl *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 12.

¹⁶⁸ OGH 1 Ob 259/01x JBl 2002, 458.

¹⁶⁹ *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 186; *Winkler*, Intimation statt Klage, immolex 2019, 140 (141) mwN.

die eine Partei dafür nutzen kann, um einer anderen Person nachweislich eine rechtserhebliche Erklärung zu machen. Wenngleich dieses Instrument in der Praxis selten verwendet wird, scheint es für das Vorkaufsrecht wie zugeschnitten: Der beurkundende Notar begibt sich zum Vorkaufsberechtigten, informiert ihn über den Eintritt des Vorkaufsfalles, gibt ihm die dafür relevanten Informationen bekannt und fordert ihn auf, binnen der Ausübungsfrist gegenüber ihm (dem Notar) die Einlösung zu erklären. Darüber und über die Äußerung oder Nichtäußerung des Vorkaufsberechtigten errichtet der beurkundende Notar ein Protokoll, welches eine öffentliche Urkunde darstellt.¹⁷⁰

Äußert sich der Vorkaufsberechtigte binnen der Vorkaufsfrist nicht oder erklärt er, das Vorkaufsrecht nicht auszuüben, wird der Notar dies in einem fortgesetzten Protokoll beurkunden. Unter Vorlage dieses Protokolls kann sodann die Löschung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch beantragt und der Verkauf mit dem Dritten durchgeführt werden.¹⁷¹

Für den gültigen Zugang der Intimationserklärung ist es erforderlich, dass sich der Notar persönlich zum Vorkaufsberechtigten begibt oder eine schriftliche Bekanntmachung durch das Gericht mit Zustellnachweis erfolgt. Ein vom Notar versendeter Einschreibbrief ist nicht ausreichend.¹⁷²

Möchte der Vorkaufsberechtigte die Einlösung erklären, kann schon bei der Errichtung des Intimationsprotokolls eine Aufsandungserklärung des veräußerungswilligen Eigentümers aufgenommen werden. Dies beschleunigt den Ablauf und spart uU auch Kosten.¹⁷³

¹⁷⁰ *Wagner/Knechtel*, NO⁶ Rz 9 ff; *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 186; *Winkler*, *immolex* 2019, 141.

¹⁷¹ OGH 23.04.2014, 5 Ob 63/14x; 5 Ob 52/21i NZ 2022/5 (*Bittner*) = EvBl 2021/132 (*Felzmann/Weixelbraun-Mohr*); *Winkler*, *immolex* 2019, 142.

¹⁷² RIS-Justiz RS0123747; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1073 Rz 8; *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 187; *Winkler*, *immolex* 2019, 142.

¹⁷³ *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 187; *Weigand* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 32 GBG Rz 21.

3.2.8.3. Tod des Vorkaufsberechtigten

Aus der Rechtsnatur des Vorkaufsrechtes als höchstpersönlichem Recht ergibt sich, dass es nicht aktiv vererbt werden kann. Verstirbt der Vorkaufsberechtigte, so erlischt das Vorkaufsrecht.¹⁷⁴ (Zur Übertragung auf Rechtsnachfolger durch Vereinbarungen siehe unten Kapitel 4.2.) Beim Tod des vorkaufsverpflichteten Eigentümers erlischt hingegen das Vorkaufsrecht nicht.¹⁷⁵

3.2.8.4. Untergang vorkaufsberechtigter juristischer Personen

Das Vorkaufsrecht einer juristischen Person erlischt grundsätzlich mit ihrer Liquidation.¹⁷⁶ Anderes gilt allerdings im Falle von Umgründungen, bei denen eine vorkaufsberechtigte übertragende Gesellschaft ohne Liquidation erlischt und ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine übernehmende Gesellschaft übergeht: In Abkehr von der früheren Rsp¹⁷⁷ hat der OGH in jüngerer Zeit ausgesprochen, dass das Vorkaufsrecht der übertragenden Gesellschaft *nicht* erlischt. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die vorkaufsberechtigte übertragende Gesellschaft wirtschaftlich in der übernehmenden Gesellschaft fortbesteht.¹⁷⁸ Dies trifft mE genauso auf den Erben einer verstorbenen natürlichen

¹⁷⁴ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1074 Rz 1; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1074 Rz 1; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1074 Rz 5; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1075 Rz 1; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1074 Rz 1; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 1.

¹⁷⁵ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1074 Rz 4; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1074 Rz 3; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1074 Rz 7; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1074 Rz 4; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1074 Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 6.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0020289; RS0020171; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1074 Rz 2; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1074 Rz 1; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1073 Rz 1; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1074 Rz 1; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1074 Rz 1; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 1.

¹⁷⁷ OGH 5 Ob 106/95 NZ 1995/359 (*Hoyer*).

¹⁷⁸ OGH 5 Ob 74/20y ecolx 2020/412, 966 (*Horn/Berger*) = EvBl 2020/144, 1020 (*Weixelbraun-Mohr/Foglar-Deinhardstein*) = immolex 2021/53, 106 (*Richter*); *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge bei Vor- und Wiederkaufsrecht, JBl 2020, 678; *Nicolussi*, Zum Schicksal

Person zu. Im Erbweg kann das Vorkaufsrecht jedoch bereits nach dem Gesetzeswortlaut nicht übergehen. Die Rechtslage bei der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge unterscheidet sich nach neuer Judikatur daher deutlich von jener beim Tod einer natürlichen Person.

3.2.8.5. Aufhebung des Rechtsgeschäfts, Rücktritt vom Vertrag und Wandlung

Wird das den Vorkaufsfall auslösende Veräußerungsgeschäft einvernehmlich durch den Eigentümer und den Dritten aufgehoben, bleibt der Vorkaufsberechtigte im konkreten Fall zum Erwerb berechtigt.¹⁷⁹ Übt er jedoch das einmal ausgelöste Vorkaufsrecht nicht aus und verkauft der Eigentümer die Sache an den Dritten, so lebt das Vorkaufsrecht nicht wieder auf, wenn der Vertrag mit dem Dritten nachträglich im Einvernehmen aufgehoben wird. Gleiches gilt im Falle des Vertragsrücktritts oder der Wandlung. Das Vorkaufsrecht ist in diesen Fällen als Gestaltungsrecht konkret entstanden, wurde aber eben nicht ausgeübt und erlischt daher.¹⁸⁰ Anderes gilt natürlich bei einem nur vorgetäuschten Kauf, der als Scheingeschäft keinen Vorkaufsfall darstellt (siehe dazu bereits oben 3.2.3.1.).

3.2.8.6. Weitere Erlöschungsgründe bei Vorkaufsrechten

Ist der Vertrag, im Zuge dessen ein Vorkaufsrecht als Nebenvereinbarung eingeräumt wurde, ungültig, so wird nach dem Willen der Vertragsparteien regelmäßig auch das Vorkaufsrecht ungültig sein und daher nicht mehr ausgeübt werden

„höchstpersönlicher“ Vertragsverhältnisse beim Unternehmenstransfer, ZVglRWiss 2021, 159 (188); *Webhofer-Neumayr/Webhofer*, Zak 2021/338, 184.

¹⁷⁹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 24; *Mader* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 23.

¹⁸⁰ *Mader* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 23; *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1072 Rz 5; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 19.

können.¹⁸¹ Gleiches gilt bei Beendigung eines Bestandvertrages, im Rahmen dessen ein Vorkaufsrecht vereinbart wurde, und zwar auch dann, wenn sich das Vorkaufsrecht im Gegensatz zum Bestandsrecht auf die gesamte Liegenschaft bezieht.¹⁸²

Denkbar ist auch ein Erlöschen des Vorkaufsrechtes durch Zeitablauf, wenn es nicht mit dem Ableben des Berechtigten, sondern mit einem bestimmten Zeitpunkt befristet ist. Vorkaufsrechte müssen nicht zwingend auf Lebensdauer des Berechtigten eingeräumt werden.¹⁸³

3.3. Zwischenergebnis

Das Vorkaufsrecht ist eine bei Liegenschaftstransaktionen häufig anzutreffende Rechtsfigur. Wenngleich sie dem ABGB schon lange bekannt ist und daher in der Lit ausführlich beschrieben wird, ist in der Praxis Vorsicht geboten:

- Vergleichsweise einfach zu handhaben ist das klassische Vorkaufsrecht, bei dem es einen einzigen Vorkaufsberechtigten gibt und dieser nur im Falle eines entgeltlichen Verkaufs der Sache zum Erwerb berechtigt sein soll. Auch hier gibt es aber in der praktischen Abwicklung Fallstricke zu beachten, wie etwa
 - die korrekte Einlösung durch den Vorkaufsberechtigten (siehe oben 3.2.4.2. Frist zur Ausübung, Ausübungserklärung und Angebot der „wirklichen Einlösung“),
 - die Abgrenzungsfragen bei Nebenleistungen (Frage der (Un)Möglichkeit der Erbringung durch den Vorkaufsberechtigten, Höhe der Ersatzleistung in Geld bei Unmöglichkeit, „andere Veräußerungsart“ bei

¹⁸¹ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 6; *Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 7.

¹⁸² OGH 5 Ob 131/72 JBl 1974, 204 (*Rummel*).

¹⁸³ Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 16; *Felzmann/Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1075 Rz 16; *Schwartz* in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1075 Rz 11.

- wertmäßigem Überwiegen der Nebenleistungen; siehe dazu oben 3.2.4.3.2. Nebenleistungen) oder
- die Besonderheiten bei Vorkaufsrechten, die sich auf nur eines von mehreren Grundstücken in einer Einlagezahl beziehen; siehe dazu oben 3.2.6. Vorkaufsrecht an einem reellen Teil einer Liegenschaft).
 - Noch anspruchsvoller sind Vorkaufsvereinbarungen, die mehrere Berechtigte vorsehen. Hier sollten die Modalitäten der Ausübung möglichst ausdrücklich geregelt und verschiedene Szenarien in der Textierung der Vereinbarung durchgespielt werden, um Schwierigkeiten in der Vertragsabwicklung zu vermeiden (Frage der gleichzeitigen oder zeitlich gestaffelten Ausübung, Anwachsung bei Nichtausübung durch einen der Vorkaufsberechtigten, Beginn und Ende der Einlösungsfrist(en); siehe dazu oben 3.2.5. Mehrzahl an Vorkaufsberechtigten).
 - Vertraglicher Regelungsbedarf besteht in der Praxis auch bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten. Auch hier gilt es die Modalitäten der Ausübung genau zu regeln, um nicht die Ausübung durch den Vorkaufsberechtigten scheitern zu lassen. Dies gilt insbesondere für die Beschreibung der Leistungspflichten des Vorkaufsberechtigten im Falle der Einlösung (siehe dazu oben 3.2.4.3.4. Privatautonome Regelungen zum Umfang der Leistungspflicht des Vorkaufsberechtigten).
 - Darüber hinaus gilt es bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten zu beachten, dass sie zwar durch alle erdenklichen *Rechtsgeschäfte* ausgelöst werden können, nicht jedoch durch schlichtweg jeden Fall der Übertragung von Eigentum. Insbesondere können Vorkaufsrechte nicht auf die gesetzliche Erbfolge ausgedehnt werden. Ein Erwerbsrecht für den Fall der gesetzlichen Erbfolge könnte unter bestimmten Umständen durch ein entgeltliches Besitznachfolgerecht geschaffen werden (siehe oben 3.2.3.2. Besonderheiten bei Vorkaufsrechten für alle Veräußerungsarten). Alternativ verbleibt nur die Möglichkeit eines bloß schuldrechtlich wirkenden Aufgriffs- oder Optionsrechtes (siehe unten 4.1.).
 - Als höchstpersönliche Rechte können Vorkaufsrechte nicht übertragen werden. Sollen Rechtsnachfolger in den Genuss eines Vorkaufsrechtes

kommen, ist Kreativität gefragt (siehe unten 4.2. De-facto-Übertragbarkeit von Vorkaufsrechten durch Verpflichtung zur Neueinräumung).

4. Schuldrechtliche Vereinbarungen als Erweiterungen von Vorkaufsrechten im Liegenschaftsrecht

4.1. Aufgriffs-, Übernahms- und Optionsrechte

Da im Zivilrecht grundsätzlich Vertragsfreiheit herrscht, können die Parteien eines Vertrages dessen Inhalt grundsätzlich nach eigener Vorstellung gestalten. Die Beteiligten sind dabei nicht an die gesetzlich vorgegebenen Vertragstypen gebunden. Für den Themenkomplex der Rechtsnachfolge im Liegenschaftseigentum lässt sich dazu sagen, dass auch vom gesetzlichen Modell des Vorkaufsrechtes abweichende Erwerbsrechte geschaffen werden können. In der Vertragspraxis werden solche Erwerbsrechte als Aufgriffs- oder Übernahmsrechte bezeichnet. Ähnlich wie bei einem Vorkaufsrecht wird dabei vereinbart, dass der Aufgriffs- oder Übernahmsberechtigte in einem bestimmten Fall zum Erwerb der Sache berechtigt sein soll. Der Erwerbsfall muss aber kein Vorkaufsfall iSd §§ 1072 und 1078 ABGB sein, weshalb Aufgriffs- oder Übernahmsrechte auch für andere Sachverhalte vereinbart werden können, wie zB die gesetzliche Erbfolge.¹⁸⁴

Soll der Erwerbsberechtigte die Sache nicht nur in bestimmten Fällen erwerben können, so kommt ein sogenanntes Optionsrecht in Betracht. Charakteristisch dafür ist, dass der Options**berechtigte** den Veräußerungsvorgang jederzeit durch einseitige Willenserklärung herbeizuführen kann. Durch ein solches Gestaltungsrecht wird ein inhaltlich bereits festgelegtes Schuldverhältnis in Gang gesetzt.¹⁸⁵

Aufgriffs-, Übernahms- und Optionsrechte sind im Gesetz nicht normiert, sie sind vielmehr Geschöpfe der lebenden Vertragspraxis. Ihre inhaltliche Ausgestaltung ist flexibel und wird sich an den Bedürfnissen der Parteien orientieren müssen. Sinnvollerweise sollten vorab jedenfalls die wesentlichen Bestandteile des

¹⁸⁴ Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1072 Rz 13; *Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1072 Rz 12 ff; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 28.

¹⁸⁵ Mader in *Kerschner/Fenyves/Vonkilch*, Klang³ § 1068 Rz 19; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1072 Rz 28; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 861 Rz 3.

abzuschließenden Rechtsgeschäfts festgelegt werden, wie insbesondere die Modalitäten der Ausübung des Erwerbsrechtes und der Umfang der Leistungspflichten. Hierzu erlaube ich mir auf die Ausführungen zu möglichen Gestaltungsvarianten beim Vorkaufsrecht in Kapitel 3. zu verweisen.

Außerdem ist zu beachten, dass es zur wirksamen Einräumung eines Aufgriffs-, Übernahms- oder Optionsrechtes eines Titelgeschäfts bedarf, da abstrakte Rechteinräumungen dem österreichischen Zivilrecht grundsätzlich fremd sind und im Übrigen keine spezielle gesetzliche Grundlage für die Einräumung solcher Rechte besteht. Hinsichtlich dieses letzten Aspekts besteht ein Unterschied zu Vorkaufsrechten (siehe dazu oben 3.2.1. Einräumung des Vorkaufsrechtes).

Zur Verbücherungsfähigkeit von Aufgriffs-, Übernahms- und Optionsrechten ist zu sagen, dass diese Erwerbsrechte jedenfalls nicht im Katalog der einverleibungsfähigen Rechte des § 9 GBG genannt sind. In Betracht kommt daher mE nur eine Anmerkung nach § 20 lit a GBG, wie etwa beim Besitznachfolgerecht (siehe dazu oben 2.2.3). Ob solche Anmerkungen in der Grundbuchspraxis allerdings ohne Weiteres akzeptiert werden, muss bezweifelt werden, da es hierzu ablehnende Meinungen in der Lit¹⁸⁶ gibt. Den sichereren Weg beschreitet der Vertragsverfasser wohl, wenn derartige Erwerbsrechte in Kombination mit einem Vorkaufsrecht vereinbart werden. Wird das Vorkaufsrecht grundbücherlich sichergestellt und bei der Eintragung im Hauptbuch ein Hinweis auf eine von §§ 1072 ff ABGB abweichende Bestimmung aufgenommen (zB „Vorkaufsrecht gemäß Punkt * der Vereinbarung“), so wird der Rechtsverkehr effektiv darauf hingewiesen, dass nicht einfach ein klassisches Vorkaufsrecht vorliegt. Ist also ein Dritter am Erwerb der Liegenschaft interessiert, wird er Einsicht in die Urkundensammlung des Grundbuchs nehmen und auf das Aufgriffs-, Übernahms- oder Optionsrecht stoßen. Seine Kenntnis von diesem Recht führt dazu, dass er es gegen sich gelten lassen muss.¹⁸⁷

¹⁸⁶ *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 130 GBG Rz 20 mwN.

¹⁸⁷ *Rassj*, Grundbuchsrecht³ Rz 2.15 f.

4.2. De-facto-Übertragbarkeit von Vorkaufsrechten durch Verpflichtung zur Neueinräumung

Vorkaufsrechte sind nach dem Gesetzeswortlaut höchstpersönlich (siehe oben 3.2.8.). Sie können daher nicht an Rechtsnachfolger übertragen werden. *Eigentlich*. Vorkaufsrechte können unter bestimmten Umständen sehr wohl für den Rechtsnachfolger gesichert werden, auch wenn dieser noch unbestimmt ist. Voraussetzung dafür ist eine nicht bloß *einseitige* Einräumung eines Vorkaufsrechtes, sondern eine *wechselseitige* Verpflichtung. Vereinbaren die Parteien eines Vertrages wechselseitig, dass sie dem jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum der Sache ein Vorkaufsrecht einzuräumen haben, so ist dies als Vertrag zu Gunsten Dritter möglich.¹⁸⁸

Die Pflicht zur Einräumung eines Vorkaufsrechtes für den Rechtsnachfolger kann sich aber auch aus einer anderen Vereinbarung ergeben. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang mE die E 1 Ob 259/01x, in der es um eine als „Konsortialvertrag“ bezeichnete Vereinbarung ging. Das darauf fußende Konsortium war eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts,¹⁸⁹ bei der sich mehrere Miteigentümer eines Sees verpflichtet hatten, einen begrenzten Kreis an Miteigentümern aufrechtzuerhalten. Ein Ausscheiden aus dem Konsortium war nur durch Ableben oder Veräußerung des Miteigentumsanteils möglich. Die Rechtsnachfolger ausgeschiedener Mitglieder wurden wiederum Mitglieder des Konsortiums. Die Mitglieder des Konsortiums hatten sich außerdem wechselseitig Vorkaufsrechte an ihren Miteigentumsanteilen eingeräumt und verpflichtet, auch den Rechtsnachfolgern ausgeschiedener Mitglieder Vorkaufsrechte einzuräumen.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Mader in Kerschner/Fenyves/Vonkilch, Klang³ § 1074 Rz 1; Webhofer-Neumayr/Webhofer, Zak 2021/338, 184, unter Hinweis auf zwei E, die solche Vereinbarungen implizit zulassen: OGH 06.08.2020, 2 Ob 40/20a; 30.11.2020, 5 Ob 77/20i.

¹⁸⁹ OGH 10.07.2001, 5 Ob 151/01v.

¹⁹⁰ OGH 27.11.2001, 1 Ob 259/01x; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁶ § 1074 Rz 3; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 7.

Der OGH hat sich in der vorgenannten E auch mit der Frage der Zulässigkeit der *aktiv*seitigen Übertragung des Vorkaufs*rechtes* und der *passiv*seitigen Überbindung der Vorkaufs*verpflichtung* befasst. Demnach sind Vorkaufsrechte bereits nach dem Wortlaut des § 1074 ABGB nicht aktiv übertragbar. Vereinbarungen, die ein Vorkaufsrecht als übertragbar ausgestalten, sind daher nicht wirksam. Eine solche Vereinbarung lag im Anlassfall aber nicht vor. Vielmehr wurde der umgekehrte Weg gewählt: Aufgrund des Konsortialvertrages war jeder Miteigentümer verpflichtet, dem Rechtsnachfolger eines ausgeschiedenen Mitglieds des Konsortiums erneut ein Vorkaufsrecht einzuräumen. Der Clou bestand nun darin, dass gleichzeitig die Vorkaufsrechte der bisherigen Mitglieder so ausgestaltet waren, dass sie auch bei Nichtausübung weiterbestanden. Auf diese Weise blieben den Miteigentümern die eigenen Vorkaufsrechte auf Lebzeiten erhalten, ohne dass ihnen ein neuer Miteigentümer erneut das Vorkaufsrecht einräumen musste.¹⁹¹ Dieses Ergebnis kommt einer aktiven Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes praktisch sehr nahe, ohne gleichzeitig dem Gesetz zu widersprechen, weil eben nicht die Übertragbarkeit des Vorkaufs*rechtes* vereinbart wird, sondern eine Verpflichtung zur Neueinräumung vorliegt.

4.3. Zwischenergebnis

Vorkaufsrechte können durch besondere Nebenvereinbarungen ergänzt werden. Dadurch ist es möglich, die von der Rsp begrenzte Zahl an Vorkaufsfällen effektiv zu erweitern (durch Aufgriffs-, Übernahms- oder Optionsrechte). Außerdem können Vorkaufsrechte trotz ihres höchstpersönlichen Charakters in bestimmten Konstellationen auch für Rechtsnachfolger gesichert werden (durch Vertrag zu Gunsten Dritter oder Gesellschaftsvertrag).

¹⁹¹ OGH 27.11.2001, 1 Ob 259/01x; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁶ § 1074 Rz 3; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1074 Rz 7.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Rechtsnachfolge im Eigentum einer Liegenschaft kann durch Vereinbarung unter Lebenden im Vorhinein determiniert werden. Besitznachfolge-, Vorkaufs-, Aufgriffs- und Optionsrechte sind dabei in der Praxis gängige Rechtsfiguren. Sie dienen der Bindung von Vermögen, manchmal auch über mehrere Generationen von Eigentümern hinweg. Genau dies macht sie in der Praxis aber sehr problematisch, weil kein Rechtsanwender zukünftige Entwicklungen mit Sicherheit vorhersehen kann, mag er auch noch so gewissenhaft und analytisch vorgehen. Dies gilt mE besonders für die Besitznachfolge, die uU sehr lange Bindungswirkungen hat und auch mit Verfügungsbeschränkungen einhergeht, die nicht jeder Rechtsanwender überblickt. Aber auch Vorkaufsrechte können gelegentlich Probleme verursachen, insbesondere wenn vom Modell des klassischen Vorkaufsrechtes abgegangen wird oder mehrere Berechtigte vorhanden sind. Zusammenfassungen der einzelnen Problembereiche finden sich am Ende der jeweiligen Kapitel dieser Arbeit.

Vereinbarungen, die auf sehr lange Zeiträume ausgelegt sind, sollten ein natürliches Ablaufdatum haben (oder zumindest kündbar sein). Nicht von ungefähr zieht der Gesetzgeber gewisse Schranken ein, was die Perpetuierung von bestimmten Rechten anlangt, wie etwa die zwingende Höchstpersönlichkeit von Vorkaufsrechten, die Beschränkung von Besitznachfolgerechten (Nacherbschaften) auf höchstens eine ungeborene Generation bei Liegenschaften, aber auch die zeitliche Limitierung von Belastungs- und Veräußerungsverboten mit der Lebensdauer von Verbotsberechtigten oder die Höchstdauer von Privatstiftungen. Dass der Gesetzgeber diese Schranken überhaupt erst aufstellen muss, ist Beleg für das gelegentliche Streben des Menschen nach Unsterblichkeit. Dabei ist solches Streben natürlich vergebliche Liebesmüh. Glücklicherweise ist es aber für einen Vertragsserrichter keine vergebliche Liebesmüh, dies einem Mandanten zu erklären und ihn von Irrwegen abzubringen.

Abstract – Deutsch

Im österreichischen Zivilrecht dürfen Personen ihre Rechtsverhältnisse nach eigener Entscheidung gestalten (Privatautonomie) und mit ihren Sachen „*nach Willkühr schalten*“ (Eigentumsrecht iSv § 354 ABGB) – und doch irgendwie nicht. Dem Eigentümer einer Sache sind nämlich in der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse zivilrechtliche Schranken gesetzt, wie etwa bei der Rechtsnachfolge.

Die vorliegende Arbeit behandelt Fragestellungen der *vertraglich* vorbestimmten Eigentumsnachfolge im österreichischen Zivilrecht. Fragen der Rechtsnachfolge lassen zwar zunächst an das Erbrecht denken, doch spielen sie auch in Verträgen unter *Lebenden* eine bedeutende Rolle. Dort haben sie regelmäßig nicht nur den Eigentumsübergang an einen *unmittelbaren* Nachfolger, sondern auch an dessen Rechtsnachfolger zum Gegenstand. Teilweise haben derartige Regelungen ihre Grundlage direkt im Gesetz. Andere wiederum sind bloße Anlehnungen an bereits bestehende Rechtsinstitute oder bilden sogar Neuschöpfungen der gelebten Vertragspraxis.

Gegenstand dieser Arbeit sind ausschließlich Fragen des Liegenschaftsrechts, da Nachfolgeüberlegungen in der Praxis vor allem *Familienvermögen* betreffen und solches meist aus Immobilien besteht. Neben einer Darstellung der rechtsdogmatischen Grundlagen zu Vorkaufsrechten, Besitznachfolge und ähnlichen Regelungen behandelt die vorliegende Arbeit auch Fragestellungen der Praxis. Die Auswahl der Problematiken betrifft dabei unterschiedliche Rechtsbereiche, wie das allgemeine Zivil- und das Grundbuchsrecht, zu einem kleineren Teil aber auch das Beurkundungs- und das Abgabenrecht.

Abstract – English

Under Austrian civil law, pursuing legal relations according to one's own decision (Privatautonomie) and dealing with one's assets "in a manner of one's own choosing" (ownership as defined in § 354 ABGB) are rights that are universal. And yet somehow, they are not. The owner of an asset is subject to restrictions under civil law when it comes to structuring his legal relations, for example in the case of legal succession.

This thesis deals with questions of contractually predetermined succession of ownership in Austrian civil law. Although questions of legal succession are typically associated with inheritance law, they also play an important role in contracts between *living* persons. There, they regularly determine not only the transfer of ownership to an *immediate* successor but also to that person's successor. In some cases, such contractual provisions have their basis in codified law. Others are merely inspired by existing legal concepts or are even new creations by legal practice.

The object of this thesis are solely questions of real estate law because succession matters primarily concern family assets and such assets usually consist of real properties. After giving an outline on the legal concepts of contractually predetermined succession, rights of first refusal and similar provisions, the present thesis looks at issues in legal practice. The selection of problems relates to different areas of law, such as general civil law and land register law, but also to a lesser extent legalisations and tax law.